

Учредитель

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

Редакционная коллегия

А.И. Абдуллин (Казанский (Приволжский) федеральный университет, РФ)

Дж. Айджани (Туринский университет, Италия)

Ю. Базедов (Институт сравнительного и международного частного права Макса Планка, ФРГ)

С.В. Бахин (Санкт-Петербургский государственный университет, РФ)

Н.А. Богданова (МГУ им. М.В. Ломоносова, РФ)

В.А. Виноградов (НИУ ВШЭ, РФ)

А.В. Габов (ИГП РАН, РФ)

Ю.В. Грачева (НИУ ВШЭ, РФ)

Г.А. Гаджиев (НИУ ВШЭ, РФ)

С.Ф. Дикин (Кембриджский университет, Великобритания)

Г.Б. Динвуди (Чикаго-Кент колледж, США)

И.А. Емелькина (РАНХиГС при Президенте РФ, РФ)

Н.Ю. Ерпылева (НИУ ВШЭ, РФ)

А.А. Иванов (НИУ ВШЭ, РФ)

В.Б. Исаков (НИУ ВШЭ, РФ)

А.А. Ларичев (НИУ ВШЭ, РФ)

Т.Г. Морщакова (НИУ ВШЭ, РФ)

Г.И. Муромцев (Российский университет дружбы народов, РФ)

А.В. Наумов (НИИ Университета прокуратуры, РФ)

Н.А. Поветкина (НИУ ВШЭ, РФ)

А.И. Рарог (МГЮА им. О.Е. Кутафина, РФ)

В.А. Сивицкий (Конституционный Суд Российской Федерации)

Е.А. Суханов (МГУ им. М.Ю. Ломоносова, РФ)

Ю.А. Тихомиров (НИУ ВШЭ, РФ)

Г.Г. Шинкареца (ИГП РАН, РФ)

Т. Эндикотт (Оксфордский университет, Великобритания)

Главный редактор

И.Ю. Богдановская (НИУ ВШЭ, РФ)

Адрес редакции

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

Адрес издателя

и распространителя

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

© НИУ ВШЭ, 2022

Право

ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

2/2022



ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

Правовая мысль: история и современность

А.В. Кнутов, С.М. Плаксин, Р.Х. Синятуллин, А.В. Чаплинский

«Регуляторная гильотина» в России

и ее количественные результаты 4

Д.Б. Горохов

О правотворчестве в сфере природопользования:

в чем заключаются истинные «особенности национальной охоты» . . 28

А.Н. Пилипенко

Легистика: прикладная наука и практика (зарубежный опыт) 60

Н.С. Васильева

Проблема действительности и действенности

международного права в концепции Альфа Росса 85

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

С.А. Мосин

Свойства принципа конституционности деятельности

субъектов правоотношений 105

О.В. Гутников

Классификация юридических лиц в современном

корпоративном праве: организационно-правовые формы

и критерии их разграничения 128

Т.П. Подшивалов

Прогибиторный иск: прошлое, настоящее и будущее 164

Т.Ю. Лузянин

Юридический состав сделок в трудовом праве 187

Право в современном мире

М. Штёбер

Значение фундаментальных свобод ЕС для налогового права

ФРГ и ЕС 216

Я. Даудрих

Правовой статус эмитентов криптоактивов с точки зрения

проекта регламента MICA 244

Publisher

National Research
University Higher School
of Economics

Editorial Board

A.I. Abdullin (Kazan (Volga
Region) Federal University, RF)

G. Ajani (University of Turino,
Italy)

J. Basedow (Max Planck Institute
for Comparative and International
Private Law, Germany)

S.V. Bakhin (St. Petersburg State
University, RF)

N.A. Bogdanova (Lomonosov
Moscow State University, RF)

S. Deakin (University of
Cambridge, UK)

G. Dinwoodie (Chicago-Kent
College of Law, Chicago, USA)

I.A. Emelkina (the Russian
Academy of National Economy
under the President of the
Russian Federation, RF)

T. Endicott (University
of Oxford, UK)

A.V. Gabov (Institute of State
and Law of the Russian Academy
of Sciences, RF)

G.A. Gadjević (HSE, RF)

Yu.V. Gracheva (HSE, RF)

A.A. Ivanov (HSE, RF)

V.B. Isakov (HSE, RF)

A.A. Larichev (HSE, RF)

T.G. Morshchakova (HSE, RF)

G.I. Muromtsev (Peoples'
Friendship University
of Russia, RF)

A.V. Naumov (University
of Procure, RF)

N.A. Povetkina (HSE, RF)

A.I. Rarog (Moscow State
Juridical Kutafin University, RF)

G.G. Schinkaretskaya (IGP
RAN, RF)

V.A. Sivitsky (the Constitutional
Court, RF)

E.A. Sukhanov (Lomonosov
Moscow State University, RF)

Y.A. Tikhomirov (HSE, RF)

V.A. Vinogradov (HSE, RF)

N.Y. Yerpyleva (HSE, RF)

Editor-in-Chief

I.Yu. Bogdanovskaya
(HSE, RF)

Address:

3 Bolshoy Triokhsviatitsky Per.,
Moscow 109028, Russia

Tel.: +7 (495) 220-99-87

<http://law-journal.hse.ru>

e-mail: lawjournal@hse.ru

Law

JOURNAL

OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

2/2022



ISSUED QUARTERLY

Legal Thought: History and Modernity

A.V. Knutov, S.M. Plaksin, R.Kh. Sinyatullin, A.V. Chaplinskiy
Regulatory Guillotine in Russia and its Quantitative Results 4

D.B. Gorokhov

On Law-Making in the Field of Nature Management:
what Are True "Features of National Hunting" 28

A.N. Pilipenko

Logistics: Applied Science and Practice (Foreign Experience) 60

N.S. Vasilyeva

The Problem of Legal Validity and Efficacy of International Law
in Alf Ross's Legal Thinking 85

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

S.A. Mosin

Properties of the Principle of Constitutionality of Subjects
of Legal Relations Activities 105

O.V. Gutnikov

Classification of Legal Entities in Modern Corporate Law:
Organizational Forms and Criteria for their Differentiation. 128

T.P. Podshivalov

The Actio Prohibitoria: Past, Present, and Future 164

T.Yu. Luzyanin

Legal Structure of Transactions in Labor Law 187

Law in the Modern World

M. Stöber

The Significance of the Fundamental Freedoms
of the European Union for German and European Tax Law 216

Y. Daudrikh

Legal Status of Issuers of Crypto Assets in the Light
of the Project of MICA Regulation 244

Law JOURNAL OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

ISSUED QUARTERLY

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

The objectives of the journal include:

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

The following key issues are addressed:

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

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

The journal is included in the List of peer-reviewed scientific publications recommended by the Higher Attestation Commission under the Ministry of Higher Education and Science of Russian Federation for the publication of the main research results for the degree of Candidate and Doctor of juridical sciences.

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

Научная статья

УДК: 342.951

DOI:10.17323/2072-8166.2022.2.4.27

«Регуляторная гильотина» в России и ее количественные результаты



**Александр Владимирович Кнутов¹, Сергей Михайлович
Плаксин², Руслан Хабибович Синятуллин³, Александр
Владимирович Чаплинский⁴**

^{1, 2, 3, 4} Национальный исследовательский университет Высшая школа экономики,
Россия 101000, Москва, Мясницкая ул., 20,

¹ aknutov@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0003-1595-0466>

² splaksin@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0002-8203-8832>

³ rsinyatullin@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0003-3105-6106>

⁴ avchaplinski@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0002-4972-5032>



Аннотация

Статья посвящена реализации в России механизма «регуляторной гильотины», в рамках которой в 2020 году произошла массовая отмена нормативных правовых актов, содержащих обязательные требования и вступивших в силу до 1 января 2020 года. В статье раскрываются понятие и процедура реализации такого механизма, а также приводятся его результаты. Целью исследования являлась оценка итогов «регуляторной гильотины» с точки зрения фактического изменения государственного регулирования. Результаты «регуляторной гильотины» выявлялись посредством оценки воздействия такого механизма на перечни правовых актов, содержащих обязательные требования, соблюдение которых оценивается в рамках контрольных мероприятий. Два сводных перечня правовых актов, используемых для контроля по состоянию на февраль 2020 года и на февраль 2021 года, сопоставлялись со списками правовых актов, как отмененных, так и сохраненных при проведении «регуляторной гильотины». Исследование позволило прийти к выводу, что из 11,6 тысяч нормативных правовых актов и документов, отмененных по официальным данным в ходе «регуляторной гильотины», только 1/10 часть фактически проверялась при осуществлении государственного контроля (надзора). Столько низкая эффективность объясняется тем, что среди

нормативных актов, составлявших предмет контроля в феврале 2020 года, 70% актов было исключено из «регуляторной гильотины» в силу правил самой гильотины, 6% актов было забыто, 9% актов включено в «белый список» для сохранения действия и только 15% актов было отменено. Исследование выявило ряд проблем реализации «регуляторной гильотины», к которым относятся: отсутствие надлежащей стадии системного проектирования целевой модели регулирования; ограниченная компетенция рабочих групп; значительное количество сфер, в которых «регуляторная гильотина» не применялась; выведение из-под «регуляторной гильотины» обязательных требований, установленных федеральными законами. Авторы предлагают продлить проект «регуляторной гильотины», сконцентрировав усилия дерегулирования на отдельных, наиболее обременительных для предпринимательской деятельности сферах.



Ключевые слова

регуляторная гильотина, обязательные требования, хозяйственная деятельность, государственное регулирование, нормативные правовые акты, дерегулирование; государственный контроль (надзор).

Благодарности: авторы благодарят аналитика Института государственного и муниципального управления НИУ ВШЭ Даниила Романовича Алимпеева за помощь в подборе эмпирического материала для исследования.

Для цитирования: Кнотов А.В., Плаксин С.М., Синятуллин Р.Х., Чаплинский А.В. Регуляторная гильотина» в России и ее количественные результаты // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 2. С. 4–27 (in Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2022.2.4.27.

Legal Thought: History and Modernity

Research article

Regulatory Guillotine in Russia and its Quantitative Results



Alexander V. Knutov¹, Sergey M. Plaksin², Ruslan Kh. Sinyatullin³, Alexander V. Chaplinskiy⁴

^{1, 2, 3, 4} National Research University, 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia,

¹ aknutov@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0003-1595-0466>

² splaksin@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0002-8203-8832>

³ rsinyatullin@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0003-3105-6106>

⁴ avchaplinski@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0002-4972-5032>



Abstract

The article is devoted to the implementation of the regulatory guillotine in Russia, when the government abolished many legal acts containing regulatory requirements that entered

into force earlier than January 1, 2020. The article reveals the concept and procedure for the implementation of the regulatory guillotine, and also presents its results. The aim of the study was to assess the results of the regulatory guillotine in terms of real changes in government regulation. The analysis of the changes was quantitative. As part of this analysis, the authors assessed the impact of the regulatory guillotine on the lists of legal acts enforced by the inspection authorities. The authors compared legal acts from such lists (relevant for February 2020) with the lists of legal acts that fell under the regulatory guillotine. The study made it possible to conclude that out of 11.6 thousand normative legal acts and documents canceled according to official data during the guillotine, only 1/10 of them were really checked during the inspections and supervision activities of the authorities. Such a low efficiency is explained by the fact that among the regulations that were enforced during the inspections and supervision activities in February 2020, 70% of acts were excluded from the regulatory guillotine due to the rules of the guillotine itself, 6% of acts were forgotten, 9% of acts were included in the "white list" for preservation actions and only 15% of the acts were canceled. The study also revealed a number of problems in the implementation of the regulatory guillotine: lack of an appropriate stage of system design of the target regulation model; limited competence of working groups on the implementation of the regulatory guillotine; a significant number of areas for which the regulatory guillotine has not been applied; removal from the regulatory guillotine of the mandatory requirements established by federal laws. The authors proposed to extend the project of the regulatory guillotine, focusing efforts on deregulation on certain areas that are most burdensome for the entrepreneurs.



Keywords

regulatory guillotine; regulatory requirements; requirements for economic activity; government regulation; normative legal acts; deregulation; state control.

Acknowledgements: The authors are grateful to Daniil Romanovich Alimpeev, an analyst at the HSE Institute for Public Administration and Governance, for his help in selecting empirical material for the study.

For citation: Knutov A. B., Plaksin C. M., Ciniatullin P. K., Chaplinskyi A. B. (2022) Regulatory Guillotine in Russia and its Quantitative Results. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, no 2, pp. 4–27 (in Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2022.2.4.27.

Введение

01.01.2021 на систему обязательных требований, действующих в отдельных отраслях экономики Российской Федерации, опустилась «регуляторная гильотина». О ее запуске было объявлено в 2019 г., а законодательно данный механизм был установлен Федеральным законом «Об обязательных требованиях в Российской Федерации»¹ (далее — Закон об обязательных требованиях) в 2020 г. В итоге по официальным сообщениям² к началу 2021 г. было

¹ Федеральный закон от 31.07.2020 № 247-ФЗ «Об обязательных требованиях в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2020. № 31 (часть I). Ст. 5007.

² Государственной регулирование в условиях COVID-19. Итоги 2020 года. Официальный сайт Министерства экономического развития России. Available at: URL: <https://economy.gov>.

отменено более 11 600 нормативных правовых актов и документов, включая 8631 акт советского периода и 3003 акта, изданных после 1991 года. Взамен по состоянию на 31.12.2020 было принято 447 новых актов. В свете завершения основной стадии столь масштабного дерегуляционного проекта встает вопрос о научном осмыслении итогов данной реформы, изучении ее результативности.

Предметом настоящей статьи являются понятие и процедура реализации «регуляторной гильотины», ее количественные результаты. В качестве гипотезы выдвинуто предположение, что «регуляторная гильотина» не имела всеобъемлющего характера и ее реализация не привела к существенному изменению государственного регулирования. Для подтверждения гипотезы помимо установления понятия, процедуры и сфер реализации «регуляторной гильотины» изучались ее количественные результаты с применением релевантной методологии. Авторы выявляли воздействие «регуляторной гильотины» на перечни правовых актов, содержащих обязательные требования, соблюдение которых оценивается в рамках мероприятий по контролю. Ведение таких перечней предусмотрено ч. 5 ст. 8 Закона об обязательных требованиях, а также ч. 2 ст. 8.2 Федерального закона «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля»³.

Данные перечни правовых актов были избраны в качестве базы для анализа, так как их ведение предусмотрено законодательством для информирования физических и юридических лиц о действующих обязательных требованиях, являющихся предметом соответствующего вида государственного контроля (надзора). Анализ изменений в перечнях правовых актов, содержащих контролируемые требования, позволяет оценить, насколько «регуляторная гильотина» повлияла на сокращение обязательных требований в России.

Авторы провели инвентаризацию перечней правовых актов, актуальных на середину февраля 2020 года и середину февраля 2021 года, соответственно. Инвентаризация проводилась на основе материалов официальных сайтов органов контроля и сведений справочно-правовой системы Консультант-Плюс. Также в работе использовались материалы, полученные авторами в рамках аналогичного исследования в начале 2020 года⁴. На основе данных

ru/material/file/49590347e8849692a3169ad8ec78e70d/gos_regulirovanie_v_usloviyah_covid19_itogi_2020.pdf.pdf (дата обращения: 19.04.2021)

³ Федеральный закон от 26.12.2008 № 294-ФЗ (ред. от 08.12.2020) «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля» // СЗ РФ. 2008. № 52 (ч. 1). Ст. 6249.

⁴ Российский союз промышленников и предпринимателей; НИУ ВШЭ. Контрольно-надзорная и разрешительная деятельность в Российской Федерации. Аналитический доклад 2019. М., 2020. С. 60, 61.

инвентаризации было сформировано два сводных списка правовых актов, включенных в соответствующие перечни 2020 и 2021 гг. На завершающем этапе сводные списки были сопоставлены со списком правовых актов, отмененных в рамках «регуляторной гильотины», и со списком сохраненных в рамках «регуляторной гильотины» актов, утвержденным постановлением Правительства Российской Федерации от 31.12.2020 № 2467⁵ (далее — «белый список»).

Результаты исследования позволили оценить масштабы преобразований в государственной регуляции в связи с реализацией проекта.

1. Содержание и порядок реализации «регуляторной гильотины»

1.1. Понятие «регуляторной гильотины»

31.07.2020 принят Закон об обязательных требованиях, определяющий новые правовые и организационные основы установления и оценки применения обязательных требований, которые связаны с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности. В числе новелл регулирования: единые дни вступления в силу положений нормативных правовых актов, устанавливающих обязательные требования; введение срочного характера действия актов с обязательными требованиями (по окончании срока действия такие акты должны проходить оценку их применения и пересматриваться); ведение реестра обязательных требований; перезапуск системы оценки регулирующего и фактического воздействия и т.д. Теперь обязательные требования должны соответствовать принципам законности, обоснованности, правовой определенности, системности, открытости, предсказуемости и исполнимости.

Применение новых подходов к накопленному массиву обязательных требований должно быть обеспечено посредством «регуляторной гильотины» (далее также — гильотина), содержание которой раскрыто в ст. 15 указанного Закона, предусматривающей следующее:

⁵ Постановление Правительства РФ от 31.12.2020 № 2467 (ред. от 02.04.2021) «Об утверждении перечня нормативных правовых актов и групп нормативных правовых актов Правительства Российской Федерации, нормативных правовых актов, отдельных положений нормативных правовых актов и групп нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти, правовых актов, отдельных положений правовых актов, групп правовых актов исполнительных и распорядительных органов государственной власти РСФСР и СССР, решений Государственной комиссии по радиочастотам, содержащих обязательные требования, в отношении которых не применяются положения частей 1, 2 и 3 статьи 15 Федерального закона «Об обязательных требованиях в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2021. № 2 (Часть II). Ст. 471.

Правительство Российской Федерации должно в определенных им сферах обеспечить признание утратившими силу (не действующими на территории страны) утвержденных им или федеральными органами исполнительной власти нормативных правовых актов, а также правовых актов исполнительных и распорядительных органов государственной власти РСФСР и СССР, содержащих обязательные требования, соблюдение которых оценивается при осуществлении государственного контроля (надзора).

Если акты вступили в силу до 01.01.2020, то независимо от того, обеспечена ли формальная отмена соответствующих актов, после 01.01.2021 не допускается оценка соблюдения обязательных требований, содержащихся в указанных актах, а также их применение как основание для привлечения к административной ответственности.

Правительство вправе определить перечень актов, принятых до 01.01.2020 года, действие которых будет сохранено после 01.01.2021.

Нормативное определение «регуляторной гильотины» отсутствует. По мнению авторов статьи, «регуляторная гильотина» — это кампания по пересмотру действующих обязательных требований в значительном количестве сфер регулирования, направленная на их совершенствование (упрощение, актуализацию, упорядочивание), в результате которой происходит массовая отмена ранее действовавших нормативных правовых актов, содержащих обязательные требования.

Можно предположить, что столь необычный для российского канцелярита аллегорический термин «регуляторная гильотина» должен подчеркнуть экстраординарность, бескомпромиссность и решительность действий государства при ускоренном переходе на новое регулирование.

Термин «регуляторная гильотина» не является российским изобретением. Данное обозначение имеет маркетинговый характер, под такой торговой маркой предлагает свои услуги консалтинговая компания «Jacobs, Cordova & Associates». На ее сайте указывается, что с момента разработки «регуляторная гильотина» была использована для отмены и упрощения около 25 000 законов и иных регулирующих документов более чем в десятке стран, обеспечив бизнесу ежегодно 8 млрд. долл. экономии в расходах, а также возврат средств, потраченных на нее, в соотношении 3 000 к 1 в течение 10 лет⁶.

Видимо, чтобы не использовать средства индивидуализации названной зарубежной компании, на стадии подготовки реформы в России вносились предложения применить термин «регуляторная секира» [Цыганков Д.Б. и др., 2018: 12, 76, 81]. Однако законодатель выбрал термин «регуляторная гильотина».

⁶ Reviewing old regulations with the Regulatory Guillotine. Available at: URL: <http://regulatoryreform.com/regulatory-guillotine/> (дата обращения: 05.03.2021)

Стремление к упрощению регулирования не является чем-то новым для российского государственного управления. В рамках предыдущих административных реформ (устранение избыточных административных барьеров, реинжиниринг, трансформация делового климата и т.д.) ставились похожие цели. Однако данные действия не носили ранее такого универсального и массового характера. Более того, исследователи сходятся во мнении, что предыдущие попытки дерегулирования не были удачными [Цыганков Д.Б., 2019: 20–36]; [Летуновский В.В., 2021: 34–42].

Например, в результате работы Правительственной комиссии по проведению административной реформы в 2010–2011 годах председателем Правительства России было утверждено 12 распоряжений с планами мероприятий по совершенствованию контрольно-надзорных и разрешительных функций в различных сферах регулирования. К апрелю 2014 г. утвержденные планы мероприятий были выполнены на 61%. План же оптимизации регулирования в сфере сельского хозяйства был выполнен только на 24%⁷.

Позже в рамках реформы контрольно-надзорной деятельности под девизом «открытого правительства» проводились пересмотр и оценка эффективности обязательных требований. Проектным комитетом реформы было создано 19 экспертных рабочих групп по видам контрольно-надзорной деятельности и (или) по сферам предпринимательской деятельности. На их рассмотрение поступило более 400 предложений об отмене устаревших или избыточных требований. Из них впоследствии в утвержденные 22 «дорожные карты оптимизации обязательных требований» было включено только 87 мероприятий. Практически было реализовано лишь 23 мероприятия, или только 26% общего количества утвержденных⁸.

Однако рассматриваемая в данной статье кампания отмены избыточных требований отличается от предыдущих размахом и межотраслевым характером.

1.2. Задачи «гильотины»

Непрекращающиеся попытки правительства избавиться от избыточного регулирования объясняется потенциальной пользой, которые приносит такая мера. Исследователи международного опыта упрощения национального регулирования называют следующие результаты. В Южной Корее подобная

⁷ Планы оптимизации регулирования по отраслям. Портал административной реформы. Веб-архив.ру — архивные копии сайтов. Available at: URL: <https://web-arhive.ru/page?url=http%3A%2F%2Far.gov.ru%2Fsectoral%2Findex.html&date=20140625> (дата обращения: 28.02.2022)

⁸ Контрольно-надзорная и разрешительная деятельность в Российской Федерации. Аналитический доклад 2018. М., 2019. С. 19. Available at: URL: http://www.goskontrol-rspp.ru/upload/iblock/eaf/RSPP_preprint_0103.pdf (дата обращения: 05.03.2021)

реформа в 1998 г. позволила привлечь дополнительные иностранные инвестиции (с 2 млрд. долл. до реформы в 1996 г. до 10 млрд. в 1999-м) и способствовало созданию более чем миллиона рабочих мест [Kim Jong Seok et al., 2008: 18–19]. «Регуляторная гильотина» в Хорватии (2006–2007) позволила бизнесу за 9 месяцев сэкономить 65,6 млн. долл. (0,13% ВВП). Это привело к приросту ВВП страны на 0,2–0,3%. В Австралии программа дерегулирования (2008–2013 годы) позволила сократить административные издержки на 5,5% ВВП и обеспечить дополнительный экономический рост в размере 1,3% ВВП [Цыганков Д.Б., 2018: 8,9].

В научной литературе отмечается, что уменьшение регуляторной нагрузки приводит к снижению уровня бедности. Американские исследователи Д. Чемберс, П. Маклафлин и Л. Стэнли в 2018 г. рассмотрели взаимосвязь нормативно-правового регулирования и уровня бедности. Названные авторы пришли к выводу, что увеличение регуляторной нагрузки на 10% приводит к увеличению показателя бедности на 2,5% [Chambers D. et al., 2019: 134].

Позднее российский исследователь П.Н. Павлов пришел к похожим выводам на основе анализа российской экономики — упразднение 10% требований, имеющих в российской нормативной базе федерального уровня, в рамках «регуляторной гильотины» может способствовать выходу из состояния бедности порядка 1,1–1,4 млн. человек за счет стимулирования предпринимательской активности и повышения доходов от нее в структуре денежных доходов населения [Павлов П.Н., 2020: 76]⁹.

В условиях спада темпов экономического развития поиск новых источников роста экономики является назревшим. В этом смысле в качестве конечной цели «регуляторной гильотины» должны рассматриваться сокращение производственных издержек предприятий на соблюдение избыточных требований, а также устранение требований, препятствующих инвестициям и развитию бизнеса.

1.3. Реализация «регуляторной гильотины»

Законодательное закрепление механизма «регуляторной гильотины» произошло 31.07.2020 с принятием Закона об обязательных требованиях. Однако фактически пересмотр обязательных требований был начат годом ранее. 29.05.2019 Председатель Правительства утвердил План мероприятий

⁹ Ученый пришел к такому выводу, основываясь на корреляции социально-экономического положения субъектов федерации и жесткости регулирования видов экономической деятельности, которые вносят наибольший вклад в валовый региональный продукт. Жесткость регуляции исследователь измерял в количественном измерении объема текстовой информации в нормативных актах и частоты употребления лексем, указывающих на наличие требований к видам деятельности.

(«дорожную карту») реализации механизма «регуляторной гильотины»¹⁰, а 04.07.2019 — перечень органов власти и видов контроля, в отношении которых в первоочередном порядке должна осуществляться «регуляторная гильотина»¹¹. Некоторые эксперты отмечают, что длительная реализация столь масштабного проекта без надлежащих законодательных оснований привела к «институциональной слабости» проекта, что отразилось на качестве его результатов [Голодникова А.Е., 2021: 105].

Практически все исследователи дерегулирования подчеркивают важность управления подобными проектами надведомственными органами [Цыганков Д.Б., 2018: 72–82]; [Мартынов А.В., 2019: 143–165]; [Летуновский В.В., 2021: 34–42]. Однако данный подход был применен в России лишь частично. Все предложения об отмене и пересмотре нормативных правовых актов должны были согласовываться в рабочих группах реализации «регуляторной гильотины» (однако нормотворческие функции сохранялись за ведомственными регуляторами) 28.06.2019 Заместитель Председателя Правительства — руководитель Аппарата Правительства утвердил перечень 44 рабочих групп механизма «регуляторной гильотины» по сферам деятельности федеральных органов исполнительной власти¹².

В состав рабочих групп включались представители власти, бизнеса, отраслевых союзов, ассоциаций и объединений. В среднем в состав каждой из рабочих групп включалось 17 членов (в совокупности 738 членов по всем рабочим группам, или 644 человека, из которых 83 приняли участие в работе в двух и более группах). 15% членов рабочих групп являлись представителями власти (регулятора и его подведомственных организаций в соответствующей сфере деятельности), 42,5% — отраслевых союзов, ассоциаций, деловых объединений, 42,5% — бизнеса (подконтрольных лиц). Сопредседателями рабочих групп выступали государственные служащие (как правило, в ранге заместителя руководителя федерального органа исполнительной власти), а также деятели бизнеса и общественные деятели.

Если рабочая группа не одобряла проект нового акта, содержащего обязательные требования, разногласия рассматривались на Подкомиссии по совершенствованию контрольных (надзорных) и разрешительных функций федеральных органов исполнительной власти Правительственной комиссии по проведению административной реформы. Нормативные правовые акты

¹⁰ Available at: URL: <http://government.ru/news/36904/> (дата обращения: 19.04.2021)

¹¹ Перечень органов власти и видов контроля, в отношении которых в первоочередном порядке будет осуществляться механизм регуляторной гильотины. Available at: URL: <http://government.ru/news/37293/> (дата обращения: 21.04.2021)

¹² Перечень рабочих групп реализации механизма регуляторной гильотины по сферам деятельности федеральных органов исполнительной власти. Available at: URL: <http://government.ru/info/37280/> (дата обращения: 05.03.2021)

федеральных органов исполнительной власти, содержащие обязательные требования в сфере реализации «регуляторной гильотины», могли направляться на государственную регистрацию в Министерство юстиции только с приложением протокола заседания рабочей группы или уполномоченной Подкомиссии¹³ об одобрении такого акта.

Таким образом, рабочие группы имели возможности влиять на содержание вновь принимаемых нормативных правовых актов посредством голосования по проектам, подготовленным регулятором. Однако результативность работы такого надведомственного фильтра снижалась из-за следующих факторов:

деятели бизнеса и общества работали в группах на общественных началах с различной степенью вовлеченности и погруженности в тему регулирования по предмету проекта акта, выносимого на их рассмотрение;

голосование по актам происходило без согласования с рабочей группой целевой модели (архитектуры) регулирования и укрупненных групп обязательных требований;

члены рабочих групп не участвовали в проработке общего содержания проектов актов перед их подготовкой, а голосовали по уже готовым проектам;

новые акты должны были разрабатываться в соответствии с требованиями федеральных законов, в отношении которых «регуляторная гильотина» не проводилась. В результате происходило «запрограммированное переутверждение существовавших обязательных требований, если они вытекали напрямую из законов», что подменяло процесс дерегулирования процессом ре-регулирования [Голодникова А.Е., 2021: 117].

По указанным причинам ни рабочие группы, ни Подкомиссию, при которой они были созданы, нельзя было полностью приравнять к надведомственному дерегулирующему органу. Инициатива и монополия на разработку новых обязательных требований оставались в руках регулятора.

Также стоит отметить, что деятельность рабочих групп не носила публичного характера. А в международном опыте обсуждение проектов дерегулирования часто имело открытый характер. Например, одним из этапов вьетнамской «регуляторной гильотины» — «Проекта 30» было обсуждение с деятелями бизнеса административных процедур, которые необходимо устранить или упростить. Заседания, на которых происходили такие обсуждения, были открытыми и частично транслировались по телевидению¹⁴.

¹³ Постановление Правительства РФ от 13.08.1997 № 1009 «Об утверждении Правил подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации» // СЗ РФ. 1997. № 33. Ст. 3895.

¹⁴ Schwarz M. Report: Project 30: A Revolution in Vietnamese Governance? Web-site of Brookings Institution. Available at: <https://www.brookings.edu/research/project-30-a-revolution-in-vietnamese-governance/> (дата обращения: 12.04.2021)

Деятельность же российских рабочих групп «регуляторной гильотины» оставалась закрытой. Вполне вероятно, что публичность этой деятельности (опубликование результатов голосования, интернет-трансляции обсуждений и т.д.) могли бы повысить эффективность реализации проекта.

1.4. Методика проведения «регуляторной гильотины»

Классическая методология «регуляторной гильотины» описана в докладе Дж. Скотта, подготовленном в преддверии такой реформы в Хорватии в 2005 году [Scott J., 2005: 4-5]. Данный исследователь выделил следующие этапы «гильотины»: определение сфер дерегулирования; обеспечение правовой основы процедуры; предписание органам государственной власти подготовить список нормативных актов, относящихся к сфере «гильотины»; оценка регуляторами нормативных актов в списках на предмет их обоснованности; пересмотр этих оценок центральным независимым органом по «гильотине»; консультация с заинтересованными субъектами и подготовка итоговых перечней актов, подлежащих отмене, пересмотру и сохранению; принятие единого решения по данным перечням, после которого все акты, включенные в перечень подлежащих отмене, автоматически прекращают свое действие («гильотина падает»).

Методика проведения «регуляторной гильотины» в России была иной. В июле 2019 года на портале «гильотины» была опубликована Методика исполнения плана мероприятий («Дорожной карты») по реализации механизма «регуляторной гильотины»¹⁵ (далее — Методика).

Она предусматривала разработку для каждой сферы регулирования, включенной в реформу, целевой структуры нормативного регулирования. При определении целевой структуры необходимо было описать действующую схему регулирования, защищаемые ценности и методы управления рисками. Понимание ситуации «как есть» должно было помочь разработать перспективную (целевую) модель регулирования. При разработке такой модели необходимо было определить защищаемые ценности, ключевые риски, воздействующие на такие ценности, приемлемый уровень риска. Далее требовалось определить, какие объекты необходимо регулировать и какие минимально необходимые способы регулирования (требования) достаточны для обеспечения приемлемого уровня риска. Только после этого необходимо было приступить к разработке нормативных правовых актов с новыми обязательными требованиями.

¹⁵ Available at: URL: <https://knd.ac.gov.ru/wp-content/uploads/2019/09/method.pdf> (дата обращения: 21.04.2021)

Однако на практике такой системный подход применить не удалось. Е.А. Артеменко проанализировал структуры нормативного регулирования 26 контрольных органов, осуществляющих деятельность по 73 сферам регулирования (видам контроля) и пришел к следующим выводам. Органы формально подходили к разработке структур регулирования. В абсолютном большинстве изученных структур отсутствовали анализ альтернатив регулирования и обоснование выбранного способа регулирования. Автор считал, что в случае реализации подготовленных структур бизнес не почувствовал бы значительных изменений, так как подготовленные документы прямо или косвенно поддерживали существующую схему регулирования. В рабочих группах подготовленные структуры регулирования практически не обсуждались [Артеменко Е.А., 2021: 42, 46].

На прохождение стадии системного проектирования и рассмотрения альтернативных вариантов регулирования, а, тем более, на качественную оценку регулирующего воздействия не было ни временных, ни кадровых ресурсов. Более того, на разработку экономически обоснованной модели регулирования требовались экспертные исследования, на которые бюджетные средства не выделялись.

После стадии системного проектирования, в соответствии с Методикой, регуляторы должны были определить нормативные правовые акты, которые будут отменены. Формирование перечня актов, подлежащих признанию утратившими силу (отмене), должно было проводиться на основании перечней нормативных правовых актов, содержащих обязательные требования, ведение которых осуществлялось в соответствии с п. 1 ч. 2 ст. 8.2 Федерального закона «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля»¹⁶. Однако, как показало исследование, проведенное авторами настоящей статьи, в результате «гильотины» абсолютное большинство отмененных актов не упоминалось в таких перечнях. Можно утверждать, что процедура отбора актов к отмене не имела прозрачного характера и была неясной.

С учетом вышеописанных дефектов методики «регуляторной гильотины» приходится согласиться с выраженным в доктрине мнением о том, что концепция «регуляторной гильотины» была проработана не полностью, поэтому в результате ее реализации не произойдет полноценного дерегулирования [Мартынов А.В., 2019: 159].

¹⁶ Федеральный закон от 26.12.2008 № 294-ФЗ (ред. от 08.12.2020) «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля» // СЗ РФ. 2008. № 52 (ч. 1). Ст. 6249.

1.5. Сферы проведения «регуляторной гильотины»

Крайне важным вопросом «регуляторной гильотины» является установление границ ее применения. В мировой практике проводились как крупномасштабные реформы, распространявшиеся на всю нормативную базу государства, так и реформы, в которых «гильотинировались» только отдельные сферы или типы актов. Сферы «регуляторной гильотины» в России определены в распоряжении Правительства от 15.12.2020 № 3340-р¹⁷ (далее — перечень № 3340-р), устанавливающим 132 вида государственного контроля (надзора), в отношении которых применяется данный механизм. Дополнительно данный перечень ограничивает сферу «гильотины» указанием на 32 федеральных органа, которые осуществляют такие виды контроля. Таким образом, если какой-либо вид контроля осуществляется несколькими контрольными (надзорными) органами, один из которых указан в перечне № 3340-р, а другие нет, то предполагается, что «регуляторная гильотина» не затрагивает предмета контроля, осуществляемого органами, не упомянутыми в перечне.

Перечень № 3340-р составлен с учетом ограничений действия Закона об обязательных требованиях, установленных в ст. 1 и 15 данного Закона. Во-первых, в них указано, что «регуляторная гильотина» применяется только к обязательным требованиям, соблюдение которых оценивается при осуществлении государственного контроля (надзора), а также требований, несоблюдение которых является основанием для привлечения к административной ответственности.

Во-вторых, Закон исключает из-под «регуляторной гильотины» ряд сфер общественных отношений. Именно поэтому в перечень № 3340-р не были включены виды контроля в сфере обороны и безопасности, финансово-кредитной сфере (ст. 1), в сфере электроэнергетики и государственно-частного партнерства, а также все виды муниципального контроля (ст. 15). Однако Правительство России, утверждая перечень № 3340-р, расширило перечень исключений за счет некоторых видов федерального контроля (например, земельный надзор Росреестра) и всех видов регионального контроля.

Также «регуляторная гильотина» в силу ст. 15 Закона об обязательных требованиях применяется только к актам Правительства России, федераль-

¹⁷ Распоряжение Правительства РФ от 15.12.2020 № 3340-р «Об утверждении перечня видов государственного контроля (надзора), в рамках которых обеспечиваются признание утратившими силу, не действующими на территории РФ и отмена нормативных правовых актов Правительства РФ, федеральных органов исполнительной власти, правовых актов исполнительных и распорядительных органов государственной власти РСФСР и Союза ССР, содержащих обязательные требования, соблюдение которых оценивается при осуществлении государственного контроля (надзора)». СПС Консультант Плюс.

ных органов исполнительной власти, исполнительных и распорядительных органов государственной власти РСФСР и СССР. Соответственно, обязательные требования, установленные законодательными актами, актами Президента, нормативными правовыми актами субъектов федерации, муниципальных образований, продолжают действовать без каких-либо ограничений.

Точное определение сферы «регуляторной гильотины» важно потому, что от этого зависит юридическая судьба нормативных правовых актов, которые не попали в рамки проекта, и, соответственно, не были ни отменены, ни сохранены. С начала обсуждения «регуляторной гильотины» Правительство сразу нацелилось на реализацию принципа «все, что не пересмотрено, должно перестать применяться на практике». Данный принцип был закреплен в ч. 2 и 3 ст. 15 Закона об обязательных требованиях. Такой подход вызывал серьезные опасения исследователей, заявлявших о возможных негативных последствиях образования правового вакуума [Мартынов А.В., 2019: 160]; [Цыпкина И.С., 2019: 79]; [Крашенинников П.В., 2020: 10]; [Саламатов В.Ю., 2020: 110]; [Залоило М.В., 2020: 44]; [Летуновский В.В., 2021: 34-42]. Однако сейчас очевидно, что данная опасность не реализовалась из-за множества ограничений сферы «регуляторной гильотины».

Совокупность данных ограничений приводит к нарушению правовой определенности и создает путаницу. Теперь судье или должностному лицу административного органа, определяющему, подлежит или не подлежит применению тот или иной неотмененный нормативный правовой акт, принятый до 1.01.2020, в каждом случае придется проводить разбирательство в целях установления, кем применяется акт, в рамках какого полномочия, в какой сфере действует акт. Степень субъективного усмотрения при решении данных вопросов может приводить к злоупотреблениям.

Еще больше усложняет ситуацию способ утверждения Правительством «белого списка» с актами, действие которых сохранено. Все акты в нем указаны в привязке к конкретному виду контроля и органу контроля¹⁸. Одни и те же акты в списке могут указываться несколько раз по отношению к разным видам контроля и (или) органам контроля. Означает ли это, что акт, включенный в «белый» список, сможет применяться только в рамках того органа и того вида контроля, к которому он привязан, а в рамках иных видов контроля, подпадающих под «регуляторную гильотину», но не указанных в «белом» списке, акт не подлежит применению? Кроме того, некоторые акты с обязательными требованиями внесены в «белый список» на определенный срок. Каковы должны быть юридические последствия после истечения такого срока, если акт формально не признан утратившим силу (не отменен)?

¹⁸ Это свидетельствует, что при реализации «регуляторной гильотины» не удалось преодолеть ведомственной разобщенности.

Данные вопросы не имеют однозначного ответа, и можно утверждать, что они будут решаться посредством издания писем регуляторов с изложением позиции о статусе действия того или иного акта. Минэкономразвития России уже сообщило свою позицию¹⁹ по вопросу о последствиях истечения срока действия нахождения акта в «белом списке». По мнению ведомства, после истечения соответствующих сроков нормативный правовой акт не может оцениваться в рамках соответствующего вида государственного контроля (надзора), а несоблюдение содержащихся в них обязательных требований не может являться основанием привлечения к административной ответственности. Однако нормативный правовой акт продолжит действие и может оцениваться в рамках других видов контроля (надзора). На практике такой подход порождает многочисленные споры.

2. Количественная оценка итогов «регуляторной гильотины»

2.1. Количество нормативных правовых актов, отмененных в результате «регуляторной гильотины»

Минэкономразвития России отчиталось об отмене (признании недействующими) к началу 2021 года более 11000 нормативных правовых актов и документов, включая 8631 актов советского периода и 3003 акта, изданных после 1991 года.

Подсчет, проведенный авторами на основе данных справочно-правовой системы «КонсультантПлюс», позволил выявить только 2274 отмененных в рамках «гильотины» нормативных правовых акта и документа постсоветской эпохи, имеющих самостоятельный предмет регулирования (т.е. не включая акты о внесении изменений), что на 24% меньше официально объявленного количества отмененных актов (3003), принятых после 1991 года. Такой же поиск признанных недействующими актов СССР и РСФСР позволил выявить 8204 акта данной категории, что также меньше официально объявленного количества. Данное расхождение может быть объяснено действием двух факторов.

Во-первых, среди отмененных нормативных правовых актов существенную часть составляют акты о внесении изменений и дополнений в действующие нормативные правовые акты (вместе с самими актами, содержащими обязательные требования, утратившими силу признавались все акты, которыми в них вносились) [Кловач Е.В. и др., 2020: 26].

¹⁹ Письмо Минэкономразвития России от 01.03.2021 № ОГ-Д26-1679 «О рассмотрении обращения» // СПС КонсультантПлюс.

Во-вторых, в ходе «регуляторной гильотины» активно применялась практика признания утратившими силу или отмененными нормативных правовых актов и документов приказами ведомств, которые затем официально не публиковались. Согласно ч. 3 ст. 15 Конституции Российской Федерации любые нормативные правовые акты, затрагивающие права, свободы и обязанности человека и гражданина, не могут применяться, если они не опубликованы официально для всеобщего сведения. Полагаем, что признание недействующими нормативных актов, содержащих обязательные требования, затрагивает обязанности человека и гражданина (в том числе обязанности объединений граждан). Отсутствие публикации приказов об отмене или признании недействующими «гильотинируемых» актов может привести к тому, что соответствующие нормы продолжат применяться впредь как физическими и юридическими лицами, так и органами власти (включая суды). В качестве примера можно указать на признание недействующими 37 документов МЧС России не только неопубликованными актами, но и вообще документами в статусе писем²⁰.

В таблице 1 приведены сведения о количестве нормативных правовых актов, которыми отменяются (признаются недействующими) «гильотинируемые» акты и документы, с указанием сведений об их официальном опубликовании²¹.

Таблица 1. Сведения о количестве и опубликовании нормативных правовых актов, которыми отменяются (признаются недействующими) акты и документы в рамках «регуляторной гильотины»

Виды актов об отмене	Количество актов об отмене (признании недействующими):	
	актов и документов органов СССР (РСФСР)	актов, принятых после 1991 года
Всего, в том числе:	48	69
актов Правительства РФ	7	45
актов федеральных органов исполнительной власти	41	24
из них не опубликованных официально	35	16

²⁰ Письмо МЧС России от 22.07.2020 № 91-136-12; Письмо МЧС России от 16.11.2020 № М-ИД-8; Письмо МЧС России от 23.12.2020 № М-ИД-28.

²¹ Сведения об опубликовании приводятся на основе данных справочно-правовой системы КонсультантПлюс.

Всего неопубликованными актами отменено, признано утратившими силу или недействующими 346 постсоветских актов (15%) и 2124 акта органов СССР, РСФСР (26%).

2.2. Доля актов с обязательными требованиями, подвергнутых «регуляторной гильотине»

Среди ученых и практиков отмечался скепсис к массовой отмене нормативных правовых актов. Указывалось, что отбор актов к отмене по формальному признаку (времени их принятия) является сомнительным. Не все старое регулирование автоматически является неэффективным и избыточным, а разработка новых актов не во всех случаях приведет к более разумному регулированию. Новые обязательные требования могут отличаться от старых в худшую сторону [Мартынов А.В., 2019: 160]. Ряд исследователей отмечал, что под «гильотину» попали акты, многие из которых на практике не применялись, т.е. «гильотина» часто применялась к «мертвым» нормам [Крашенинников П.В., 2020: 10]; [Летуновский В.В., 2021: 34–42].

Таким образом, крайне интересно, какая же доля нормативных правовых актов, содержащих обязательные требования, была подвергнута «регуляторной гильотине». Для ответа авторы исследовали перечни правовых актов, содержащих обязательные требования, соблюдение которых оценивается в рамках мероприятий по контролю. В таблице 2 приведены сведения о результатах инвентаризации перечней правовых актов в соответствии с методологией, описанной в введении к настоящей статье²².

Для ответа на вопрос — какая доля актов с обязательными требованиями подверглась «регуляторной гильотине», авторы проанализировали юридическую судьбу 8490 актов, внесенных в перечни правовых актов по состоянию на февраль 2020 года. Из этого количества были исключены акты, очевидно не подпадающие под «регуляторную гильотину» по формальным признакам (международные и законодательные акты, акты Президента Российской Федерации, федеральные государственные образовательные стандарты, ГОСТы). Был получен список из 4617 актов. Из данной совокупности

²² Для сопоставимости данных из числа перечней, действовавших на середину февраля 2021 года, исключены перечни правовых актов, соблюдение которых оценивается в рамках предоставления лицензий и иных разрешений, а также перечни правовых актов, соблюдение которых оценивается при привлечении к административной ответственности, так как в 2020 году ведение таких перечней не осуществлялось. Следует отметить, что количество перечней правовых актов, действовавших в 2021 году, может увеличиваться, так как такие перечни продолжают приниматься (не все органы успели своевременно исполнить требование об их принятии). Соответственно, количество правовых актов, содержащих обязательные требования, также может увеличиваться.

Таблица 2. Сведения о перечнях правовых актов, содержащих обязательные требования по состоянию на середину февраля 2020 года и середину февраля 2021 актов

Показатель	2020 год	2021 год
Количество перечней правовых актов, содержащих обязательные требования, подлежащих оценке	200	247
Общее количество нормативных правовых актов, содержащихся в таких перечнях:	10524	8882
из них уникальных	8490	6529 (–23%)
из уникальных актов — акты, принятые в 2020 году	—	813 (12,5%)
Средний «возраст» нормативных правовых актов, содержащихся в перечнях	10,5 лет	8,3 года

случайным образом была сформирована выборка актов для содержательного анализа (869 актов). Данная выборка позволила в дальнейшем при экстраполяции выводов исследования на всю исследуемую совокупность добиться доверительной вероятности 95% при доверительном интервале (погрешности) 3%.

При детальном изучении отобранных для исследования актов выяснялись следующие вопросы: относится ли предмет регулирования акта к сфере применения «регуляторной гильотины»; продолжает ли действовать акт; если в отношении акта к моменту исследования принято решения о его отмене, то с какой даты предусмотрена утрата его силы; включен ли акт в «белый список» и если включен, то установлена ли в таком списке предельная дата применения акта.

При изучении данной выборки было обнаружено, что не менее 3% актов в ней (что соответствует примерно 220 актам в исследуемой генеральной совокупности) были внесены в перечни ошибочно, так как они утратили силу еще до 2020 года. Для дальнейшей обработки результатов данные акты были исключены из исследуемой совокупности, и количество уникальных актов, содержащих обязательные требования, подлежащие оценке на начало 2020 года, было принято за 8270. Результаты, полученные в ходе анализа выборки и последующей экстраполяции, содержатся в таблице 3.

Полученные данные позволяют сделать два основных вывода о количественных результатах «регуляторной гильотины». Во-первых, в ходе гильотины было отменено или признано утратившими силу примерно 1220 актов, требования которых оценивались при осуществлении государственного контроля (надзора) по состоянию на начало 2020 г. Это составляет только 10,5 % из 11 600 актов и документов, отмененных в рамках «регуляторной

Таблица 3. Распределение актов с обязательными требованиями, действующих в начале 2020 года и подвергнутых «регуляторной гильотине», по типу принятого решения

Группа		Показатель	Доля	Количество
Всего актов с обязательными требованиями, из них:			100%	8270
Не «гильотина»	акты, в отношении которых «гильотина» не подлежала применению, в том числе:		—	~5780
	международные договоры и акты международных организаций		5%	~290
	законодательные акты, акты Президента РФ		7%	~390
	федеральные государственные образовательные стандарты		26%	~1500
	ГОСТы		29%	~1680
	стандарты и порядки оказания медицинской помощи, клинические рекомендации		1%	~60
	правила предоставления субсидий и другие вопросы финансового контроля		8%	~470
	иное (вопросы обороны, безопасности и другие сферы, на которые «гильотина» не распространяется)		24%	~1390
Не рассмотрено	акты, в отношении которых «гильотина» подлежала применению, но которые не были рассмотрены при ее осуществлении (акты не отменены и не внесены в «белый» список)		6%	~490
Рассмотрено	—	акты, в отношении которых осуществлялась процедура «гильотины» (акты отменены или внесены в «белый» список), из них:	—	~2000
		акты, утратившие силу с 1 января 2021 года;		~920
	Рассмотрено с отменой	акты, в отношении которых приняты решения об их утрате силы позже 1 января 2021 года (но не позднее 1 сентября 2022 года);	15%	~300
	Рассмотрено с сохранением	акты, действия которых сохранено после 1 января 2021 года бессрочно или до определенной даты (т.е. включенные в «белый список»), из них:	24%	~780
		акты, в отношении которых допускается применение только по конкретным видам контроля до определенной даты (максимально до 1 сентября 2022 года), при этом формальная отмена таких актов (признание их утратившими силу) не предусмотрено ²³	9%	~160

²³ Это означает, что такие акты не будут применяться в рамках тех видов контроля, применительно к которым они указаны в «белом списке», но могут быть применены в рамках

ги льотины» по данным Минэкономразвития России. Следовательно, примерно 90% предмета «регуляторной гильотины» составили акты и документы, которые не проверялись в рамках осуществления государственного контроля (надзора).

Во-вторых, среди нормативных правовых актов, являвшихся предметом контроля в начале 2020 г., большую часть (70%) составляли акты, на которые «регуляторная гильотина» не распространялась в силу правил самой гильотины. Из всей совокупности актов, требования которых проверяются в рамках контроля, были рассмотрены только 24% актов, из которых отменено 15%. Действие 9% актов было продлено на нечетких условиях, что может привести к правовой неопределенности.

6% актов было «забыто» и не попало в фокус реформы. Формально обязательные требования, содержащиеся в таких актах, теперь не могут оцениваться при осуществлении видов государственного контроля (надзора), указанных в распоряжении Правительства от 15.12.2020 № 3340-р. Однако отсутствие решений Правительства и федеральных органов исполнительной власти об отмене таких актов, скорее всего, приведет к неопределенности и противоречивой правоприменительной практике.

Заключение

Исследование позволило выявить ряд проблем реализации «регуляторной гильотины», к которым относятся:

Отсутствие надлежащей стадии системного проектирования целевой модели регулирования. Разрабатываемые целевые структуры нормативного регулирования сфер общественных отношений носили формальный характер. Члены рабочих групп не могли влиять на их концептуальное содержание, в том числе из-за связанности требованиями законодательных актов, на которые «гильотина» не распространялась. В итоге подготовленные документы воспроизводили сложившуюся ранее схему регулирования.

Члены рабочих групп имели возможность блокировать принятие нового акта с обязательными требованиями, если они не были довольны его содержанием, но инициатива и монополия на разработку новой архитектуры обязательных требований оставалась у регулятора. Склонить регулятора к разработке новых требований на основе принципов доказательственного регулирования рабочие группы не могли. На стороне ведомств был и фактор времени. Чем ближе была дата 01.01.2021, тем более «сговорчивыми» были

иных видов, которые не попали в сферу «гильотины» (например, виды регионального или муниципального контроля) или могут быть применены судами при разрешении споров, не связанных с осуществлением контрольной деятельности.

члены рабочих групп, так как плохое регулирование лучше, чем полное его отсутствие. Кроме того, ведомства могли инициировать включение актов с обязательными требованиями, по которым не удалось договориться, в «белый список».

Сфера действия «регуляторной гильотины» была сильно ограничена. Помимо общих границ применения Закона об обязательных требованиях «гильотина» была ограничена правительственным перечнем видов контроля, в отношении которых она реализуется (распоряжение № 3340-р). Данный перечень предусматривал участие в проекте не всех федеральных органов контроля и не всех видов контроля.

Наличие группы актов, ограниченных в применении с 1 января 2021 года при проведении контроля, но без формальной отмены таких актов, создает риски возникновения правовой неопределенности и субъективного усмотрения при определении правоотношений, для которых акт продолжает применяться.

Исследование позволило подтвердить преувеличение масштабов «гильотины» за счет отмены актов, которые на практике не применялись (в том числе в силу отсутствия в них оцениваемых обязательных требований), а также за счет включения в перечни отменяемых НПА «технических» актов о внесении изменений. Из 11600 нормативных правовых актов и документов, отмененных по официальным данным, только 10,5% актов содержали оцениваемые обязательные требования.

В доктрине присутствует мнение, что по итогам «регуляторной гильотины» 2019–2020 не удалось достигнуть экономически значимых результатов, и сроки ее реализации необходимо продлить до 2024–2025 годов [Голодникова А.Е., 2021: 105–117]. Подобным образом была сформулирована и гипотеза настоящей статьи. Настоящее исследование в целом подтвердило данную гипотезу. В отношении 70% актов, являвшихся предметом государственного контроля, «регуляторная гильотина» не применялась в силу правил самой «гильотины». 6% актов не попало в фокус внимания «гильотины». Среди оставшихся 24% актов — 9% актов было включено в «белый список», и только 15% актов было отменено.

Технической проблемой реализации «регуляторной гильотины» было признание утратившими силу нормативных правовых актов и документов неопубликованными приказами ведомств. Таким образом, было отменено 15% от общего количества «гильотинированных» актов современной России и 26% актов, изданных органами СССР (РСФСР). Это может привести к сохранению практики применения таких актов.

В дальнейшем целесообразно концентрировать усилия Правительства по дерегулированию на отдельных, наиболее обременительных для предпринимательской деятельности сферах. Требования в них должны быть заново

пересмотрены, но уже на комплексном уровне с обязательным прохождением предварительной стадии системного проектирования целевой модели регулирования на основе доказательственного подхода.



Список источников

1. Артеменко Е.А. «Регуляторная гильотина»: анализ проектов новых структур нормативного регулирования // Вопросы государственного и муниципального управления. 2021. № 1. С. 30–55.
2. Голодникова А.Е., Ефремов А.А., Цыганков Д.Б. Под знаком «регуляторной гильотины»: как разорвать замкнутый круг дерегулирования и ре-регулирования? // Закон. 2021. № 2. С. 105–117.
3. Залоило М.В. Фрагментация как современная тенденция развития правового пространства // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 1. С. 27–49.
4. Кловач Е.В., Печеркин А.С. и др. «Регуляторная гильотина» в области промышленной безопасности // Безопасность труда в промышленности. 2020. № 11. С. 21–28.
5. Крашенинников П.В. Регуляторную гильотину нельзя ставить во главу угла в административной реформе // Закон. 2020. № 6. С. 8–12.
6. Летуновский В.В., Агеев А.А. Некоторые проблемы реализации мероприятий «регуляторной гильотины» // Административное право и процесс. 2021. № 1. С. 34–42.
7. Любимов Ю., Новак Д., Цыганков Д. и др. «Регуляторная гильотина» // Закон. 2019. № 2. С. 20–36.
8. Мартынов А.В. Перспективы применения механизма «регуляторной гильотины» при реформировании контрольно-надзорной деятельности // Вестник Нижегородского университета им. Н.И. Лобачевского. 2019. № 5. С. 143–165.
9. Ноздрачев А.Ф., Стародубова О.Е. Обзор научно-практического семинара «регуляторная гильотина» как решающий фактор эффективности и результативности государственного контроля (надзора) // Журнал российского права. 2021. Т. 25. № 1. С. 170–175.
10. Павлов П.Н. Влияние регуляторной жесткости нормативно-правовой базы на динамику бедности в регионах России // Вопросы экономики. 2020. № 12. С. 62–79.
11. Саламатов В.Ю., Мостынец Е.А. Мировая и российская практика «регуляторной гильотины» // Бизнес. Общество. Власть. 2020. № 4. С. 107–112.
12. Цыганков Д.Б., Голодникова А.Е., Ефремов А.А. и др. Регуляторная политика в России: основные тенденции и архитектура будущего. 2018. Available at: URL: <https://publications.hse.ru/mirror/pubs/share/direct/219490174> (дата обращения: 07.02.2019)
13. Цыпкина И.С. К вопросу о целесообразности реализации механизма «регуляторной гильотины» применительно к трудовому законодательству // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2019. № 11. С. 77–82.
14. Chambers D., McLaughlin P., Stanley L. Regulation and poverty: An empirical examination of the relationship between the incidence of federal regulation and the occurrence of poverty across the US state. Public Choice, 2019, vol. 180, no. 1–2, pp. 131–144.
15. Kim Jong Seok et al. Case Studies of Reform Implementation Experience: Regulatory Transformation in Korea. Washington: Foreign Investment Advisory Service, 2008, pp. 18–19.

16. Scott J. The regulatory Guillotine Strategy. Preparing the Business Environment in Croatia for Competitiveness in Europe. Washington, US Agency for International Development, 2005, pp. 4–5. Available at: https://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNADG614.pdf (дата обращения: 19.04.2021)



References

1. Artemenko E.A. (2021) Regulatory guillotine: analysis of draft new regulatory structures. *Voprosy gosudarstvennogo i munitsipal'nogo upravleniya* = State and Municipal Management, no. 1, pp. 30–55 (in Russ.)
2. Chambers D., McLaughlin P., Stanley L. (2019) Regulation and poverty: An empirical examination of the relationship between the incidence of federal regulation and the occurrence of poverty across the US state. *Public Choice*, vol. 180, no. 1–2, pp. 131–144.
3. Golodnikova A. Ye., Yefremov A.A. Tsygankov D.B. (2021) Under the sign of the “regulatory guillotine”: how to break the vicious circle of deregulation and re-regulation? *Zakon* = Law, no. 2, pp. 105–117 (in Russ.)
4. Kim Jong Seok et al. (2008) Case Studies of Reform Implementation Experience: Regulatory Transformation in Korea. Washington: Foreign Investment Advisory Service, pp. 18–19.
5. Klovach E.V., Pecherkin A.S. et al. (2020) Regulatory guillotine in the field of industrial safety. *Bezopasnost' truda v promyshlennosti* = Safety of Industrial Labor, no. 11, pp. 21–28 (in Russ.)
6. Krashenninnikov P.V. (2020) Regulatory guillotine cannot be put at the forefront in administrative reform. *Zakon* = Law, no. 6. pp. 8–12 (in Russ.)
7. Letunovsky V.V., Ageev A.A. (2021) Implementing regulatory guillotine. *Administrativnoye pravo i protsess* = Administrative Law and Process, no. 1, pp. 34–42 (in Russ.)
8. Lyubimov Yu., Novak D., Tsygankov D. et al. (2019) Regulatory guillotine. *Zakon* = Law, no. 2, pp. 20–36 (in Russ.)
9. Martynov A.V. (2019) Prospects for using mechanism of regulatory guillotine in the reform of control and supervision activities. *Vestnik Nizhegorodskogo universiteta* = Nizhnyi Novgorod University Journal, no. 5. pp. 143–165 (in Russ.)
10. Nozdrachev A.F., Starodubova O.E. (2021) “Regulatory guillotine” as a decisive factor in the effectiveness of state control (supervision). *Zhurnal rossiyskogo prava* = Journal of Russian Law, vol. 25, no. 1, pp. 170–175 (in Russ.)
11. Pavlov P.N. (2020) Influence of regulatory rigidity of legal framework on the dynamics of poverty in the regions of Russia. *Voprosy ekonomiki* = Issues of Economy, no. 12, pp. 62–79 (in Russ.)
12. Salamatov V. Yu., Mostynets E.A. (2020) World and Russian practice of regulatory guillotine. *Biznes. Obshchestvo. Vlast'* = Business. Society. Power, no. 4. pp. 107–112 (in Russ.)
13. Scott J. (2005) The regulatory Guillotine Strategy. Preparing the Business Environment in Croatia for Competitiveness in Europe. Washington, US Agency for International Development, pp. 4–5. Available at: https://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNADG614.pdf (дата обращения: 19.04.2021)
14. Tsygankov D.B., Golodnikova A.E., Efremov A.A. et al. (2018) Regulatory policy in Russia: key trends and architecture of the future. Available at: URL: <https://publications.hse.ru/mirror/pubs/share//direct/219490174> (accessed: 07.02.2019) (in Russ.)

15. Tsypkina I.S. (2019) On expediency of implementing mechanism of the “regulatory guillotine” in relation to labor legislation. *Vestnik Universiteta Kutafina* = Journal of Kutafin University, no. 11, pp. 77–82 (in Russ.)

16. Zaloilo M.V. (2020) Fragmentation as a modern trend in the development of the legal space. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki* = Law. Journal of the Higher School of Economics, no. 1. pp. 27–49 (in Russ.)

Информация об авторах:

А.В. Кнутов — старший научный сотрудник, Институт государственного и муниципального управления.

С.М. Плаксин — заместитель директора, Институт государственного и муниципального управления, кандидат экономических наук.

Р.Х. Синятуллин — аналитик, Институт государственного и муниципального управления.

А.В. Чаплинский — старший научный сотрудник, кандидат юридических наук, Институт государственного и муниципального управления.

Information about the authors:

A.V. Knutov — Senior Research Fellow, Institute of State and Municipal Administration.

S.M. Plaksin — Deputy Director, Institute of State and Municipal Administration, Candidate of Sciences (Economics).

R.Kh. Sinyatullin — Analyst, Institute of State and Municipal Administration.

A.V. Chaplinskiy — Senior Research Fellow, Institute of State and Municipal Administration, Candidate of Sciences (Law).

Статья поступила в редакцию 28.04.2021; одобрена после рецензирования 28.08.2021; принята к публикации 15.12.2021.

The article was submitted to the editorial office 28.04.2021; approved after reviewing 28.08.2021; accepted for publication 15.12.2021.

Научная статья

УДК 349.6

DOI:10.17323/2072-8166.2022.2.28.59

О правотворчестве в сфере природопользования: в чем заключаются истинные «особенности национальной охоты»



Дмитрий Борисович Горохов

Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, Россия 117218, Москва, ул. Большая Черемушkinsкая, 34, julia7709@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0003-0973-6527>



Аннотация

В статье рассматривается научная позиция в отношении реализованной (июнь 2021 г.) законодательной инициативы, изменившей правовой режим охотничьих угодий и порядок заключения охотно-хозяйственных соглашений как основания предоставления государством в пользование частным лицам охотничьих угодий и права на осуществление видов деятельности в сфере охотничьего хозяйства, включая добычу охотничьих ресурсов. Позиция сформирована на основе комплексного исследования, проведенного с использованием формально-юридического и системного методов, методов моделирования и сравнительного правоведения. Проанализированы действующее правовое регулирование, нормы на стадии их проектирования, новые положения Федерального закона об охоте, фактические обстоятельства. Приведен прогноз негативных последствий изменения Федерального закона «Об охоте» в 2021 г. Сделан вывод, что новеллы, изменившие данный Закон, устанавливают в интересах частных лиц режим владения, пользования и распоряжения охотничьими угодьями, принадлежащими государству на праве собственности, а по фактическим последствиям направлены на приватизацию охотничьих угодий, включение их в гражданский оборот между частными лицами, причем совместно с правом добычи охотничьих ресурсов и ведением иных видов деятельности в сфере охотничьего хозяйства. Этим нарушается принцип приоритета публичных интересов в сфере природопользования, а цель и истинный предмет правового регулирования проанализированных новелл, включая способ их введения в правовую систему, обладают признаками «сомнительной легитимации» и имеют

скрытую форму, поскольку охотничьи угодья являются единым природным и недвижимым комплексом, находятся в государственной собственности и не могут подлежать обороту между частными лицами. Предоставление от лица государства охотничьих угодий частным лицам не должно осуществляться иначе как исключительно в пользование, имеющее строго определенную цель, разумные сроки и персонализированное исполнение обязательств, без возможности осуществления правомочий распоряжения. Порядок предоставления государством в пользование частных лиц охотничьих угодий должен быть конкурентным, с использованием торгов, возмездным и гласным.



Ключевые слова

правотворчество; законодательная инициатива; охотничье хозяйство; охотничьи угодья; охотничьи ресурсы; среда обитания животного мира; право собственности на природные ресурсы.

Для цитирования: Горохов Д.Б. О правотворчестве в сфере природопользования: в чем заключаются истинные «особенности национальной охоты» // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 2. С. 28–59. DOI:10.17323/2072-8166.2022.2.28.59.

Research article

On Law-Making in the Field of Nature Management: what Are True “Features of National Hunting”



Dmitry B. Gorokhov

Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, 34 Bolshaya Cheremushkinskaya Str., Moscow 117218, Russia, julia7709@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0003-0973-6527>



Abstract

The article contains a scholar position regarding the recent legislative initiative implemented (June 2021), which has changed the legal regime of hunting grounds and the procedure for concluding hunting agreements as a basis for granting hunting grounds to private individuals for use and the right to carry out activities in the field of hunting, including the extraction of hunting resources. The position is formed on the basis of a comprehensive study conducted using formal legal and systematic methods, as well as methods of modeling and comparative jurisprudence. The analysis of the current legal regulation, norms at the stage of their design, new provisions of the Federal Law “On Hunting”, as well as factual circumstances is presented. It is concluded that the novelties that have changed the Federal Law mentioned do establish, in the interests of private individuals — hunting users, the regime of ownership, use and disposal of hunting grounds owned by the state on the right of ownership, and according to the actual consequences are aimed at the privatization of hunting grounds, their inclusion in civil turnover between private individuals, and together with the right of extraction of hunting resources and conducting other types of activities in the field of hunting. This violates the principle of priority of public interests in the field of nature management, and the

purpose and true subject of legal regulation of the analyzed novels, including the method of their introduction into the legal system, have signs of “dubious legitimation” and have a hidden form, since hunting grounds are a single natural and immovable complex, are in state ownership and cannot be subject to turnover between private faces. The provision of hunting grounds on behalf of the State to private individuals should not be carried out except exclusively for use, which has a strictly defined purpose, reasonable time and personalized fulfillment of obligations, without the possibility of exercising the powers of the order. The procedure for the provision of hunting grounds by the state for the use of private individuals should be competitive, with the use of bidding, paid and public. The forecast of negative consequences of the result of changing the Federal Law “On Hunting” through the introduction of innovations in 2021 is given.



Keywords

law-making; legislative initiative; hunting economy; hunting grounds; hunting resources; wildlife habitat; ownership of natural resources.

For citation: Gorokhov D.B. (2022). On Law-Making in the Field of Nature Management: What are the True “Features of National Hunting”. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15 , no 2, pp. 28–59 (in Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2022.2.28.59.

Введение

Правовое регулирование охраны и использования животного мира и среды его обитания, включая охоту и сохранение охотничьих ресурсов входит в сферу конституционного, экологического (природоохранного и природо-ресурсного), административного, гражданского права и законодательства. В доктрине имеются убедительные попытки обосновать формирование «фаунистического права» в рамках экологической отрасли права и законодательства, базовым нормативным актом для которых является Федеральный закон от 10.01.2002 № 7-ФЗ «Об охране окружающей среды»¹[Боголюбов С.А., Хачатуров Р.Л., (а), 2016: 329–330]; [Иванова С.В., 2018: 36–71]; [Боголюбов С.А., Хачатуров Р.Л. (б), 2020: 6–7, 321, 325].

Федеральный закон от 24.07.2009 № 209-ФЗ «Об охоте и о сохранении охотничьих ресурсов и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее — ФЗ «Об охоте»)² регулирует отношения, возникающие в связи с деятельностью в сфере охотничьего хозяйства: отношения в области охоты и сохранения охотничьих ресурсов. Действие этого Закона распространяется также на отношения, связанные с содержанием и разведением охотничьих ресурсов, находящихся в полуволевых условиях и искусственно созданной среде обитания. В научной литературе в

¹ СЗ РФ. 2002. № 2. Ст. 133.

² СЗ РФ. 2009. № 30. Ст. 3735.

достаточной степени изучены и прокомментированы нормы указанного ФЗ [Иутин И.Г., Кичигин Н.В. и др., 2011: 3–30]; [Минина Е.Л., 2016: 161–175], однако законодательные новеллы, рассматриваемые в настоящей статье, не получили должной профессиональной оценки.

В последнее время ФЗ «Об охоте» подвергается постоянным изменениям, самыми значительными из которых по прогнозируемым нами негативным последствиям, уже стали: 1) предоставление охотничьих угодий в пользование на срок 49 лет в порядке исключения из общего правила вне конкуренции, в нарушение принципа гласности, без аукциона тем субъектам предпринимательской деятельности в сфере охотничьего хозяйства, которые успели оформить отношения с государством согласно прежним требованиям, действовавшим до вступления в силу ФЗ «Об охоте» и ему не соответствующим³; 2) вызвавшая негативный общественный резонанс, но все же состоявшаяся легализация так называемой «вольерной охоты»⁴. Эти два изменения тесно связаны между собой общей тенденцией, которая продолжает набирать силу: новые законодательные инициативы, неуклонно реализующиеся в виде изменений ФЗ «Об охоте», де-факто направленные на нелегитимную приватизацию охотничьих угодий — огромных по своим размерам территорий, являющихся богатством страны, имеющих для государства и общества стратегическое значение, высокую экологическую, экономическую и социальную ценность.

Такой процесс возможно определять как скрытую (нелегитимную), не соответствующую гражданскому законодательству приватизацию, поскольку необходимость ее осуществления официально от лица государства не объявлялась, обществом не обсуждалась и в надлежащей форме законодательно не закреплялась. В итоге и государство, и законодатель, и общество получили опасную тенденцию, де-юре несущую риски на стадии правоприменения и дестабилизирующую правовую систему.

Мы определяли отдельные результаты правотворчества как новеллы, обладающие признаками «сомнительной легитимности»⁵, приводили такие

³ Федеральный закон от 29.07.2017 № 224-ФЗ «О внесении изменения в статью 71 Федерального закона «Об охоте и о сохранении охотничьих ресурсов и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2017. № 31 (ч. 1). Ст. 4773.

⁴ Федеральный закон от 18.02.2020 № 26-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об охоте и о сохранении охотничьих ресурсов и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» и Федеральный закон «О животном мире» // СЗ РФ. 2020, № 8. Ст. 920.

⁵ Термины «легитимность», «легитимизация» или «легитимация» происходят от лат. «legitimus» — законный. В исполнении разных авторов слово орфографически по-разному трансформируется из латинского прилагательного в русское существительное или же в глагол. В отечественной научной литературе встречаются тот и другой варианты в идентичном понимании. Согласно справочным источникам, «легитимация» и, соответственно «легити-

примеры, выражали опасения и констатировали факт, что случай «допускаемой неправомерности» может стать и становится актом легализации неправомерных действий, причем в виде федерального закона. Коллеги-юристы — ученые и практики такие фактические обстоятельства, к сожалению, не замечают; во всяком случае, автору не известны научные публикации, непосредственно касающиеся этой проблемы в области использования природных ресурсов, в частности, в сфере охотничьего хозяйства.

Тематически настоящая статья — продолжение предыдущих наших публикаций, поскольку в совокупности с ними она выявляет позицию законодателя по проблеме правового регулирования общественных отношений, объектом которых являются территории охотничьих угодий, с находящимися на них природными ресурсами: землями, лесами, водными объектами, объектами животного мира, включая среду их обитания. Немаловажно и то, что территории охотничьих угодий и входящие в их состав природные ресурсы являются объектами права государственной собственности [Боголюбов С.А. и др., 2007: 28–42, 205–219].

В настоящей статье содержится научная позиция в отношении недавно реализованной законодательной инициативы, изменившей действующий правовой режим охотничьих угодий и порядок заключения охотхозяйственных соглашений в качестве основания предоставления в пользование охотничьих угодий и права на добычу охотничьих ресурсов. Речь идет о Федеральном законе от 11.06.2021 № 164-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об охоте» и о сохранении охотничьих ресурсов и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее — ФЗ № 164-ФЗ)⁶. При анализе норм Закона учитывались также новации, создавшие возможность размещения охотничьих угодий и ведения охотничьего хозяйства на территориях, ранее недоступных для реализации этих целей — на земельных и лесных участках, имеющих особую ценность для аграрного производства и выполнения экологической функции, которые были введены Федеральным законом от 11.06.2021 № 209-ФЗ «О вне-

мизация» — это придание или подтверждение законности (легитимности) какого-либо права или полномочия. См.: Тихомирова Л.В., Тихомиров М.Ю. Юридическая энциклопедия. Издание 5-е. М., 2001. С. 454. Применительно к настоящей статье значение слова следует понимать в качестве придания режима законности действиям частных лиц не только по пользованию, но также и по владению и распоряжению территориями охотничьих угодий, в том числе входящими в их состав природными ресурсами и имуществом, которые находятся в собственности государства.

⁶ СЗ РФ. 2021. № 24 (ч. 1). Ст. 4182. См. также: паспорт законопроекта № 1076542-7 «О внесении изменений в Федеральный закон «Об охоте и о сохранении охотничьих ресурсов и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (в части предоставления дополнительных правовых гарантий осуществления деятельности добросовестным охотпользователям). Available at: URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/1076542-7> (дата обращения: 15.11.2021)

сении изменений в статью 78 Земельного кодекса Российской Федерации и статью 114 Лесного кодекса Российской Федерации»⁷.

Позиция автора основывается на комплексном исследовании, проведенном с целью получения научного вывода, позволяющего оценивать перечисленные результаты законопроектной деятельности в области одного из видов природопользования — охоты и деятельности в сфере охотничьего хозяйства. В рамках работы дан анализ действующего правового регулирования, норм на стадии их проектирования, новых положений ФЗ «Об охоте», а также фактических обстоятельств⁸. Основываясь на результатах проведенного и предыдущих исследований, соблюдая преемственность по руководству концепцией и рекомендациями в целях осуществления юридического прогнозирования [Тихомиров Ю.А., 2018: 113–117], автор предлагает научный прогноз внедрения новаций в правовую систему.

1. Анализ концептуальной основы Федерального закона № 164-ФЗ

Концептуальные составляющие — цель и предмет правового регулирования ФЗ № 164-ФЗ согласно пояснительной записке, сопровождавшей текст будущего закона на стадии его проектирования и согласования, были обоснованы в качестве «необходимости определения правовых оснований и условий оборота охотничьих угодий, закрепленных в рамках охотхозяйственных соглашений»⁹. Сразу отметим, что в пояснительной записке отсутствуют

⁷ СЗ РФ. 2021. № 24 (ч. 1). Ст. 4227. См. также: паспорт законопроекта № 1036050-7 «О внесении изменений в статью 78 Земельного кодекса Российской Федерации и статью 114 Лесного кодекса Российской Федерации» (в части уточнения условий осуществления видов деятельности в сфере охотничьего хозяйства на отдельных земельных и лесных участках). Available at: URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/1036050-7> (дата обращения: 15.11.2021). Данный Закон направлен на увеличение имеющейся общей площади территорий охотничьих угодий и размещение их на земельных участках из земель сельскохозяйственного назначения, расположенных на расстоянии не более 30 километров от границ сельских населенных пунктов, а также лесных участках лесов, выполняющих функции защиты природных и иных объектов, включая леса, расположенные в зеленых зонах. В юридической литературе присутствуют позиции об особенностях правового регулирования использования земель сельскохозяйственного назначения и лесов на землях различных категорий [Минина Е.А. (а), 2021: 162–177]; [Шуплецова Ю.И., 2020: 120–131]. В рамках настоящей статьи анализ норм указанного Закона не дается.

⁸ В статье использованы тексты нормативных правовых актов по состоянию на ноябрь 2021 г. (на период подготовки статьи), а также проектов федеральных законов № 1076542-7 и № 1036050-7 по состоянию на июнь 2021 г. (т.е. до даты их принятия в качестве федеральных законов).

⁹ По охотхозяйственному соглашению одна сторона (юридическое лицо или индивидуальный предприниматель) обязуется обеспечить проведение мероприятий по сохранению охотничьих ресурсов и среды их обитания и создание охотничьей инфраструктуры, а другая сторона (орган исполнительной власти субъекта Российской Федерации) обязуется предо-

прогнозы социально-экономических, финансовых и иных последствий реализации предлагаемых решений. Вместо этого отмечается «острая необходимость» правового регулирования вопросов передачи прав и обязанностей по охотхозяйственным соглашениям в рамках установленного срока действия такого соглашения (от 20 до 49 лет), включения охотничьих угодий в гражданский (хозяйственный) оборот, что создаст «инвестиционную привлекательность» деятельности в сфере охотничьего хозяйства. Также декларируется актуальность обеспечения интересов добросовестных охотпользователей¹⁰, предоставлением им возможности заключения охотхозяйственных соглашений на новый срок без аукциона на право их заключения.

Концептуальная основа, включая цель принятия ФЗ № 164-ФЗ и позиция инициаторов, обосновывающая необходимость его принятия, не соответствуют следующим фактическим и юридическим обстоятельствам. В соответствии со Стратегией развития охотничьего хозяйства в Российской Федерации до 2030 года, утвержденной распоряжением Правительства Российской Федерации от 03.07.2014 № 1216-р¹¹ (далее — Стратегия), охотничьи угодья в России занимают площадь около 1,5 млрд. гектаров и значительно превосходят по площади охотничьи угодья других стран мира. Согласно государственным докладам о состоянии и об охране окружающей среды, ежегодно подготавливаемым Министерством природных ресурсов и экологии¹², в 2017 и 2018 гг. общая площадь охотничьих угодий составляла 93% общей площади России. По сравнению с 2017 г. в 2018 г. площадь закрепленных охотничьих угодий увеличилась на 0,7 % или на 4,7 млн. га.

В 2019 г. общая площадь охотничьих угодий составила 1495 млн га, что эквивалентно 87,5% площади нашей страны, в том числе площадь общедоступных охотничьих угодий — 52% от общей площади всех угодий, что соответствует 777887,7 тыс. га, а закрепленных охотничьих угодий¹³ — 48,0% пло-

ставить в аренду на срок, равный сроку действия охотхозяйственного соглашения, земельные участки и лесные участки и право на добычу охотничьих ресурсов в границах охотничьих угодий (ч. 2 ст. 27 ФЗ об охоте).

¹⁰ Здесь и далее по тексту статьи предлагается понимать в качестве одной из сторон охотхозяйственного соглашения следующих лиц: охотпользователя, хозяйствующего субъекта, юридическое лицо и (или) индивидуального предпринимателя, субъекта предпринимательской деятельности в сфере охотничьего хозяйства, частное лицо. Данные категории применяются в качестве идентичных понятий.

¹¹ СЗ РФ. 2014. № 28. Ст. 4107.

¹² См. раздел «Документы», затем подраздел «Государственные доклады», далее — в рамках ежегодных государственных докладов о состоянии и об охране окружающей среды содержатся подразделы «охотничьи ресурсы» — официальный сайт Минприроды России. Available at: URL: <https://www.mnr.gov.ru> (дата обращения: 15.11.2021)

¹³ В соответствии с ч. 2 ст. 7 Федерального закона об охоте, охотничьи угодья подразделяются на: 1) охотничьи угодья, которые используются юридическими лицами, индивиду-

щади, что соответствует 717531,9 тыс. га. Подчеркивается, что динамика площадей закрепленных охотничьих угодий показывает незначительные изменения: в 2010 г. было зафиксировано 721 млн. га закрепленных охотничьих угодий, а в 2019 — 717 млн. га таких угодий. В государственном докладе о состоянии и об охране окружающей среды за 2019 г.¹⁴ сделан вывод, что, «в целом наблюдаются флуктуации этого показателя в пределах 30 млн. га, что указывает на относительное постоянство площадей закрепленных охотничьих угодий». Наибольшие площади закрепленных охотничьих угодий расположены в Центральном, Приволжском и Южном федеральных округах. Наибольшие площади общедоступных охотничьих угодий — в Дальневосточном и Сибирском федеральных округах.

В рамках настоящей статьи не ставится цели осуществить подробный анализ официальной статистической информации и дать ее научную оценку, включая корректность цифровых данных о подсчетах размеров площадей охотничьих угодий в сравнении как общедоступных с закрепленными, так и с общей площадью территории России. Однако указанные статистические данные позволяют констатировать следующие фактические обстоятельства: во-первых, территории охотничьих угодий, а значит, их количество и размеры (границы и площадь) огромны; во-вторых, присутствует тенденция к сохранению размеров общей площади охотничьих угодий и в ее пределах существует возможность увеличения площади и количества закрепленных охотничьих угодий и, следовательно; в-третьих, существует возможность беспрепятственного осуществления охоты и других видов деятельности в сфере охотничьего хозяйства субъектами предпринимательской деятельности практически на всей территории нашей страны.

Перечисленные фактические обстоятельства, если их рассматривать в интересах государства и общества, а также в целях развития именно охотничьего хозяйства, свидетельствуют об отсутствии «острой необходимости» изменения правового режима охотничьих угодий в интересах охотпользователей, на чем настаивали инициаторы и разработчики ФЗ № 164-ФЗ, активно используя этот аргумент на стадии проектирования и всех этапах рассмотрения будущего закона в парламенте.

В соответствии со Стратегией ее основными принципами являются: обеспечение прав человека на благоприятную окружающую среду; государственного управление охотничьими ресурсами на основании данных их мо-

альными предпринимателями на основаниях, предусмотренных Федеральным законом об охоте (закрепленные охотничьи угодья); 2) охотничьи угодья, в которых физические лица имеют право свободно пребывать в целях охоты (общедоступные охотничьи угодья).

¹⁴ Этот доклад является последним из опубликованных на период подготовки настоящей статьи.

нитинга; соблюдение государством баланса экономических, социальных и природоохранных интересов. Цель Стратегии — обеспечение устойчивого развития отрасли охотничьего хозяйства и доступности охоты для граждан посредством увеличения численности охотничьих животных при сохранении устойчивости экологических систем. В Стратегии отсутствуют указания на необходимость изменения правового режима охотничьих угодий, увеличения размеров как общей площади территорий всех охотничьих угодий, так и в отдельности, в отношении — закрепленных и общедоступных, не содержится в ней и положений об изменении права государственной собственности в отношении территорий охотничьих угодий и входящих в их состав природных ресурсов и имущества.

Следовательно, концепция и цель ФЗ № 164-ФЗ не согласуются с принципами и целью Стратегии, а вводимые им правовые новеллы не соответствуют плану и ожидаемым результатам реализации предусмотренных в Стратегии мероприятий.

Согласно нормам ФЗ «Об охоте» (п. 2, п. 15 ст. 1) «охотничье хозяйство» — сфера деятельности по сохранению и использованию охотничьих ресурсов и среды их обитания, по созданию охотничьей инфраструктуры, оказанию услуг в данной сфере, а также по закупке, производству и продаже продукции охоты. В свою очередь «охотничьи угодья» — это территории, в границах которых допускается осуществление видов деятельности в сфере охотничьего хозяйства. Важно, что в границы охотничьих угодий включаются только земли, правовой режим которых допускает осуществление видов деятельности в сфере охотничьего хозяйства (ст. 7 ФЗ об охоте). В Земельном кодексе Российской Федерации (далее — ЗК РФ) не предусматривается специальной категории земель для осуществления видов деятельности в сфере охотничьего хозяйства и размещения территорий охотничьих угодий, однако допускается возможность вести такую деятельность на землях только трех категорий: сельскохозяйственного назначения (п. 3 ст. 78), землях обороны и безопасности, временно не используемых по целевому назначению (п. 5.1 ст. 93), землях запаса (п. 2 ст. 103).

Таким образом, охотничье хозяйство и, соответственно, виды деятельности в сфере охотничьего хозяйства допускаются только на специальных территориях — охотничьих угодьях, расположенных только на землях, отнесенных к перечисленным категориям. По логике правового регулирования осуществление видов деятельности в сфере охотничьего хозяйства и размещение охотничьих угодий на указанных землях имеет временный характер и допускается до момента начала использования земель сельскохозяйственного назначения, обороны и безопасности по их основному целевому назначению, а также до момента перевода земельных участков из земель запаса в состав земель иного назначения. Такая особенность вызвана следующими обстоятельствами.

Во-первых, согласно ст. 1 Федерального закона от 24.04.1995 № 52-ФЗ «О животном мире»¹⁵ среда обитания объектов животного мира, включая охотничий ресурс, не ограничивается территориями охотничьих угодий, а является природной средой, в которой объекты животного мира обитают в состоянии естественной свободы.

Во-вторых, согласно Стратегии и другим документам программно-стратегического планирования (Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года, утвержденной распоряжением Правительства от 17.11.2008 № 1662-р (ред. от 28.09.2018)¹⁶; Стратегии пространственного развития Российской Федерации на период до 2025 года, утвержденной распоряжением Правительства Российской Федерации от 13.02.2019 № 207-р¹⁷), охота и другие виды деятельности в сфере охотничьего хозяйства не относятся к приоритетным направлениям социально-экономического развития страны¹⁸.

Указанные обстоятельства не учтены в ФЗ № 164-ФЗ ни концептуально, ни при проектировании отдельных его норм. Идея введения охотничьих угодий в гражданский (хозяйственный) оборот противоречит их юридической природе и специфике. Необходимо оговориться, что юридическая природа охотничьих угодий мало изучена: помимо немногочисленных публикаций автора настоящей статьи, можно отметить как весьма редкую попытку рассмотрения А.П. Анисимовым особенностей категории «охотничьи угодья» в качестве объекта природоресурсных (земельных) и имущественных (гражданских) правоотношений¹⁹ [Анисимов А.П., 2013: 26–29].

¹⁵ СЗ РФ. 1995. № 17. Ст. 1462.

¹⁶ СЗ РФ. 2008. № 47. Ст. 5489.

¹⁷ СЗ РФ. 2019. № 7 (ч. II). Ст. 702.

¹⁸ В перечисленных документах программно-стратегического планирования указывается, что обеспечение потребностей населения сельскохозяйственной продукцией и продовольствием российского производства, а также улучшение и повышение продуктивности используемых в сельскохозяйственном производстве земельных и других природных ресурсов являются одними из основных целей государственной аграрной политики в долгосрочной перспективе. Для обеспечения сокращения уровня межрегиональной дифференциации в социально-экономическом развитии субъектов федерации и снижения внутрирегиональных социально-экономических различий в качестве одного из основных направлений пространственного развития России предусматривается проведение мероприятий, направленных на сохранение и повышение плодородия сельскохозяйственных земель, восстановление лесов и водных биологических ресурсов.

¹⁹ А.П. Анисимов убедительно сформулировал проблему несоответствия охотничьих угодий требованиям гражданского законодательства в качестве объектов недвижимого имущества, при том, что законодательством об охоте и о сохранении охотничьих ресурсов допускается заключение договора аренды не индивидуализированных земельных участков, входящих в состав охотничьих угодий.

Инициаторы и авторы ФЗ № 164-ФЗ не учитывали, что в состав территорий охотничьих угодий входят земли (земельные участки), леса (лесные участки), водные объекты, охотничьи ресурсы и иные объекты животного мира, являющиеся государственной собственностью. Охотничьи угодья в качестве комплексного объекта правоотношений и предмета охотхозяйственного соглашения являются одновременно природным и имущественным комплексом, имеющим огромное территориальное, стратегическое, экологическое, экономическое, социальное значение и ценность, а земли, правовой режим которых допускает размещение территорий охотничьих угодий и деятельность в сфере охотничьего хозяйства, имеют другое основное целевое назначение и изначально предназначены для иных видов деятельности.

Статья 129 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) устанавливает, что объекты гражданских прав могут свободно отчуждаться или переходить от одного лица к другому в порядке универсального правопреемства (наследование, реорганизация юридического лица) либо иным способом, если они не ограничены в обороте. Анализ норм ФЗ об охоте, ЗК РФ и Лесного кодекса Российской Федерации (далее — ЛК РФ) в их совокупности и взаимосвязи позволяет утверждать, что охотничьи угодья являются объектом, на который для субъектов предпринимательской деятельности в сфере охотничьего хозяйства распространяется исключительно право пользования, и оно не является свободным, а может осуществляться только когда это допускается согласно цели и в порядке, установленных законом²⁰. В свою очередь, с позиций государственных интересов (субъекта права собственности и управления, включая административно-властные полномочия) введение даже ограниченной оборотоспособности такой специфической категории, как охотничьи угодья, причем в интересах частных лиц — их пользователей, представляет собой более чем сомнительный и проблематичный результат правотворчества.

Новеллы, содержащиеся в ФЗ № 164-ФЗ, фактически направлены на удовлетворение интересов частных лиц и влекут изменение установленного порядка реализации государством-собственником правомочия по распоряжению принадлежащими ему природными ресурсами в виде их предоставления в пользование другим лицам в целях осуществления деятельности в сфере охотничьего хозяйства. Концептуально законодательные новеллы не соответствуют принципу приоритета публичных интересов при регулировании общественных отношений в области природопользования.

²⁰ Ст. 1, 7, 12–19, 23, 23.1, 25, 27, 28, 39, 40, 42, 53–55, 71 Федерального закона об охоте; ст. 7, 23, 24, 39.6, 78, 93, 103 ЗК РФ; ст. 11, 25, 36, 72, 96, 96.1, 114, 116 ЛК РФ.

Конституционный Суд Российской Федерации неоднократно формулировал правовую позицию, согласно которой при правовом регулировании в сфере природопользования, в том числе в охотничьем хозяйстве законодатель обязан руководствоваться принципом приоритета публичных интересов (например, в постановлениях от 14.05.2009 № 8-П, от 05.03.2013 № 5-П, от 02.06.2015 № 12-П, от 25.06.2015 г. № 17-П; определениях от 25.02.2016 № 327-О, от 15.10.2020 № 2372-О и др.).

В эколого-правовой науке сформирована твердая позиция о том, что в законодательстве и доктрине четко должны быть определены приоритетные направления государственной политики в области природопользования. Одним из таких направлений следует считать обеспечение устойчивого социально-экономического развития общества [Галиновская Е.А., Пономарев М.В., 2021: 81–82]. Ученые-цивилисты, исследующие на фундаментальном уровне факторы развития социально-экономических отношений, которые ставят новые задачи перед гражданским правом, отмечают, что выбор современных моделей и правовых конструкций должен опираться на реальность и объективность восприятия социально-экономических отношений как объектов правового регулирования, на эволюционную, а не революционную смену используемых инструментов и методов [Синицын С.А., 2021: 8–15]. В свою очередь корифеи-теоретики и государствоведы констатируют, что на экономическую деятельность положительно влияет согласованное использование частноправовых и публично-правовых регуляторов в деятельности бизнеса, с одной стороны, и динамичное управленческое регулирование — с другой, что способствует экономическому развитию и высоким конечным результатам. Преувеличение роли рыночных механизмов приводит к недооценке значения государственного управления. В связи с этим следует развивать прогнозно-аналитическую деятельность по определению рисков в целях их преодоления, по обозначению четких оснований для принятия и реализации правовых актов в сфере экономики [Тихомиров Ю.А., Талапина Э.В., 2020: 4–26].

Результат анализа показывает, что концептуальная основа ФЗ № 164-ФЗ не соответствует фактическому положению, программно-стратегическим документам о социально-экономическом развитии страны и приоритету публичных интересов. Данный Закон нарушил конструкцию права государственной собственности на природные ресурсы. Его принятие при отсутствии объективной необходимости изменения действовавшего правового режима охотничьих угодий и порядка их предоставления государством в пользование частным лицам, а также при отсутствии социальной, экономической и правовой обоснованности реализации такой законодательной инициативы вызывают профессиональное непонимание.

2. Анализ норм Федерального закона № 164-ФЗ — новаций, внедренных в Федеральный закон об охоте и изменивших его

2.1. Изменение правового режима охотничьих угодий

В соответствии с ФЗ № 164-ФЗ Федеральный закон об охоте дополнен новой статьей 27.1 «Замена стороны охотхозяйственного соглашения» с внесением корреспондирующих изменений в другие его статьи. В прежней редакции уступка права и перевод долга по охотхозяйственным соглашениям не были предусмотрены, а значит, и не допускались. Согласно введенной новелле лица, заключившие с органом исполнительной власти субъекта федерации охотхозяйственное соглашение, смогут уступать права и передавать обязательства, возникшие из такого соглашения третьим лицам, с «согласия» органа исполнительной власти субъекта федерации. Установлено также, что помимо прав и обязательств, распространяющихся на саму территорию охотничьего угодья и входящих в ее состав природных ресурсов, передаче от прежнего охотпользователя в пользу нового подлежит также право на добычу охотничьих ресурсов.

Ранее, в проектном состоянии, наименование этой статьи было иным: «Передача прав и обязанностей по охотхозяйственному соглашению». Содержание норм о передаче прав и обязательств как в отношении всей площади закрепленных охотничьих угодий, так и их части проектировалось подробнее. Отмеченное свидетельствует, что законопроект терминологически и по объему своего регулирования более адекватно отражал цель и содержание ранее планируемых, а теперь уже состоявшихся изменений в ФЗ «Об охоте». Предусмотренная инициаторами и разработчиками на стадии проектирования закона его концептуальная основа, включая цель, в принятом ФЗ № 164-ФЗ реализована, содержание новаций подверглось незначительной коррекции юридико-технического характера и приобрело более завуалированную форму.

Напомним, что в соответствии со ст. 27 ФЗ «Об охоте» с юридическими лицами, индивидуальными предпринимателями заключаются охотхозяйственные соглашения на срок от 20 до 49 лет. По общему правилу, такое соглашение заключает орган исполнительной власти субъекта федерации с победителем аукциона, и эти важные нормы остались действующими. Согласно гражданскому законодательству (п. 7 ст. 448 ГК РФ), если в соответствии с законом заключение договора возможно только путем проведения торгов, победитель торгов не вправе уступать права (за исключением требований по денежному обязательству) и осуществлять перевод долга по обяза-

тельствам, возникшим из заключенного на торгах договора. Обязательства по такому договору-соглашению должны быть исполнены победителем торгов лично, если иное не установлено законом. Это означает, что ГК РФ допускает установить иным федеральным законом возможность уступки права и перевода долга по обязательствам, возникшим из заключенного на торгах договора-соглашения.

Таким образом, с использованием названного формального основания ФЗ № 164-ФЗ в ФЗ «Об охоте» внедрена норма гражданско-правового института, устанавливающая применительно к охотхозяйственному соглашению перемену лиц в обязательстве (гл. 24 ГК РФ). Исходя из публичных интересов невозможно применение этого гражданско-правового института к отношениям в области охоты и сохранения охотничьих ресурсов по следующим обстоятельствам.

Во-первых, из-за специфики предмета и объекта охотхозяйственного соглашения — передачи государством-собственником в длительное пользование субъекту предпринимательской деятельности большой по размерам площади территории, имеющей стратегическое, экологическое, экономическое, социальное, значение и имущественную ценность, — охотничьего угодья. Во-вторых, ввиду отсутствия возможности со стороны государства осуществлять проверку и контроль надлежащих профессиональных и имущественных требований к лицу — новому охотпользователю в связи с предоставлением права на осуществление деятельности в сфере охотничьего хозяйства, в том числе на добычу охотничьих ресурсов. В-третьих, по общему правилу, охотхозяйственное соглашение между органом исполнительной власти субъекта федерации и охотпользователем заключается по результатам аукциона и означает для него персонализированное возникновение права и соответствующих обязательств. Однако введенная ФЗ № 164-ФЗ новелла является самостоятельным дополнительным основанием заключения охотхозяйственного соглашения, минуя аукцион на право его заключения, и является исключением из общего правила предоставления государством принадлежащих ему на праве собственности природных ресурсов в пользование другим лицам. По нашему мнению, выведение указанных отношений из-под общего правила, установленного в ФЗ «Об охоте», в нарушение принципов гласности, конкуренции, инвестиционной целесообразности не имеет правовых оснований.

В отличие от ранее действовавшего порядка, в котором государство играло ключевую роль, ФЗ № 164-ФЗ осуществляет включение в гражданский (хозяйственный оборот) не только охотничьих угодий и находящихся на их территориях природных ресурсов, но и одного из видов права природопользования — права на осуществление деятельности в сфере охотничьего

хозяйства, включая право на добычу охотничьих ресурсов с использованием орудий охоты, в том числе огнестрельного, пневматического, холодного и метательного оружия²¹. Таким образом то, что может и должно предоставляться исключительно государством в пользование юридическим лицам и индивидуальным предпринимателям как ресурсная база, а также разрешаться им в качестве вида деятельности, теперь сделано объектами гражданских прав, подлежащими свободному отчуждению и включенными в оборот между частными лицами.

В интересах субъектов предпринимательской деятельности в сфере охотничьего хозяйства произошла трансформация содержания их права пользования в квази-право частной собственности в отношении объектов права государственной собственности — территорий охотничьих угодий. При этом субъекты права пользования значительными по размеру площади территориями и входящих в их состав природных ресурсов приобрели правомочия по распоряжению ими в виде передачи прав и обязательств в порядке правопреемства²².

Произведена трансформация публично-правового способа регулирования в сфере охотничьего хозяйства в части предоставления исключитель-

²¹ Федеральный закон от 13.12.1996 № 50-ФЗ (ред. от 08.12.2020) «Об оружии» // СЗ РФ. 1996. № 51. Ст. 5681. Согласно ст. 3 этого Закона охотничье оружие подразделяется на: огнестрельное длинноствольное с нарезным стволом; огнестрельное гладкоствольное длинноствольное, в том числе с длиной нарезной части не более 140 мм; огнестрельное комбинированное (нарезное и гладкоствольное) длинноствольное, в том числе со сменными и вкладными нарезными стволами; пневматическое с дульной энергией не более 25 Дж; холодное клинковое; охотничье метательное стрелковое оружие, не имеющее механизмов фиксации упругих элементов в напряженном состоянии (лук) и сила дуги которого составляет более 27 кгс либо имеющее механизм фиксации упругих элементов в напряженном состоянии (арбалет) и сила дуги (дуг) которого составляет более 43 кгс. См. также: п. 6 ст. 1 ФЗ об охоте.

²² В дополнение к ранее приведенным данным о размерах общей площади территорий охотничьих угодий в России, приводим сведения о размерах возможных площадей конкретных охотничьих угодий, в зависимости от их местонахождения на территории страны, имеющих нормативную основу и утвержденных уполномоченным федеральным органом исполнительной власти. Установлена максимальная площадь охотничьих угодий, в отношении которых могут быть заключены охотхозяйственные соглашения одним лицом или группой лиц. Максимальная площадь охотничьего угодья устанавливается в тыс. га в пределах одного муниципального образования соответствующего субъекта РФ, соответственно, в реальном измерении представляет собой млн. га. Систематизация содержания данного подзаконного ведомственного правового акта позволяет констатировать следующее: наибольший размер площади — 3000 тыс. га установлен для Республики Саха (Якутия); 2000 тыс. га — для автономных округов Ненецкого, Ханты-Мансийского, Чукотского и Ямало-Ненецкого; 1000 тыс. га — для Камчатского и Хабаровского краев; средний размер площади варьируется от 30 до 100 тыс. га. и устанавливается для большинства регионов, например (в порядке возрастания размера площади), Ивановской, Курской, Калужской, Московской, Орловской, Белгородской, Брянской, Владимирской, Волгоградской, Ленинградской и Нижегородской областей. См.: приказ Минприроды России от 18.05.2012 № 137 (ред. от 21.11.2014) // Российская газета. № 139. 21.06.2012.

но государством иным субъектам права пользования территориями охотничьих угодий и права на добычу охотничьих ресурсов в частноправовой способ регулирования этих отношений. Теперь территории охотничьих угодий и право на добычу охотничьих ресурсов включены в гражданский (хозяйственный) оборот. Участие государства в качестве субъекта права собственности, управления и административно-властных полномочий в этих отношениях становится формальным и сводится к скромному выражению «согласия» на состоявшееся волеизъявление частных лиц. Как следствие — увеличатся коррупциогенные риски и возможность конфликта интересов в деятельности должностных лиц органов исполнительной власти субъектов федерации в связи с широтой усмотрения при принятии решения о «согласии» на уступку права при исполнении обязательств по охотхозяйственному соглашению [Хабриева Т.Я., 2012: 349–387].

ФЗ № 164-ФЗ создает возможность дробления имеющихся территорий охотничьих угодий на меньшие по размеру, поскольку им установлено право на отказ охотпользователя от части площади охотничьего угодья, а уполномоченному федеральному органу исполнительной власти дано право на установление требований к минимальной площади охотничьих угодий, в отношении которых могут быть заключены охотхозяйственные соглашения. В пояснительной записке к проекту будущего ФЗ № 164-ФЗ указано, что тем самым создается инвестиционная привлекательность охотничьего хозяйства. Инвестиционная привлекательность действительно возникает, но не для охотничьего хозяйства, а для рынка недвижимого имущества — с возможностью выведения на него входящих в состав охотничьих угодий земельных и лесных участков (среды обитания объектов животного мира и охотничьих ресурсов), а также строений и сооружений (в том числе объектов охотничьей инфраструктуры), что с позиции интересов государства и общества недопустимо, однако состоялось.

При этом возможность дробить территории охотничьих угодий предоставляется частным лицам, по сути, без участия государства: они смогут самостоятельно определять размеры и границы интересующих их частей территорий охотничьих угодий, заключая между собой «соглашения о замене стороны охотхозяйственного соглашения», обеспечивая выгодную исключительно им передачу возникших ранее прав и обязательств. Отмеченное противоречит нормам ФЗ об охоте о территориальном охотустройстве (ст. 49) и вызовет отрицательные последствия для механизма государственного управления в области охоты и сохранения охотничьих ресурсов.

Внедренные в ФЗ «Об охоте» новации противоречат существующему порядку организации территориального охотустройства и в целом — порядку государственного управления в сфере охотничьего хозяйства. Территориальное охотустройство направлено на обеспечение рационального исполь-

зования и сохранения охотничьих ресурсов и осуществления видов деятельности в сфере охотничьего хозяйства на территории субъекта федерации. Документом территориального охотустройства является схема размещения, использования и охраны охотничьих угодий на территории субъекта. В этой схеме определяются цели планирования в области охоты и сохранения охотничьих ресурсов, а также мероприятия по организации рационального использования охотничьих угодий и охотничьих ресурсов. К схеме размещения, использования и охраны охотничьих угодий на территории субъекта федерации прилагается карта с обозначением границ охотничьих угодий и зон планируемого создания охотничьих угодий²³. При составлении схемы обеспечивается ее совместимость с лесным планом субъекта, документами территориального планирования, со схемами развития и размещения особо охраняемых природных территорий, со схемами землеустройства. Схема размещения, использования и охраны охотничьих угодий на территории субъекта утверждается высшим должностным лицом субъекта федерации (руководителем высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации).

Территориальное охотустройство предполагает стабильность его состояния. Однако изменения положений ФЗ «Об охоте», осуществленные ФЗ № 164-ФЗ, повлекут постоянные изменения территорий самих охотничьих угодий. Соответственно, это должно повлечь регулярные изменения как схемы размещения, использования и охраны охотничьих угодий на территории субъекта федерации, так и карты с обозначением границ охотничьих угодий и зон планируемого создания охотничьих угодий, что несовместимо ни с долгосрочным, ни с текущим планированием социально-экономического развития территорий субъектов федерации и в целом — территории всей страны. Об остроте проблемы свидетельствуют результаты исследования²⁴, в ходе которого осуществлена попытка установления фактических

²³ См.: приказ Минприроды России от 31.08.2010 № 335 (ред. от 29.08.2018) «Об утверждении порядка составления схемы размещения, использования и охраны охотничьих угодий на территории субъекта Российской Федерации, а также требований к ее составу и структуре» // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2010. № 44.

²⁴ Д.Д. Шунаева в организационно-правовом аспекте провела мониторинг 35 субъектов федерации в целях изучения и оценки состояния и степени доступности сведений, входящих в состав государственного охотхозяйственного реестра. Согласно исследованию, остроту ситуации придает то, что во многих субъектах отсутствуют утвержденные соответствующими региональными нормативными правовыми актами схемы размещения, использования и охраны охотничьих угодий при колоссальных площадях, занимаемых ими. Например, в Нижегородской области площадь охотничьих угодий составляет 92,5% от общей площади региона, во Владимирской области — 76%, в Волгоградской области — 82,8%. Причем эти данные получены не из региональных охотхозяйственных реестров, где они должны быть, однако они там либо отсутствуют, либо информационный доступ к реестрам оказывается

обстоятельств размещения охотничьих угодий на территориях субъектов и состояния информационного обеспечения в сфере охотничьего хозяйства [Шунаева Д.Д., 2019: 165–167].

Составной частью территориального охотустройства до недавнего времени являлось внутрихозяйственное охотустройство, которое было направлено на обеспечение осуществления гражданами охоты, а индивидуальными предпринимателями и юридическими лицами — деятельности в сфере охотничьего хозяйства. Порядок внутрихозяйственного охотустройства устанавливался уполномоченным федеральным органом исполнительной власти²⁵, а обеспечивалось оно в закрепленных охотничьих угодьях лицами, заключившими охотхозяйственные соглашения, за счет собственных средств. Его документом являлась схема использования и охраны охотничьего угодья, в которой определялись мероприятия по сохранению охотничьих ресурсов и среды их обитания и созданию охотничьей инфраструктуры в каждом конкретном охотничьем угодье. ФЗ № 164-ФЗ перечисленные нормы и норма об одном из обязательств охотпользователей по осуществлению внутрихозяйственного устройства в связи с исполнением ими условий охотхозяйственного соглашения признаны утратившими силу, а упоминания о внутрихозяйственном устройстве в тексте и наименованиях статей ФЗ «Об охоте» полностью исключены.

Внутрихозяйственное охотустройство и требования к его ведению давало основу обеспечения не только организации территориального охотустройства как части общего механизма государственного управления в сфере охотничьего хозяйства в масштабе всей территории субъекта федерации но и способствовало осуществлению государственного охотничьего контроля (надзора). Теперь, ввиду изменений положений ФЗ «Об охоте», не станет важным документа — схемы использования и охраны каждого охотничьего угодья, ранее сдерживавшего возможность реализации неправомерного желания субъектов предпринимательской деятельности в сфере охотничьего хозяйства, прежде всего, по использованию закрепленных за ними охотничьих угодий не по их целевому назначению или по неисполнению обязательств охраны объектов животного мира, включая охотничьи ресурсы, и среды их обитания. Соответственно, теперь не будет причины

фактически недоступным. Результат исследования достигался путем скрупулезного анализа многочисленных государственных региональных программ об охране окружающей среды, животного мира и среды его обитания. В соответствии с предметом исследования сделан важный вывод: информационная обеспеченность в сфере охотничьего хозяйства может быть оценена как весьма низкая и не отвечающая вызовам цифровой экономики.

²⁵ См.: приказ Минприроды России от 23.12.2010 N 559 (ред. от 09.04.2018) «Об утверждении Порядка организации внутрихозяйственного охотустройства» // Российская газета. 2011. № 104.

для профессионального удивления у государственного охотничьего инспектора — должностного лица надзорного органа, дающего ему основание для применения имеющихся у него контрольно-надзорных полномочий²⁶, например, когда на всей территории охотничьего угодья или ее части возникнут объекты недвижимого имущества (коттеджи, отели, иные объекты капитального строительства), предназначенные для отдыха и проживания, но не отвечающие целевому назначению использования охотничьего угодья. Или напротив, когда вся территория охотничьего угодья будет ограждена капитальным сооружением — забором, который является по воле охотпользователя объектом его охотничьей инфраструктуры для содержания и разведения им охотничьих ресурсов в полувольных условиях и искусственно созданной среде обитания, и который создает непреодолимое препятствие для естественной миграции объектов животного мира, даже не относящихся к охотничьим ресурсам, но обитающих на территории охотничьего угодья в своей естественной природной среде.

Следовательно, возникает трудность в привлечении к ответственности лиц, в действиях которых содержатся признаки правонарушений, установленных в Кодексе Российской Федерации об административных правонарушениях по таким составам, как уничтожение мест обитания животных (ст. 8.29) и нарушение правил охраны среды обитания или путей миграции объектов животного мира и водных биологических ресурсов (ст. 8.33) [Ноздрачев А.Ф., 2020: 333–337, 365–372].

Перечисленные риски заложены в ФЗ № 164-ФЗ, который, помимо прочего, упразднил внутрихозяйственное охотустройство, обеспечивавшееся частными лицами, заключившими охотхозяйственные соглашения за счет собственных средств, как выполнение одного из своих обязательств. Теперь это первичное охотустройство, в случае осознания государством и законодателем его необходимости, придется восстанавливать и обеспечивать, но только силами органов государственной власти и за счет государственного бюджета.

Нельзя не отметить, что новеллы, введенные ФЗ № 164-ФЗ в 2021 г., имеют подготовленную почву. В связи с принятием и вступлением в силу Федерального закона от 18.02.2020 № 26-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об охоте и о сохранении охотничьих ресурсов и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» и Федеральный закон «О животном мире» изменился правовой режим объ-

²⁶ Федеральный закон от 31.07.2020 № 248-ФЗ «О государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2020. № 31 (ч. I). Ст. 5007; ст. 40 Федерального закона об охоте «Федеральный государственный охотничий контроль (надзор)»; Постановление Правительства РФ от 30.06.2021 № 1065 «О федеральном государственном охотничьем контроле (надзоре)» // СЗ РФ. 2021. № 27 (ч. III). Ст. 5441.

ектов охотничьей инфраструктуры. Теперь в ФЗ «Об охоте» установлено (ч. 1 ст. 53), что к охотничьей инфраструктуре относятся предназначенные для деятельности в сфере охотничьего хозяйства не только некапитальные строения, сооружения (как было установлено ранее), но и объекты капитального строительства, в том числе охотничьи базы, питомники диких животных, вольеры, объекты благоустройства, другие объекты охотничьей инфраструктуры. Объекты охотничьей инфраструктуры, которые относятся к объектам капитального строительства, стали объектами гражданских прав, что влечет возникновение оборотоспособности такого недвижимого имущества, находящегося на территории охотничьего угодья. Например, в связи с осуществлением перехода права на земельный участок (части территории охотничьего угодья) при переходе права собственности на здание, сооружение (ст. 35 ЗК РФ).

Совокупность изменений, произведенных в ФЗ «Об охоте», влечет за собой утрату значения конкурентного порядка предоставления права пользования охотничьим угодьем в целях ведения охотничьего хозяйства (ст. 27, 28), а также использования земельных и лесных участков, предоставленных на основании охотхозяйственного соглашения в соответствии с их целевым назначением. Возможность наступления опасных государству и обществу последствий указанных рисков подтверждается также измененной нормой ч. 3 ст. 53 ФЗ «Об охоте», согласно которой доступ на земельные участки и (или) лесные участки, которые расположены в границах закрепленного охотничьего угодья и на которых расположены объекты охотничьей инфраструктуры, созданные для содержания и разведения охотничьих ресурсов в полувольных условиях и искусственно созданной среде обитания, осуществляется только с разрешения юридического лица или индивидуального предпринимателя, заключивших охотхозяйственное соглашение, за исключением случаев, предусмотренных федеральными законами (но такие случаи отсутствуют).

Перечисленные обстоятельства приобретают еще большую актуальность, поскольку помимо ФЗ № 164-ФЗ в тот же самый день принят и другой Федеральный закон, создавший возможность размещения охотничьих угодий и ведения охотничьего хозяйства на территориях, ранее недоступных для реализации этих целей — на земельных участках из земель сельскохозяйственного назначения, расположенных на расстоянии не более 30 км от границ сельских населенных пунктов, а также на лесных участках лесов, выполняющих функции природных и иных объектов, включая леса, расположенные в зеленых зонах, представляющих особую ценность для аграрного производства и выполнения экологической функции²⁷.

²⁷ Федеральный закон от 11.06.2021. № 209-ФЗ «О внесении изменений в статью 78 Земельного кодекса Российской Федерации и статью 114 Лесного кодекса Российской Федерации».

2.2. Изменение порядка заключения охотхозяйственных соглашений как основания предоставления в пользование охотничьих угодий и права на добычу охотничьих ресурсов

ФЗ № 164-ФЗ внес изменение в ст. 27 ФЗ «Об охоте» и предоставил право юридическому лицу или индивидуальному предпринимателю, заключившим охотхозяйственное соглашение, по истечении срока его действия заключить с органом исполнительной власти субъекта Российской Федерации такое соглашение на новый срок без аукциона на право заключения соглашения. Обстоятельствами или условиями для отказа юридическому лицу или индивидуальному предпринимателю в заключении охотхозяйственного соглашения на новый срок является проведение в отношении этих субъектов предпринимательской деятельности процедуры банкротства либо наличия сведений о таких юридическом лице или об индивидуальном предпринимателе в реестре недобросовестных лиц, заключивших такие соглашения, и участников аукциона на право заключения такого соглашения²⁸. Установлено также, что порядок заключения указанных соглашений без аукциона должен будет утверждаться уполномоченным федеральным органом исполнительной власти.

Несмотря на существенные изменения, продолжает действовать порядок, согласно которому по общему правилу торги в форме аукциона на право заключения охотхозяйственного соглашения являются обязательным предварительным условием его заключения (ч. 1, 3 ст. 27, ст. 28 ФЗ об охоте). Охотхозяйственное соглашение заключается с победителем аукциона или с иным его участником²⁹ на срок от 20 до 49 лет.

²⁸ ФЗ № 164-ФЗ в текст ФЗ «Об охоте» введена новая статья 37.1. «Реестр недобросовестных лиц, заключивших охотхозяйственные соглашения, и участников аукциона на право заключения охотхозяйственного соглашения». Ведение реестра недобросовестных лиц, заключивших охотхозяйственные соглашения, и участников аукциона на право заключения охотхозяйственного соглашения осуществляется уполномоченным федеральным органом исполнительной власти в электронном виде по форме, обеспечивающей учет информации. В реестр включаются сведения о лицах, с которыми по их вине на основании решения суда прекращено охотхозяйственное соглашение, а также о лицах, уклонившихся от заключения охотхозяйственного соглашения.

²⁹ Согласно ч. 27 и 31 ст. 28 ФЗ «Об охоте» в случае, если победитель аукциона уклонился от заключения охотхозяйственного соглашения, орган исполнительной власти субъекта федерации вправе обратиться в суд с требованием о возмещении убытков, причиненных уклонением победителя аукциона от заключения такого соглашения, или заключить такое соглашение с участником аукциона, который сделал предпоследнее предложение о цене предмета аукциона (цене права на заключение охотхозяйственного соглашения). Если аукцион признан несостоявшимся по причине участия в нем менее чем двух лиц, то с единственным участником аукциона в течение 30 дней со дня его проведения заключается охотхозяйственное соглашение.

Имеется одно самостоятельное исключение из общего правила, установленное Федеральным законом от 29.07.2017 № 224-ФЗ. Оно позволяет не участвовать в аукционе субъектам предпринимательской деятельности в сфере охотничьего хозяйства, которые состоят в длящихся правоотношениях (ч. 3 ст. 71 ФЗ об охоте). Ими являются юридические лица, индивидуальные предприниматели, у которых право долгосрочного пользования животным миром возникло на основании долгосрочных лицензий на пользование животным миром в отношении охотничьих ресурсов и долгосрочных договоров о предоставлении в пользование территорий или акваторий до дня вступления в силу ФЗ «Об охоте», при исполнении ими условий таких лицензий. Указанные лица и органы исполнительной власти субъектов федерации вправе заключить охотхозяйственные соглашения в отношении используемых по ранее заключенным договорам охотничьих угодий, о предоставлении в пользование территорий или акваторий без проведения аукциона на право заключения данных соглашений на срок 49 лет³⁰.

Таким образом, введенная ФЗ № 164-ФЗ новелла является самостоятельным дополнительным основанием заключения данного соглашения, минуя аукцион на право его заключения, и предусматривает очередное новое исключение из общего правила наряду с другим новым основанием — заменой лица в таком соглашении в порядке переуступки прав и обязательств, которое благодаря этому же Закону введено в ФЗ «Об охоте». Необоснованно вводить помимо ранее имевшегося и продолжающего действовать два новых исключения из общего правила, направленных на уменьшение доходной части государственного бюджета³¹. Согласно общему правилу, средства,

³⁰ Следует обратить внимание, что срок установлен императивно — только 49 лет, без возможности выбора его значения в допустимом диапазоне, как это установлено применительно к общему правилу с применением аукциона — от 20 до 49 лет.

³¹ Прежде всего, государственный бюджет лишается поступления в его доходную часть средств, полученных организатором аукциона от продажи права на заключение охотхозяйственного соглашения. К тому же Правительством РФ утверждены ставки платы за единицу площади охотничьего угодья при заключении охотхозяйственных соглашений без проведения аукциона на право их заключения. Ставки ежегодной платы составляют 1 руб., 5 руб. и 10 руб. в расчете за один га охотничьего угодья и представляют собой усредненную «цену территории» вне зависимости от ее объективной оценки: наличия земельных и лесных участков и водных объектов, а также иных качественных характеристик. Усматривается также следующая зависимость: чем больше допускаемая площадь охотничьего угодья, тем меньше плата за пользование его территориями в расчете за га. Основным критерием является местонахождение охотничьего угодья в зависимости от географического расположения субъекта РФ, где оно находится, возможно, также имеет значение и допускаемый максимальный размер охотничьих угодий, устанавливаемый уполномоченным федеральным органом исполнительной власти для каждого региона — прим. авт. См.: постановление Правительства РФ от 30.06.2010 № 490 (ред. от 30.08.2013) «О ставках платы за единицу площади охотничьего угодья при заключении охотхозяйственных соглашений без проведения аукциона на право заключения охотхозяйственных соглашений» // СЗ РФ. 2010. № 27 ст. 3501.

полученные от продажи права на заключение такого соглашения, подлежат перечислению организатором аукциона в бюджеты бюджетной системы Российской Федерации (ст. 28 ФЗ «Об охоте»). Ежегодным доходом государственного бюджета являются также средства в виде увеличенной в ходе аукциона арендной платы за предоставленные государством охотпользователям земельные и лесные участки и сборов за пользование объектами животного мира.

Новеллы об условиях, являющихся основанием для отказа заключения охотхозяйственных соглашений с субъектами предпринимательской деятельности на новый срок в порядке исключения из общего правила, минуя аукцион, при наличии компрометирующих сведений о них, по сути, являются фиктивным ограничением (юридической фикцией)³². Первое требование — об отсутствии проведения в отношении субъектов предпринимательской деятельности процедуры банкротства — применительно к рассматриваемому случаю является недостаточным и упрощенным. Оно вытекает из существа правоотношения, является разумеющимся и представляет собой условие для обычного подтверждения надлежащей правоспособности любого субъекта предпринимательской деятельности и для любого случая вхождения в договорные отношения, в том числе с применением торгов в форме аукциона на право заключения договора или соглашения.

Второе требование — об отсутствии сведений о юридическом лице или об индивидуальном предпринимателе в реестре недобросовестных лиц, заключивших охотхозяйственные соглашения, и участников аукциона на право заключения такого соглашения — не может применяться в рассматриваемом случае к охотпользователю, который по истечении срока заключенного с ним ранее соглашения выразил желание заключить такое соглашение в отношении того же охотничьего угодья на новый срок без проведения аукциона на право его заключения. С таким охотпользователем пролонгируются ранее установленные с ним отношения по использованию закрепленного за ним охотничьего угодья, причем теперь уже с возможностью внесения изменений в существенные условия прежнего охотхозяйственного соглашения, например, в части интересующей его площади (размера) охотничьего угодья. В отношении такого охотпользователя не может быть состоявшегося решения суда о прекращении действия соглашения в период его исполнения, а также он не может быть лицом, уклонившимся от заключения охот-

³² «Фикция» от лат. «fictio» — вымысел, выдумка. В юридической теории и практике особый прием, который заключается в том, что действительность подводится под некую формулу, ей не соответствующую или даже вообще ничего общего с ней не имеющую, чтобы затем из этой формулы сделать определенные выводы. См.: Тихомиров М.Ю. Юридическая энциклопедия. С. 907.

хозяйственного соглашения по результатам аукциона на право его заключения, поскольку он его ранее уже заключил, обязательства по нему выполнил и срок его действия закончился.

Создан альтернативный законодательно установленному порядку заключения охотхозяйственного соглашения другой порядок его заключения, минуя аукцион, путем перевода установления этого порядка с законодательного уровня на подзаконный, ведомственный. Такое установление снижает уровень правового регулирования по важному вопросу и, соответственно, уменьшает юридическую силу нормативных предписаний. Для такого способа регулирования в федеральном законе не имеется и не создается никаких правовых оснований. По существу, федеральному органу исполнительной власти предлагается принять подзаконный акт в противоречии с концепцией и действующими положениями ФЗ «Об охоте» о порядке предоставления в пользование хозяйствующим субъектам охотничьих угодий и права на осуществление видов деятельности в сфере охотничьего хозяйства, включая право на добычу охотничьих ресурсов.

2.3. Прогноз рисков в связи с изменением порядка заключения охотхозяйственных соглашений

Классификация охотпользователей в статьях ФЗ «Об охоте» отсутствует. Однако инкорпорирование норм ФЗ № 164-ФЗ в действующий ФЗ «Об охоте» позволяет доктринально классифицировать субъектов предпринимательской деятельности в сфере охотничьего хозяйства на следующие категории.

Субъекты длящихся правоотношений, возникших до дня вступления в силу ФЗ об охоте с предоставленными им охотничьими угодьями без проведения аукциона сроком на 49 лет (ч. 3 ст. 71 ФЗ об охоте).

Субъекты длящихся правоотношений, возникших со дня вступления в силу ФЗ «Об охоте» (2009) с предоставленными им охотничьими угодьями с проведением аукциона сроком от 20 до 49 лет. К этой категории через 49 лет могут присоединиться субъекты, входящие в настоящее время в первую категорию. Субъекты второй категории, не являющиеся несостоятельными, в отношении которых не возбуждена процедура банкротства, а также отсутствуют сведения в реестре недобросовестных лиц, заключивших охотхозяйственные соглашения, и участников аукциона на право заключения такого соглашения, вправе пролонгировать охотхозяйственное соглашение, не участвуя в аукционе, без ограничения количества случаев и срока пролонгации в диапазоне от 20 до 49 лет.

Потенциальные субъекты предпринимательской деятельности в сфере охотничьего хозяйства, которым необходимо участвовать в аукционе на

право заключения охотхозяйственных соглашений при наличии свободных охотничьих угодий из числа закрепляемых за охотпользователями и при условии проведения соответствующих аукционов.

Очевидно, что большинство фактически имеющихся охотпользователей относятся к первой и второй категориям. Занимаемые ими охотничьи угодья на основании охотхозяйственных соглашений предоставлены на длительные сроки (до 49 лет), действие которых теперь возможно пролонгировать также на длительный срок (от 20 до 49 лет). Заключение охотхозяйственных соглашений на новый срок осуществляется в упрощенном порядке, минуя аукцион, способом исключения из общего правила с теми же лицами и в отношении тех же охотничьих угодий.

Очевидно также, что территории охотничьих угодий огромны, но не безграничны. К тому же ФЗ № 164-ФЗ разрушен имевшийся и не создан новый конкурентный порядок предоставления в пользование охотничьих угодий с использованием торгов (аукциона или конкурса). Например, когда несколько хозяйствующих субъектов претендуют на одно и то же охотничье угодье, срок действия охотхозяйственного соглашения на пользование которым истекает, согласно измененному ФЗ «Об охоте», торги в форме аукциона на право заключения нового соглашения на это охотничье угодье проводиться не будут. Охотхозяйственное соглашение теперь можно заключить, минуя аукцион с прежним охотпользователем при наличии двух, незначительных и формальных условий — отсутствия возбужденной в отношении него процедуры банкротства и компрометирующих его сведений в реестре недобросовестных лиц, заключивших такие соглашения, и участников аукциона на право заключения данного соглашения.

Возможным прогнозировать следующие последствия (риски) состоявшегося внедрения критикуемой новации в ФЗ «Об охоте»:

1. Несмотря на огромные размеры охотничьих угодий страны (от 93% до 87,5% площади всей ее территории), может возникнуть парадокс — дефицит закрепленных охотничьих угодий, которые предназначены для предоставления в пользование субъектам предпринимательской деятельности в сфере охотничьего хозяйства (п. 1 ч. 2 ст. 7).

2. Появится проблема соблюдения установленного ФЗ «Об охоте» требования о 20%-м соотношении между закрепленными и общедоступными охотничьими угодьями (п. 2 ч. 2, ч. 3 ст. 7). Разрушится механизм пополнения общедоступных охотничьих угодий за счет высвобождающихся закрепленных (ч. 8 ст. 71), при этом иной механизм в ФЗ № 164-ФЗ не предложен.

3. Возникнут трудности с регулированием соблюдения максимальной площади охотничьих угодий, в отношении которых могут быть заключены охотхозяйственные соглашения одним лицом, группой лиц в целях недопущения монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции

в области охоты и сохранения охотничьих ресурсов (ст. 10, ч. 9, ч. 10 ст. 71). Новый порядок не способствует соблюдению требования, установленного ст. 10 ФЗ «Об охоте», запрещающего принимать акты и (или) осуществлять действия (бездействие), которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, в том числе путем создания более выгодных условий деятельности одним физическим или юридическим лицам по сравнению с другими физическими или юридическими лицами.

Из пояснительной записки к проекту ФЗ № 164-ФЗ следовало, что предлагаемые нормы положительным образом скажутся на состоянии конкуренции в данной сфере, что повысит доступность охоты для населения. Однако этот новый способ заключения охотхозяйственного соглашения без проведения аукциона создает эффект, обратный декларируемому, так как законодателем применен избыточно избирательный правовой подход в целях интересов отдельных субъектов предпринимательской деятельности в сфере охотничьего хозяйства: существенные преимущества получили те из них, кто состоял и продолжает состоять в делящихся правоотношениях.

4. Торги в форме аукциона на право заключения охотхозяйственного соглашения фактически применяться не будут, хотя положения о них формально остались в ФЗ «Об охоте». Трансформирован сам порядок предоставления в пользование от лица государства субъектам предпринимательской деятельности в сфере охотничьего хозяйства территорий охотничьих угодий с применением публичных торгов в форме аукциона на право заключения охотхозяйственных соглашений, в другой порядок — неконкурентный, негласный, имеющий ограничение по кругу лиц. К тому же этот трансформированный порядок является практически безвозмездным для государственного бюджета, а нормам, его устанавливающим, отведен подзаконный ведомственный уровень.

Важный принцип правового регулирования в области охоты и сохранения охотничьих ресурсов — гласность предоставления в пользование охотничьих ресурсов (ст. 2) — утратил свое значение. В целом ухудшится доступность охоты для граждан, значительно уменьшится доходная часть государственного бюджета от поступлений из сферы охотничьего хозяйства.

5. Регулярное автоматическое продление срока аренды земельных и лесных участков на длительный срок в связи с заключением на новые сроки охотхозяйственных соглашений без проведения аукциона создаст риск последующего оспаривания таких соглашений как приватизации в скрытой форме. Необходимо отметить, что аукцион или конкурс выполняют не только инвестиционную функцию, но и позволяют на этапе подготовки и проведения торгов сформировать все существенные условия будущего договора-соглашения [Беляева О.А., 2010: 19–44].

В соответствии с нашей позицией необходимо сохранить действующий порядок заключения указанного соглашения по итогам торгов (аукциона или конкурса). При этом в целях стимулирования добросовестного осуществления деятельности в сфере охотничьего хозяйства возможно законодательно установить при равной предложенной цене преимущественное право для субъектов, которые ранее осуществляли такую деятельность, не нарушали законодательства и условий соглашения и подтвердили свое соответствие, например, следующим требованиям: наличие материально-технической базы, профессионального образования, опыта и навыков работы.

Заключение

Рассуждая с позиций интересов правового и социального государства — субъекта права собственности на природные ресурсы, включая охотничьи угодья, обладающего административно-властными полномочиями по управлению ими, осуществлению в их отношении нормативного правового регулирования и контроля (надзора), отстаивая принцип приоритета публичных интересов в сфере природопользования, приходится констатировать, что рассмотренные новые и ранее принятые изменения ФЗ об охоте влекут дополнительные риски в процессе правоприменения и вписываются в общую негативную тенденцию.

Обобщение результатов настоящего и ранее проведенных исследований позволяет определить эту тенденцию как внедрение правовых норм, влекущих «сомнительную легитимацию», представляющую опасность дестабилизации правовой системы. Сомнения возникают еще и потому, что для правового регулирования имущественных отношений и установления права собственности должно применяться, прежде всего, гражданское законодательство (ст. 2, 129, 130, 131, 209, 212 ГК РФ). Проанализированные новеллы, изменившие ФЗ «Об охоте», в своей концептуальной основе устанавливают в интересах частных лиц именно режим владения, пользования и распоряжения охотничьими угодьями, принадлежащими государству. Правомочия по распоряжению охотничьими угодьями в интересах охотпользователей в рамках данного ФЗ вводятся посредством изменения его норм об охотхозяйственном соглашении, о порядке его заключения и предоставления права на добычу охотничьих ресурсов.

Осмелимся утверждать, что критикуемые нами состоявшиеся новеллы, изменившие ФЗ «Об охоте», в своей истинной концептуальной основе направлены на приватизацию охотничьих угодий. Однако согласно ст. 217 ГК РФ по столь важному вопросу должны приниматься законы о приватизации государственного и муниципального имущества, а такой специальный закон

в отношении охотничьих угодий отсутствует и о разработке его проекта ничего не известно. Именно федеральным законом о приватизации должны изначально устанавливаться и вводиться в правовую систему новые нормы-принципы, касающиеся охотничьих угодий. В этих целях, возможно, также потребуются внесение соответствующих изменений в ГК РФ, и только затем, в качестве корреспондирующих норм, должны производиться изменения как ФЗ «Об охоте», так и земельного, лесного, водного законодательства. Законодатель же сосредоточил внимание исключительно на ФЗ «Об охоте», который в данном случае объективно нельзя признать единственным федеральным законом, в который должны изначально включаться такие нормы.

Приходится констатировать, что цель и предмет правового регулирования проанализированных новелл, а также способ их введения в правовую систему обладают признаками «сомнительной легитимации» и имеют скрытую нелегитимную форму.

Перманентная «модернизация» положений ФЗ «Об охоте» состоит в законодательном закреплении новаций, характеризующихся следующими негативными признаками: в них концептуально неверно определяются цель и способ ее достижения, соответственно, ошибочным становится и предмет правового регулирования, который получается скрытым, к тому же нарушается принцип приоритета публичных интересов; эти новации распространяют юридические и фактические последствия, возникающие из исполнения требований общего правила, изначально установленного в Законе, на вновь вводимые ими случаи исключения из этого правила; они направлены на предоставление возможности реализации новых правовых норм ограниченному кругу лиц; для внедрения новых норм в правовую систему неоправданно применяется «точечная коррекция», при которой изменению подлежит только часть действующего нормативного правового акта вне связи с другими его положениями, прежде всего, имеющими принципиальное значение, и, тем более, с другим законодательством.

Нами предпринята попытка поставить проблему и доказать, что последние изменения ФЗ «Об охоте» противоречат его концептуальной основе, разрушают его конструкцию, а также не соответствует гражданскому законодательству. Новые законодательные установления направлены на введение квази-права частной собственности на природные ресурсы для субъектов предпринимательской деятельности в сфере охотничьего хозяйства с целью улучшения их положения, прежде всего, тех из них, которые состоят в делящихся правоотношениях. Эти субъекты пользовались и теперь будут уверенно продолжать не только пользоваться, но и владеть и распоряжаться формально-юридически принадлежащими государству значительными по площади территориями и находящимися на них природными ресурсами — закрепленными за ними охотничьими угодьями.

Таким образом, современной проблемой отечественного правотворчества в сфере природопользования является решение вопроса о праве собственности и субъектах этого права, включая объем их правомочий на природные ресурсы (земли, леса, водные объекты), которые представляют собой территории, не имеющие четкого юридического оформления в качестве объектов гражданских правоотношений: их индивидуализации на местности, кадастрового учета, в том числе определения их реальной стоимости и соответствующей государственной регистрации.

Наиболее ярко эта проблема проявляется применительно к одному из видов природопользования — осуществлению деятельности в сфере охотничьего хозяйства. В настоящее время именно в этой сфере в качестве территориальной, природной, экономической, удовлетворяющей эстетические потребности, прочей основы и базы происходит активная эксплуатация категории «охотничьи угодья», не познанной в полной мере в теории права и надлежащим образом не оформленной на практике. Де-юре и де-факто эта категория стала объектом гражданского права и имущественных отношений, включая ее оборотоспособность между частными лицами. Можно предположить, что идет первый этап приватизации охотничьих угодий, причем юридически этот процесс оформляется в скрытой форме. Аналогия происходящего в смежных правоотношениях позволяет прогнозировать в дальнейшем возможность применения к территориям охотничьих угодий, их фактическим владельцам и пользователям, теперь уже наделенных правом распоряжения государственной собственностью, такого института как «дачная» или «лесная амнистия», с целью полноценной легализации права собственности на занимаемые ими длительное время (20–49 и более лет) территории с природными ресурсами и находящимися на них объектами недвижимого имущества, в том числе неправомерно возведенными с нарушением целевого назначения и природоохранных требований.

Образно говоря, именно в этом и заключаются истинные «особенности национальной охоты».

Согласно позиции автора, охотничьи угодья являются единым природным и недвижимым комплексом, они должны быть объектом конституционных, природоресурсных, природоохранных, административных и гражданских правоотношений. Охотничьи угодья находятся исключительно в государственной собственности и не могут подлежать обороту между частными лицами. Предоставление от лица государства охотничьих угодий частным лицам не должно осуществляться иначе, как исключительно в пользование, имеющее строго определенную цель, разумные сроки и персонализированное исполнение обязательств, без возможности осуществления правомочий распоряжения. Порядок предоставления государством в поль-

зование частных лиц охотничьих угодий должен быть конкурентным, с использованием торгов, возмездным и гласным.

За государством необходимо сохранить исключительную прерогативу на предоставление субъектам предпринимательской деятельности права на добычу охотничьих ресурсов и осуществление иных видов деятельности в сфере охотничьего хозяйства, это право не может включаться в гражданский (хозяйственный) оборот, прежде всего, в целях обеспечения общественной безопасности.

Требуется строгая государственная ревизия и добросовестная инвентаризация, подробный государственный кадастровый учет территорий охотничьих угодий с находящимися на них земельными, лесными участками и водными объектами с их объективной индивидуализированной качественной характеристикой и оценкой стоимости, а также внесение ясности и установление правовой определенности в режим их предоставления и использования.



Список источников

1. Анисимов А.П. Правовой режим охотничьих угодий // Юридическая наука. 2013. № 1. С. 26–29.
2. Беляева О.А. Правовые проблемы аукционов и конкурсов. М.: Юриспруденция, 2010. 296 с.
3. Боголюбов С.А. и др. Реализация прав собственности на природные ресурсы. М.: Юрист, 2007. 240 с.
4. Боголюбов С.А., Хачатуров Р.Л. (отв. ред.) (а) Памятники российского права. В 35 т. Т. 25. Природоресурсное и природоохранное законодательство РСФСР. М.: Юрлитинформ, 2016. 448 с.
5. Боголюбов С.А., Хачатуров Р.Л. (отв. ред.) (б) Формирование и развитие отраслей права в исторической и современной правовой реальности России. В 12 т. Т. 11. Экологическое право. М.: Юрлитинформ, 2020. 392 с.
6. Галиновская Е.А., Пономарев М.В. Стратегическое планирование в природоресурсной сфере (правовой аспект) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 2. С. 65–86.
7. Иванова С.В. Право и животный мир: история и современность. М.: ИНФРА-М, 2018. 158 с.
8. Иутин И.Г., Кичигин Н.В., Пахарева Г.В., Пономарев М.В., Ширококов А.С. Комментарий к Федеральному закону от 24 июля 2009 г. № 209-ФЗ «Об охоте и о сохранении охотничьих ресурсов и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (постатейный). М.: Юстицинформ, 2011. 296 с.
9. Минина Е.Л. (отв. ред.) Правовое регулирование использования и охраны биологических ресурсов. М.: ИНФРА-М, 2016. 328 с.
10. Минина Е.Л. (а) Нормативное закрепление принципов природоресурсного законодательства // Журнал российского права. 2021. Т. 25. № 6. С. 162–177.

11. Ноздрачев А.Ф. (отв. ред.) Комментарий к главе 8 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ «Административные правонарушения в сфере охраны окружающей среды и природопользования» (постатейный). М.: ИНФРА-М, 2020. 472 с.
12. Синицын С.А. Гражданское право в современных социально-экономических условиях // Журнал российского права. 2021. № 1. С. 8–15.
13. Тихомиров Ю.А. Юридическое прогнозирование. М: Контракт, 2018. 168 с.
14. Тихомиров Ю.А., Талапина Э.В. Право как эффективный фактор экономического развития // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 1. С. 4–26.
15. Хабриева Т.Я. (отв. ред.). Коррупция: природа, проявления, противодействие. М.: Юриспруденция, 2012. 688 с.
16. Шунаева Д.Д. Цифровая экономика и информационное обеспечение в сфере охотничьего хозяйства // Журнал российского права. 2019. № 1. С. 159–169.
17. Шуплецова Ю.И. Особенности правового регулирования использования лесов на землях различных категорий // Журнал российского права. 2020. № 9. С. 120–131.



References

1. Anisimov A.P. (2013) Legal Regime of Hunting Grounds. *Yuridicheskaya nauka* = Legal Science, no 1, pp. 26–29 (in Russ.)
2. Belyaeva O.A. (2010) *Legal Issues of Auctions and Competitions*. Moscow: Jurisprudence, 297 p. (in Russ.)
3. Bogolyubov S.A. et al. (2007). *Realization of Property Rights to Natural Resources*. Moscow: Yurist, 240 p. (in Russ.)
4. Bogolyubov S.A., Khachaturov R.L. (ed.) (a) (2016). *Monuments of the Russian Law. Vol. 25. Natural Resource and Environmental Legislation of the RSFSR*. Moscow: Yurlitinform, 448 p. (in Russ.)
5. Bogolyubov S.A., Khachaturov R.L. (ed.) (b) (2020) *Formation and Development of Branches of Law in the Historical and Modern Legal Reality of Russia. Vol. 11. Environmental Law*. Moscow: Yurlitinform, 392 p. (in Russ.)
6. Galinovskaya G.A., Ponomarev M.V. (2021) Strategic Planning in the Natural Resource Sphere: Legal Aspect. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki* = Law. Journal of the Higher School of Economics, no. 2, pp. 65–86 (in Russ.)
7. Iutin I.G., Kichigin N.V., Pahareva G.V., Ponomarev M.V., Shirobokov A.S. (2011). Comment to the Federal Law of July 24, 2009 № 209-FZ “On Hunting and Conservation of Hunting Resources”. Moscow: Yustitsinform, 296 p. (in Russ.)
8. Ivanova S.V. (2018). *Law and the Animal World: History and Modernity*. Moscow: INFRA-M, 158 p. (in Russ.)
9. Khabrieva T. Ya. (ed.). (2012). *Corruption: nature, types, counteraction*. Moscow: Jurisprudence, 688 p. (in Russ.)
10. Minina E.L. (ed.) (2016). *Legal Regulation of the Use and Protection of Biological Resources: a textbook*. Moscow: INFRA-M, 328 p. (in Russ.)
11. Minina E.L. (a) (2021) Normative consolidation of the principles of Natural Resource Legislation. *Zhurnal rossiyskogo prava* = Journal of Russian Law, vol. 25, no 6, pp. 162–177 (in Russ.)

12. Nozdrachev A.F. (ed.) (2020) Commentary to Chapter 8 of the Code of Administrative Offences of December 30, 2001, № 195-FZ “Administrative Offences in the field of Environmental Protection and Nature Management”. Moscow: INFRA-M, 472 p. (in Russ.)
 13. Shunaeva D.D. (2019) Digital economy and information support in the field of hunting. *Zhurnal rossiyskogo prava* = Journal of Russian Law, no 1, pp 159–169 (in Russ.)
 14. Shupletsova Yu. I. (2020) Features of Legal Regulation of the use of Forests on Lands of various Categories. *Zhurnal rossiyskogo prava* = Journal of Russian Law, no 9, pp. 120–131 (in Russ.)
 15. Sinitsyn S.A. (2021) Civil Law in Modern Socio-Economic Conditions. *Zhurnal rossiyskogo prava* = Journal of Russian Law, vol. 25, no 1, pp. 8–15 (in Russ.)
 16. Tikhomirov Yu. A. (2018). *Legal Forecasting*. Moscow: Kontrakt, 168 p. (in Russ.)
 17. Tikhomirov Yu. A., Talapina E.V. (2020) Law as an Effective Factor of Economic Development. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki* = Law. Journal of the Higher School of Economics, no 1, pp. 4–26 (in Russ.)
-

Информация об авторе:

Д.Б. Горохов — ведущий научный сотрудник, кандидат юридических наук.

Information about the author:

D.B. Gorokhov — Leading Researcher, Candidate of Sciences (Law).

Статья поступила в редакцию 16.11.2021; одобрена после рецензирования 04.12.2021; принята к публикации 15.12.2021.

The article was submitted to the editorial office 16.11.2021; approved after reviewing 04.12.2021; accepted for publication 15.12.2021.

Научная статья

УДК 342.7

DOI:10.17323/2072-8166.2022.2.60.84

Легистика: прикладная наука и практика (зарубежный опыт)



Анатолий Николаевич Пилипенко

Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, Россия, Москва 117218, Б. Черемушкинская ул., 34, anpilipenko@rambler.ru , <https://orcid.org/0000-0002-6632-6674>



Аннотация

Предметом исследования статьи является легистика, которая сформировалась за рубежом как новое направление правовой науки и юридической деятельности. Становление и развитие легистики явилось своего рода реакцией на снижение роли и качества законотворческой деятельности в зарубежных государствах. Сам процесс девальвации закона обусловлен многими факторами: среди них кризис парламентаризма, неконтролируемый рост правовых актов, снижение юридической безопасности, легитимного доверия. Юридическая безопасность, которая призвана защитить тех, на кого закон распространяется, от свойств, которые нельзя отнести к его достоинствам (большой объем, низкое качество текста, несогласованность с другими нормативными актами, частые изменения и т.д). рассматривается как критерий оценки качества закона. Доверие к власти через призму «легитимного доверия», которое является субъективной стороной юридической безопасности, отражая восприятие закона обществом и гражданами в параметрах обратной связи, безусловно, является важным фактором, влияющим на эффективность применения закона. Цель исследования — раскрыть содержательные характеристики легистики как научного знания и его воздействия на практическую деятельность по разработке правовых актов. Оценка регулирующего воздействия законопроекта, организация законопроектной работы, роль разработчиков закона — эти вопросы легистической работы стали объектом анализа. При этом использовались как общенаучные (логический, исторический, системный), так и специальные методы исследования: формально-юридический и сравнительно-правовой методы, метод доктринального толкования права. В результате констатируется становление легистики за рубежом в двух проявлениях: как прикладной науки, изначально ориентированной на улучшение законотворческой деятельности, и как организационно-правового алгоритма. Задача обоих проявлений — построение стабильной и действенной правовой системы. В этом контексте зарубежный опыт развития легистики не только имеет умозрительный интерес, но и может быть

практически полезен российским законодателям, а также специалистам, причастным к организации аналогичной деятельности.



Ключевые слова

легистика, легист, юрислингвистика, юрислингвист, право, закон, правотворчество, законотворчество, законопроектная работа.

Для цитирования: Пилипенко А. Н. Легистика: прикладная наука и практика (зарубежный опыт) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. № 2. С. 60–84. DOI:10.17323/2072-8166.2022.2.60.84.

Research article

Logistics: Applied Science and Practice (Foreign Experience)



Anatoli N. Pilipenko

Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, 34 Bolshaya Cheremushkinskaya Str., Moscow 117218, Russian Federation. E-mail: anpilipenko@rambler.ru



Abstract

The subject of the study of the article is legalistics — a new direction of foreign legal science and legal activity, which are aimed at improving the law as the main element of the legal system. The formation and development of legalistics was a kind of reaction to the decline in the role and quality of lawmaking in foreign countries. The very process of devaluation of the law is due to many factors: the crisis of parliamentarism, the uncontrolled growth of legal acts, the decline in legal security, legitimate trust. Legal security, which is designed to protect those to whom the law applies, from properties that cannot be attributed to its merits: large volume, low quality of the text, inconsistency with other regulations, frequent changes, etc., is considered as a criterion for assessing the quality of the law. Trust in the authorities through the prism of “legitimate trust”, which is the subjective side of legal security, reflecting the perception of the law by society and citizens in the feedback parameters, is certainly an important factor affecting the effectiveness of its application. The purpose of the study is to reveal the content characteristics of legalistics as scientific knowledge and its refraction in practical activities for the development of legal acts. This goal determined the internal structure of the work. Assessment of the regulatory impact of the bill, organization of legislative work, the role of law developers — these issues of legal work became the object of the article’s analysis. At the same time, both general scientific (logical, historical, systemic) and special research methods were used: formal legal and comparative legal methods, the method of doctrinal interpretation of law. Based on the results of the analysis, one can state the formation of legalistics abroad in two manifestations: as an applied science, initially focused on improving lawmaking, and legalistics as an organizational and legal algorithm, the task of which is to build a stable and effective legal system. In this context, foreign experience in the development of legalistics seems to be not only of speculative interest, but

can be practically useful to Russian legislators, as well as specialists involved in organizing similar activities.



Keywords

logistics, legist, jurislinguistics, jurislinguist, law, law-making, legislative work.

For citation: Pilipenko A.N. (2022) Logistics: Legal Science and Practice (Foreign Experience). *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no. 2, pp. 60–84 (in Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2022.2.60.84.

Введение

В настоящее время термин «легистика» как неологизм, построенный на латинском *lex* (*legis*, закон), широко используется многими зарубежными юристами. Речь идет не о реанимации идей средневековых легистов, сыгравших значительную роль в рецепции римского права в европейских странах, а вполне современном правовом явлении, занявшем конкретное место в зарубежном праве и практике. Содержание понятия «легистика» раскрывается через основные этапы нормотворческой деятельности и ее осмысления юридической наукой. Становление легистики как научного направления изначально ориентировалось на изучение законопроектной работы с целью совершенствования правовой системы и, в первую очередь, ее ядра — закона.

Французский историк права профессор Ж. Годме писал, что у закона три автора: «Власть, которая предписывает, народ, который соглашается, наука, которая формулирует» [Gaudemet J., 1997: 373]. В продолжение этой мысли профессор права Женевского университета А. Флюкижер справедливо отмечает, что исторически юридическая наука в основном сосредоточена на толковании и применении далеко не совершенного закона, а не на том, чтобы его усовершенствовать [Flückiger A., 2019: 17]. Действительно, именно в совершенствовании закона состоит предназначение легистики.

1. Легистика: понятие и задачи

Первое настоящее произведение по легистике, хотя данный термин в нем не употребляется, принадлежит инициатору Гражданского кодекса Швейцарии (1907), юристу Э. Юберу, который стал известен тем, что ему «постоянно удавалось никогда не иметь более трех абзацев в одной статье» [Huber E., 1901: 12]. Данный подход был воспринят как принцип, включенный в рекомендации Федерального управления юстиции и сформулированный сле-

дующим образом: «Подразделения (пункт, статья, раздел...) должны быть не слишком короткими и не слишком длинными. По этой причине необходимо помнить правило, сформулированное Юбером... а именно: 1. максимум три абзаца на статью; 2. одно предложение на абзац; 3. одну идею в предложении».

Легистика в ее современном понимании обязана бельгийцу Ж. Маскэлена и нидерландцу С. Фрэю — авторам книги «Формальная легистика: практические правила по написанию законов и постановлений», появившейся в начале 1950-х годов. Тотчас раскритикованные как неудачные и неуместные бельгицизмы понятия «легистика» и «формальная легистика» тем не менее получили признание во Франции, Швейцарии, Канаде, хотя до сих пор далеко не во всех общих и юридических словарях их можно найти. Современная легистика связана также с именем швейцарского юриста профессора П. Нолла, который предложил следовать последовательным этапам «планирования», прежде чем принимать законы, включая: определение проблемы, анализ фактической ситуации, описание избранных целей, разработку адекватных решений и перспективную и ретроспективную оценку выбранного законодательного решения.

Тем не менее содержательное наполнение этого термина далеко не однозначно. Действительно, легистику трудно отделить от таких смежных дисциплин, как наука о законодательстве, законодательная техника, законодательное искусство, законодательная методология или «легиспруденция». Появляются и определения легистики. Французский словарь Лярусс определяет легистику как «совокупность правил, принципов и методов, используемых при разработке и написании законодательных и подзаконных актов, направленных с точки зрения формы и содержания на обеспечение их согласованности и эффективности». Согласно определению, данному профессором Парижского университета Ж. Шевалье, «легистика — наука (прикладная наука) о законодательстве, направленная на выявление наилучших способов разработки, составления, написания и применения норм» [Chevallier J., 1995: 15].

Легистика как инструмент изучения формальных аспектов закона рассматривается в качестве методологии. Некоторые ученые говорят о легистике как о науке, смежной с юрислингвистикой, во всяком случае, с юридической наукой, которая сфокусирована, прежде всего, на вопросах законодательной техники. Другие считают, что легистика — это дисциплина, наполовину относящаяся к искусству, а наполовину — к науке [Zolinski C., 2011: 52]. Легистика — это не столько наука, сколько искусство (Г. Брэбан).

Ж. Шевалье пишет, что специалист, посвятивший себя легистике, «стремится определить наилучшие методы разработки, написания, редактирования и применения правовой нормы» [Chevallier J., 1995: 15]. Позже он добавил: «Качество права предполагает улучшение условий его создания. Эта

цель находится в центре новой дисциплины, «легистики», направленной на изучение нормативной созидательной деятельности и определение методов, пригодных для управления этой деятельностью» [Chevallier J., 2008: 152]. По существу, легистика выступает в качестве технологии разработки закона. Рационализация и планирование в создании правового акта способствуют устранению неопределенностей и построению строгого алгоритма законотворческой работы. В задачу легистики входит также стандартизация юридического языка в целях цифровизации юридической терминологии.

Таким образом, понятием легистики охватываются правила, приемы и практики, касающиеся формы и процесса разработки законов и подзаконных актов, материальное оформление, процесс их составления, языковая форма («пластика закона», по Р. Иерингу), композиция закона, его стиль и даже правоведческие аспекты лексики, их кодификация или консолидация, толкование и применение.

Легистику понимают в узком и широком смыслах. В узком смысле ею обозначают изучение способов написания и формулирования законов. В широком смысле, как направление юридических исследований, легистика — это анализ способов создания и применения права. Подобный подход привел к разделению легистики на формальную и материальную (субстанциональную).

Формальная легистика ориентируется главным образом на правила законодательного редактирования, структуру, внутреннюю организацию и форму законодательных текстов. Она изучает формальные правила, регулирующие формулирование и внешний вид текста, композицию законов и законодательный стиль. В частности, формальная легистика сосредоточена на принципах и основных механизмах техники написания правовых актов. Эти принципы определяют условия, обеспечивающие юридическое качество и юридическую безопасность законов и подзаконных актов, превращая их в редакционные стандарты, которыми должны пользоваться их разработчики. В частности, канадские и бельгийские труды по легистике предложили и по-прежнему предлагают множество средств, направленных на улучшение лингвистического качества законов и придание им необходимой последовательности и согласованности. В этом контексте формальная легистика рассматривается как прикладная наука, которая стремится выявить наилучшие способы разработки, написания, принятия и применения норм.

Материальная (субстанциональная) легистика касается философии права, теории законодательства, законодательной методологии и процедуры, законодательной социологии. Ее предметом являются различные вопросы, которые относятся к установленным нормам и ценностям философии права в их законодательном преломлении, соблюдения компетенции, гармонизации правовых актов, законодательной инфляции, мотивации административных актов, кодификации, консолидации, реформы законодательства, его

толкования и рецепции. В этом контексте материальная или субстанциональная легистика определяется как метод рационализации процесса разработки и реализации закона.

В Канаде утвердилось понятие «сравнительная легистика», основное внимание которой посвящено методам транспонирования правовых норм в контексте языкового и правового дуализма, «гармонизации» федерального законодательства с романским правом Квебека. В отличие от формальной легистики сравнительная легистика сосредоточена на трудностях разработки законодательных актов, которые носят не только лингвистический, но и политический характер. Это приводит к актуализации таких тем, как методы совместной и параллельной редакционной работы в рамках законотворческого процесса, основанного на романском и общем праве. Сравнительно-правовые исследования, проводимые вокруг объединяющей темы национального законодательства, способствуют усилению компаративистского элемента в работе, изначально сориентированной на формальные аспекты законодательного акта.

В сферу легистики входит не только написание правовых текстов, но и все иные элементы, сопровождающие их создание и реализацию. Легистика затрагивает, помимо создания закона, вопросы правотворчества и правоприменения. Таким образом, легистика выходит за рамки собственно создания закона, касаясь, в частности, такой важной проблемы, как повышение качества судебных решений. Некоторые авторы рассуждают о легистике как об искусстве и методах судебных решений, о «судебном стиле», тем самым, вероятно, необоснованно расширяя ее предмет.

Таким образом, легистику можно рассматривать как направление научных исследований (прикладная наука, методология) и как вид юридической деятельности по написанию правовых актов, у которых общая цель — совершенствование закона.

2. Юридическая безопасность — индикатор качества закона

Снижение роли и качества закона обусловлено многими факторами. Место закона в правовой системе объективно отражает современное положение парламента как представительного и законодательного учреждения в системе органов власти, конституирующих государство. Кризис парламентаризма, связанный с утратой верховенства парламента в конституционно-правовом механизме, по существу, покончил с идеей верховенства закона в правовой системе. Снижение роли парламента сопровождается упрочением положения правительства, что проявляется также в смещении центра зако-

нодательных инициатив и правотворческой работы в сферу исполнительной власти, а это объективно ведет к снижению регулятивной роли закона.

Очевидное снижение регулирующей роли закона ставит под сомнение его существование в традиционной форме и обуславливает необходимость его глубокой трансформации, позволяющей сочетать в нем общий характер действия нормы с индивидуализацией ее применения в условиях многообразия конкретных ситуаций (согласно концепции гибкого права профессора А. Флюкижера) [Flückiger A., 2019: 17]. Данный ученый считает, что закон должен восстановить как утраченные, так и не обретенные качества: разумность, актуальность, стратегичность, эффективность, ясность и продуманность (*raisonnée, pertinente, stratégique, efficace, claire et réflexive*). Академик Т.Я. Хабриева допускает возникновение в будущем помимо права неизвестного сейчас более гибкого и эффективного социального регулятора [Хабриева Т.Я., 2018: 15]. Звучат идеи о «самонастройке» закона и судебного процесса, позволяющих с помощью искусственного интеллекта избежать судейского субъективизма и судебных ошибок¹.

В реальных условиях в качестве интегрального критерия, оценивающего современный закон, выступает принцип юридической безопасности, который получил признание в той или иной форме в большинстве европейских стран, входящих в Совет Европы и Европейский союз. Юридическая безопасность утверждается как независимый принцип конституционного права в некоторых странах (в частности, в Германии), из которого конституционный суд выводит требования стабильности правового порядка и предсказуемости действий государств-членов Совета Европы. Наряду с принципом юридической безопасности в лексику судебных решений европейских государств входит принцип легитимного доверия. Согласно этому принципу, публичный орган, принимающий решение, может ожидать поддержки от того, к кому оно обращено, только при условии, что данное решение в глазах адресата имеет справедливые и легитимные основания. Идея легитимного доверия вытекает из принципа юридической безопасности. Действительно, принцип легитимного доверия имеет своим непосредственным источником принцип юридической безопасности и является его субъективным отражением в глазах граждан. Таким образом, легитимное доверие выступает как субъективная составляющая более широкого принципа, а именно, принципа юридической безопасности.

В рамках предлагаемой логики юридическая безопасность имеет объективный (ясность, стабильность и системность правовой нормы) и субъективный (выражаемый в идее легитимного доверия, т.е. ее восприятия гражданами) аспекты. Принципы юридической безопасности и легитимного

¹ Цифровизация правотворчества: поиск новых решений. М., 2019. С. 23.

доверия прочно входят в обоснование решений Европейского суда правосудия ЕС. По данным профессора Парижского университета Ф. Мартуччи, на октябрь 2020 г. термины «юридическая безопасность» и «легитимное доверие» фигурировали в его решениях, соответственно, 3350 и 2129 раз, что дает основание говорить об инфляции этих принципов. Этот феномен Ф. Мартуччи объясняет парадоксом, заложенным в самой юридической безопасности. По его мнению, «феномен самоинфляции» состоит в том, что, с одной стороны, право, не обеспечивающее юридической безопасности, перестает быть таковым, с другой — потребность в безопасности становится еще более насущной по мере его содержательной расплывчатости, многозначности и неопределенности границ.

Действительно, ослабление юридической безопасности подрывает легитимное доверие граждан к праву. Оба эти принципа так или иначе связаны. Требование юридической безопасности в сочетании с легитимным доверием объясняет, почему эти два принципа часто используются одновременно в решениях Суда. «В качестве общих принципов юридическая безопасность и легитимное доверие являются обязательными как для институтов, органов и учреждений Союза, так и для органов и юрисдикций государств-членов, в тех случаях, когда они осуществляют или принимают меры, подпадающие под действие права Союза. Таким образом, эти принципы оказываются присущими праву Союзу и моделируются интеграционным правом» [Martucci F., 2020: 7]. С этим выводом профессора Ф. Мартуччи трудно не согласиться.

Следует отметить, что во французском праве принцип легитимного доверия получил ограниченное признание, поскольку он не вполне вписывается во французскую доктрину. В концептуальном плане считается, что последовательная реализация принципа легитимного доверия, делая акцент на субъективное восприятие права, в конечном счете ведет к приоритету частного интереса над всеобщим. Онтологически принцип защиты легитимного доверия имеет либерально-индивидуалистические корни. В его основе стремление защитить граждан от публичной власти («управляемых от управляющих» — по французской терминологии), что в целом противоречит фундаментальной задаче французского административного права — поддерживать prerogatives публичной власти.

Ограниченное признание данный принцип находит у французского административного суда: только при рассмотрении дел, связанных с применением коммунитарного права (права европейских сообществ).

Принцип юридической безопасности в числе основополагающих принципов, конструирующих современное право, наиболее последовательно утверждается в последние десятилетия во Франции несмотря на то, что ни законодательство, ни судебная практика не формулируют этого принципа. Тем не менее во французской доктрине считается общепризнанным, что юриди-

ческая безопасность является принципом права, цель которого состоит в защите граждан от его вторичных негативных последствий, в частности, непоследовательности и сложности законов и регламентов (подзаконных актов) и их слишком частых изменений. Принцип юридической безопасности связывается с идеей правового государства. Более того, «юридическая безопасность вдвойне присуща правовому государству, потому что она достигается за счет формального структурирования закона, подразумеваемого его формальной концепцией, и потому, что она способствует гарантии прав и свобод, вытекающих из его материальной концепции» [Cassard-Valembois A.-L., 2020: 6].

Низкое качество закона — факт очевидный не только для граждан. За рубежом правовая мысль, в частности, французская, в течение многих лет констатирующая кризис закона, изобилует критическими высказываниями в его адрес, в изобличении его недостатков: инфляции норм, нестабильности, в редакционных ошибках. В лексиконе не только специалистов, но и тех, кто непосредственно связан с подготовкой, принятием и исполнением закона, достаточно неслезных слов в адрес современного закона: «законодательная инфляция», «болтливый закон», «деградация закона».

В этих условиях принцип юридической безопасности приобретает особую важность. Исходя из этого принципа, граждане должны иметь возможность действовать и принимать решения на основе норм права без опасений, что их одностороннее изменение может нанести им вред. Считается, что данный принцип вытекает из естественного права на безопасность, который в числе других естественных прав (свобода, собственность, сопротивление угнетению) зафиксирован во французской Декларации прав человека и гражданина (1789)².

Традиционно к факторам риска нарушения юридической безопасности относятся: умножение законодательных норм; их чрезмерная сложность; ненадежный, непоследовательный, нечеткий (неудобочитаемый), а также ненормативный характер положений некоторых законов; обратная сила законов, наносящая чрезмерный вред устоявшимся отношениям. Отслеживание данных рисков в первую очередь входит в задачу законодательной власти, которая при принятии закона должна оценить негативные последствия новой правовой нормы с точки зрения различных критериев. В их числе называют: суверенность законодателя, преследующего всеобщий интерес; комплексность рассматриваемого объекта регулирования и затрагиваемых им общественных связей; этические требования; последствия с точки зрения безопасности соответствующих организаций или систем; способность адресатов правового акта вникнуть в контекст и оценить его.

² Cahiers du Conseil constitutionnel. № 11. décembre 2001.

3. Оценка регулирующего воздействия законопроекта

Как любая целенаправленная деятельность, законопроектная работа предполагает оценку ее результатов, последствий действия разрабатываемых нормативных актов. Это требует от любого лица, причастного к данной работе, предварительной оценки действия предлагаемой правовой нормы. Родиной идеи исследования регулирующего воздействия правовых актов и ее воплощения являются США, где во второй половине XX века сформировалась практика предварительной оценки последствия применения разрабатываемых юридических актов. Эта практика затем была воспринята в других странах общего права, в частности, в Великобритании. Следует отметить изначально прагматический подход к оценке регулирующего воздействия, в основе которого превалирует экономический подход «затраты — выгода».

В США исследования регулирующего воздействия правовых норм стали инструментом оценки и поддержки принятия решений в 1970–1980-х годах. Это происходит по трем основным причинам: развитие полноценной культуры оценки государственной политики; воля узаконить государственное вмешательство; жалобы бизнеса на ужесточение экологических и санитарных норм в области безопасности работников и защиты потребителей.

Вдохновленные примером англоязычных стран Организация экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) и Евросоюз становятся проводниками распространения исследований регулирующего воздействия в Европе. Центральная роль в развитии и «стандартизации» этого процесса принадлежит ОЭСР, ее рекомендациям «О регламентарной реформе» и докладу «Анализ регулирующего воздействия: передовой опыт в странах ОЭСР». В отличие от англосаксонского подхода с преобладанием экономического критерия в оценке регулирующего воздействия европейские страны в рамках указанных организаций делают акцент на оценке элементов юридического и политического характера. Эта эволюция объясняется различными целеполаганиями использования исследований регулирующего воздействия. В англосаксонских странах оценка регулирующего воздействия связана с процессом «дерегулирования», т.е. направлена против чрезмерной регламентации бизнеса в целях снижения бремени, налагаемого на компании. ОЭСР и ЕС выступают за повышение качества регулирования по нескольким направлениям: повышение прозрачности и контроля управления; увеличение действенности публичной политики путем глубокого понимания ее последствий; интеграция множества целей, поставленных этой политикой; упрощение законодательного процесса. Таким образом, оценка воздействия на бизнес, ориентированная на «дерегулирование», эволюционирует

к стремлению «лучше законодательствовать»³. Со временем практика оценки регулирующего воздействия приобретает повсеместный, а в некоторых странах — юридически закрепленный обязательный характер (Франция).

Оценка регулирующего воздействия внедряется в практику законопроектной работы в Российской Федерации. Критический анализ данной практики и предложения по ее совершенствованию, которые даны авторами работы «Актуальные проблемы правотворчества» [Черногор Н.Н., Залойло М.В., 2018: 123], более чем уместны, поскольку до настоящего времени оценка регулирующего воздействия предлагаемого законопроекта сводится лишь к краткой пояснительной записке к нему, которая едва ли может претендовать на полноценную оценку последствий его принятия и применения [Волошинская А.А., 2015: 65].

4. Организация законопроектной работы

Поскольку большая часть законодательных инициатив исходит от исполнительной власти, вполне логично сосредоточение законопроектной работы в ее структурах: в министерстве юстиции (Канада, Швейцария) либо в рамках аппарата правительства (Франция).

В Канаде парламентская форма правления, являющаяся частью британского наследия, обуславливает взаимозависимость парламента и правительства, в том числе и в законопроектной деятельности правительства, которая выражает волю парламентского большинства, его формирующего. В этом контексте план законопроектной работы правительства, по существу, является реализацией законопроектной программы парламента (Палаты общин). Юридической основой законопроектной работы в рамках исполнительной власти является Директива Кабинета о законодательной деятельности от 16.04.1981.

Организацию законопроектной работы правительства Канады отличает тщательная регламентация. Решение комплекса вопросов, связанных с законопроектной работой, возложено на Министерство юстиции, управление которой является сферой совместной компетенции федерального правительства, провинций и территорий. Конкретно эта миссия возлагается на Управление законодательных служб министерства. Управление играет уникальную роль в Министерстве юстиции и, будучи центром управления федеральным законотворческим корпусом и процессом, способствует достижению стратегических целей министерства в правотворческой деятельности. Концентрация законотворческой деятельности на федеральном уровне во многом обусловлена двуязычием страны (bilingualism) и действием двух правовых систем (bijuridique): общего права и гражданского (романо-германского) права.

³ Accord interinstitutionnel «Mieux légiférer» (2003/C 321/01).

Планирование законопроектной работы включает следующие этапы: создание компетентной группы, ответственной за выполнение проекта; расчет необходимых финансовых ресурсов; утверждение плана руководством; выявление рисков, связанных с проектом. Основная законопроектная работа ведется группой редакционных служб данного Управления. В эту группу помимо руководителя и его помощника входят шесть директоров, возглавляющих следующие секции: законодательства, фискальных редакционных служб (финансы), регламентации, редакционных служб по транспорту, редакционных служб по здравоохранению и редакционных служб по окружающей среде.

Управление участвует в подготовке законопроектов в соответствии с задачами, которые ставятся секретариатом Комитета по законодательству Правительства и планом законопроектной работы Парламента, с целью оптимальной организации и последовательной реализации законодательной программы Правительства.

Формально законотворческий процесс начинается с подачи в Кабинет доклада ответственного министра. В случае одобрения доклад обретает качество официального решения Кабинета и передается в Управление по законодательству. Два легиста, назначенные для ведения законопроекта, совместно с лицом, отвечающим за него, готовят один или несколько (если в этом есть необходимость) черновых вариантов решения той или иной проблемы. Как отмечал представитель Канады Р. Бержерон в выступлении на первом Конгрессе Европейской ассоциации содействия законодательству (1993 г.)⁴, «эта сторона работы требует от легиста изрядной доли осмотрительности, поскольку предложенные им варианты решений будут подвергнуты критике со стороны лучших специалистов соответствующих отраслей права, уверенности, так как он имеет право соглашаться лишь с тем, что ему совершенно очевидно, и дипломатичности, ибо он должен поддерживать отношения с высшими руководителями государственных органов и членами Парламента» [Бержерон Р., 1995: 83].

Подготовленный законопроект (билль) передается в Кабинет и после его одобрения вносится в Палату общин, где после первого чтения становится доступным публике. Поправки, вносимые в законопроект Кабинетом после рассмотрения билля в той или иной палате Парламента, передаются на доработку тем легистам, которые разрабатывали законопроект.

В Великобритании функционирует особый орган, занимающийся разработкой проектов законов (актов статутного права) — Управление Парламентского совета Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии (Office of the Parliamentary Counsel). Указанный орган, учрежденный в 1869 г., состоит из правительственных юристов, которые непосред-

⁴ Очерки методологии законотворчества. Материалы первого конгресса европейской ассоциации содействия законодательству. Баден-Баден, 1996. 118 с.

ственно взаимодействуют с органами государственной власти для наиболее точной интерпретации их позиций по различным вопросам, входящим в сферу законодательного регулирования, и, соответственно, для формулирования текста законопроекта. Помимо законопроектной работы, Управление консультирует органы власти по вопросам организации работы Парламента и оказывает им содействие по иным вопросам, входящим в его компетенцию. В состав Управления входит около 50 специалистов с юридическим образованием и соответствующей подготовкой и 10 человек вспомогательного персонала. В 2021 г. Управление издало «Руководство по законопроектной работе»⁵. Руководство предъявляет ряд требований к форме и содержанию законопроекта, которые должны соблюдать его разработчики.

В США, где право законодательной инициативы принадлежит исключительно депутатам палат, причастность Президента к внесению законопроектов не просматривается. Предложения о принятии или изменении тех или иных законов Президент США выдвигает в ежегодных посланиях Конгрессу. Внесения законопроектов он добивается через депутатов Конгресса, используя механизмы возглавляемой им партии. Таким образом, в США влияние органов исполнительной власти на содержательную сторону законодательных инициатив носит опосредованный характер.

Основным источником, побудительным мотивом законодательной инициативы членов Конгресса являются идеи, которые могут рождаться в ходе избирательной кампании, когда будущий конгрессмен обещает в случае своего избрания выступить с законодательным предложением по той или другой проблеме. На одном или нескольких таких законодательных предложениях может строиться вся избирательная кампания будущего члена Конгресса. В другом случае конгрессмен, уже приступивший к исполнению своих обязанностей, может на основе своего опыта прийти к выводу о необходимости исправления или отмены действующих законов либо принятия нового закона в совершенно новой области.

В целях профессиональной разработки законопроектов в Палате представителей в 1918 г. была образована Служба законодательной подготовки. Ныне эта миссия возложена на Управление Законодательного совета Палаты представителей, помогающее депутатам и комитетам палаты в подготовке проектов законов и резолюций. Основная задача Управления состоит в том, чтобы проект точно отражал законодательную политику, а формулировки, содержащиеся в проекте, по форме и стилю были направлены на ясность выражения и рассматривали все необходимые аспекты. Также Управление оказывает содействие в анализе потенциальных последствий различных законодательных предложений.

⁵ Common legislative solutions: a guide to tackling recurring policy issues in legislation. 2021.

В США контроль над приданием закону формы, соответствующей установленным требованиям, осуществляется на стадиях его прохождения в палатах Конгресса и палатах законодательных собраний штатов. Этому в немалой степени способствует требование, предусматривающее публикацию законопроектов и совместных резолюций на стадии их прохождения в палатах (§ 106 гл. 2 разд. 1 Свода законов)⁶. Кроме того, законопроект и совместная резолюция рассматриваются специальными органами с точки зрения правильности их формы в соответствии со стадиями прохождения в палатах. Таким органом в палате представителей Конгресса, например, является Комитет по управлению делами палаты, на который возложены функции по «изучению всех законопроектов, поправок и совместных резолюций после их прохождения палатой; а также контроль в сотрудничестве с сенатом за тем, чтобы все законопроекты и совместные резолюции надлежащим образом прошли все стадии рассмотрения» (§ 693 правил XI палаты представителей). Помощь в подготовке федеральных законодательных актов, в том числе и технического характера оказывается Справочной службой, являющейся подразделением Библиотеки Конгресса.

Францию с точки зрения организации законопроектной работы отличает комплексный и прагматический подход. Организационно-техническая сторона данной работы возложена на Генеральный секретариат Правительства (далее — ГСП), через который проходят все документы, связанные с деятельностью Совета министров. На рассмотрение Совета министров в обязательном порядке выносятся законопроекты, ордонансы и некоторые нормативные декреты. Обычно эти вопросы фигурируют первыми в повестке дня Правительства. Основную ответственность за защиту правительственного законопроекта в Парламенте несут министр по связям с Парламентом и главным образом, министр, которому Правительство поручило выступить в Парламенте по этому вопросу. За последние годы ГСП провел большую работу добиваясь своевременного, с соблюдением разумных сроков принятия нормативных актов по применению законов. С 1984 г. действует механизм «контроля над подготовкой декретов по применению законов», который изложен в циркулярах Премьер-министра.

В правительственном циркуляре от 30.01.1997 «О правилах подготовки, подписания и публикации правовых актов в «Журналь офисиель» и применении особых процедур, возлагаемых на Премьер-министра»⁷, подчеркивается, что «законы имеют целью разрешать, предписывать и запрещать,

⁶ 1 U.S. Code § 106 — Printing bills and joint resolutions / U.S. Code Title 1 CHAPTER 2 § 106.

⁷ Circulaire du 30 janvier 1997 relative aux règles d'élaboration, de signature et de publication des textes au Journal officiel et à la mise en oeuvre de procédures particulières incombant au Premier ministre // Journal Officiel du 1 février 1997, p. 1720.

учреждать права и обязанности». Разработчики законов должны помнить «о правиле экономии средств». Авторы законопроектов должны строго соблюдать правила, касающиеся структуры правовых актов.

Особое внимание Правительство уделяет своевременному изданию правительственных декретов по исполнению законов. В циркуляре от 29.02.2008 о применении законов⁸ премьер-министр Ф. Фийон отмечал, что «любое оставшееся не примененным законодательное предписание является знаком неуважения к национальному представительству и пренебрежительного отношения к согражданам». Улучшению нормотворчества Правительства как в части подготовки законопроектов, так и декретов по их исполнению посвящен циркуляр премьер-министра от 07.07.2011 о качестве права⁹.

Обычно законопроект не обсуждается Советом министров, если к нему не приложен черновой вариант декретов по его применению и график их разработки. После принятия закона руководитель ГСП следит за соблюдением графика, принимает меры по ускорению работы, переносит сроки при отставании от графика, информируя об этом премьер-министра.

Значительная роль в законотворческой деятельности во Франции отведена Государственному совету, выступающему в качестве юридического советника Правительства. Исторически Государственный совет по своему изначальному назначению играл большую или меньшую роль в законотворческой деятельности государства. После принятия ордонанса от 31.07.1945 о Государственном совете его роль в законотворческой деятельности вновь возросла — предварительное рассмотрение Советом любого законопроекта было сделано обязательным. Поскольку большинство законопроектов вносит Правительство, Совет имеет право надзора почти над всей законодательной деятельностью. В соответствии с конституционной поправкой (ст. 78-4) на Совет возложена также экспертиза проектов актов Европейских сообществ и ЕС, вносимых в Национальное собрание и Сенат, на предмет установления их законодательного характера.

В 1875 г. Национальному собранию было отказано в возможности консультироваться с Государственным советом по законопроектам, вносимым парламентариями. Конституционной реформой 2008 г. ему было возвращено данное право. Таким образом, Государственный совет выступает в роли консультанта не только правительства, но и парламента.

Французская модель Государственного совета воспринята многими странами, в том числе и в части консультирования правительственного законотворчества. Полномочиями консультативного характера наделен Го-

⁸ Circulaire du 29 février 2008 relative à l'application des lois // Journal Officiel du 7 mars 2008, p. 4233.

⁹ Circulaire du 7 juillet 2011 relative à la qualité du droit // Journal officiel du 8 juillet 2011.

сударственный совет Италии, который действует в этой сфере по запросам Правительства и отдельных министров. Государственный совет Люксембурга наделен широкими полномочиями в области законотворчества. Любой законопроект до поступления в Палату депутатов подлежит обязательному рассмотрению в Государственном совете на предмет соответствия Конституции и международно-правовым актам. Статьи законопроекта выносятся на голосование «с учетом мнения Государственного совета» (ст. 83 bis Конституции Люксембурга)¹⁰. В Испании Государственный совет дает заключения по запросам Правительства и автономий, если требование об этом содержится в законопроекте. В остальных случаях обращение в Государственный совет за заключением носит факультативный характер.

Возвращаясь к французскому Государственному совету, следует отметить тщательную регламентацию им процедур подготовки правовых актов. Методологической основой законопроектной работы Правительства является Руководство по легистике, подготовленное совместно ГСП и Государственным советом¹¹. Это довольно объемный документ (720 стр.), охватывающий весь комплекс вопросов, связанных с разработкой и реализацией правовых актов, исходящих от Правительства. Руководство представляет собой алгоритм последовательных шагов от разработки закона до актов Правительства по его исполнению и применению, отражающий предмет легистической деятельности.

Руководство включает следующие тематические разделы: концепция правовых актов; этапы разработки правовых актов; написание правового акта; правила, применимые к определенным видам правовых актов; практические примеры, охватывая, таким образом, практически все стороны законопроектной деятельности Правительства.

Подготовкой законопроектов в Германии занимаются субъекты, наделенные правом законодательной инициативы. На федеральном уровне таковыми являются Бундесрат, Федеральное правительство и депутаты Бундестага в количестве 5% от общего числа депутатов (либо соответствующие парламентские фракции). В конечном счете субъектом, ответственным за подготовку текста законопроекта, является его инициатор. Методологической основой подготовки законопроектов является Руководство по созданию законопроектов (2008), разработанное министерством юстиции¹². Руководство включает рекомендации по составлению законопроекта в части: непосредственно его текста, использования языка, ограничения использования специальной терминологии, общего объема законопроекта, использования

¹⁰ Конституции государств Европы. Том 2. М., 2001. С. 412.

¹¹ Guide de légistique. Secrétariat général du Gouvernement — Conseil d'État, 2018. 720 p.

¹² Bekanntmachung des Handbuchs der Rechtsförmlichkeit vom 22. September 2008.

отдельных частей речи в тексте законопроекта, использования коротких предложений, упрощения построения предложений, структуры законопроекта, обеспечения лингвистического гендерного равенства, использования сокращений и аббревиатур.

Руководство включает как рекомендации к составлению так называемых принципиальных законопроектов (законопроектов, вносимых впервые и затрагивающих самостоятельную сферу регулирования), так и законов о внесении изменений в имеющиеся принципиальные акты. В Руководстве не обойдены вниманием и вопросы использования современных технологий при составлении законопроекта. Так, в частности, разработчику и инициатору законопроекта рекомендуется обращаться к информационному portalу *Gesetze im Internet* для поиска необходимых формулировок, слов и словосочетаний.

Указанное Руководство адресовано в равной степени всем субъектам законодательной инициативы на федеральном уровне. На уровне земель действуют схожие инструменты вспомогательного нормотворчества, предназначенные для регионального применения.

Швейцарию отличает высокий уровень организации законопроектной работы, методологической основой которой является Руководство по законодательству (2019; 4-я редакция). С момента издания в 2007 г. его положения подвергались редакции в связи с изменением четырех важных законов: Закона о Парламенте 2002 г., Закона об организации правительства и администрации 1997 г., Закона о процедуре консультаций 2005 г. и Закона об официальных публикациях 2004 г.¹³

В Руководстве отражены различные этапы законодательной процедуры с точки зрения федеральной администрации. Его цель — сообщение легистам, т.е. всем участникам разработки законопроектов в рамках федеральной администрации (юристам и не только) полезной информации по каждому из этих этапов. В нем также рассматриваются основные вопросы, регулярно возникающие при разработке правовых норм. Руководство по законодательству — это методологический инструмент, который побуждает легистов разумно использовать время, отведенное для завершения в срок каждого этапа работы; принимать максимально обоснованные как с юридической, так и политической точки зрения решения.

Руководство включает пять частей. Первая посвящена методологическим вопросам и управлению проектом. В ней определяется хронологическая по-

¹³ Recueil systématique: Loi sur l'Assemblée fédérale (Loi sur le Parlement, LParl) du 13 décembre 2002; Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA) du 21 mars 1997; Loi fédérale sur la procédure de consultation (Loi sur la consultation, LCo) du 18 mars 2005; Loi fédérale sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale (Loi sur les publications officielles, LPubl) du 18 juin 2004.

следовательность законопроектной процедуры для каждого нормативного уровня. Самые подробные описания касаются федерального закона. Вторая часть посвящена формальным аспектам нормативных актов. Третья часть касается некоторых особо важных или особенно частых правовых аспектов. В четвертой части содержится набор инструментов действий государства. Наконец, пятая часть содержит соображения о вступлении в силу, применения и оценке нормативных актов. На последних страницах Руководства идет библиография с тематической разбивкой.

На федеральном уровне законодательная процедура, особенно когда она касается конституционных норм и законов, характеризуется участием широкого круга субъектов: народа, парламента, Федерального совета (правительства) и администрации, кантонов, партий, ассоциаций и многих других участников. В законодательном процессе широко участвуют две категории субъектов: кантоны и гражданское общество в лице политических партий и заинтересованных кругов. Принцип коллегиальности, положенный в основу работы правительства, выражается в равенстве участников обсуждения, которое обеспечивается службами в рамках консультаций с ведомствами, и департаментами через процедуру подготовки и представления совместных докладов.

В Руководстве выделяются четыре основных аспекта законопроектной работы: управление проектом (поручение на разработку проекта, планирование и т.д.); институциональная процедура (законодательная процедура) — побудительные мотивы, предварительный проект и пояснительный доклад, процедура консультаций, послание и т.д.; цикл решения проблем (процедуры, применяемые для решения сложных задач: их определение, постановка целей, поиск решений и т.д.); наконец, собственно написание текста (подготовка набросков нормативного акта и самих норм). Руководство детально описывает последовательность превращения законопроекта в закон. Об этом можно судить по основным позициям раздела, посвященного закону: законодательный импульс и планирование; предпроект и пояснительный доклад; консультации и послание; парламентское обсуждение и референдум; применение.

Организация и координация законопроектной работы на федеральном уровне возложена на Службу юстиции Федерального министерства юстиции и полиции. Активными участниками законопроектной работы являются:

Законодательный форум (*Forum de législation*), который находится в ведении Федерального управления юстиции и в сотрудничестве с Федеральной канцелярией отвечает за все вопросы, связанные с разработкой нормативных актов. Основная цель его членов — повысить качество законодательства. Этому посвящены ежегодные встречи с приглашением представителей кантонов;

Швейцарское общество законодательства (la Société suisse de législation — SSL), созданное в 1982 г., направляет свои усилия на развитие легистической культуры. В его состав входят специалисты в области права, социологи, политологи, лингвисты, работники СМИ, а также деятели бизнеса, профсоюзов и других организаций. Общество занимается организацией научных мероприятий, обучением и повышением квалификации в области легистики. Оно издает специализированный журнал и поддерживает контакты со своими партнерами за рубежом;

Швейцарское общество экспертных оценок (la Société suisse d'évaluations — SEVAL) основано в 1996 г. с целью развития диалога, обмена информацией и опытом между политиками, администрацией, университетами и консалтинговыми фирмами в области оценки, которые также привлекаются к законопроектной работе. В настоящее время оно насчитывает около 500 членов со всех концов страны. Они представляют примерно в равных частях высшие школы (университеты и университеты прикладных наук), институты частного сектора (например, исследовательские центры), политическую и административную среду на всех уровнях (муниципалитетов, кантонов и федерации).

В части легистической подготовки Федеральное управление юстиции регулярно организует курсы законодательства, посвященные изучению основных этапов законотворческого процесса в хронологическом порядке (включая анализ статуса его участников, составление проекта, процедуру внешних консультаций, составление послания, процедуру консультаций и совместный отчет). Курсы чередуются с выступлениями университетских профессоров, специалистов федеральной администрации и парламентских служб и регулярными практическими занятиями.

В рассматриваемых государствах организации законопроектной работы и ее методологической основе уделяется большое внимание. Это касается не только указанных стран. Опыт подобного рода работы накоплен в других государствах, в частности, в Польше, Казахстане.

5. Роль разработчиков закона

Речь идет о специалистах, занятых непосредственным написанием текста закона (легисты, легислаторы, юрислингвисты и т.д.). На подготовку подобного рода специалистов в большинстве зарубежных стран обращено повышенное внимание. Например, во Франции легистика введена в программу обучения в 1977 г. в Национальной школе администрации, в региональных школах управления — в конце 1980-х годов. Непрерывное легистическое образование государственных служащих действует с начала 2010-х гг. В Швейцарии при Министерстве юстиции работают курсы легистики.

«Легист — важное звено законотворческого механизма; он просеивает через сито своих знаний данные ему установки, дает практические рекомендации, отнюдь не стремясь к подмене лиц, ответственных за подготовку законопроекта; легист выступает в роли первого критика законодательных предложений, а при редактировании законопроекта нередко выявляет непоследовательность, пробелы, неточности и противоречия правового регулирования... именно он, в случае ошибки, будет судим, как обычно судят пианиста, который допускает в концерте хотя бы одну ошибку», — напоминает канадский исследователь законодательства Р. Бержерон¹⁴.

В Канаде к этому специалисту предъявляются обширные требования. Он должен обладать теоретической подготовкой, соответствующим опытом законопроектной работы, знанием конституционного и административного права, правил законодательного толкования, законодательного и регламентарного процесса и федерального законодательства, включая делегированное законодательство. Кроме того, от него требуются познания в информатике, исключительные способности в устном и письменном общении на одном из официальных языков страны и хорошие — на другом. Значительное внимание обращается на его личные качества, включая здравый смысл, такт, межличностные отношения и организационную компетентность, адаптивность к изменениям, способность работать в команде (что важно при совместном редактировании). Устойчивость к стрессам и вклад в «ценности министерства» рассматриваются как очень важные качества.

Написание законопроекта в Канаде начинается с утверждения докладной записки Кабинетом, что дает право Секции законодательства приступить к разработке законопроекта. Это решение является условием привлечения легистов. Но обстоятельства иногда вынуждают легистов приступить к написанию законопроекта ранее указанного этапа. Лидер правительственной фракции в Палате общин фактически вправе санкционировать назначение легистов ранее утверждения записки. Министерство, ответственное за проект закона, должно связаться с советником по законодательству и парламентскому планированию Кабинета, который затем консультируется с директором Секции законодательства.

Основная обязанность легистов состоит в написании законопроекта в рамках одобренной записки. Министерства, непосредственно ответственные за подготовку законопроекта, обращаются к ним за помощью, особенно по вопросам подготовки редакционных инструкций, чтобы избежать непредвиденных обстоятельств на этапе написания проекта. Основываясь на технологии законотворческого процесса и на совокупности действующих законов, легисты дают советы руководителям проектов по следующим во-

¹⁴ Очерки методологии законотворчества. Баден-Баден. С. 83.

просам: обоснование предлагаемой законодательной меры с точки зрения основных направлений законопроектной деятельности; форма, в которую может быть облечена мера; содержание редакционных инструкций; включение определенных видов предписаний в предлагаемую законодательную меру; выбор комплексного или точечного решения той или иной проблемы; расчет сроков, необходимых для написания и печати проекта.

К написанию законопроекта привлекается юрислингвист, в частности, через периодические консультации или документальные исследования, которые он проводит для легиста. Юрислингвист вправе переформулировать целые разделы текста, полностью обновить его терминологию, предложить более логичную его структуру, привлечь внимание к возможным недостаткам в его согласованности. Правда, его рекомендации легистам не обязательны. Однако отношение легистов к рекомендациям серьезное, поскольку им придется отвечать за последствия пренебрежения ими.

Этим функции юрислингвиста не исчерпываются. Он также является лингвистическим советником Министерства юстиции. К его услугам могут обратиться не только для подготовки лингвистических заключений в связи с составлением досье нормативных актов он также может участвовать в качестве свидетеля в судебных процессах или в слушаниях в парламентских или министерских комитетах.

Не зря именно в Канаде с начала 1970-х годов получает признание и развитие юрислингвистика как специализированная дисциплина лингвистики, исследующая языковые символы и выражения, которые использует и производит право. В отличие от Швейцарии, где стабильность государства во многом нивелировала различия между кантонами несмотря на разноязычие их жителей, квебекский сепаратизм в середине 1990-х годов едва не привел к распаду Канады, что потребовало пересмотра федеральной политики в целях сохранения целостности страны. Это, безусловно, касалось в первую очередь франкоязычной и правовой идентичности Квебека, что потребовало от федеральной власти значительного внимания и усилий, в том числе в поддержании лингвистической и юридической аутентичности английского и французского текстов федеральных правовых актов.

В конечном итоге это обусловило появление новой профессии юрислингвиста — специалиста по юридическому языку, основная задача которого состоит в помощи легисту наилучшим образом формулировать правовую норму. Юрислингвист обеспечивает, с одной стороны, лингвистическое качество законодательных текстов, в частности их стиля, терминологии и фразеологии, характерных для законопроектов и рассматриваемых тем, а с другой — согласованность текстов правовых актов на французском и английском языках.

С конца 1990-х годов юрислингвистика начинает развиваться и в России. Ее родоначальником считается доктор филологических наук профессор Кемеровского университета Н.Д. Голев, инициировавший создание Лаборатории юрислингвистики и развития речи, коллективом ученых которой в 1999 г. был введен термин «юрислингвистика». В России «объектом изучения юрислингвистики является зона пересечения языка и права, а предметом выступают языкоправовые явления, обладающие потенциальным конфликтогенностью» [Барабаш О.В., 2014:1]. Зарубежная юрислингвистика изначально сориентирована на законотворческий процесс, целью которого является совершенный закон, чтобы в ходе правоприменительной практики избежать упомянутой «конфликтогенности». Не зря в России юрислингвистика гораздо больше востребована в правоприменительной сфере, чем в правотворческом процессе. По существу, речь идет о двух различных целеполаганиях отечественной и зарубежной юрислингвистики. Российская юрислингвистика делает акцент на разрешении конфликтов, порожденных лингвистическими недостатками применяемого закона, а зарубежная, во всяком случае, канадская, — на выявлении потенциальных угроз и предупреждении конфликтов на стадии разработки закона. Очевидно, это является отражением общего тренда отечественной юридической практики: она в большей степени сосредоточена на оценке действующих правовых актов (мониторинг законодательства), а не на оценке их регулирующего воздействия на этапе законопроектной работы.

Заключение

Анализ роли закона как основного юридического регулятора общественных отношений современного государства позволяет судить о состоянии правовой системы, ядром которой он является. Умножение массива законодательных актов, снижение их качества («законодательная инфляция») заставляют обратиться не только к изучению причин этого явления, но и к принятию контрмер, в первую очередь к повышению качества закона. В этом, собственно, и состоит миссия легистики как научного знания и вида юридической деятельности.

Внимания российского законодателя заслуживает такой критерий оценки качества закона, как юридическая безопасность, которая призвана защитить тех, на кого закон распространяется, от его вторичных негативных свойств. Доверие к закону («легитимное доверие» в европейской терминологии), которое является субъективной стороной юридической безопасности, отражая восприятие закона гражданами, безусловно, влияет на его действительность. Юридическая безопасность и легитимное доверие утвердились в качестве принципов судебной практики европейского правосудия, а в ряде

государств — в качестве конституционных принципов, конструирующих правовое государство.

Оценка регулирующего воздействия законопроекта прочно вошла в практику законотворческой работы зарубежных государств, а в большинстве стран она приобрела обязательный характер. Эта практика также полезна отечественному парламенту, изначально ориентированного на мониторинг уже действующего законодательства. В сочетании с объективной оценкой последствий предлагаемого законопроекта и его действующей версии, предшествующая и последующая оценки законопроекта и закона могли бы вывести оценочный механизм на новый качественный уровень, что, несомненно, может положительно отразиться на качестве и закона. Особенное внимание в зарубежных странах уделяется организации законопроектной работы, сосредоточенной в структурах исполнительной власти, от которой исходит большая часть законодательных инициатив. Подготовка специалистов в этой области стала государственной задачей, которая решается в рамках нового направления юридической работы — легистики, охватывающей практически все этапы разработки законопроекта. Легистика также оформляется в прикладную юридическую науку, основная задача которой состоит в осмыслении практик и выработке (в форме рекомендаций) новых подходов по совершенствованию законотворческой деятельности. Разработка качественного законопроекта — не менее важный этап жизни закона, чем его принятие и реализация.

Законопроектная работа в зарубежных государствах ведется в основном правительственными структурами на основе их внутренних правовых актов. В России многие исследователи права связывают организацию аналогичной деятельности с более высоким регулятивным уровнем. Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации под руководством академика Т.Я. Хабриевой и профессора Ю.А. Тихомирова на основе многолетних научных изысканий подготовил проект закона «О нормативных правовых актах в Российской Федерации»¹⁵. Его положения в сочетании с системной и планомерной организацией законопроектной работой могли бы стать своего рода правовой матрицей нормотворческой деятельности в России. Так или иначе, как и у зарубежной легистики, у них общая цель — совершенный закон. Зарубежный опыт в этой части в рамках легистики как нового направления юридической деятельности и научного знания заслуживает не только изучения и критического осмысления, но и внедрения в отечественную науку и практику с учетом российских реалий.

¹⁵ О нормативных правовых актах в Российской Федерации (проект федерального закона). 6-е изд. М., 2021. 96 с.



Список источников

1. Барабаш О.В. Юрислингвистика: истоки, проблемы, перспективы // Вестник Пензенского государственного университета. 2014. № 2. С. 14–17.
2. Волошинская А.А. Оценка регулирующего воздействия в России и в мире: одно сходство и семь различий // Государственное управление. Электронный вестник. 2015. Вып. 49. С. 52–72.
3. Хабриева Т.Я. Право перед вызовами цифровой реальности // Журнал российского права. 2018. № 9. С. 5–16.
4. Черногор Н.Н., Залоило М.В. Актуальные проблемы правотворчества. М.: Контракт, 2018. 144 с.
5. Barraud B. La légistique / La recherche juridique (les branches de la recherche juridique). Paris: L'Harmattan, 2016.
6. Cassard-Valembos A.-L. L'exigence de sécurité juridique et l'ordre juridique français. Paris: Conseil Constitutionnel Publications. 2020, Titre VII, no 5, pp. 1–10.
7. Chevalier J. L'évaluation législative: un enjeu politique / J.-L. Bergel, A. Delcamp. Contrôle parlementaire et évaluation, La documentation française, coll. Notes et études documentaires. Lyon, 1995 p. 13-30.
8. Chevalier J. L'État post-moderne, 3e éd. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2017. 328 p.
9. Flückiger A. Les racines historiques de la légistique en Suisse, Séminaire Commission européenne. Bruxelles: Commission européenne, 2017. 18 p.
10. Flückiger A. (Re)faire la loi — Traité de légistique à l'ère du droit souple. Bruxelles: Stämpfli Editions, 2019. 761 p.
11. Gaudemet J. Les naissances du droit — Le temps, le pouvoir et la science au service du droit. Paris: Montchrestien, 1997 369 p.
12. Huber E. Code civil suisse. Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et de Police. Berne: Buechler, 1901, pp. 12–37.
13. Luchaire F. La sécurité juridique en droit constitutionnel français. Cahiers du Conseil constitutionnel, 2001, no 11, pp. 67–69.
14. Martucci F. Les principes de sécurité juridique et de confiance légitime dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Paris: Conseil Constitutionnel. Publications. 2020, Titre VII, no 5, 70–78.
15. Prevedourou E. Le principe de confiance légitime en droit public français. Athènes: Sakkoulas, 1998, 216 p.
16. Sutter L. Après la loi. Paris: Presses Universitaires de France, 2018, 272 p.
17. Zolinski C. Questions de légistique soulevées par la construction de la norme à l'aune du renouvellement des sources de droit / M. Behar-Touchais, N. Martial-Braz, J.-F. Riffard, dir. Les mutations de la norme. Études juridiques, Paris: Economica, 2011, pp. 51–64.



References

1. Barabash O.V. (2014) Juridical linguistics: roots, issues, prospects. *Vestnik Penzenskogo universiteta* = Journal of Penzensky University, no. 2, pp. 14-17 (in Russ.)
2. Barraud B. (2016) La légistique. In: *La recherche juridique*. Paris: L'Harmattan, p. 213.
3. Cassard-Valembos A.-L. (2020) L'exigence de sécurité juridique et l'ordre juridique français. Dans Titre N° 5, pp. 1–10.

4. Chernogor N.N., Zaloilo M.V. (2018) The Urgent Issues of Law-Making. Moscow: Kontrakt, 144 p. (in Russ.)
5. Chevalier J. (1995) L'évaluation législative : un enjeu politique. In: J.-L. Bergel, A. Delcampa, dir. Contrôle parlementaire et évaluation, La documentation française, coll. Notes et études documentaires, p. 15.
6. Chevalier J. (2017) *L'État post-moderne*. 3e éd. Paris: LGDJ, 328 p.
7. Flückiger A. (2007) Les racines historiques de la légistique en Suisse. Bruxelles: Commission européenne, 18 p.
8. Flückiger A. (2019) *(Re)faire la loi — Traité de légistique à l'ère du droit souple*. Bruxelles: Stämpfli Editions, 761 p.
9. Gaudemet J. (2001) *Les naissances du droit — Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*. 3e éd. Paris: Montchrestien, 373 p.
10. Huber E. (1901) Code civil Suisse. Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et de Police. Berne: Buehler, pp. 12–37.
11. Khabrieva T. Ya. (2018) The law and challenges of digital reality. *Zhurnal rossiyskogo prava* = Journal of Russian Law, no. 9, pp. 5–16 (in Russ.)
12. Luchaire F. (2001) La sécurité juridique en droit constitutionnel français. *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 11, pp. 67–69.
13. Martucci F. (2020) Les principes de sécurité juridique et de confiance légitime dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, Titre VII, N° 5 *La sécurité juridique*, octobre, pp. 70–78.
14. Prevedourou E. (1998) *Le principe de confiance légitime en droit public français*. Athènes: Sakkoulas, 216 p.
15. Sutter L. (2018) *Après la loi*. Paris: Presses Universitaires de France, 143 p.
16. Voloshinskaya A.A. (2015) Evaluation of regulation in Russian and abroad. *Gosudarstvennoye upravlenie* = State Management, issue 49, pp. 52–72 (in Russ.)
17. Zolinski C. (2011) Questions de légistique soulevées par la construction de la norme à l'aune du renouvellement des sources de droit. In: M. Behar-Touchais, N. Martial-Braz, J.-F. Riffard, dir. Les mutations de la norme. Études juridiques, p. 52.

Информация об авторе:

А.Н. Пилипенко — ведущий научный сотрудник, кандидат юридических наук.

Information about the author:

A.N. Pilipenko — Leading Researcher, Candidate of Sciences (Law).

Статья поступила в редакцию 28.03.2021; одобрена после рецензирования 28.08.2021; принята к публикации 15.12.2021.

The article was submitted to the editorial office 28.03.2021; approved after reviewing 28.08.2021; accepted for publication 15.12.2021.

Научная статья

УДК: 34.01

DOI:10.17323/2072-8166.2022.2.85.104

Проблема действительности и действенности международного права в концепции Альфа Росса



Наталья Сергеевна Васильева

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Россия, Санкт-Петербург, 190008, ул. Союза Печатников, 16, nvasileva@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0001-8030-8483>



Аннотация

Вопрос о сущности и природе (а по сути, действительности и действенности) международного права довольно стар, но до сих пор актуален. В XX веке он приобрел особую значимость и был предметом рассмотрения ведущих исследователей, в том числе с позиций теоретико-правовой проблематики действительности и действенности права. Одним из исследователей и участников дискуссии стал датский правовед Альф Росс — философ права, профессор международного права и судья Европейского суда по правам человека, который ставил под сомнение вопрос правовой природы международного права. Реконструкция взглядов А. Росса на международное право в контексте его знаменитой концепции действительности и действенности права, основанной на идеях Г. Кельзена и методологии психологического правового реализма, позволила выявить противоречия предлагаемого им подхода. В качестве одного из главных оснований действительности (и действенности) права как системы А. Росс рассматривает наличие организованной власти, обладающей монополией на принуждение, но в сообществе государств нет субъекта, осуществляющего такую монополию. Датский ученый делает оригинальный вывод о производном от внутригосударственного права характере действительности и действенности международного права. Значимой частью правовой концепции А. Росса является его концепция источников права. По мысли ученого, в сознании правоприменителей существует особая идеология источников права, которая определяет способ поиска и формулирования нормы, необходимой для решения по делу. Исходя из этого, под источниками права понимаются факторы психологического влияния на данный процесс. Источники международного права рассматриваются А. Россом в том же ключе, как общие факторы и мотивационные компоненты, определяющие конкретное содержание международного права в международных правоприменительных решениях. По аналогии с идеологией источников внутригосударственного права, датский ученый говорит об особой международно-

правовой установке, которую можно выявить с помощью исследования действий международных органов, ведущих политических акторов, а также действий государств, затрагивающие международно-значимые вопросы. Именно международно-правовая установка оказывает решающее влияние на действительность и действенность международного права, так как внутренние убеждения играют главную роль в правопорядке, основанном на автономии, а не на власти.



Ключевые слова

действительность права; действенность права; эффективность; международное публичное право; природа международного права; скандинавский правовой реализм; психологический правовой реализм.

Благодарности: Статья подготовлена в рамках поддержанного Российским фондом фундаментальных исследований научного проекта № 18-011-01195 «Действительность и действенность права: теоретические модели и стратегии судебной аргументации».

Для цитирования: Васильева Н.С. Проблема действительности и действенности международного права в концепции Альфа Росса // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. Т.15. № 2. С. 85–104. DOI:10.17323/2072-8166.2022.2.85.104.

Research article

The Problem of Legal Validity and Efficacy of International Law in Alf Ross's Legal Thinking



Natalia S. Vasilyeva

National Research University Higher School of Economics, 16 Soyza Pechatnikov Street, Saint Petersburg, 190008, Russia, nvasileva@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0001-8030-8483>



Abstract

The question of the essence and nature — that is, about validity and efficacy (effectiveness) — of international law is at the same time quite old and still relevant. In the 20th century it acquired special significance, and, of course, was considered by leading researchers. One of the main ideas was considering this question from the standpoint of the problem of the validity and effectiveness of law. Danish legal philosopher Alf Ross, professor of international law and judge of the European Court of Human Rights was one of these researchers and participants in the discussion, and he questioned the legal nature of international law. The reconstruction of Ross's views on international law in the context of his famous concept of the validity and effectiveness of law, based on some Kelsen ideas and methodology of psychological legal realism, made it possible to reveal the contradictions in Ross's approach: if one of the main foundations of legal validity is organized force, which has monopoly on coercion, then international law can't be considered as law, despite its institutional

character. However, Ross draw an original conclusion about the psychologically derivative (from national law) nature of the validity and effectiveness of international law. A significant part of Ross's legal thinking is his concept of sources of law. Ross states that in the minds of law enforcement officials (judges, mainly) there is a special ideology of sources of law, which determines the way of searching and formulating norms decisive for the question at issue. Accordingly, sources of law are understood as factors of psychological influence on this process. Sources of international law are considered in the same vein — as general factors and motivational components that determine the specific content of international law through the international law enforcement decisions. A special normative ideology in the minds and psyche of the judges in national legal system can be identified through studying their actions. In an analogical manner a special international legal attitude that can be identified by studying the actions of international bodies, leading political actors, as well as internal actions of states affecting internationally significant issues. It is the international legal attitude that has a decisive influence on the validity and effectiveness of international law, since internal convictions play a major role in the legal order based on autonomy, not power.



Keywords

legal validity, legal efficacy, legal effectiveness, public international law, nature of international law, Scandinavian legal realism, psychological legal realism

Acknowledgements: The publication was prepared within the framework of the research project № 18-011-01195 “Validity and efficacy of law: theoretical models and strategies of judicial argumentation”, supported by the Russian Foundation for Basic Research.

For citation: Vasilieva N.S. (2022) The Problem of Legal Validity and Efficacy of International Law in Alf Ross's Legal Thinking. *Law. Journal of Higher School of Economics*, vol. 15, no 2, pp. 85–104 (in Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2022.2.85.104.

Введение

Известный датский правовед Альф Росс, автор «Учебника международного права»,¹ с 1938 года по 1950 год — профессор международного права в Копенгагенском университете, а с 1959 года по 1972 год — судья Европейского суда по правам человека, не был уверен, что международное право является собственно правом. Конечно, правовой характер соответствующей системы норм и принципов, природа международного права до сих пор являются весьма спорными вопросами. Главным образом это связано с сильным влиянием антиметафизической традиции, начинающейся с юридического позитивизма Дж. Остина, которая в качестве основания действительности и/или действенности права рассматривает особое принуждение — такое, которое не вполне характерно для сферы международного права, особенно

¹ Впрочем, встречается мнение, что данная книга не соответствует жанру учебника, или, по крайней мере, что столь концептуальная работа не вполне подходит студентам [Green L., 1948: 346–348].

публичного. Теоретическая позиция А. Росса, находящаяся в русле данной традиции, идет, однако, дальше юридического позитивизма и интересна включением идей психологического правового реализма² в рассмотрение проблематики существования и действия международного права.

Вопрос о природе международного права, о необходимости следовать его нормам в терминах онтологии права может быть сформулирован как вопрос об основаниях действительности и действенности международного права.

1. Реалистическая модель действительности и действенности права и международное право в концепции Альфа Росса

Альф Росс известен тем, что уделял особое внимание проблеме действительности (*gyldighet*) и действенности (*gælden*) права. Как и другие представители скандинавского правового реализма, а также более широкого направления — психологического правового реализма, датский правовед поддерживал необходимость отказа от метафизики и отталкивался в своих рассуждениях от того, что право не существует в особой реальности должного, отличающейся от психофизической, и, следовательно, основу правового феномена необходимо искать в фактическом – в психике и поведении индивидов.

Общая для всех сторонников психологического правового реализма позиция заключается в том, что отрицается существование права в особой реальности должного, отличной от физической и психической, право непрямым образом редуцируется к эмоциям и рассматривается, прежде всего, как феномен психики и сознания, а также разграничиваются внутренний, психический (действительность) и внешний, поведенческий (действенность) аспекты существования норм. Возможность познания ненаблюдаемых психологических правовых феноменов психологические реалисты основывают на том, что можно выдвигать гипотезы о таких феноменах и использовать их для объяснения доступных для наблюдения правовых феноменов (поведения индивидов). Несмотря на то что А. Росс был учеником А. Хэгерстрёма и в целом придерживался философско-методологических посылок скандинавского варианта психологического реализма, датский правовед также был учеником Г. Кельзена, и в какой-то момент находился еще и под влиянием

² Психологический (континентальный) правовой реализм — это направление, объединяющее единую линию рассуждений о праве, включающее концепции Л.И. Петражицкого и его учеников, А. Хэгерстрёма и его учеников, а также Э. Паттаро. Можно также сказать, что это направление объединяет две известные школы права: российско-польскую — Л.И. Петражицкого и скандинавскую — А. Хэгерстрёма (Э. Паттаро можно считать современным приверженцем последней). Э. Фиттипальди предложил термин и выделил основные признаки психологического правового реализма [Fittipaldi E., 2016: 299–309].

логического позитивизма Венской школы. В своих трудах он в значительно большей степени, чем другие психологические реалисты — по крайней мере, скандинавские — был ориентирован на проблемы юриспруденции, доктрины права, на теоретико-правовое решение вопросов юридической практики.

1.1. Реалистическая модель действительности и действенности права

Действительность права рассматривается А. Россом как явление человеческой психики, как особый импульс к совершению требуемого нормой поведения, а действенность права — как действительность, которая проявляется и доступна для наблюдения в поведении индивидов (в сознании которых существуют соответствующие особые импульсы, переживания действительности). Таким образом, для определения существования правовых норм, для определения правового характера определенных правил необходимо установить, обладают ли они специфическим для права свойством действительности, а кроме того, являются ли они также действенными, эффективными в поведении индивидов, и особенно — правоприменителей. Наблюдая за поведением индивидов, можно выдвигать и проверять гипотезы о том, что переживается ими как (действительное) право.

Ученый полагает, что специфические переживания действительности возникают в поведенческих позициях, не обусловленных интересами (*disinterested*) [Ross A., 1968: 84–86, 104]. Можно сказать, что это — ситуации самообязывания, в которых импульс (мотив) к соблюдению требуемого поведения не связан непосредственно с нуждами или интересами, а основывается на авторитете системы (уважении к системе). Вместе с тем, по мнению А. Росса, в праве играет особую роль и импульс (мотив), обусловленный интересами, а именно — страхом перед угрозой применения силы, физического принуждения. Действительность права как системы связывается с сочетанием обусловленного и необусловленного интересами мотивов: сочетанием уважения, авторитета и принуждения, страха. Ни один из названных мотивов не предшествует друг другу, не может быть рассмотрен отдельно, они взаимно порождают и стабилизируют друг друга [Ross A., 1946: 81–83]. Особые отношения между правом и принуждением заключаются в том, что право (в отличие от других социальных регуляторов) предполагает существование и действие в обществе организованной общественной силы, обладающей монополией на принуждение. А. Росс приходит к следующему заключению: принудительная (*compulsive*) сила права является функцией его действительности, и наоборот, последняя является функцией от фактически применяемой силы, а поскольку послушание закрепляется привычкой, то даже основанный по большей части на чистом принуждении порядок со

временем развивается в идеологически одобряемый. «Страх и уважение... взаимообуславливают друг друга... ни один из этих двух факторов не предшествует другому» [Ross A., 1959: 57].

Необходимо отметить, что традиционные для юриспруденции понятия, такие как право и природа права, по мнению А. Росса, не так уж необходимы для исследования нормативных порядков, поскольку «если отбросить... метафизические предпосылки и связанные с ними эмоции, проблема определения становится неинтересной» [Ross A., 1959: 31]. С реалистической точки зрения не требуется определения понятия и природы права, поскольку право не рассматривается как некий связанный с моральной оценкой «почетный титул», на который могут претендовать нормативные порядки. Однако А. Россу не удается полностью уйти от необходимости дать определение понятию права: так или иначе нам необходимы критерии для разграничения нормативных систем. Поэтому ученый выделяет сущностные признаки правовой системы: право, по его мнению, одновременно обладает двумя признаками [Ross A., 1959: 59] — оно обладает институциональным характером³ и состоит из правил, связанных с применением силы (*force*)⁴.

В качестве одного из главных оснований действительности (и действительности) права как системы, таким образом, рассматривается наличие *организованной* власти, обладающей монополией на принуждение. Такая позиция создает трудности при рассмотрении вопроса о действительности международного права: государства обладают монополией на применение физической силы в рамках своего внутреннего нормативного правового порядка, но в сообществе государств нет субъекта, осуществляющего такую монополию.

1.2. Международное право в реалистической концепции Альфа Росса

Позиция А. Росса в отношении международного права неоднородна. В ранней работе — в «Учебнике международного права» (1947), А. Росс определяет международное право как право, обязывающее самоуправляющиеся сообщества, действительное для самоуправляющихся правовых сообществ (такие со-

³ Право состоит не только из норм поведения, но и из норм компетенции, создающих публичную власть для установления норм поведения и применения силы в соответствии с ними. Поэтому оно воспринимается индивидами как нечто объективное и имеющее внешнее происхождение: так проявляется надындивидуальное чувство общности, социальный порядок, укорененный в формальном правосознании. Формальное правосознание в концепции А. Росса подразумевает уважение к праву в его институциональном аспекте, а также обуславливает то, что применение силы предстает не как грубое насилие, а как правомерное принуждение.

⁴ Сила как санкция, т.е. давление с целью обеспечить желаемое поведение.

общества обладают верховной правовой властью над своими членами)⁵. Оно не является напрямую обязывающим для индивидов и может быть действенным только посредством внутреннего права самоуправляющихся обществ [Ross A., 1947: 15–17]. Только международное публичное право рассматривается датским ученым как международное, только надгосударственное, а не межгосударственное, и только в тех случаях, когда самоуправляемое сообщество в целом (частью которого является государство как орган управления) не имеет полного контроля над своими обязательствами. Международное частное право А. Росс называет «интерлегальным» [Ross A., 1947: 73].

Рассматривая проблематику соотношения международного и национального права, А. Росс обращается к краткому анализу дуалистических и монистических теорий. Дуалистические теории подразумевают, что международное и национальное право — это две независимые системы, в то время как монистические теории утверждают, что это единая система права. Сам датский правовед приходит к выводу, что логически состоятельными можно считать только дуалистические или умеренные монистические теории с приоритетом международного права.

Дуалистическую модель в общем виде А. Росс формулирует следующим образом.

Международное и национальное право:

частично происходят из разных источников, частично обращены к различным субъектам (государства и индивиды);

различаются по содержанию и субъектному составу регулируемых правоотношений, первое регулирует отношения между государствами, второе — между индивидами, а также между индивидами и государством;

не имеют влияния на действительность друг друга, в том числе (системная) действительность внутренних норм основывается исключительно на соответствии конституции и не зависит от международного права и наоборот⁶;

не могут быть противопоставлены друг другу, поскольку имеют разное содержание и обращены к разным субъектам;

⁵ Термином «самоуправляющееся сообщество» Росс заменяет термин «государство», но, как отмечают исследователи, по сути здесь заменяется определение понятия суверенитета. Внешнее понимание суверенитета как независимости вовне заменяется на внутреннее. Именно внутреннее понимание суверенитета важно для исследования международного права [Spiermann O., 2003: 680–682].

⁶ Здесь Росс формулирует скорее позицию дуалистов в целом, нежели собственную. Но, конечно, необходимо отметить, что для заключения действительного международно-правового договора необходимо, чтобы заключающие его органы имели соответствующую компетенцию, установленную нормами внутригосударственного права. Однако не все международное право состоит только из договоров, поэтому нельзя сказать, что действительность международного права основывается именно на системной действительности норм национального права.

но при этом они связаны; международное право требует, чтобы национальное право и правоприменение имели определенное содержание, однако несоответствие этим требованиям не влечет недействительности национального права;

международное и национальное право могут быть сформулированы с отсылкой друг к другу, подобно тому, как национальное право может отсылать к другой национальной правовой системе, но при этом нормы одной правовой системы трансформируются, будучи включенными в другую систему через отсылку [Ross A., 1947: 60–61].

Среди монистических учений А. Росс выделяет теории: с приматом внутригосударственного права (международное право рассматривается как часть национальной правовой системы); с приматом международного права, когда международное право рассматривается как вершина пирамиды всеобщей правовой системы, как общая конституция, наделяющая государства компетенцией в области внутреннего законодательства. Среди таких теорий выделяются радикальные (действительность национального права основывается на его соответствии международному) и умеренные (существование норм национального права в противоречии международному не означает, что невозможно единство системы, подобно тому, как в национальном праве может существовать противоречащий конституции закон) [Ross A., 1947: 61–62].

Психологический реализм А. Росса проявляется уже в «Учебнике международного права», в котором ученый утверждает, что вопрос существования права в конечном счете всегда связан с социопсихической реальностью, и потому монистическая теория об «общей конституции» не может быть признана верной: национальные правовые системы не переживаются как производные от международного права, они переживаются как оригинальные, а действительность внутригосударственного права предстает как социопсихический факт [Ross A., 1947: 63]. Поэтому датский исследователь присоединяется к дуалистической теории: международное и внутригосударственное право — это независимые, но взаимосвязанные системы, частично ссылающиеся друг на друга и частично обращающие друг к другу свои требования.

В целом, отвечая на вопрос о правовом либо моральном характере/природе международного права, А. Росс подчеркивает, что нет смысла придавать этому вопросу особое значение, поскольку это лишь проблема терминологии, не имеющая практического смысла, а также отмечает, что уж точно этот вопрос не может быть решен посредством сравнения международного и национального права⁷.

В «Учебнике международного права» А. Росс пишет, что настоящее различие между правом и моралью находится в психологической реальности

⁷ Приводится следующий пример: прямое сравнение не может помочь нам решить, является ли кит млекопитающим [Ross A., 1947: 51].

и заключается в том, как правовые и моральные чувства действительности возникают и переживаются: поскольку в морали велика роль индивидуального, не существует внешних законодателей и судей, а совесть является высшим арбитром, моральные чувства переживаются как непосредственное явленные сознанию проявления истинной правильности; право переживается как социальный порядок, как данность для индивида в конкретном обществе, как нечто независимое от сознания, подобно правилам шахматной игры [Ross A., 1947: 52].

Причину такого различия в восприятии А. Росс видит в институциональном факторе, в том, что правовые переживания возникают и развиваются под давлением действенной машинерии принуждения, обеспечивающей определенные, заранее установленные правила. Датский правовед выделяет в связи с этим три взаимно пересекающиеся группы: персональная мораль не конвенциональна и не принудительна, конвенциональная мораль (обычаи и обыкновения, мода, манеры, вежливость, правила игры), соответственно, конвенциональна и не принудительна, а право конвенционально и принудительно.

По сути, международное право должно бы быть отнесено к группе конвенциональной морали в связи с отсутствием действенных/эффективных инструментов обеспечения его принуждением, но это было бы неверно: «Международное право, несомненно, переживается действительным как право. Это связано с тем, что его фундаментальные принципы, например, “*pacta sunt servanda*”, по своему существу совпадают с основополагающими принципами национального права и потому... приобретают действительность, производную от национального права. Если бы принцип, согласно которому договоры должны соблюдаться, не был в течение тысяч лет предписанием национального позитивного права и не закрепился бы таким образом в общественном сознании как правовой принцип, то принцип “*pacta sunt servanda*” также не переживался бы как правовой — *as a legal rule* (в рамках международного права — Н. В.). Международное право представляет собой конвенциональный непринудительный порядок с производным характером права» [Ross A., 1947: 53–54].

Что касается позиции А. Росса в отношении действенности международного права, то она должна рассматриваться в контексте идей ученого о том, что право прежде всего состоит из норм компетенции, т.е. норм, обращенных к правоприменителям, и уже из этих норм выводятся нормы поведения частных лиц. Рискнем предположить, что таким же образом нормы международного права могут быть обращены к «государству» как органу управления в самоуправляемом сообществе: реализуя нормы международного права через внутреннее право сообщества, государство устанавливает права и обязанности частных индивидов — подобно тому, как судья устанавливает права и обязанности частных лиц в рамках национальной правовой системы.

В работе «О праве и справедливости» (1959) А. Росс делит нормативные феномены на три группы относительно ранее упомянутых признаков — институционального характера и применения силы [Ross A., 1959: 60]: право обладает обоими признаками: право в его целостности определяет, при каких условиях осуществляется применение принуждения (силы), а также определяет органы власти, учрежденные для того, чтобы принимать решения о применении силы; правила различных сообществ и организаций, а также международное право обладают институциональным характером, но сопряжены с санкциями, отличными от физической силы; мораль не обладает обоими признаками.

Со временем А. Росс изменил свою позицию, а, точнее, вернулся к позиции, изложенной им в «Учебнике международного права» [Ross A., 1947: 17–23, 46–47, 50–54], и усовершенствовал ее. В труде «Директивы и нормы» (1968) датский ученый излагает эту позицию следующим образом [Ross A., 1968: 93–95]: право рассматривается как институциональный порядок, при котором институты предназначены в первую очередь для организованного применения санкций; возможно выделение различных видов права (law) в широком смысле на основе анализа характерных для них санкций («право» организованных частных сообществ, внутригосударственное право и международное право); во внутригосударственном праве санкции заключаются в физическом принуждении, современные государства (самоуправляемые правовые сообщества) обладают монополией на применение силы: во внутренних делах – для поддержания правопорядка, а во внешних – в качестве инструмента «силовой политики»; правила сообществ (включая близкие им правила игр) и международное право не могут содержать положения о санкциях в виде физического принуждения: в первом случае из-за монополии государства, а во втором случае из-за того, что в сообществе государств нет монополии на применение силы; тем не менее международное право обладает институциональным характером и потому, пишет А. Росс, «согласно нашему определению права... международное право и в самом деле является правом».

К сожалению, А. Росс крайне скуп и путанно выражает свою позицию по данному вопросу в «Директивах и нормах». Отказался ли он от идеи о том, что для права характерны санкции, связанные с физическим принуждением? Можно ли считать правом правила частных сообществ? Не является ли предлагаемое объяснение лишь попыткой подогнать теорию под общее мнение о международном праве? Или развитие международного права со временем повлияло на исследователя?

Исследователи подчеркивают: с одной стороны, А. Росс, продолжая линию рассуждений сформулированных им в «Учебнике международного права», пытается сказать, что международное право является правом, а, с другой стороны, предлагаемая им классификация видов права противоречит этому, и потому ученый предпочитает не говорить об этом более ничего. Можно

сделать вывод, что в данном случае применение реалистического подхода выводит исследование международного права за пределы науки в область политики [Escorihuela A.L., 2003: 757–758].

Предположим, что скорее всего ученый вернулся к позиции, изложенной им в «Учебнике международного права», в соответствии с которой международное право имеет производный характер права, и потому должно все же считаться правом, тем более что оно представляет собой институциональный порядок. Это приобретает особый смысл, если обратить внимание на суть правовой концепции А. Росса: действительность права предстает как эмоция, как феномен сознания. Поэтому так важно, что международное право переживается как действительное, подобно переживаниям действительности внутригосударственного права.

Позволим себе предположить, что в правовой концепции А. Росса в качестве основания действительности международного права, по сути, рассматривается право национальное. Источник правовых переживаний, переживаний действительности внутригосударственного права ученый обнаруживает именно в рамках национальных правовых систем, и уже из этих переживаний производным образом проистекают переживания действительности международного права. С одной стороны, А. Росс присоединяется к дуалистической модели, предполагающей независимость системной действительности международного и внутригосударственного права (действительность норм каждой системы независима от другой), но, с другой стороны, нормативная действительность как обязывающая сила и действенность, эффективность международного права обосновываются с психологической точки зрения как имеющие производный характер права, как имеющие действительность, производную от национального права. Проблематика системной нормативной и фактической действительности подробно рассматривается в концепции Е.В. Булыгина и исследованиях А.А. Краевского [Bulygin E.V., 2015: 285–287]; [Bulygin E.V., 2016: 209–221]; [Краевский А.А., 2019: 81–107].

2. Реалистическая теория источников международного права: концепция Альфа Росса

2.1. Идеология источников права

Реалистическая теория источников права, предлагаемая А. Россом, чрезвычайно интересна⁸. В работе «О праве и справедливости» (1959) датский

⁸ Одной из основных вех начала творческого пути А. Росса стала именно теория источников права, которой ученый посвятил докторскую диссертацию, опубликованную в 1929 году под названием «Theorie der Rechtsquellen».

правовед наиболее полным образом излагает свой подход к доктрине источников права и подчеркивает связь данной проблематики с вопросом о действительности и действенности права.

Как уже упоминалось, исходя из позиции психологического реализма А. Росс утверждает, что право существует в сознании и поведении индивидов. Действительность права рассматривается ученым как специфический импульс — переживание действительности — в сознании индивидов, связанный с представлением об определенном поведении и независимый от их интересов, целей и потребностей. При этом датский правовед полагает, что в наиболее чистом и доступном для наблюдения виде переживания действительности характерны для правоприменителей, так что А. Росс призывает концентрировать внимание именно на их деятельности при исследовании конкретных правовых систем⁹.

Таким образом, действительность права может быть рассмотрена с внутренней точки зрения как определенная нормативная идеология в сознании правоприменителей, которая делится на идеологию источников права и идеологию судебного толкования. Идеология источников права определяет, как правоприменители осуществляют поиск норм для решения конкретного дела [Ross A., 1959: 75–76].

Однако мы не можем напрямую заглянуть в сознание индивидов. К тому же, по мнению А. Росса, для существования норм права важна их действенность, которая заключается в социальных фактах, а именно: регулярности следования директиве (директива — логико-лингвистический аспект нормы); в определенных переживаниях; в осознанности следования и восприятия директивы как обязывающей. Действенность права, таким образом, предстает как отражение действительности права с внешней точки зрения, как проявление действительности в наблюдаемой реальности. Очевидно, что в концепции А. Росса норма должна быть действительной (т.е. в сознании индивидов должны быть переживания действительности, особые импульсы), чтобы она была действенной, т.е. служила мотивом для поведения в соответствии с ней.

А. Росс предлагает обращаться к исследованию поведения правоприменителей, к правоприменительной практике, чтобы выявлять действенные нормы права, выдвигать и проверять гипотезы о том, что именно внутренне переживается ими как действительное право, т.е. гипотезы об особой нормативной идеологии. Чтобы в результате исследования правоприменительной практики определить, какие нормы являются действительным правом в сознании правоприменителей, необходимо обнаружение постоянства и

⁹ Вслед за одним из своих учителей, Г. Кельзеном, Росс утверждал, что право — это система норм, обращенных к правоприменителям, из которых выводятся нормы для частных лиц.

предсказуемости при исследовании вербального поведения. Постоянство и предсказуемость должны трактоваться как следствие единого целого смысла и мотивации, обусловленного нормативной идеологией правоприменителей. Существует соотношение между действительной системой норм и социальной реальностью: используя систему норм как схему интерпретации социальной реальности, можно понимать действия правоприменителей как осмысленные реакции на конкретные условия, как единство смысла и мотивации [Ross A., 1959: 39].

Таким образом, чтобы выявить действенное право в конкретное время в конкретном обществе, нам необходимо исследовать правоприменительную практику и сделать вывод о существующей идеологии источников права. В результате мы получаем то, что А. Росс называет «доктриной источников права», в рамках которой возможно утверждать, что определенные нормы являются действенными.

По мнению А. Росса, истинным содержанием подобных утверждений является предсказание о том, что при определенных обстоятельствах норма будет использоваться как основание для будущих решений правовых споров. Предсказание возможно только в определенных пределах и только потому, что процесс выбора нормы правоприменителем не является произвольным, а зависит от идеологии источников права. Аргентинский правовед Е.В. Булыгин предлагает усовершенствовать эту идею А. Росса и утверждает, что действенность следует рассматривать как диспозиционное свойство норм, а утверждения о действенности следует понимать как утверждения о юстициабельности: не как утверждения, что норма будет применена, а как утверждения, что норма может быть применена.

Идеология источников права определяет способ поиска и формулирования нормы, на основании которой выносится решение по конкретному делу, и, соответственно, под источниками права понимается совокупность факторов, оказывающих влияние на данный процесс. Это влияние варьируется: от источников, содержащих готовую норму права, которую правоприменителю следует только принять, до источников, предлагающих ему не более чем идеи и вдохновение, исходя из которых он должен самостоятельно формулировать необходимые ему нормы.

Классификацию источников А. Росс строит на основании степени «воплощенности», т.е. того, насколько готовую к применению норму они предоставляют правоприменителю: полностью воплощенный тип источников — законодательство в широком смысле; частично воплощенный тип источников — обычай и прецедент; невоплощенный или «свободный» тип источников — «разум» (reason — как это понимается в англо-саксонском общем праве), проистекающий из культурной традиции, убеждений, оценочных мировоззренческих позиций.

Различные источники права, по мнению А. Росса, отличаются степенью вероятности, с которой может быть предсказано их мотивирующее воздействие на правоприменителя. Например, когда речь идет о законодательстве, степень вероятности принятия правоприменителем соответствующих директив за основу решения по делу настолько велика, что предсказание в большинстве случаев граничит с уверенностью. На другом конце этой «шкалы» вероятности находится «разум» (культурная традиция) так как в этом случае предсказание граничит с угадыванием.

2.2. Источники международного права в концепции Альфа Росса

Об источниках международного права А. Росс пишет также в реалистическом ключе. В «Учебнике международного права» в духе своей теории ученый отмечает, что источник права, по своей сути, обозначает общие факторы, мотивирующие компоненты, которые направляют правоприменителя при фиксации и конкретизации правового содержания в своих решениях [Ross A., 1947: 80]. В данной книге также уже встречается деление на три взаимосвязанных группы тех факторов, которые определяют решения правоприменителей [Ross A., 1947: 81–82]: авторитетно сформулированные в соответствии с определенными правилами; не сформулированные, но частично воплощенные (прецеденты и обычаи); свободные, несформулированные, невоплощенные факторы, спонтанно возникающие у правоприменителя как представителя сообщества, к которому он принадлежит и которому служит (в том числе социальные интересы и идеи, лежащие в основе воплощенных правил, а также индивидуальные моральные представления, попытки скорректировать общие правила в угоду сиюминутным ситуативным интересам — все то, что исключает механическое применение воплощенных правил.

А. Росс критикует попытки изобразить дело так, будто бы свободные суждения (в рамках третьего типа факторов) могут быть выведены из объективных принципов точно так же, как норма права может быть выведена из законов. Ученый полагает, что такие принципы, как «идея справедливости», «естественное право», «наука как источник права», «принцип полезности», «природа дела», являются не чем иным как фикциями, призванными скрыть отсутствие объективности, субъективную оценку соответствующих соображений, и, несмотря на различные теоретические формулировки, особой разницы в результатах их применения не наблюдается, поскольку они являются собой лишь ярлыки, скрывающие под собой множественность факторов по каждому конкретному делу [Ross A., 1947: 83].

Можно применить такую концепцию к международному праву и сказать, что его источники — это общие факторы (мотивационные компонен-

ты), определяющие содержание международного права в международных правоприменительных решениях. А. Росс выделяет следующие источники международного права в соответствии со своей теорией об источниках как факторах.

1. Объективные, сформулированные, воплощенные — договоры, которые могут приобретать обязывающий характер, сходный с законодательством: ситуации непрямого согласия, когда договор создает орган, которому передается власть налагать обязанности на стороны без их обновляемого согласия; а также в ситуации, когда договор получает всеобщее признание, или, по крайней мере, признание ведущих политических акторов, и его действие приобретает такую силу, что становится обязывающим и для не участвующих государств [Ross A., 1947: 84].

2. Несформулированные, но частично воплощенные — обычаи (практика государств) и прецеденты (практика международных судов) [Ross A., 1947: 86–87]. Причем с реалистической точки зрения прецеденты оказывают влияние независимо от того, признается ли прецедент правовой системой, и от того, что сам правоприменительный орган формально верит в их обязывающую силу. Обычай как источник международного права датский правовед описывает как правила (нормы права), более или менее воплощенные в практике государств. А. Росс многократно подчеркивает, что международное право представляет собой правопорядок, основанный на автономии, а не власти, и потому правовая установка (attitude) его субъектов играет решающую роль в определении источников права, в определении действенных правовых норм. Исходя из этого, действия, в которых выражается обычай, значимы лишь как подтверждение наличия такой установки. Судя по всему, концепция правовой установки в рамках теории международного права у А. Росса в значительной степени схожа с тем, что в рамках описания национальных правовых систем он называет нормативной идеологией.

Конечно, применение психологической концепции нормативной идеологии правоприменителей к международному праву порождает ряд вопросов. Довольно легко вообразить нормативную идеологию судей, их особое правосознание, понятия о том, что является действительным правом, а также то, как эти явления их внутреннего мира проявляются в их поведении. Государство же представляет собой гораздо более сложный орган, включающий в себя индивидов с гораздо менее однородным внутренним миром, оценками, ценностями, установками, правосознанием, чем правоприменительные органы.

А. Росс полагает возможным выявить «международную установку» государства исходя из того, что она проявляется во всех актах государства, которые так или иначе связаны с международным правом: в первую очередь,

в действиях по отношению к другим государствам (например, признание других государств, процедура заключения договоров, дипломатические отношения); но также и в действиях, которые каким-либо образом затрагивают интересы других государств (отношение к иностранным гражданам и послам на своей территории, к судам в своих территориальных водах, судебные решения, основанные на нормах международного права) [Ross A., 1947: 88]. В связи с этим, утверждает ученый, исследование международного обычая не может быть сведено к исследованию действий международных органов, оно должно также ориентироваться на внутригосударственные акты (правовые и фактические) в той мере, в которой они могут способствовать выявлению международно-правовой установки (что, также можно назвать идеологией источников международного права, действующей в сознании и психике государственных служащих).

Так же, как и в своих рассуждениях о внутригосударственном праве, А. Росс отмечает, что одного только факта совершения соответствующих действий недостаточно для определения действенного права — необходимо их сочетание с субъективными психологическими предпосылками, вызывающими такие действия. При этом ученый, с одной стороны, конечно, признает, что трудно предъявить доказательства такой связи, а, с другой стороны, тут же утверждает, что на практике все не так сложно и субъективная подоплека явно проявляется в объективной ситуации, особенно при выдвижении правовой претензии или совершении не запрещенных действий. Только случаи с обязательствами могут вызывать сомнения: было ли действие совершено из-за чувства связанности/обязанности или в качестве любезности.

А. Росс критикует теории, которые отрицают значимость психологического фактора, и потому полагают, что судья волен признать любое регулярное поведение правовым обычаем, и утверждают, что доктрина *opinio juris sive necessitatis* служит лишь идеологическим средством ограничения правотворческой свободы судьи [Ross A., 1947: 89]. С точки зрения датского правоведа, возможно и необходимо выявлять субъективный элемент, внутреннюю позицию (которая не ограничивается только чувством обязанности и может иметь другие формы), исследуя различные действия государств, например, внутригосударственные законодательные акты, которые затрагивают международно-значимые вопросы.

3. Свободные факторы играют важную роль в мотивационном процессе вынесения судебных решений, когда более воплощенные источники не могут быть применены в деле: в таких ситуациях, пишет А. Росс, соображения и культурные факторы, являющиеся почвой для сформулированного права, спонтанно выходят на первый план [Ross A., 1947: 90]. Именно к ним могут быть отнесены фундаментальные правовые принципы, общие для человеческой цивилизации, признаваемые во многих внутригосударственных право-

порядках. Признавая их роль в международных судебных решениях, ученый утверждает, что принципы нельзя считать источником права в том же объективном смысле, что договоры, прецеденты и обычай, поскольку они не могут абстрактно развиваться без привязки к конкретным случаям, и в любом случае имеют чрезвычайно расплывчатый, очень субъективный характер [Ross A., 1947: 91]. В эту категорию А. Росс включает и доктрину (в значении работ известных ученых), поскольку, по его мнению, это также лишь средство сокрытия нормотворческой деятельности судьи. Впрочем, датский правовед убежден, что традиционные доктрины источников права в целом скрывают такую деятельность судьи и что она проявляется даже при толковании и применении наиболее воплощенных источников права, поскольку воплощенность никогда не бывает полной.

Описывая взаимодействие источников, А. Росс подчеркивает несколько аспектов [Ross A., 1947: 92]:

различные источники обозначают взаимодействующие (и взаимнодействующие) факторы при принятии правоприменительных решений, поэтому они не могут быть основными и дополнительными;

наиболее явно взаимодействие проявляется между воплощенными и свободными факторами, в частности, свободные факторы проявляют себя при «интерпретации» объективных источников: взаимодействие факторов выдается за якобы интерпретацию объективных источников, скрывающую нормотворческую деятельность;

вся интерпретация является не логической, а прагматической: она определяется намерениями, идеями, интересами;

интерпретация может быть определена как взаимодействие воплощенных и свободных факторов;

специальной формой интерпретации является выведение «принципов международного права» непосредственно из договоров и обычаев; такие принципы следует отличать от общих принципов права, производных от внутригосударственного правового материала, которые подпадают под категорию свободных факторов.

Заключение

Проблема действительности и действенности международного права в правовой концепции А. Росса раскрывается в двух основных аспектах. Первый аспект связан с тем, как идеи А. Росса о праве и его действительности преломляются применительно к рассмотрению дуалистической модели соотношения международного и внутригосударственного права. Вторым аспектом связан с тем, как идеи А. Росса об идеологии источников права и дей-

ственных нормах права применяются датским ученым к проблематике источников международного права.

У А. Росса — психологического правового реалиста самым важным при исследовании права и познании природы правовых феноменов является обращение к психике и сознанию индивидов. Именно психические переживания индивидов становятся отправной точкой, и потому действительность и действенность международного права в правовой концепции А. Росса приобретают производный от внутригосударственного права характер, поскольку национальное право в большей степени связано с психикой индивидов.

Действенность международного права в концепции А. Росса может быть рассмотрена в свете его теории источников права как следствие наличия особых представлений и эмоций в сознании индивидов, к которым в конечном счете обращены нормы международного права (осуществляющих функции органа управления в самоуправляющемся сообществе), — как особой «международно-правовой установки», трактуемой по аналогии с нормативной идеологией (идеологией источников права) в рамках национального права.

Методология психологического правового реализма, на первый взгляд, приводит А. Росса к противоречивым результатам в вопросе о действительности и действенности международного права, но тем не менее позволяет прийти к оригинальным выводам о правовом характере международного права через аргументацию о его институциональном характере, о производном от национального права характере его действительности как переживания, об особой международно-правовой установке субъектов, определяющей источники международного права, действенные правовые нормы.



Список источников

1. Булыгин Е.В. Действительное право и право действующее. В кн.: Булыгин Е.В. Избранные работы по теории и философии права. СПб.: Алеф-Пресс, 2016. С. 209–221.
2. Кондуров В.Е. Политическая теология международного права: грани и границы метода // Социологическое обозрение. 2021. Т. 20. № 1. С. 50–71.
3. Краевский А.А. Действительность и действенность международного права в чистом учении о праве // Вестник Санкт-Петербургского университета. Право. 2021. Т. 12. № 1. С. 184–204.
4. Краевский А.А. Проблемы экспликации понятий действительности и действенности права в концепции Е.В. Булыгина // Труды Института государства и права РАН. 2019. Т. 14. № 4. С. 81–107.
5. Тимошина Е.В. Концепция нормативности Л.И. Петражицкого и проблема действительности права в юридическом позитивизме XX в. // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2011. № 5. С. 46–71.
6. Bulygin E. Valid Law and Law in Force / E. Bulygin. Essays in Legal Philosophy. Oxford: University Press, 2015, pp. 284–292.

7. Eng S. Lost in the System or Lost in Translation? The Exchanges between Hart and Ross. *Ratio Juris*, 2011, vol. 24, no 2, pp. 194–246.
8. Escorihuela A.L. Alf Ross: Towards a Realist Critique and Reconstruction of International Law. *European Journal of International Law*, 2003, vol. 14, no. 4, pp. 703–766.
9. Fittipaldi E. Introduction: Continental Legal Realism. A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World. Vol. 2: Main Orientations and Topics. E. Pattaro, C. Roversi (eds.). Dordrecht: Springer, 2016, pp. 297–318.
10. Green L. A Text-Book of International Law by Alf Ross. *The Western Political Quarterly*, 1948, vol. 1, no. 3, pp. 346–348.
11. Holtermann J. v. H. Conspicuous Absence and Mistaken Presence — A Note on the Ambiguous Role of Scandinavian Legal Realism in Nordic Approaches to International Law. *Nordic Approaches to International Law, Courts Working Paper Series*, 2017, no 90. Available at: URL: <https://ssrn.com/abstract=2947692> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2947692> (дата обращения: 21.01.2022)
12. Holtermann J. v. H., Madsen M. European New Legal Realism and International Law: How to Make International Law Intelligible. *Leiden Journal of International Law*, 2015, vol. 28, no 2, pp. 211–230.
13. Neergaard U., Nielsen R. (eds.) *European Legal Method: Towards a New Legal Realism?* Copenhagen: Djøf Forlag, 2013, 240 p.
14. Ross A. *Towards a Realistic Jurisprudence: A Criticism of the Dualism in Law*. Copenhagen: E. Munksgaard, 1946, 304 p.
15. Ross A. *A Textbook of International Law: General Part*. London: Longmans, Green and Co., 1947, 313 p.
16. Ross A. *On Law and Justice*. M. Knight (ed.). Berkeley: University of California Press, 1959, 383 p.
17. Ross A. *Directives and Norms*. New York: Humanities Press, 1968, 188 p.
18. Spiermann O. A National Lawyer Takes Stock: Professor Ross' Textbook and Other Forays into International Law. *European Journal of International Law*, 2003, vol. 14, no. 4, pp. 675–702.



References

1. Bulygin E. (2015) Valid Law and Law in Force. In: E. Bulygin. *Essays in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, pp. 284–292.
2. Bulygin E.V. (2016) Valid Law and Law in Force. In: E. Bulygin E. *The Selected Writings in Theory and Philosophy of Law*. M. V. Antonov et al. (eds.). Saint Petersburg: Alef-Press, pp. 209–221 (in Russ.)
3. Eng S. (2011) Lost in the System or Lost in Translation? The Exchanges between Hart and Ross. *Ratio Juris*, vol. 24, no. 2, pp. 194–246.
4. Escorihuela A.L. (2003) Alf Ross: Towards a Realist Critique and Reconstruction of International Law. *European Journal of International Law*, vol. 14, no. 4, pp. 703–766.
5. *European Legal Method: Towards a New Legal Realism?* (2013) U. Neergaard, R. Nielsen (eds.). Copenhagen: Djøf Forlag, 240 p.
6. Fittipaldi E. (2016) Introduction: Continental Legal Realism. A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Vol. 1: Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World. Vol. 2: Main Orientations and Topics. E. Pattaro, C. Roversi (eds.). Dordrecht: Springer Netherlands, pp. 297–318.

7. Green L.C. (1948) A Text-Book of International Law by Alf Ross: review. *The Western Political Quarterly*, vol. 1, no. 3, pp. 346–348.
8. Holtermann J. v. H. (2017) Conspicuous Absence and Mistaken Presence — A Note on the Ambiguous Role of Scandinavian Legal Realism in Nordic Approaches to International Law. Nordic Approaches to International Law. Working Paper Series no. 90. Available at: <https://ssrn.com/abstract=2947692> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2947692>
9. Holtermann J. v. H., Madsen M. R. (2015) European New Legal Realism and International Law: How to Make International Law Intelligible. *Leiden Journal of International Law*, vol. 28, no. 2, pp. 211–230.
10. Kondurov V.E. (2021) Political Theology of International law: Methodological Facets and Borders. *Sotsiologicheskoe obozrenie* = Sociological Review, vol. 20, no. 1, pp. 50–71 (in Russ.)
11. Kraevsky A.A. (2021) Validity and efficacy of international law according to the pure theory of law. *Vestnik Sankt-Peterburgskogo universiteta. Jurisprudencia* = Herald of Saint Petersburg University. Law, vol. 12, no. 1, pp. 184–204 (in Russ.)
12. Kraevsky A.A. (2019). Issues of Explication of Concepts of Validity and Efficacy of Law in E. Bulygin's Legal Theory. *Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN* = Proceedings of the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences, vol. 14, no. 4, pp. 81–107 (in Russ.)
13. Ross A. (1947) A Textbook of International Law: General Part. London: Longmans, Green and Co., 313 p.
14. Ross A. (1968) *Directives and Norms*. New York: Humanities Press, 188 p.
15. Ross A. (1959) On Law and Justice. Ed. by M. Knight. Berkeley: University of California Press, 383 p.
16. Ross A. (1946) *Towards a Realistic Jurisprudence: A Criticism of the Dualism in Law*. Copenhagen: E. Munksgaard, 304 p.
17. Spiermann O. (2003) A National Lawyer Takes Stock: Professor Ross' Textbook and Other Forays into International Law. *European Journal of International Law*, vol. 14, no. 4, pp. 675–702.
18. Timoshina E.V. (2011) Leon Petrażycki's conception of normativeness and the legal validity in 20-th century legal positivism. *Izvestiya vysshih uchebnykh zavedenij. Pravovedenie* = The Journal of the Higher Education Institutions. Jurisprudence, no. 5, pp. 46–71 (in Russ.)

Информация об авторе:

Н.С. Васильева — преподаватель, кандидат юридических наук.

Information about the author:

N.S. Vasilyeva — Lecturer, Candidate of Sciences (Law).

Статья поступила в редакцию 08.12.2020; одобрена после рецензирования 20.05.2021; принята к публикации 21.09.2021.

The article was submitted to the editorial office 08.12.2020; approved after reviewing 20.05.2021; accepted for publication 21.09.2021.

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

Научная статья

УДК: 342.41

DOI:10.17323/2072-8166.2022.2.105.127

Свойства принципа конституционности деятельности субъектов правоотношений



Сергей Анатольевич Мосин

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Россия 101000, Москва, Мясницкая ул., 20, samosin@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0002-3403-7827>



Аннотация

В статье рассматриваются свойства принципа конституционности деятельности субъектов правоотношений, а именно: аксиоматичность, презумптивность и фиктивность. Целью данного исследования является подтверждение гипотезы о том, что конституционные принципы являются полноценными правовыми установлениями, которые наделены всеми необходимыми свойствами для достижения конституционных целей. Изучение свойств принципа конституционности деятельности субъектов правоотношений осуществлялось с помощью системно-структурного, сравнительно-правового, формально-правового и других методов. Использование этих методов в их сочетании предопределило обращение не только к актуальным проблемам конституционного права, но и к вопросам теории права, а также других отраслей права, что позволило наиболее объективно и комплексно подойти к изучению свойств конституционных принципов. Исследование свойств принципа конституционности деятельности субъектов правоотношений основано на том, что, формулируя базовое правило и определяя направления развития правовой системы, конституционный принцип тем самым обладает свойством аксиоматичности. Вместе с тем конституционный принцип обладает свойством презумптивности вследствие обязанности правоприменителя исходить из предположения о соблюдении положений такого принципа всеми субъектами правоотношений, обеспечивая тем самым необходимую стабильность правовой системы государства. При этом для достижения полноценной стабильности правовой системы одновременно с предположением о соблюдении субъектами правоотношений положений конституционных принципов должна предусматриваться возможность контроля за таким соблюдением. Решением становится применение правовых презумпций.

В связи с этим в рамках свойства презумптивности конституционных принципов конституционные презумпции неразрывно взаимосвязаны с корреспондирующими им конституционными принципами. В свою очередь, обладая свойством фиктивности, конституционный принцип позволяет гибко интерпретировать составляющие такой конституционный принцип положения и, как следствие, создавать необходимую нормативную правовую базу. Таким образом, принцип конституционности деятельности субъектов правоотношений, обладая вышеуказанными свойствами, в полном объеме определяет общеобязательные основные правила и направления развития правовой системы, обеспечивает ее стабильность и возможность своевременного развития.



Ключевые слова

правовой принцип, конституционный принцип, свойства конституционных принципов, принцип конституционности деятельности субъектов правоотношений, правовая аксиома, правовая презумпция.

Для цитирования: Мосин С.А. Свойства принципа конституционности деятельности субъектов правоотношений // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 2. С. 105–127. DOI:10.17323/2072-8166.2022.2.105.127.

Russian Law: conditions, perspectives, commentaries

Research article

Properties of the Principle of Constitutionality of Subjects of Legal Relations Activities



Sergey A. Mosin

National Research University Higher School of Economics, 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia, samosin@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0002-3403-7827>



Abstract

The article deals with the characteristics of the principle of constitutionality of the activities of subjects of legal relations, namely, the property of axiomatization, the property of presumptiveness and the property of fictitiousness. The purpose of the research is to test the hypothesis that constitutional principles are in fact full-fledged legal tenets that are endowed with all the necessary properties necessary for achieving the constitutional goals. Examining the properties of the principle of constitutionality of the activities of subjects of legal relations, this researcher used the methods of structural systemic analysis, comparative legal analysis, method of formal logic and other methods. Using a combination of these methods, this researcher was able to address not only the issues of constitutional law of current importance, but also issues pertaining to law theory, as well as other branches of law, and this approach enabled the researcher to examine the properties of constitutional principles in a most objective and comprehensive manner. The study of the properties of the principle of constitutionality of

the activities of subjects of legal relations is based on the fact that informing a basic rule and defining directions for the legal system's development, constitutional principles are therefore axiomatic. At the same time, constitutional principles are presumptive because law practitioners have the obligation to proceed from the presumption that all subjects of legal relations observe these principles, and this obligation ensures the necessary stability of the state's legal system. At the same time, in order to achieve a robust stability of the legal system, the presumption that subjects of law observe constitutional principles is not sufficient; it should be also possible to monitor such compliance. The solution can be found in the application of legal presumptions. In turn, the property of presumptiveness inseparably interlinks constitutional principles and their corresponding legal presumptions. And fictitiousness of constitutional principles allows to flexibly interpret them and, as a result, to create the necessary regulatory framework. Thus, the principle of the constitutionality of the activities of the subjects of legal relations, possessing the above-mentioned properties, fully defines the universally binding basic rules and determine directions of the legal system's development, ensure stability of the state's legal system, and also can evolve in a timely manner.



Keywords

legal principle, constitutional principle, properties of constitutional principles, principle of constitutionality of the activities of subjects of legal relations; legal axiom, legal presumption.

For citation: Mosin S.A. (2022) Properties of the Principle of Constitutionality of Subjects of Legal Relations Activities. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no 2, pp. 105–127 (in Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2022.2.105.127.

Введение

Правовым принципам обоснованно придается особое значение, обусловленное их незаменимостью и обязательностью неукоснительного соблюдения. В первую очередь, это относится к конституционным принципам, которые играют определяющую роль в формировании законодательства. Нет сомнений в том, что конституционные принципы являются движущей силой правовой системы, наполняют смыслом и содержанием все без исключения правоотношения, что делает такие принципы руководящими началами регулирования.

Вместе с тем известно, что конституционные принципы обладают спецификой, выводящей их за рамки обычных правовых установлений. В частности, отличительной чертой конституционных принципов являются их нормативная обобщенность и отсутствие конкретно определенных границ правового содержания. Отметим, что проблема нормативности конституционно-правовых установлений, в том числе вследствие их общего характера, до настоящего времени вызывает дискуссии среди правоведов. Также отсутствует единое понимание правовой сущности конституционных принципов. Тем не менее не вызывает сомнений тот факт, что конституционные принципы являются полноценными правовыми установлениями, обладающими

необходимыми свойствами для достижения обозначенных в Конституции Российской Федерации¹ целей. При этом правовые принципы обладают целым рядом особенностей. Это, в том числе, их основополагающий характер, обязательное нормативное закрепление, системность, всеобщность (универсальность), повышенная устойчивость в сочетании с повышенной гибкостью. Правовые принципы отражают политическую, экономическую и другие стороны общественной жизни, обладают регулятивным потенциалом.

Очевидно, что возложенная на конституционные принципы системообразующая роль предъявляет к ним специфические требования. Во-первых, конституционные принципы должны формулировать общеобязательные базовые правила и определять направление развития правовой системы. Истинность таких базовых правил должна быть бесспорна. Во-вторых, конституционные принципы призваны обеспечивать стабильность правовой системы государства. В-третьих, конституционные принципы должны быть наделены возможностью своевременного развития и адаптации к изменяющейся правовой действительности.

Чтобы соответствовать этим требованиям, конституционные принципы одновременно сочетают в себе различные свойства. Этими свойствами, на наш взгляд, прежде всего является аксиоматичность, презумптивность и догматическая фиктивность (далее — фиктивность). Это связано с потребностью исследования данных принципов как единой, глобальной, независимой и самодостаточной, но при этом изменяющейся правовой категории, которая в полном объеме обеспечивает становление правовой системы, ее эффективную защиту и стабильное развитие. В свою очередь, исследование свойств конституционных принципов является одним из направлений, открывающим новые возможности для изучения таких принципов и взаимосвязанных с ними правовых категорий.

Формулируя базовое правило и определяя направления развития правовой системы, конституционный принцип обладает свойством аксиоматичности. Вместе с тем, конституционный принцип обладает свойством презумптивности вследствие обязанности правоприменителя исходить из предположения о соблюдении положений такого принципа всеми субъектами правоотношений, обеспечивая тем самым необходимую стабильность правовой системы государства. В свою очередь, обладая свойством фиктивности, конституционный принцип позволяет гибко интерпретировать составляющие такой конституционный принцип положения и, как следствие, создавать необходимую нормативную правовую базу.

¹ Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993 с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020) // Российская газета. 04.07.2020. № 144.

В связи с этим целью настоящей статьи на примере принципа конституционности деятельности субъектов правоотношений является подтверждение гипотезы о том, что конституционные принципы, зачастую воспринимаемые исследователями и правоприменителями как абстрактные нормы с декларативным содержанием, в действительности являются полноценными правовыми установлениями, которые наделены всеми необходимыми свойствами для достижения конституционных целей.

Как отмечает Н.И. Матузов, «углубленный анализ принципов права может способствовать решению вечной проблемы правопонимания и правообразования. Ведь право — сложное общественное явление, имеющее множество измерений: социальное, экономическое, политическое, культурное, нравственное, философское, аксиологическое, волевое, информационное. И понятно, что раскрытие принципов права не может не выражать сущность самого права по всем указанным параметрам и направлениям» [Матузов Н.И., 2010: 18]. В связи с этим не вызывает сомнений высокий потенциал развития конституционных принципов, которому способствуют их всесторонние исследования.

При рассмотрении свойств конституционных принципов системно-структурный, сравнительно-правовой, формально-правовой и формально-логический методы позволили выявить и охарактеризовать, в том числе свойства аксиоматичности, презумптивности и фиктивности. Использование этих методов в их сочетании предопределило обращение не только к актуальным проблемам конституционного права, но и к вопросам теории права, а также других отраслей права, что позволило наиболее объективно и комплексно подойти к настоящему исследованию.

1. Свойство аксиоматичности принципа конституционности деятельности субъектов правоотношений

Правовые аксиомы имеют давнюю историю. Аксиомой является исходное положение научной теории, принимаемое в качестве истинного без логического доказательства и лежащее в основе доказательства других положений этой теории². Данный термин применим в различных научных областях, и область права не является исключением. Правовые аксиомы являются основополагающими непреложными истинами, которые находят отражение в различных отраслях права и способствуют правовому регулированию. С.С. Алексеев справедливо отмечал, что правовые аксиомы представляют собой важнейшие принципы права, закрепленные в нормативных правовых

² Философский энциклопедический словарь. М., 1983. С. 16.

актах [Алексеев С.С., 1972: 111]. В свою очередь, по мнению Н.А. Чечиной, аксиомами являются такие нормы права, которые выражают содержание общечеловеческой морали, потому что, во-первых, необходимость соблюдения содержащихся в них правил поведения очевидна с точки зрения здравого смысла, принципов морали и справедливости, поэтому не нуждается в особых доказательствах; во-вторых, данные нормы играют роль основных положений, на содержании которых базируется большинство других правил системы, исходя из того, что право призвано отвечать принятому в обществе понятию справедливости [Чечина Н.А., 1987: 89].

Бесспорным, на наш взгляд, является тот факт, что конституционные принципы обладают свойством аксиоматичности, поскольку формулируют общеобязательные базовые правила, которые составляют не доказуемые и не требующие доказательств непреложные исходные истины, лежащие в основе правовой системы государства и определяющие направления ее дальнейшего развития. Рассматривая в настоящем исследовании вопросы конституционности, отметим, что конституционность играет ключевую роль в развитии законодательства. Конституционность — это, прежде всего, основополагающий правовой принцип, который определяет сущность правовой системы государства, общественной и политической жизни. Данный конституционный принцип является ключевым элементом правового государства в Российской Федерации и обеспечивает единство правовой системы.

В обобщенном виде конституционность в отечественном законодательстве определяется соответствием общественных отношений, актов и действий органов государства, должностных лиц положениям Конституции Российской Федерации, имеющей высшую юридическую силу. Соответственно, «конституционность как особое качественное состояние презюмируется не только в отношении действующих нормативных правовых актов, но и в отношении субъектов гражданского общества» [Боброва Н.А., 2003: 60–61].

Ряд исследователей использует термин «конституционная законность». Например, В.Е. Чиркин определяет конституционную законность «как правовой характер самой Конституции, фактическое верховенство Конституции в правовой системе, прямое действие принципов и норм Конституции, незыблемость конституционных сроков, эффективный конституционный надзор» [Чиркин В.Е., 2001: 302]. Н.М. Колосова характеризует конституционную законность как средство ограничения власти, представляющего собой превентивный фактор, требующий соблюдения Конституции и следования ей [Колосова Н.М., 2000: 139–140].

Согласимся с мнениями указанных ученых и подчеркнем, что конституционность, как и конституционная законность, в широком смысле требует не-

укоснительного соблюдения норм Конституции всеми органами государства, должностными лицами, общественными объединениями и гражданами.

Следует отметить, что в переходный период 1991–1993 гг. Комитет конституционного надзора СССР, а затем и Конституционный Суд Российской Федерации неоднократно обращались к вопросам конституционной законности. Например, в заявлении от 11.10.1991 Комитет конституционного надзора СССР указал, что и в условиях переходного периода в полной мере сохраняют силу основные принципы конституционного строя³. Очевидно, что никакие изменения в государстве не могут повлечь за собой переоценку таких ценностей, как, например, неотъемлемость и приоритет прав и свобод человека и гражданина, основ правового и демократического государства в силу их аксиоматичности, а не просто основополагающего значения, которое может изменяться вместе с теми или иными событиями, происходящими в государстве.

В заявлении от 11.12.1991 Комитет конституционного надзора СССР также обратил внимание на необходимость решать все вопросы между государствами и народами страны на основе принципов конституционной законности, верховенства права, соблюдения общепризнанных международных норм [Митюков М.А., 2006: 149-152]. В такой трудный для государства период Комитет конституционного надзора СССР обратился к незыблемым ценностям, соблюдение которых в период государственных преобразований в состоянии обеспечить нормальное функционирование всех государственных и общественных институтов, а также осуществить их развитие. Это обстоятельство также указывает на аксиоматичность основополагающих конституционных установлений, истинность которых бесспорна.

В заявлении Конституционного Суда Российской Федерации от 26.06.1992 № 3-З делается вывод, что путь в будущее лежит через строгое соблюдение Конституции и законов⁴. Действительно, соблюдение Конституции и, как следствие, вытекающего из нее законодательства, впитавшего в себя конституционные ценности-аксиомы, является единственным путем развития демократического государства. Конституционный Суд указывает, что обеспечение конституционной законности является важнейшим условием существования и развития Российской Федерации как демократического федеративного правового государства с республиканской формой правления, в котором признаются и гарантируются права и свободы человека и гражд-

³ Заявление Комитета конституционного надзора СССР от 11.10.1991 // Ведомости ВС СССР. 1991. № 46. Ст. 1308.

⁴ Заявление Конституционного Суда РФ от 26.06.1992 № 3-З // Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1992. № 27. Ст. 1572.

данина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии с Конституцией⁵.

В послании Конституционного Суда Российской Федерации Верховному Совету Российской Федерации от 05.03.1993 «О состоянии конституционной законности в Российской Федерации» отмечается, что кризисное на тот момент состояние конституционной законности вызвано не столько несовершенством Конституции, сколько игнорированием ее положений государственными властями и их представителями⁶. Данная позиция Суда подчеркивает необходимость соблюдения конституционных положений, прежде всего, органами государственной власти и должностными лицами. Очевидно, что одного наличия нормативно закрепленных конституционных принципов явно недостаточно для фактического соответствия государства закрепленным ценностям. Всеобщее надлежащее соблюдение конституционных положений бесспорно имеет определяющее значение.

Отметим, что обращение к конституционным ценностям в переходные для государства периоды наиболее ярко характеризует аксиоматичность конституционных принципов.

Обратимся к принципу конституционности деятельности субъектов правоотношений. Как и все конституционные принципы, рассматриваемый принцип имеет сложное строение, состоящее из разнообразных юридических императивов, которые тесно связаны и взаимодействуют между собой. Прежде всего, данный принцип основывается на ряде положений, закрепленных в ст. 15 Конституции Российской Федерации, в соответствии с которой Конституция имеет высшую юридическую силу, прямое действие на территории Российской Федерации, а законы и иные правовые акты, не должны противоречить Конституции. В свою очередь, органы государственной власти, органы местного самоуправления, должностные лица, граждане и их объединения обязаны соблюдать Конституцию и законы. Это принципиальное положение непосредственно закрепляет рассматриваемый принцип и подчеркивает необходимость соблюдения конституционных установлений и иных законодательных норм всеми субъектами правоотношений для нормального функционирования государственных институтов.

Перечисленные конституционные требования являются составляющими базового правила, которое формулирует принцип конституционности в целом и принцип конституционности субъектов правоотношений в частности, в соответствии с которым определяются направления дальнейшего развития правовой системы в этой области. Бесспорность их истинности очевидна и не вызывает никаких сомнений.

⁵ Available at: URL: <http://www.ksrf.ru/ru/Info/Maintenance/Pages/default.aspx> (дата обращения: 11.11.2021)

⁶ Вестник Конституционного Суда РФ. 1993. № 1.

Конституция обладает верховенством по отношению ко всем остальным нормативным актам. Все субъекты права обязаны в своей деятельности следовать установкам и предписаниям конституционных норм, а при противоречии законодательства Конституции — действовать в соответствии с Конституцией. Прямое действие Конституции Российской Федерации выражается в том, что она закрепляет существующий строй общественных отношений и, помимо установлений общего характера, регулирует определенные виды таких общественных отношений. Так, постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 31.10.1995 №8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия»⁷ устанавливает, что суд при разрешении дела применяет непосредственно Конституцию Российской Федерации тогда, когда положения Конституции, исходя из ее смысла, не требуют дополнительной регламентации и не содержат указания на возможность ее применения при условии принятия федерального закона, регулирующего права, свободы, обязанности человека и гражданина и другие положения.

Прямое действие Конституции Российской Федерации непосредственно связано и с обеспечением ее верховенства по отношению ко всем нормативным актам. Законы и иные правовые акты, принимаемые в Российской Федерации, не должны противоречить ее Конституции. Таким образом, к нормативным правовым актам предъявляется требование их конституционности. Данное конституционное положение закрепляет положение Конституции Российской Федерации на вершине иерархии нормативных актов, тем самым подтверждая ее фундаментальную роль в правовой системе государства. Конституционный Суд Российской Федерации, в свою очередь, в рамках своей компетенции осуществляет проверку на соответствие нормативных правовых актов на их соответствие Конституции.

Конституция Российской Федерации основана на естественно-правовом типе правопонимания. Необходимость соблюдения положений Конституции, впитавшей в себя важнейшие ценности в виде признания, соблюдения и защиты прав и свобод человека и гражданина как обязанности государства является аксиомой, лежащей в основе государственного строя Российской Федерации.

Принцип конституционности деятельности субъектов правоотношений включает в себя принцип законности деятельности субъектов правоотношений, который, в свою очередь, является неотъемлемой частью рассматриваемого принципа. В соответствии с принципом законности субъекты правоотношений обязаны, помимо Конституции, строго следовать положениям законов и иных нормативных правовых актов. Так, определено, что

⁷ См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. 1996. № 1.

законность — это конституционная обязанность правомерного поведения органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных лиц, граждан и их объединений, реализуемая в их практической деятельности [Пряхина Т.М., 1998: 19].

Н.В. Витрук указывает, что «в системе правовых ценностей и идеалов в формирующемся демократическом обществе и правовом государстве на одно из первых мест выходит осознание должностными лицами государства, местного самоуправления, работниками правоохранительных и других органов, всем населением конституции как основного (высшего) закона в государстве, отражающего основные правовые принципы, закономерности и достижения общественного прогресса» [Витрук Н.В., 2016: 265]. Следует подчеркнуть, что от конституционности деятельности субъектов правоотношений зависит функционирование всех звеньев государственного механизма, а нарушение данного правового принципа может привести к дестабилизации устоев государственной и общественной жизни. Вместе с тем, нельзя не отметить, что основной целью конституционности является достижение в обществе таких благ, как справедливость (являющаяся высшей моральной ценностью), равенство, гуманизм и т.д. Поэтому А.Н. Кокотов и Л.В. Сониная не без оснований видят в конституционности обеспечение в обществе с помощью правовых средств начал гармонии и справедливости [Кокотов А.Н., Сониная Л.В., 2001: 128].

Таким образом, нет сомнений, что принцип конституционности деятельности субъектов правоотношений имеет решающее значение для всех аспектов государственной жизни и составляет основной фундамент, на котором строится вся правовая система Российской Федерации.

При этом очевидно, что требования конституционности являются непреложной исходной истиной. Это проверенные временем постулаты, которые представляют собой исходные начала всех демократических конституций. Невозможно предположить, что в рамках современного демократического и правового государства требование конституционного поведения субъектов правоотношений нуждалось бы в дополнительном обосновании. Такое требование является синонимом правового государства, которое невозможно без признания и соблюдения прав и свобод человека и гражданина, а также без подчинения государственной власти нормам законодательства.

Таким образом, принцип конституционности деятельности субъектов правоотношений обладает свойством аксиоматичности. Этот конституционный принцип формулирует базовое правило, которое заключается в том, что «Конституция Российской Федерации должна соблюдаться», а в более широком смысле — «законы должны соблюдаться», и тем самым определяет направление развития правовой системы в рамках такого правила.

2. Свойство презумптивности принципа конституционности деятельности субъектов правоотношений

Итак, требования конституционности обязательны к соблюдению всеми без исключения субъектами правоотношений. При этом соблюдение требований конституционности предполагается. Положения Конституции Российской Федерации закрепляют только такой подход. Возложенная на конституционные принципы задача обеспечения стабильности правовой системы государства в рамках реализации сформулированных ими базовых правил достигается, в том числе посредством обязывания правоприменителя в своей деятельности исходить из такого предположения. Стабильность правовой системы в данном случае обеспечивается отсутствием необходимости постоянного предварительного контроля правомерности деятельности субъектов всего спектра правоотношений. Если бы данное предположение отсутствовало в отечественном законодательстве, то деятельность субъектов правоотношений на постоянной основе нуждалась бы в проверке на соответствие конституционным положениям. Иными словами, фактически имело бы место предположение о неконституционности деятельности таких субъектов. Вероятно, что такое положение вещей привело бы к правовому хаосу, поскольку противоречило бы всем идеям и основам, заложенным в современной российской Конституции, и, прежде всего, основам правового государства. Поэтому Конституция Российской Федерации и конституционное законодательство России исходят из предположения конституционного и законного поведения всех без исключения субъектов всего спектра правоотношений.

Таким образом, в отечественной правовой системе конституционность деятельности субъектов правоотношений предполагается, и такое предположение является обязательным для правоприменителя. В этом заключается свойство презумптивности принципа конституционности деятельности субъектов правоотношений. Как и в случае с другими конституционными принципами, это объясняется возложенной на конституционные принципы задачей по обеспечению стабильности правовой системы государства в рамках реализации сформулированных ими базовых правил.

В условиях отсутствия предварительного контроля за соблюдением положений законодательства решением становится применение правовых презумпций, поскольку без возможности подвергнуть сомнению соблюдение правового принципа вряд ли можно рассчитывать на его беспрекословное исполнение субъектами правоотношений. Поэтому в рамках свойства презумптивности конституционные принципы неразрывно взаимосвязаны с

корреспондирующими им правовыми презумпциями. Правовая презумпция в обобщенном виде представляет собой прямо или косвенно закрепленное в правовой норме предположение, которое считается истинным, пока не будет установлено иное. Очевидно, что роль правовых презумпций в регулировании всего спектра правоотношений нельзя переоценить. В первую очередь это, безусловно, касается конституционных презумпций, которые «способствуют формированию единого конституционно-правового пространства... и представляют собой тот необходимый нормативный правовой материал, который обеспечивает связанность и эффективность действия всех элементов механизма конституционно-правового регулирования» [Мазаева Е.С., 2010: 334].

В свою очередь, инструментом контроля за соблюдением положений принципа конституционности деятельности субъектов правоотношений является презумпция конституционности деятельности субъектов правоотношений, которая имеет основополагающее значение при регулировании всей совокупности правоотношений.

Следует отметить, что при всем своем важном значении данная презумпция не имеет прямого нормативного закрепления в законодательстве. Отсутствие прямого указания на данную презумпцию в действующей Конституции Российской Федерации не является основанием полагать, что эта презумпция не имеет существенного значения в российском праве или вообще не отражена в нем. Так, например, в Особом мнении по делу о проверке конституционности ряда положений Устава (Основного закона) Тамбовской области (Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 10.12.1997 № 19-П⁸), судья Конституционного Суда Б.С. Эбзеев сослался на презумпцию конституционности деятельности органов государственной власти и их должностных лиц и принимаемых ими правовых актов.

Очевидно, что презумпция конституционности деятельности субъектов правоотношений обладает общим характером, и ее применение к отдельно взятым обстоятельствам и правоотношениям в любом случае потребует дальнейшей конкретизации. Тем не менее, ценность настоящей презумпции заключается в том, что она впитала в себя основное понимание того, что субъекты правоотношений изначально должны рассматриваться как надлежащим образом осуществляющие свои права и несущие свои обязанности, прежде всего, в соответствии с Конституцией Российской Федерации.

В качестве примера рассмотрим презумпцию конституционности деятельности органов власти и должностных лиц. В связи с тем, что по различным причинам деятельность органов власти и должностных лиц может нарушить положения принципа конституционности, очевидна объективная

⁸ См.: Вестник Конституционного Суда РФ. 1998. № 1.

необходимость применения в отношении такой деятельности правовой презумпции ее конституционности. Данная презумпция предполагает соблюдение органами власти и должностными лицами принципа конституционности, которое обеспечивается посредством исполнения этими органами власти и должностными лицами своих полномочий в строгом соответствии с установлениями Конституции Российской Федерации. Таким образом, вне зависимости от правового статуса и компетенции органов власти и их должностных лиц основой их законного существования в рамках правового государства является соблюдение ими основополагающего правового принципа конституционности. Данная правовая презумпция распространяется на все органы государственной власти и органы местного самоуправления, а также на всех государственных и муниципальных служащих, круг которых определен в соответствии с действующим российским законодательством.

Действительно, невозможно предположить, что деятельность органов власти и их должностных лиц не предполагала бы соблюдения принципа конституционности. Как указывает в своем исследовании И.В. Сухина, «реализовывать конституционные нормы государственной власти невозможно без допущения факта соответствия ее деятельности и должностных лиц Конституции и текущему законодательству Российской Федерации, пока не доказано иное» [Сухина И.В., 2003: 75]. Также эта исследовательница справедливо отмечает, что «высокая степень вероятности данного вывода основана на том, что государственные органы в своей деятельности руководствуются прежде всего имеющими основополагающее значение конституционными предписаниями о верховенстве федеральной Конституции и федеральных законов и их преимущественном действии» [Сухина И.В., 2003: 75].

Следует отметить, что требования конституционности также распространяются на все государственные органы без исключения. Аналогичным образом обстоят дела с государственными и муниципальными служащими, которые не являются должностными лицами. Иными словами, презумпция конституционности не имеет исключений.

Необходимость презумпции конституционности деятельности органов власти и должностных лиц обусловлена, в том числе тем, что, каким бы высоким профессионализмом ни обладали бы должностные лица, периодически неизбежно принятие ими решений, которые могут противоречить Конституции Российской Федерации. Не исключается и преднамеренное нарушение законодательства. В свою очередь, возможность осуществления контроля за деятельностью органов власти и должностных лиц является важнейшей составляющей принципа конституционности. Выявление и установление в определенном действующим законодательством порядке на-

рушений должностными лицами и/или органами власти принципа конституционности в процессе их деятельности позволяет опровергнуть на практике рассматриваемую презумпцию конституционности.

В большинстве своем органы государственной власти укомплектованы профессиональными специалистами, к которым предъявляются высокие квалификационные требования, в том числе в части знания Конституции Российской Федерации и иного, относящегося к их сфере деятельности, законодательства. Этот тезис справедлив и по отношению к органам местного самоуправления. Вне всяких сомнений, «муниципальный орган должен действовать законно, разумно, добросовестно, справедливо, своевременно» [Астафичев П.А., 2017: 70]. И.В. Сухина справедливо определяет презумпцию конституционности деятельности органов власти и должностных лиц как материальную презумпцию очевидного факта или имеющего высокую степень вероятности факта соответствия деятельности государственных органов Конституции [Сухина И.В., 2003: 75].

Рассматриваемая правовая презумпция так же, как общая презумпция конституционности деятельности субъектов правоотношений, не имеет прямого закрепления в законодательстве. Ее косвенным закреплением может служить положение ч. 2 ст. 15 Конституции Российской Федерации, в которой указывается, что органы государственной власти, органы местного самоуправления и должностные лица обязаны соблюдать Конституцию. На существование рассматриваемой презумпции в своем Особом мнении к Постановлению Конституционного Суда Российской Федерации от 10.12.1997 № 19-П указывал судья Конституционного Суда Российской Федерации Б.С. Эбзеев. Презумпция соответствия деятельности федеральных органов государственной власти Конституции Российской Федерации и законодательству, которая отражена в Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 18.01.1996 № 2-П «По делу о проверке конституционности ряда положений Устава (Основного закона) Алтайского края»⁹, является проявлением рассматриваемой презумпции по отношению к деятельности федеральных органов государственной власти. Это служит еще одним подтверждением наличия презумпции конституционности деятельности органов власти и должностных лиц в отечественном законодательстве.

Отсутствие прямого нормативного закрепления презумпции конституционности деятельности органов власти и должностных лиц, как и в случаях с другими косвенно закрепленными презумпциями, не свидетельствует ни об отсутствии данной презумпции в конституционном праве, ни о наличии презумпции неконституционности деятельности органов власти и должностных лиц. Предположение о неконституционности деятельности

⁹ См.: Вестник Конституционного Суда РФ. 1996. № 1.

органов власти и должностных лиц в отечественном конституционном праве при наличии действующей Конституции Российской Федерации невозможно, поскольку такая презумпция нарушила бы основополагающий принцип конституционности и иные установления, которые характеризуют Российскую Федерацию как демократическое правовое государство, обязанное обеспечивать признание, соблюдение и защиту прав и свобод человека и гражданина, единство системы государственной власти и другие конституционные ценности. При этом отметим, что отсутствие прямого нормативного закрепления презумпции конституционности деятельности органов власти и их должностных лиц может создать определенные правовые коллизии, связанные с различной трактовкой данной правовой презумпции правоприменителями. Также отсутствие нормативного закрепления неизбежно влечет за собой затруднения в реализации положений правового принципа конституционности.

Итак, презумпцию конституционности деятельности органов власти и должностных лиц можно определить как косвенно закрепленное в правовых нормах предположение, в соответствии с которым деятельность федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов федерации, органов местного самоуправления и должностных лиц признается соответствующей положениям Конституции Российской Федерации до тех пор, пока иное не установлено в определенном законодательством порядке.

Данная презумпция поддерживает доверие граждан к деятельности государства, поскольку в процессе своей жизни граждане вынуждены полагаться на компетентность государственных органов и органов местного самоуправления. В соответствии с классификацией правовых презумпций ее целесообразно охарактеризовать как правовую (исходит из положений Конституции и отражается в решениях Конституционного Суда Российской Федерации), косвенно закрепленную в законодательстве (отсутствует прямое нормативное закрепление), отраслевую (относится к конституционным правоотношениям), которая играет роль базовой презумпции для всех отраслей права.

Таким образом, принцип конституционности деятельности субъектов правоотношений, обладая свойством презумптивности вследствие обязанности правоприменителя исходить из предположения о соблюдении положений такого принципа всеми субъектами правоотношений, обеспечивает необходимую стабильность правовой системы государства в рамках реализации сформулированного им базового правила, которое заключается в том, что «Конституция Российской Федерации должна соблюдаться», а в более широком смысле — «законы должны соблюдаться». В свою очередь, корреспондирующая данному конституционному принципу презумпция конституционности деятельности субъектов правоотношений, обладая возможностью

опровержения, является инструментом контроля за соблюдением органами государственной власти, органами местного самоуправления, должностными лицами, гражданами и их объединениями Конституции и законов.

3. Свойство фиктивности принципа конституционности деятельности субъектов правоотношений

Конституционные принципы в связи с отсутствием четких границ своего правового содержания и зачастую высокой степенью нормативной обобщенности обладают свойством фиктивности. Как отмечает А.А. Ливеровский, некоторые конституционные принципы так же, как математические аксиомы, строятся на основе первичных понятий — справедливость, свобода, равенство, которые, как и математические первичные понятия, следует считать фикциями, т. е. понятиями, которым отводится инструментальная роль в теории познания. На них так же, как и на первичные понятия математики, распространяется «общественный договор» об их условно-субъективном понимании. Субъективно воспринимаемые в каждой конституционной культуре фикции, связывая нормативно определенные объекты, формируют объективные конституционные принципы [Ливеровский А.А., 2018: 243].

Конституция Российской Федерации содержит целый ряд установлений, значение которых носит неоднозначный характер, вызывает споры среди исследователей и затруднения в правоприменении. К таким конституционным установлениям, в том числе относятся положения, закрепленные в первой главе «Основы конституционного строя» Конституции. Речь прежде всего идет о характеристике Российской Федерации как демократического, правового и социального государства. Данные конституционные установления обладают высокой степенью нормативной обобщенности, абстрактности и отсутствием четких границ правового содержания. В связи с этим Е.С. Аничкин указывает, что фиктивность конституционно-правовых норм вызывается незавершенностью и неполноценностью правового регулирования, а средой обитания фикций являются абстрактные правовые понятия, термины, понимание и толкование которых отличается дискуссионностью и неоднозначностью. Как правило, у таких понятий отсутствуют легальные определения, не детализированы правовые признаки, что обуславливает их смысловую подвижность в зависимости от складывающейся конъюнктуры. К числу таких понятий относятся «государство», «демократия», «суверенитет», «справедливость», «свобода», «достоинство», «гражданское общество», «федерализм» [Аничкин Е.С., 2018: 92-93]. Аналогичной позиции придерживается Ю.В. Ким, который отмечает, что к категориям фикций относятся такие конституционно-правовые явления, уровень институциональной

определенности которых не вполне прояснен. К их числу он относит как сам термин «государство», так и усложненные его версии («демократическое государство», «правовое государство», «социальное государство», «федеративное государство») в связи с отсутствием в науке универсальных определений этих понятий [Ким Ю.В., 2008: 8–9].

Полагаем, что принцип конституционности деятельности субъектов правоотношений, обладая высокой степенью нормативной обобщенности и отсутствием четких границ своего правового содержания, обладает свойством фиктивности.

Справедливо отмечается, что «неопределенность — та цена, которую приходится платить за обеспечение максимально возможной стабильности основного закона» [Пряхина Т.М., 2004: 47]. В свою очередь, как верно указывает Г.А. Гаджиев, «конституционные принципы в силу своей лаконичности воплощают в себе дух и смысл Конституции... именно поэтому они создают возможность адаптировать конкретные конституционные нормы к постоянно изменяющимся условиям общественной жизни» [Гаджиев Г.А., 1999: 92].

Отечественное законодательство не содержит исчерпывающего перечня критериев конституционности деятельности субъектов тех или иных правоотношений. В свою очередь, необходимость определения пределов должного поведения субъектов правоотношений, а также возможного неконституционного поведения таких субъектов обусловлена требованиями, лежащими в основе правового государства. Одним из условий развития тех или иных правоотношений, безусловно, является закрепление определенной модели поведения субъектов правоотношений, необходимой в качестве установления рамок допустимого поведения как обязательного к исполнению ориентира для субъектов таких правоотношений и недопустимости альтернативного, не соответствующего установленной модели, поведения таких субъектов. В связи с этим субъекты правоотношений в целях соблюдения ими принципа конституционности в своей деятельности руководствуются имеющимися конституционными установлениями: Конституция Российской Федерации имеет высшую юридическую силу и прямое действие на территории нашей страны; законы и иные правовые акты, принимаемые в Российской Федерации, не должны противоречить ее Конституции; органы государственной власти, органы местного самоуправления, должностные лица, граждане и их объединения обязаны соблюдать Конституцию и законы Российской Федерации.

Например, конституционные правоотношения, как и любые другие правоотношения, обладают своими особенностями, которые исходят в данном случае из особенностей отрасли конституционного права. Они обладают особой социально-политической и нравственной значимостью для всего общества в силу установления идеалов и защиты ценностей справедливого общества, государственного правления и свободы личности. Также кон-

ституционные правоотношения содержат особый круг субъектов: многонациональный народ Российской Федерации, Российскую Федерацию и ее субъектов, государственные органы и должностных лиц, органы местного самоуправления, человека и гражданина, объединения граждан, иностранных граждан и лиц без гражданства.

Верно отмечается, что «особое место личности в системе субъектов конституционного права объясняется тем, что взаимоотношения государства с человеком и гражданином являются определяющими в конституционно-правовом регулировании, связывая власть и свободу как основные компоненты содержания конституционно-правовых отношений» [Васильева С.В., Виноградов В.А., Мазаев В.Д., 2010: 54]. Именно поэтому человек является важнейшим субъектом конституционно-правовых отношений. Объединения граждан, будучи структурными образованиями общества, являются субъектами конституционно-правовых отношений в зависимости от их правового статуса и соответствующего законодательства, регулирующего правовое положение тех или иных объединений граждан.

Таким образом, возможно обобщенно определить принцип конституционности деятельности субъектов конституционных правоотношений как правовое установление, в соответствии с которым весь круг субъектов конституционных правоотношений обязан строго следовать положениям Конституции Российской Федерации, исключая любую возможность их нарушения посредством любой своей деятельности (действиями или бездействием).

Безусловно, дополнительные требования к конституционности деятельности субъектов правоотношений вырабатываются в процессе правоприменительной деятельности, в том числе деятельности Конституционного Суда Российской Федерации. В связи с этим следует поддержать мнение Н.А. Богдановой, которая утверждает, что широта содержания нормативных принципов конституционного права дает простор для их толкования, посредством которого раскрывается богатый потенциал таких принципов [Богданова Н.А., 2001: 192].

Рассматривая вопросы, связанные с отсутствием четких критериев и требований к субъектам правоотношений, следует отметить, что полноценная реализация конституционных принципов на практике является наиважнейшим условием функционирования правовой системы. Безусловно, принцип конституционности деятельности субъектов правоотношений, как и любой другой принцип, не может существовать в отсутствие своей реализации — соблюдения его положений субъектами правоотношений. Например, обращаясь к принципу конституционности деятельности органов власти и должностных лиц необходимо констатировать, что права и свободы личности определяют смысл, содержание и применение законов, деятельности законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления

и обеспечиваются правосудием. Данное обстоятельство объясняется тем, что, «являясь одной из отраслей публичного права, конституционное право в отношениях, возникающих по поводу реализации его норм, как правило, имеет сторонами или одной из них представляющие государство его органы или должностные лица. Кроме того, государственный орган становится субъектом конституционно-правовых отношений в связи с выполнением государством его конституционной обязанности — признавать, соблюдать и защищать права и свободы человека и гражданина, а также возложением на государственные органы конституционно-правовой ответственности» [Богданова Н.А., 2001: 50]. Очевидно, что важнейшей целью развития общества и государства является человек и его интересы. В свою очередь, правотворчество и правоприменительная практика должны быть направлены на соблюдение основных прав и свобод личности.

В настоящее время правовая действительность не всегда полноценно отражает закрепленные конституционные положения, в том числе в сфере признания и защиты прав и свобод человека и гражданина в полной мере. Это обстоятельство само по себе является закономерным потому, что Конституция Российской Федерации закрепляет не уже сложившиеся отношения, а, в частности, цели и задачи, которые стоят перед обществом и государством для полноценной реализации ее положений. Одной из таких задач является реализация основополагающего принципа конституционности во всех сферах общественной и государственной жизни.

Свойство фиктивности принципа конституционности деятельности субъектов правоотношений, на наш взгляд, заключается прежде всего в отсутствии четких границ правового содержания данного конституционного принципа, а также высокой степени нормативной обобщенности. При этом, обнаруживая в себе необходимость в соответствующей конкретизации и интерпретации, принцип конституционности деятельности субъектов правоотношений наделен возможностью своевременного развития, которая позволяет полноценно раскрывать его положения, тем самым совершенствуя правовую систему и обеспечивая ее эффективное функционирование.

Заключение

Подводя итог, отметим, что принцип конституционности деятельности субъектов правоотношений представляет собой основополагающее положение, формирующее требование к субъектам правоотношений строго следовать положениям Конституции Российской Федерации и законам, одновременно обладающее свойствами аксиоматичности, презумптивности и фиктивности.

Формулируя обладающее характером непреложной исходной истины базовое правило, которое заключается в том, что «Конституция Российской Федерации должна соблюдаться», а в более широком смысле — «законы должны соблюдаться», и тем самым определяя направления развития правовой системы, принцип конституционности деятельности субъектов правоотношений наделяется свойством аксиоматичности.

Вместе с этим, обладая свойством презумптивности вследствие обязанности правоприменителя исходить из предположения о соблюдении положений такого принципа всеми субъектами правоотношений, принцип конституционности деятельности субъектов правоотношений обеспечивает необходимую стабильность правовой системы государства в рамках реализации сформулированного им базового правила о необходимости соблюдения Конституции и законов. Корреспондирующая данному конституционному принципу презумпция конституционности деятельности субъектов правоотношений, имея возможность опровержения предположения о соблюдении положений принципа конституционности деятельности субъектов правоотношений, является инструментом контроля за соблюдением органами государственной власти, органами местного самоуправления, должностными лицами, гражданами и их объединениями Конституции Российской Федерации и законов.

В свою очередь, в результате отсутствия четких границ правового содержания, абстрактности и высокой степени нормативной обобщенности, принцип конституционности деятельности субъектов правоотношений создает условия для развития нормативных положений, касающихся деятельности субъектов правоотношений, в том числе для уточнения и интерпретации существующих критериев конституционности, а также формулирования и нормативного закрепления новых.

Таким образом, исходя из того, что конституционные принципы должны формулировать общеобязательные базовые правила и определять направление развития правовой системы, обеспечивать ее стабильность, быть наделены возможностью своевременного развития и адаптации к изменяющейся правовой действительности, рассмотренные свойства позволяют принципу конституционности деятельности субъектов правоотношений в полном объеме реализовать заложенный в нем потенциал.



Список источников

1. Алексеев С.С. Проблемы теории права. Т. 1. Свердловск: Изд-во Свердловского юридического института, 1972. 396 с.
2. Аничкин Е.С. Фикции в конституционном праве Российской Федерации: особенности, виды, действие // Научный ежегодник Ин-та философии и права Уральского отделения Российской Академии наук. 2018. Т. 18. № 2. С. 87–105.

3. Астафичев П.А. Разграничение ответственности органов местного самоуправления перед населением и государством // Юридическая наука: история и современность. 2017. № 9. С. 69–72.
4. Боброва Н.А. Конституционный строй и конституционализм в России. М.: Спарк, 2003. 264 с.
5. Богданова Н.А. Система науки конституционного права: дис. ... д. ю. н. М., 2001. 334 с.
6. Васильева С.В., Виноградов В.А., Мазаев В.Д. Конституционное право России. М.: Эксмо, 2010. 560 с.
7. Витрук Н.В. Верность Конституции. 2-е изд. М.: Изд-во РГУП, 2016. 271 с.
8. Гаджиев Г.А. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации как источник конституционного права // Конституционное право: восточно-европейское обозрение. 1999. № 3. С. 81–95.
9. Ким Ю.В. О фикциях в конституционном праве // Конституционное и муниципальное право. 2008. № 13. С. 8–9.
10. Кокотов А.Н., Сониная Л.В. Конституционализм как политико-правовой режим // Российский юридический журнал. 2001. № 1. С. 127–133.
11. Колосова Н.М. Конституционная ответственность в Российской Федерации: Ответственность органов государственной власти и иных субъектов права за нарушение конституционного законодательства в Российской Федерации. М.: Городец, 2000. 192 с.
12. Ливеровский А.А. Развитие понятийного аппарата конституционного права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 2. С. 229–247.
13. Мазаева Е.С. Конституционно-правовые презумпции (сравнительно-правовой аспект) // Юридическая техника. 2010. № 4. С. 332–335.
14. Матузов Н.И. Принципы права как объект научного исследования / Матузов Н.И., Малько А.В. (ред.) Принципы российского права: общетеоретический и отраслевой аспекты. Саратов: Саратовская государственная академия права, 2010. С. 11–28.
15. Митюков М.А. Предтеча конституционного правосудия: взгляды, проекты и институциональные предпосылки (30-е — начало 90-х гг. XX в.). М.: Формула права, 2006. 176 с.
16. Пряхина Т.М. Конституционность в системе принципов права // Современное право. 2004. № 10. С. 45–50.
17. Пряхина Т.М. Теоретические проблемы формирования принципа конституционности // Вестник Саратовской государственной академии права. 1998. № 3. С. 18–25.
18. Сухинина И.В. Презумпции в конституционном праве Российской Федерации: дис. ... к. ю. н. М., 2003. 176 с.
19. Чечина Н.А. Основные направления развития науки советского гражданского процессуального права. Л.: Изд-во ЛГУ, 1987. 104 с.
20. Чиркин В.Е. Современное государство. М.: Международные отношения, 2001. 411 с.



References

1. Alekseev S.S. (1972) *Issues of the legal theory*. Vol. 1. Sverdlovsk: Juridical Institute, 396 p. (in Russ.)

2. Anichkin E.S. (2018) Fictions in the constitutional law of the Russian Federation: features, types, action. *Nauchnyy ezhegodnik Instituta filosofii i prava* = Institute of Philosophy and Law Annual Review, no. 2, pp. 87–105 (in Russ.)
3. Astafichev P.A. (2017) Differentiation of the responsibility of local self-government bodies to the population and the state. *Yuridicheskaya nauka: istoriya i sovremennost'* = Legal Science: History and Modernity, no. 9, pp. 69–72 (in Russ.)
4. Bobrova N.A. (2003) *Constitutional system and constitutionalism in Russia*. Moscow: Spark, 264 p. (in Russ.)
5. Bogdanova N.A. (2001) System of constitutional law science. Doctor of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 334 p. (in Russ.)
6. Chechina N.A. (1987) *The main directions of the development of Soviet civil procedural law*. Leningrad: University, 104 p. (in Russ.)
7. Chirkin V.E. (2009) *The contemporary state*. Moscow: Miezhdunarodnye otnosheniya, 411 p. (in Russ.)
8. Gadzhiev G.A. (1999) Legal positions of the Constitutional Court of the Russian Federation as a source of constitutional law. *Konstitucionnoye pravo: vostochno-evropejskoye obozrenie* = Constitutional Law: Eastern European Review, no. 3, pp. 81–95 (in Russ.)
9. Kim Yu.V. (2008) On fictions in constitutional law. *Konstitucionnoye i municipal'noye pravo* = Constitutional and Municipal Law, no. 13, pp. 8–9 (in Russ.)
10. Kokotov A.N., Sonina L.V. (2001) Constitutionalism as a political and legal regime. *Rossiyskiy yuridicheskiy zhurnal* = Russian Law Journal, no. 1, pp. 127–133 (in Russ.)
11. Kolosova N.M. (2000) *Constitutional responsibility in the Russian Federation: Responsibility of public authorities and other subjects of law for violation of constitutional legislation in the Russian Federation*. Moscow: Gorodets, 192 p. (in Russ.)
12. Liverovsky A.A. (2018) Development of the conceptual apparatus of constitutional law. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki* = Law. Journal of the Higher School of Economics, no. 2, pp. 229–247 (in Russ.)
13. Matuzov N.I. (2010) Principles of law as an object of research. In: Malko A.V. (ed.) *Principles of Russian law: theoretical and sectoral aspects*. Saratov: State Academy of Law, pp. 11–28 (in Russ.)
14. Mazaeva E.S. (2010) Constitutional and legal presumptions (comparative legal aspect). *Yuridicheskaya tekhnika* = Legal Technic, no. 4, pp. 332–335 (in Russ.)
15. Mityukov M.A. (2006) *The forerunner of constitutional justice: views, projects and institutional prerequisites (30th – early 90th years of 20th century)*. Moscow: Formula prava, 176 p. (in Russ.)
16. Pryakhina T.M. (1998) Theoretical issues of emerging principle of constitutionality. *Vestnik Saratovskoy gosudarstvennoy akademii prava* = Journal of Saratov State Academy of Law, no. 3, pp. 18–25 (in Russ.)
17. Pryakhina T.M. (2004) Constitutionality in the system of principles of law. *Sovremennoye pravo* = Contemporary Law, no. 10, pp. 45–50 (in Russ.)
18. Sukhinina I.V. (2003) Presumptions in the constitutional law of the Russian Federation. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 176 p. (in Russ.)
19. Vasilyeva S.V., Vinogradov V.A., Mazaev V.D. (2010) *Constitutional law of Russia*. Moscow: Eksmo, 560 p. (in Russ.)
20. Vitruk N.V. (2016) *Loyalty to the Constitution*. Moscow: RGUP Press, 271 p. (in Russ.)

Информация об авторе:

С.А. Мосин — доцент, кандидат юридических наук.

Information about the author:

S.A. Mosin — Associate Professor, Candidate of Sciences (Law).

Статья поступила в редакцию 12.11.2021; одобрена после рецензирования 15.01.2022; принята к публикации 26.01.2022.

The article was submitted to the editorial office 12.11.2021; approved after reviewing 15.01.2022; accepted for publication 26.01.2022.

Научная статья

УДК 347.19

DOI:10.17323/2072-8166.2022.2.128.163

Классификация юридических лиц в современном корпоративном праве: организационно- правовые формы и критерии их разграничения



Олег Валентинович Гутников

Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве
Российской Федерации, Россия, Москва 117218, Большая Черемушkinsкая, 34,
oleg_gutnikov@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0003-4596-5669>



Аннотация

В статье рассматривается проблематика доктринального и нормативного деления юридических лиц на различные виды в российском гражданском праве. Ставится вопрос о необходимости и научной обоснованности нынешней классификации юридических лиц и критериев их разграничения. Анализируются предложения о системе юридических лиц в Концепции развития гражданского законодательства и их реализации в действующем корпоративном праве России. Исследуются различные классификации юридических лиц, в том числе деление юридических лиц на объединения лиц и объединения капиталов, публичные и непубличные общества, корпоративные и унитарные, коммерческие и некоммерческие организации и др. Делается вывод о несовершенстве и условности данных классификаций. Предлагается отказаться от жесткого нормативного деления организационно-правовых форм юридических лиц по виду прав участников (вещные или корпоративные права); по виду деятельности (коммерческие и некоммерческие организации); по наличию корпоративных прав участия (корпоративные и унитарные). Вместо этого следует использовать функциональный подход и применять те или иные режимы к разным юридическим лицам в зависимости от фактического наличия соответствующих признаков; при этом целесообразно сохранение деления организационно-правовых форм на коммерческие или некоммерческие по признаку наличия или отсутствия права организации распределять доходы в пользу участников. Рассматриваются возможные подходы к делению юридических лиц по организационно-правовым формам с позиций основных теорий юридического лица (теории фикции, теории реальности, договорной теории). Делается вывод, что неза-

висимо от используемых теорий такое деление должно быть обусловлено утилитарными соображениями исходя из практических потребностей и удобства для участников гражданского оборота. Дается авторское определение организационно-правовой формы юридического лица и набор основных гражданско-правовых параметров, по которым должны определяться ее конститутивные признаки, исходя из которых предлагается перечень отдельных организационно-правовых форм коммерческих и некоммерческих организаций. Обосновывается необходимость сохранения деления всех юридических лиц на организационно-правовые формы по принципу *numerus clausus*.



Ключевые слова

корпоративное право; критерии разграничения; функциональный подход; теории юридического лица; корпоративные и унитарные юридические лица; коммерческие и некоммерческие организации.

Для цитирования: Гутников О.В. Классификация юридических лиц в современном корпоративном праве: организационно-правовые формы и критерии их разграничения // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 2. С. 128–163. DOI:10.17323/2072-8166.2022.2.128.163.

Research article

Classification of Legal Entities in Modern Corporate Law: Organizational Forms and Criteria for their Differentiation



Oleg V. Gutnikov

Institute of Legislation and Comparative Law under Government of Russian Federation, 34 Bolshaya Cheremushkinskaya Str., Moscow 117218 Russia, oleg_gutnikov@mai.ru, <https://orcid.org/0000-0003-4596-5669>



Abstract

The article examines the problems of the doctrinal and normative division of legal entities in Russian civil law into various types. The question is raised about the necessity and scientific validity of the existing classification of legal entities and the criteria for their differentiation. The analysis of proposals on the system of legal entities in the Concept for the development of civil legislation and their implementation in the current corporate law of Russia is carried out. Various classifications of legal entities are investigated, including the division of legal entities into associations of persons and associations of capital, public and non-public companies, corporate and unitary, commercial and non-commercial organizations, etc. It is concluded that these classifications are imperfect and unclear. It is proposed to abandon the rigid normative division of organizational forms of legal entities by the type of rights of participants (property or corporate rights); by type of activity (commercial and non-commercial organizations); by the presence of corporate rights of participation (corporate and unitary). Instead, one should use a functional approach and apply certain regimes to

different legal entities, depending on the actual presence of the relevant features. At the same time, it is advisable to preserve the division of organizational forms into commercial or non-commercial on the basis of the presence or absence of the organization's right to distribute the received income in favor of the participants. Possible approaches to the division of legal entities according to organizational forms are considered from the standpoint of the main theories of a legal entity (theory of fiction, theory of reality, contract theory). It is concluded that, regardless of the theories used, such a division should be due to utilitarian considerations based on practical needs and convenience for participants in civil turnover. The author's definition of the organizational form of a legal entity and a set of basic civil legal parameters are given, according to which its constitutive characteristics should be determined, based on which a list of individual organizational and legal forms of commercial and non-commercial organizations is proposed. The necessity of preserving the division of all legal entities into organizational forms according to the principle of *numerus clausus* is substantiated.



Keywords

corporate law; organizational form of a legal entity; delimitation criteria; functional approach; legal entity theory; corporate and unitary legal entities; commercial and non-commercial organizations; types of rights of participants in legal entities.

For citation: Gutnikov O.V. (2022) Classification of legal entities in modern corporate law: organizational forms and criteria for their differentiation. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no. 2, pp. 128–163 (in Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2022.2.128.163.

Введение

Вопросы классификации юридических лиц давно являются предметом пристального научного внимания и внимания законодателя. При этом классификации носят как доктринальный, так и нормативный характер [Козлова Н.В., 2003: 200–289]. Некоторые доктринальные воззрения со временем переносятся в законодательство, а в науке идут споры, насколько это оправданно [Степанов Д.И., 2014: 32]. Так, известная в науке классификация юридических лиц на корпорации и учреждения, корпоративные организации и унитарные организации в 2014 году была перенесена в Гражданский кодекс Российской Федерации (далее — ГК)¹.

В то же время обоснованность нормативного деления юридических лиц на виды и критерии их разграничения до сих пор вызывают сомнения и не слишком изучены в специальных исследованиях. Юридическая литература в сфере корпоративного права ограничивается лишь перечислением видов

¹ См.: Федеральный закон от 5.05.2014 № 99-ФЗ «О внесении изменений в главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации» // СЗ РФ. 2014. № 19. Ст. 2304.

юридических лиц в гражданском праве и критериев их классификации (как доктринальных, так и нормативных), и носит преимущественно описательный характер, не пытаясь вникнуть в существо вопроса: насколько эта классификация оправдана и не следует ли в политико-правовом плане ее модифицировать или вовсе от нее отказаться. Лишь в редких работах содержатся попытки осмыслить целесообразность деления юридических лиц на те или иные виды и сделать политико-правовые предложения на этот счет [Филиппова С.Ю., Шиткина И.С., 2019].

Поэтому в настоящее время вопрос о классификации юридических лиц в российском гражданском праве, ее необходимости и научной обоснованности используемых критериев требует специального рассмотрения.

1. Развитие системы юридических лиц в постсоветском гражданском праве

В отечественном праве в постсоветский период становления рыночной экономики законодатель начал активно восполнять пробелы в правовом регулировании юридических лиц, обогащая их палитру все новыми видами, неизвестными или забытыми в период государственной экономики, когда в условиях господства государственной и коллективной собственности немногочисленными видами организаций были государственные предприятия и учреждения, колхозы и совхозы, потребительские кооперативы, добровольные общества, профсоюзы, религиозные организации и КПСС. При конструировании новых видов юридических лиц современной России источником вдохновения нормотворцев стали не только забытые образцы российского дореволюционного и советского периодов (от проекта Гражданского уложения Российской империи до ГК РСФСР 1922 года), но и современные развитые правовые порядки с рыночной экономикой, прежде всего, англосаксонского и германского типов, которые, имея мало общего между собой, тем не менее самым причудливым образом смогли «ужиться» в нормах российских законов. Соревнуясь между собой в креативности и творя новое корпоративное право, авторы различных законопроектов не ограничивали себя в свободе творчества, создав в результате весьма пестрый законодательный ландшафт с системой юридических лиц, которая изначально не имела под собой продуманной и научно обоснованной концепции [Ломакин Д.В., 2019: 142–147].

В результате множество законов и подзаконных актов, огромное количество видов юридических лиц и, прежде всего, их организационно-правовых форм с каждым годом все больше создавали ощущение хаоса в правовом регулировании, что отрицательно сказывалось на стабильности гражданского

оборота и привлекательности отечественной экономики для инвесторов. Наиболее серьезная попытка упорядочить всю эту систему была предпринята в 1994 году с принятием Части первой ГК, который в Главе 4 содержит наиболее полное описание видов юридических лиц и их признаков. Однако и новый ГК имел очевидные недостатки, поскольку признаки видов юридических лиц оставались во многом «размытыми», а сами виды некоммерческих, например, организаций, могли «конструироваться» не только в ГК, но и в иных специальных законах. В связи с этим уже тогда выдвигались предложения сократить количество организационно-правовых форм юридических лиц, а исчерпывающий их перечень установить непосредственно в ГК. В связи с этим В.А. Рахмилович, например, отмечал, что в ГК «была допущена некоторая, можно сказать, неосторожность: если для коммерческих организаций полный перечень этих форм (конструкций) содержит ГК РФ, то для некоммерческих новые организационно-правовые формы, новые конструкции некоммерческих организаций, согласно п. 3 ст. 50 ГК могут создаваться и другими законами... В этих условиях излишне либеральное предоставление возможности изобретать новые, не предусмотренные ГК — цивилистические конструкции — организационно-правовые формы юридических лиц — в отдельных, находящихся вне ГК законах, приводит на практике к абсурдным решениям, позволяющим обойти заложенные в ГК принципы... Имея в виду все сказанное выше, представляется полезным... убрать из ГК положения, допускающие создание новых конструкций юридических лиц другими законами, находящимся вне ГК, не инкорпорированными в него» [Рахмилович В.А., 1997: 55–56].

В то же время оценить абсурдность тех или иных решений в сфере классификации юридических лиц было затруднительно, ибо сами эти классификации, равно как и понятие организационно-правовой формы юридического лица, до сих пор не отличаются правовой определенностью и носят в значительной степени условный характер. Тем не менее, идеи оптимизации видов юридических лиц и сокращения количества их организационно-правовых форм легли в основу Концепции развития гражданского законодательства (одобрена Советом при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства)², а впоследствии — внесены в ГК³.

² Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации. М., 2009. С. 66–69.

³ См.: Федеральный закон от 05.05.2014 № 99-ФЗ «О внесении изменений в главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации» // СЗ РФ. 2014. № 19. Ст. 2304.

Так, в части видов некоммерческих организаций в Концепции предлагалось создавать их только в пяти формах: трех корпоративных, к которым относятся потребительские кооперативы, общественные организации, ассоциации и союзы, и двух унитарных, к которым относятся фонды и учреждения⁴. Данный перечень предлагалось рассматривать для некоммерческих организаций как исчерпывающий [Суханов Е.А., 2010: 5–12]. Иные виды НКО, в том числе государственная корпорация⁵ и др. подлежали исключению из законодательства [Аюшеева И.З., 2016: 67–80]. Стоит отметить, что в настоящее время некоторые исследователи предлагают еще более радикальное сокращение видов организационно-правовых форм НКО. Например, Т.В. Сойфер, основываясь на опыте Голландии, Франции и Польши, полагает, что «более логичным было бы установление для некоммерческих организаций всего двух возможных организационно-правовых форм: одной для корпоративных юридических лиц, другой — для унитарных» [Сойфер Т.В., 2015: 177–178].

В отношении коммерческих организаций в Концепции предлагалось «без ущерба для дела»⁶ упразднить конструкции закрытого акционерного общества, народного предприятия, унитарного предприятия⁷.

Предлагалось также все существенные юридические признаки отдельных разновидностей организационно-правовых форм исчерпывающим образом сформулировать в ГК, не оставляя места для свободного творчества законодателя в специальных законах и не допуская появления новых, не предусмотренных ГК разновидностей юридических лиц, таких, например, как народные предприятия (акционерные общества работников)⁸. Так, в п. 4.1.2 раздела III Концепции подчеркивалось, что «именно ГК должен закреплять все основные критерии, характеризующие виды хозяйственных обществ, что позволит избежать принятия законов, устанавливающих особенности правового статуса новых, нередко сомнительных модификаций хозяйственных обществ...». Аналогичным образом в отношении некоммерческих ор-

⁴ См.: п. 7.1.4 раздела III Концепции.

⁵ См.: п. 7.3.1, 7.3.3 раздела III Концепции.

⁶ См.: п. 9 Введения к Концепции.

⁷ В Концепции говорилось о бесперспективности унитарного предприятия как организационно-правовой формы юридического лица и желательности ее постепенной замены другими видами коммерческих организаций, в том числе хозяйственными обществами со 100%-ым или иным решающим участием публично-правовых образований в их имуществе. Допускалось лишь сохранение в перспективе федеральных казенных предприятий для некоторых особо важных сфер экономики (п. 6.3 раздела III Концепции).

⁸ См.: Федеральный закон от 19.07.1998 № 115-ФЗ «Об особенностях правового положения акционерных обществ работников (народных предприятий)» // СЗ РФ. 1998. № 30. Ст. 3611.

ганизаций в п. 7.1.5 раздела III Концепции говорилось: «В ГК следует исчерпывающим образом урегулировать гражданско-правовые конструкции... форм некоммерческих организаций (порядок создания, структуру и полномочия органов, права и обязанности их членов или участников), что позволит устранить повторы и противоречия в законодательстве».

Идеи Концепции были воплощены в жизнь в 2014 году с принятием соответствующих изменений ГК. Так, все юридические лица были разделены на корпоративные и унитарные, а хозяйственные общества в дополнение к этому были разделены публичные (публичные акционерные общества) и непубличные (общества с ограниченной ответственностью и непубличные акционерные общества).

В то же время далеко не все предложения Концепции были в полной мере реализованы. Количество организационно-правовых форм в ГК не только не сократилось, но и наоборот, увеличилось, так как в текст кодекса были включены отсутствовавшие в нем ранее юридические лица, предусмотренные в специальных законах (например, адвокатские и нотариальные палаты). Также не была реализована идея Концепции установить в ГК основные признаки всех организационно-правовых форм. В частности, ГК в п. 7 ст. 66 прямо допускает установление в специальных законах особенностей правового положения многих разновидностей хозяйственных обществ⁹. Зачастую данные «особенности» фактически представляют собой конструирование абсолютно новой, не предусмотренной ГК организационно-правовой формы юридического лица (например — специализированных финансовых обществ, специализированных обществ проектного финансирования¹⁰), либо — разновидность иной организационно-правовой формы, предусмотренной ГК (например, акционерные общества работников — народные предприятия, имеющие сходство с производственным кооперативом) [Ломакин Д.В., 2020: 108, 112]. Также складывается полностью противоречащая идеям Концепции практика принятия отдельных законов, в которых устанавливаются не «особенности» известной ГК организационно-правовой формы, а полностью регулируются все ее признаки, сводя роль ГК лишь к

⁹ В п. 7 ст. 66 ГК упоминается возможность установления в специальных законах особенностей правового положения кредитных организаций, страховых организаций, клиринговых организаций, специализированных финансовых обществ, специализированных обществ проектного финансирования, профессиональных участников рынка ценных бумаг, акционерных инвестиционных фондов, управляющих компаний инвестиционных фондов, паевых инвестиционных фондов и негосударственных пенсионных фондов, негосударственных пенсионных фондов и иных некредитных финансовых организаций, акционерных обществ работников (народных предприятий).

¹⁰ См.: п. 7 ст. 66 ГК, гл. 3.1 разд. II Федерального закона от 22.04.1996 «О рынке ценных бумаг» (в ред. Федерального закона от 21.12.2013 № 379-ФЗ).

простому упоминанию названия этой формы (например, хозяйственные партнерства, правовой статус которых полностью регулируется специальным законом¹¹). Аналогичная ситуация складывается с публично-правовыми компаниями¹².

2. Классификации юридических лиц в настоящее время: общие подходы

В результате реформы в настоящее время в ГК закреплено несколько классификаций юридических лиц [Хабриева Т.Я., 2014: 5–16]. Сохраняется и доктринальное деление юридических лиц на «объединения лиц» и «объединения капиталов» в зависимости от степени лично-доверительного характера отношений в организациях, которая убывает в организационно-правовых формах, где функция управления максимально отделена от функции собственности, а компанией управляют наемные менеджеры. Фактически это деление влияет на метод правового регулирования корпоративных отношений в таких юридических лицах: в объединениях лиц проявляются максимальная диспозитивность и свобода договора, в объединениях капитала — императивное регулирование.

Близким по своему значению является и закрепленное в законодательстве выделение типов хозяйственных обществ: публичные (публичные акционерные общества) и непубличные (общества с ограниченной ответственностью и непубличные акционерные общества). Это деление основано на таком признаке, как возможность публичного размещения или обращения акций на рынке среди неопределенного круга лиц (п. 1 ст. 66.3 ГК РФ). Фактически данное деление близко к делению юридических лиц на объединения лиц и объединения капиталов, так как тесно связано со степенью лично-доверительного элемента в отношениях между участниками и имеет значение с точки зрения метода правового регулирования: максимальная свобода для непубличных обществ (п. 3 ст. 66.3 ГК), и минимальная — для публичных.

В то же время деление юридических лиц на «объединения лиц» и «объединения капиталов», публичные и непубличные хозяйственные общества во многих аспектах носит условный характер. Так, в публичных акционерных обществах могут иметь место тесные личные отношения участников. Некоторые исследователи считают возможным в ряде случаев применять

¹¹ См.: Федеральный закон от 03.12.2011 № 380-ФЗ «О хозяйственных партнерствах» // СЗ РФ. 2011. № 49 (часть V). Ст. 7058.

¹² См.: Федеральный закон от 03.07.2016 № 236-ФЗ «О публично-правовых компаниях в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2016. № 27 (Часть I). Ст. 4169.

к публичным обществам нормы, рассчитанные на непубличные общества (например, нормы об исключении участника), если структура корпоративных отношений в них де-факто носит лично-доверительный характер (например, на рынке обращается относительно небольшое количество акций, а основные пакеты принадлежат тесно связанным друг с другом акционерам). Отмечается, что в подобной ситуации акционерное общество, которое «фактически принадлежит нескольким акционерам, связанным личными доверительными отношениями, при практически полном отсутствии свободного обращения акций, по сути, ничем не отличается от ООО с точки зрения фидуциарных отношений между участниками» [Шайдуллин А.И., 2021: 332]. Стираются различия между АО и ООО и в силу дематериализации бездокументарных акций как ценных бумаг, которые по своей природе и механизму обращения по сути становятся тождественными долям в ООО [Тарасенко Ю.А., 2007: 41–46].

Таким образом, наблюдается известная условность деления хозяйственных обществ на объединения лиц и объединения капиталов, публичные и непубличные общества, сопряженное со строгой привязкой к ним определенных правовых режимов.

Что касается нормативного деления юридических лиц, то в ГК определены следующие их основные виды:

юридические лица, на имущество которых их учредители имеют вещные права, и юридические лица, в отношении которых их участники имеют корпоративные права (п. 3 ст. 48 ГК);

коммерческие и некоммерческие организации (п. 1 ст. 50 ГК);

корпоративные и унитарные юридические лица (ст. 65.1 ГК);

юридические лица различных организационно-правовых форм (п. 2 и 3 ст. 50 ГК).

В то же время нормативное деление юридических лиц на виды по указанным выше группам условно и непоследовательно. Во-первых, классификация юридических лиц в ГК продолжает оставаться незавершенной. Так, в ГК имеется раздел «Общие положения о хозяйственных обществах и товариществах», но отсутствуют общие положения о коммерческих корпоративных организациях. В результате в отношении значительного числа коммерческих корпораций (производственных кооперативов, хозяйственных партнерств и др.) сохраняется исключительно специальное регулирование, хотя очевидно, что любые коммерческие корпорации имеют много общего и нуждаются в универсальных нормах. Отсутствуют в ГК РФ и общие нормы об унитарных организациях.

Во-вторых, законодательство, провозглашая деление юридических лиц на организационно-правовые формы, виды и типы (п. 4 ст. 49 ГК), совер-

шенно не дает определений соответствующих понятий. В связи с этим в правоприменительной практике происходит путаница — что есть «организационно-правовая форма» юридического лица, что — его «вид», а что — «тип». В результате периодически возникают ситуации, когда тот или иной тип юридического лица (например, публичное акционерное общество) ошибочно называют его видом или организационно-правовой формой. Кроме того, с точки зрения классификации юридических лиц на организационно-правовые формы, виды и типы непонятно, к чему (виду или типу) относятся названные в ГК РФ отдельные «разновидности» хозяйственных обществ, такие как акционерные общества работников (народные предприятия), специализированные общества проектного финансирования, акционерные инвестиционные фонды и др. (п. 7 ст. 66 ГК).

В-третьих — и это особенно важно, — приведенные классификации с присущими им критериями деления одновременно выступают отличительными признаками для классификации юридических лиц по организационно-правовым формам. Например, отнесение юридических лиц к корпоративным или унитарным, коммерческим или некоммерческим фактически является одним из критериев деления юридических лиц на виды по организационно-правовым формам, в связи с чем сами организационно-правовые формы классифицируются на группы «коммерческих» и «некоммерческих», «корпоративных» и «унитарных» юридических лиц (п. 2 и 3 ст. 50, п. 1 ст. 65.1 ГК). Поэтому типичной является ситуация, когда при описании конститутивных признаков той или иной организационно-правовой формы ГК использует указанные критерии из другой классификации, например, организационно-правовая форма учреждения или фонда¹³ характеризуется как «унитарная некоммерческая организация» (п. 1 ст. 123.21, п. 1 ст. 123.17 ГК). Характер прав учредителей в отношении юридического лица и его имущества (п. 3 ст. 48 ГК) также, по существу, является одним из критериев, характеризующих организационно-правовую форму юридического лица (унитарные предприятия, основанные на вещном праве учредителя на имущество предприятия).

Поэтому для понимания существа деления юридических лиц по организационно-правовым формам и критериев их разграничения следует рассматривать и давать оценку не только специфическим признакам той или иной организационно-правовой формы, но и всему комплексу критериев деления

¹³ С появлением в законодательстве личных фондов единая организационно-правовая форма фонда с 1 марта 2021 г. преобразуется в две разновидности: общественно полезный фонд и личный фонд (См.: Федеральный закон от 01.07.2021 № 287-ФЗ «О внесении изменений в части первую и третью Гражданского кодекса Российской Федерации // СЗ РФ. 2021. № 27 (Часть I). Ст. 5115).

юридических лиц на виды. В то же время сами эти критерии не всегда четко выдерживаются и являются дискуссионными (можно встретить «унитарные» юридические лица с элементами корпоративной структуры, например, государственные академии наук, являющиеся, с одной стороны, государственными учреждениями, а с другой стороны, имеющие членство и общее собрание членов¹⁴).

3. Деление юридических лиц по характеру прав учредителей в отношении юридического лица и его имущества

Ранее¹⁵ данная классификация проводилась в зависимости от наличия и вида имущественных прав, возникающих у учредителей (участников) юридических лиц в связи участием в образовании имущества юридического лица. Соответственно, выделялись три разновидности юридических лиц: на имущество которых учредители имели обязательственные (1) или вещные (2) права, либо вовсе не имели имущественных прав (3).

В 2014 году это деление было изменено. В соответствии с п. 3 ст. 48 ГК в настоящее время все юридические лица делятся на два вида: юридические лица, на имущество которых их учредители имеют вещные права (1), и юридические лица, в отношении которых их участники имеют корпоративные права (2). В зависимости от одного из указанных признаков распределены и организационно-правовые формы юридических лиц: к юридическим лицам, на имущество которых их учредители имеют вещные права¹⁶, относятся государственные и муниципальные унитарные предприятия, а также учреждения, а к юридическим лицам, в отношении которых их участники имеют корпоративные права, относятся корпоративные организации.

Однако в отличие от прежней редакции статьи 48 ГК, в данной классификации нарушено единство основания деления: наличие вещных прав на имущество юридического лица, с одной стороны, и наличие корпоратив-

¹⁴ См.: ст. 6 Федерального закона от 23.08.1996 № 127-ФЗ «О науке и государственной научно-технической политике» (в ред. Федерального закона от 27.09.2013 г. № 253-ФЗ // СЗ РФ. 2013. № 39. Ст. 4883.

¹⁵ До 1 сентября 2014 г., когда вступили в силу изменения главы 4 ГК о юридических лицах, принятые Федеральным законом от 05.05.2014 № 99-ФЗ.

¹⁶ В данном случае под вещными правами следует понимать исключительно право собственности учредителей на имущество соответствующих юридических лиц, поскольку никаких иных вещных прав на имущество созданных предприятий или учреждений учредители не имеют. Сами же юридические лица указанных организационно-правовых форм имеют «иные» вещные права хозяйственного ведения или оперативного управления на закрепленное за ними имущество, находящееся в собственности учредителей.

ных прав в отношении юридического лица, с другой, в принципе являются совершенно разными и не взаимоисключающими критериями, учитывая, что корпоративные права с точки зрения закона не классифицированы как имущественные или неимущественные. Поэтому теоретически возможно «пересечение» данных критериев в одном юридическом лице «специфической» организационно-правовой формы, имущество которого находится в собственности нескольких соучредителей¹⁷, обладающих в отношении этого юридического лица корпоративными правами. Возможно также, чтобы корпоративными правами в организации с правом собственности учредителя на ее имущество обладали иные лица, не являющиеся учредителями, как это, например, фактически имеет место в государственных академиях наук, имущество которых находится в собственности Российской Федерации, а члены академии обладают корпоративными управленческими правами, участвуя в общем собрании.

Помимо этого, целый ряд существующих организационно-правовых форм оказался вовсе не охваченным новой классификацией. Например, унитарные организации, в отношении которых учредители не имеют ни вещных, ни корпоративных прав (фонд, религиозная организация, автономная некоммерческая организация, государственная корпорация, публично-правовая компания). Очевидно, что такие организационно-правовые формы должны быть обозначены в рассматриваемой классификации как «юридические лица, в отношении которых их учредители не имеют никаких прав». Однако такой подход не соответствовал бы действительности, так как и в автономной некоммерческой организации и в публично-правовой компании, и даже в фонде учредители все же имеют в той или иной мере определенные права в отношении созданных ими юридических лиц.

В связи с этим нынешняя классификация юридических лиц в зависимости от вида прав, которыми наделены их учредители (участники) в отношении организации или ее имущества, является неполной и неточной. Вряд ли целесообразно ее сохранение в законе в ее нынешнем виде. Более того, в принципе спорным является прямое закрепление в законе какой-либо общей классификации организационно-правовых форм в зависимости от характера прав учредителей (участников) даже при соблюдении единства основания деления.

В то же время характер прав учредителей (участников) в отношении юридического лица и его имущества, безусловно, должен учитываться в качестве одного из существенных критериев деления юридических лиц именно в кон-

¹⁷ В п. 3 ст. 48 ГК РФ буквально говорится об «учредителях», которые имеют вещные права на имущество юридических лиц, а не об «учредителе», что позволяет делать вывод о принципиальной возможности юридических лиц с несколькими учредителями, обладающими вещными правами на имущество создаваемых ими организаций.

кретных организационно-правовых формах. Так, возможна дифференциация организационно-правовых форм в зависимости от наличия и характера имущественных прав учредителей (участников) юридического лица: вещные права; иные имущественные права (наличие права на участие в распределении дохода (прибыли) от деятельности юридического лица, право на ликвидационный остаток и т.д.); отсутствие имущественных прав.

Что касается деления юридических лиц в зависимости от наличия корпоративных прав, то это деление по существу относится к классификации организационно-правовых форм на корпоративные и унитарные, о чем будет сказано ниже.

4. Деление юридических лиц на коммерческие и некоммерческие организации

Еще одной классификацией, закрепленной в ГК, является деление юридических лиц на коммерческие и некоммерческие. Это деление основано на двух признаках: является ли извлечение прибыли основной целью деятельности организации (1); распределяет ли организация полученную прибыль между участниками (2). Организации, у которых оба эти признака одновременно отсутствуют, являются некоммерческими. Коммерческими же признаются организации, преследующие извлечение прибыли в качестве основной цели своей деятельности (п. 1 ст. 50 ГК РФ).

Данная классификация тоже имеет очевидные недостатки. Во-первых, отнесение организации к некоммерческой производится при одновременном отсутствии сразу двух признаков, а к коммерческой — при наличии лишь одного из них. При таком подходе сразу встает вопрос: будет ли считаться коммерческой организация, вся основная деятельность которой направлена на извлечение прибыли, но эта прибыль не распределяется между участниками, а направляется, например, на благотворительные или иные общественно полезные цели. Формально с точки зрения п. 1 ст. 50 ГК такая организация должна признаваться коммерческой, однако по существу вряд ли можно считать таковой организацию, прибыль которой направляется на альтруистические цели и не распределяется между участниками.

Во-вторых, закон, говоря об отсутствии распределения прибыли между участниками некоммерческой организации, фактически исходит из того, что коммерческая и некоммерческая организации могут быть только корпоративными, совершенно упуская из виду возможность существования унитарных организаций.

В-третьих, в п. 1 ст. 50 ГК в отношении некоммерческих организаций используется термин «прибыль», хотя в других нормах (п. 4 ст. 5) ГК оперирует

понятием «доход», т.к. некоммерческие организации осуществляют «приносящую доход» (а не прибыль) деятельность. В связи с этим встает вопрос: а будет ли организация некоммерческой, если она будет распределять между участниками не прибыль, а доход от приносящей доход деятельности?

Наконец, в-четвертых, закон по-прежнему косвенно допускает, что целью деятельности некоммерческой организации (пусть и не основной, а вспомогательной) может быть извлечение прибыли, что, как известно, является основным признаком предпринимательской деятельности (абз. 3 п. 1 ст. 2 ГК).

При этом в п. 4 ст. 50 ГК РФ говорится уже не о предпринимательской, а о «приносящей доход» деятельности некоммерческих организаций, которую они вправе осуществлять, если это предусмотрено их уставами, и «лишь постольку, поскольку это служит достижению целей, ради которых они созданы, и если это соответствует таким целям». В Концепции развития гражданского законодательства (п. 1.4 раздела III) такое ограничение целей осуществления приносящей доход деятельности некоммерческих организаций провозглашалось как едва ли не наиболее значимый их признак и основная причина сохранения деления юридических лиц на коммерческие и некоммерческие. Однако ограничение права осуществления предпринимательской (или «приносящей доход») деятельности некоммерческих организаций видами, названными в уставе и соответствующими уставным целям, по существу мало что меняет, т.к. в устав некоммерческой организации нетрудно включить любые виды предпринимательской (или приносящей доход) деятельности, а «целевой» барьер слишком размыт и не отличается определенностью.

Так, В.А. Рахмилович по этому поводу писал: «Когда извлечение прибыли является основной целью организации, а когда — побочной, в жизни определить бывает довольно трудно; одна цель может специально прикрывать другую, поэтому данный признак остается малопригодным для отграничения некоммерческих организаций от коммерческих. С другой стороны, неясно, что может означать разрешение «осуществлять предпринимательскую деятельность лишь постольку, поскольку это служит достижению целей, ради которых организация создана, и соответствующую этим целям». Речь здесь, по-видимому, должна идти просто об ограничении свободы распоряжаться полученной прибылью и праве использовать ее только в соответствии с уставными целями некоммерческой организации. Таким образом, признаком, отличающим коммерческие организации от некоммерческих, по ГК, практически остается право первых распределять полученную прибыль между своими участниками и отсутствие такого права у вторых»¹⁸ [Рахмилович В.А., 1996: 121–123].

¹⁸ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части первой (постатейный) / под ред. О.Н. Садикова. М., 2005 С. 155.

Следует признать, что распределение прибыли между участниками действительно является существенным признаком, отличающим в настоящее время коммерческие организации от некоммерческих, но с некоторыми оговорками.

Во-первых, речь должна идти именно о праве распределять прибыль, а не о фактическом ее распределении, о котором сегодня говорится в действующей редакции п. 1 ст. 50 ГК. Данное право может и не использоваться организацией, но это должно быть не важно с точки зрения выработки критерия для отнесения организации к «коммерческой» организационно-правовой форме. Коммерческие организации в принципе должны обладать именно правом распределять прибыль, а некоммерческие такого права должны быть лишены.

Во-вторых, право распределять прибыль или отсутствие такового как признак коммерческой или некоммерческой организации должно относиться не только к корпоративным, но и к унитарным юридическим лицам, т.е. при формулировании соответствующего критерия распределение прибыли должно касаться не только «участников», но и учредителей организации и (или) собственников ее имущества. Например, учредитель унитарного предприятия по действующему законодательству имеет право требовать получения части прибыли предприятия¹⁹, и именно в силу этого такое предприятие должно считаться коммерческой организацией.

Наконец, в-третьих, распределение прибыли все же остается весьма прозрачным критерием разграничения коммерческих и некоммерческих организаций, поскольку данные законодательные ограничения могут легко «обойтись» выплатой вознаграждений участникам или учредителям, работающим в НКО, в качестве оплаты труда, возмещения расходов и т.п. В связи с этим имеются серьезные причины в перспективе делить коммерческие или некоммерческие организации не в зависимости от права распределять прибыль, а в зависимости от фактического распределения прибыли (дохода) между участниками.

С учетом сказанного право распределять прибыль между участниками и (или) учредителями остается основным общим критерием деления юридических лиц на коммерческие и некоммерческие, который может использоваться и как один из критериев при разграничении тех или иных организационно-правовых форм юридических лиц.

Относительно извлечения прибыли как основной или вспомогательной цели деятельности — этот критерий должен использоваться законодателем лишь в функциональном плане вне «привязки» к тем или иным организационно-правовым формам юридических лиц. С этой точки зрения не долж-

¹⁹ См.: ст. 17 Федерального закона от 14.11.2002 № 161-ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» // СЗ РФ. 2002. № 48. Ст. 4746.

но быть «коммерческих» или «некоммерческих» организационно-правовых форм, а должны быть юридические лица, осуществляющие или не осуществляющие предпринимательскую (приносящую доход) деятельность. Суть функционального подхода — в том, осуществляет ли фактически та или иная организация функцию коммерческой организации по ведению предпринимательской деятельности, или нет.

Такой подход может быть обоснован как догматическими, так и сугубо утилитарными и политико-правовыми соображениями. Он нацелен на приоритет содержания фактически складывающихся отношений над их формой и представляет собой отход от жесткой «юриспруденции понятий», сковывающей правовое регулирование ничем не оправданными и избыточными классификациями. Как отмечает Г.А. Гаджиев, «увлеченность многочисленными систематизациями полезна при составлении пропедевтических пособий и в процессе обучения студентов, но на практике они порой уведат сознание правоприменителей в дебри формалистики» [Гаджиев Г.А., 2017: 126]. Этот подход фактически применяется уже в отношении минимального имущества, гарантирующего интересы кредиторов юридического лица вне зависимости от названия (уставный фонд, уставный капитал, паевой фонд и т.д.) и способов формирования. Для любых юридических лиц, ведущих предпринимательскую (или приносящую доход) деятельность вопросы, связанные с обеспечением наличия у них такого имущества, должны регулироваться по общим правилам вне зависимости от того, в какой организационно-правовой форме они созданы. Исходя из этого, положения о минимальном размере имущества, гарантирующего интересы кредиторов, были внесены в ГК и для некоммерческих организаций, которые осуществляют приносящую доход деятельность (п. 5 ст. 50 ГК).

Применение функционального подхода при делении юридических лиц на коммерческие и некоммерческие в зависимости от осуществления предпринимательской (приносящей доход) деятельности имеет важнейшее практическое значение. В частности, к организациям, осуществляющим предпринимательскую деятельность вообще или в той или иной сфере законодательством могут предъявляться дополнительные требования, которые должны применяться к любым организациям, фактически осуществляющим соответствующую деятельность. Так, Пленум Верховного Суда Российской Федерации дал разъяснение: к осуществляющим приносящую доход деятельность некоммерческим организациям в части такой деятельности применяются положения ГК о лицах, осуществляющих предпринимательскую деятельность²⁰.

²⁰ Абз. 3 п. 21 постановления Пленума ВС РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2015. № 8.

Последовательное применение функционального подхода может привести к переоценке имеющихся видов организационно-правовых форм юридических лиц. В частности, появляются перспективы появления более общих, укрупненных видов организационно-правовых форм, конститутивные признаки которых основаны исключительно на внутреннем корпоративном устройстве юридических лиц, а не на том, осуществляют ли они фактически коммерческую деятельность. Лишь разновидности этих общих организационно-правовых форм будут зависеть от того, является ли организация коммерческой или нет. Например, можно ставить вопрос о появлении в законодательстве общей организационно-правовой формы товарищества, основным конститутивным признаком которого является отсутствие органов управления, ведение всех дел непосредственно участниками и субсидиарная ответственность товарищей по обязательствам юридического лица всем своим имуществом.

Вполне мыслимы не только коммерческие, но и некоммерческие товарищества, в которых участники (полные товарищи, комплементарии) объединяют имущество и личные усилия для какой-либо общественно полезной деятельности в качестве юридического лица, не создавая при этом органов управления и неся личную имущественную субсидиарную ответственность по обязательствам некоммерческого товарищества в гражданском обороте. При этом такое товарищество, как и любые некоммерческие организации, не лишено права вести «приносящую доход» деятельность, соответствующую некоммерческим целям деятельности товарищества, а полученные от этого доходы направлять на соответствующие цели или на благотворительность, не распределяя их между товарищами. Также не вызывает каких-либо принципиальных возражений конструкция коммандитного некоммерческого товарищества, в котором часть товарищей не осуществляет непосредственно некоммерческую деятельность и ведение дел товарищества, а ограничивается лишь имущественными вкладами в деятельность товарищества, поддерживая его исключительно материально.

Аналогичные соображения могут быть высказаны в отношении «общей» организационно-правовой формы кооператива, разновидностями которой могут рассматриваться производственные и потребительские кооперативы в зависимости от того, имеют ли они право распределять полученную прибыль (доход) между участниками или нет.

5. Деление юридических лиц на корпоративные и унитарные организации

Не отличается стройностью и классификация юридических лиц, подразделяющая их на корпоративные и унитарные [Козлова Н.В., 2003: 209–221].

В основе выделения корпоративных и унитарных юридических лиц является признак участия или членства: организации, основанные на членстве или участии, являются корпоративными, а организации, учредители которых не становятся их участниками и не приобретают прав членства — унитарными. Помимо этого, признаком корпоративной организации называется наличие высшего органа управления — общего собрания, который состоит из участников (членов) (п. 1 ст. 65.1, п. 1 ст. 65.3 ГК). Однако этот критерий не всегда соблюдается. В некоторых корпорациях высший орган управления в виде общего собрания может и не создаваться. Например, отсутствует как таковой высший орган управления в виде общего собрания в хозяйственных товариществах (п. 1 ст. 67.1, п. 1 ст. 71 ГК), управлять хозяйственным партнерством можно в рамках исполнения соглашения об управлении партнерством без формирования общего собрания²¹. С другой стороны, общее собрание фактически может создаваться в некоторых унитарных организациях (например, ничто не препятствует автономной некоммерческой организации создать общее собрание учредителей (п. 1 и 2 ст. 123.25 ГК); в государственных академиях наук создается общее собрание членов при том, что академия является государственным бюджетным учреждением (ст. 6 Закона о науке²²).

Одним из конститутивных признаков корпоративной организации ГК отдельно провозглашает наличие у участников (членов) корпоративных (членских) прав и обязанностей в отношении созданного ими юридического лица (п. 2 ст. 65.1 ГК). В то же время вопрос о характере прав учредителей унитарных юридических лиц в отношении таких организаций остается открытым. Кроме того, ГК не определяет никаких общих положений об унитарных организациях, в отличие от корпоративных организаций, которым посвящены специальные статьи ГК (ст. 65.2 «Права и обязанности участников корпорации», 65.3 «Управление в корпорации»). Такое регулирование является непоследовательным и неполным.

Все организационно-правовые формы юридических лиц жестко распределены в ГК на корпоративные и унитарные по принципу закрытого перечня (*numerus clausus*)²³.

²¹ Ст. 6 Федерального закона от 03.12.2011 № 380-ФЗ «О хозяйственных партнерствах».

²² Федеральный закон от 23.08.1996 № 127-ФЗ «О науке и государственной научно-технической политике» // СЗ РФ. 1996. Ст. 4137.

²³ В силу п. 1 ст. 65.1 ГК к корпоративным организациям относятся: хозяйственные товарищества и общества, крестьянские (фермерские) хозяйства, хозяйственные партнерства, производственные и потребительские кооперативы, общественные организации, общественные движения, ассоциации (союзы), нотариальные палаты, товарищества собственников недвижимости, казачьи общества, внесенные в государственный реестр казачьих обществ в Российской Федерации, а также общины коренных малочисленных народов Рос-

Однако ближайшее рассмотрение организационно-правовых форм показывает, что между корпоративными и унитарными организациями не такая уж большая разница, как кажется на первый взгляд. Основное различие сводится к тому, что в корпорациях полномочия собственника в экономическом смысле принадлежат нескольким субъектам, а в унитарных организациях — одному. Участники корпоративных организаций, соответственно, обладают в отношении корпораций «корпоративными управленческими правами», которые осуществляются «сообща» посредством участия в управлении с правом голоса на общем собрании (высшем органе корпоративной организации), а учредители унитарных организаций в отношении них обладают аналогичными по своему содержанию «унитарными управленческими правами»²⁴, которые осуществляются «единолично».

Анализ «управленческих» и тесно связанных с ними прав корпораций и унитарных организаций приводит к выводу, что их содержание в целом является идентичным. Так, согласно п. 1 ст. 65.2 ГК в состав корпоративных прав входят: право на участие в управлении делами организации, право на информацию о деятельности организации, право обжаловать решения органов организации, требовать возмещения причиненных корпорации убытков, оспаривать совершенные организацией сделки. Однако учредителю унитарной организации (унитарного предприятия или учреждения) принадлежат такие же «управленческие» права: он непосредственно и единолично назначает и освобождает от должности членов органов управления, утверждает устав, оспаривает сделки, может потребовать возмещения убытков, причиненных управляющими²⁵.

Учредители унитарной автономной некоммерческой организации (которых может быть и несколько²⁶) осуществляют управление деятельностью юридического лица в порядке, установленном уставом, создают коллегиальный орган управления, назначают единоличный исполнительный орган (ст. 123.25 ГК). При этом по аналогии с членскими правоотношениями учредители такой организации могут выйти из состава учредителей или быть принятыми в него. В религиозной организации учредители утверждают устав, а также вправе осуществлять функции органа управления (п. 2 и 3 ст. 123.27

сийской Федерации. В то же время, к унитарным организациям относятся: государственные и муниципальные унитарные предприятия, общественно полезные фонды, личные фонды, учреждения, автономные некоммерческие организации, религиозные организации, государственные корпорации, публично-правовые компании.

²⁴ Пусть и не названными в ГК как конститутивный признак унитарных организаций, как это сделано в отношении корпоративных прав корпоративных организаций.

²⁵ См.: п. 4 ст. 123.21 ГК, ст. 50.1, п. 1 ст. 53.1 ГК, ст. 20 Федерального закона от 14.11.2002 № 161-ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях».

²⁶ Несколько учредителей может быть и в других унитарных организациях, например, в фондах, религиозных организациях (п. 1 ст. 123.17, п. 1 ст. 123.24, п. 1 ст. 123.26 ГК).

ГК), требовать возмещения причиненных управляющими убытков. На единую природу корпоративных «управленческих» прав в корпорациях и в учреждениях уже обращалось внимание в литературе [Козлова Н.В., 2005: 121].

Таким образом, управленческие права в унитарных организациях фактически могут принадлежать, как и в корпорациях, нескольким лицам, отношения между которыми по существу аналогичны корпоративным. С другой стороны, в «классических» корпорациях может сложиться ситуация, когда в них остается лишь одно лицо («компания одного лица»), и тогда все «управленческие» полномочия будут принадлежать единственному участнику.

Условность деления юридических лиц на корпорации и унитарные организации подтверждается существованием различных «смешанных» или «пограничных» форм юридических лиц, в которых одновременно присутствуют признаки каждого из рассматриваемых видов организаций. Об отсутствии кардинальных различий между корпорациями и институтами писал Н.С. Суворов [Суворов Н.С., 2000: 156–160]. С.Н. Братусь указывал на возможность образований переходного типа между корпорациями и учреждениями, говоря, что «имеются учреждения с корпоративным устройством и корпорации, сближающиеся по своему устройству с учреждениями» [Братусь С.Н., 1947: 46]. В зарубежном праве в последнее время также распространены различные «переходные» формы юридических лиц между корпорациями и учреждениями [Суханов Е.А., 2014: 27].

В свете изложенного жесткое деление организационно-правовых форм юридических лиц на корпоративные и унитарные является неверным. Правильнее говорить о праве на управление любыми юридическими лицами (как имеющими членство, так и не имеющими такового), и формулировать общие положения о таких «управленческих» правах для всех видов юридических лиц. Деление юридических лиц на корпоративные и унитарные следовало бы проводить по признаку фактического количества субъектов права на управление юридическим лицом (один субъект — унитарные юридические лица, множество субъектов — корпоративные юридические лица). Что касается фиксированного членства (участия), то оно может использоваться в классификации юридических лиц по этому признаку, однако не должно отождествляться с корпоративными правами, поскольку сам по себе статус члена (участника) не обязательно влечет за собой наделение участника правом на управление юридическим лицом²⁷.

²⁷ Например, вкладчики в коммандитном товариществе, являясь его участниками, не обладают правом на управление юридическим лицом (п. 2 ст. 84 ГК). Граждане, объединившиеся в религиозную организацию и, по существу, являющиеся ее членами (п. 1 ст. 123.26 ГК), в большинстве своем не обладают какими-либо корпоративными (управленческими или имущественными) правами в отношении этой организации.

Ошибка законодателя не в том, что он ввел деление юридических лиц на корпоративные и унитарные, а в том, что придал этому делению жесткий характер, определив, какие именно организационно-правовые формы юридических лиц относятся к корпоративным, а какие — к унитарным, игнорируя переходные формы и трудности такого разграничения на практике. Здесь также следует применять функциональный подход, о котором говорилось выше применительно к их делению на коммерческие и некоммерческие. Поэтому вместо разграничения всех организационно-правовых форм юридических лиц на «корпоративные» и «унитарные» следовало бы формулировать в законе лишь признаки и общие положения о корпоративных и унитарных организациях, которые применялись бы к юридическим лицам любых организационно-правовых форм, фактически имеющим корпоративное или унитарное устройство.

Тем самым, признание юридического лица (а не организационно-правовой формы!) корпоративным или унитарным должно иметь фактический характер и, в зависимости от наличия или отсутствия множественности лиц на стороне субъекта права управления им, — влечь за собой применение к тем или иным организациям общих норм о корпоративных или унитарных юридических лицах.

Это, впрочем, не исключает возможности применительно к отдельным организационно-правовым формам юридических лиц при необходимости устанавливать обязательные требования к их количественному составу (чтобы юридическое лицо состояло лишь из одного, либо же — из минимального (максимального) количества нескольких участников (учредителей)). Однако наличие таких требований само по себе не должно являться причиной жесткого деления организационно-правовых форм на унитарные или корпоративные.

6. Деление юридических лиц по организационно-правовым формам

Традиционно для большинства правопорядков юридические лица могут создаваться в строго определенных законом организационно-правовых формах, перечень который является закрытым (*numerus clausus* (лат.)). В действующем законодательстве понятие организационно-правовой формы юридического лица не определено. В Концепции развития гражданского законодательства указывалось, что организационно-правовые формы следует оптимизировать в зависимости от реальных гражданско-правовых особенностей их внутреннего устройства²⁸. Однако что представляют собой

²⁸ П. 7.1.4 раздела III Концепции.

эти «реальные особенности» определено не было. При этом главными проблемами в регулировании организационно-правовых форм юридических лиц являются не только их понятие и существенные признаки, но и принципиальное определение того, насколько нужно делить юридические лица по организационно-правовым формам с закреплением в законе их существенных признаков по принципу *numerus clausus*, и не следует ли оставить участникам гражданского оборота полную свободу в конструировании особенностей тех или иных юридических лиц.

Следует подчеркнуть, что подходы к необходимости деления юридических лиц по организационно-правовым формам зависят как от концептуальных взглядов на императивность/диспозитивность правового регулирования корпоративных отношений, так и от применяемой теории юридического лица (теория фикции, теория социальной реальности, договорная теория) [Козлова Н.В., 2003: 107–200], а также — от политико-правовых и сугубо практических соображений.

Против деления юридических лиц на организационно-правовые формы существуют серьезные догматические, политико-правовые и практические возражения, основанные на идее расширения диспозитивности регулирования корпоративных отношений, теории реальности, договорной теории, конституционно значимых ценностях (в частности, свободы объединений и свободы экономической деятельности), практическое удобство для участников гражданского оборота.

В то же время не менее существенные догматические, политико-правовые и практические основания имеет под собой необходимость сохранения деления юридических лиц по организационно-правовым формам по принципу *numerus clausus*. Такое деление основывается на преимущественно императивном методе регулирования корпоративных отношений, теории фикции юридического лица как искусственно созданного правопорядком правосубъектного образования, которое не может существовать вне предусмотренных законом правовых форм. Также большое значение имеет принцип правовой определенности и практические соображения.

Если рассматривать юридическое лицо как фикцию, искусственно созданную правопорядком, то организационно-правовая форма юридического лица подлежит тщательной регламентации законодателем: не может быть никаких организационно-правовых форм, прямо (*expressis verbis*) не предусмотренных законом. Если придерживаться органической теории, или теории социальной реальности, согласно которым юридическое лицо представляет собой объективно и независимо от права существующий социальный организм, то праву остается не конструировать организационно-правовые формы, а лишь признавать фактически сложившееся положение вещей.

Правосубъектными тогда будут любые образования, фактически созданные участниками гражданского оборота и обладающие основными признаками юридического лица (имущественная обособленность и самостоятельная имущественная ответственность, организационное единство, выступление в обороте от своего имени, процессуальная правоспособность (ст. 48, 56 ГК) [Братусь С.Н., 1947: 140]; [Козлова Н.В., Филиппова С.Ю., 2017: 141–142]. В таком случае за общими признаками юридического лица бессмысленно искать особенности организационно-правовой формы. Признаки юридического лица, как писал А.В. Венедиктов, самым различным образом проявляются у различных юридических лиц [Венедиктов А.В., 1940: 72–77].

С точки зрения теории реальности само понятие организационно-правовой формы становится либо излишним, либо распадается на бесчисленное количество вариантов, свободно создаваемых по усмотрению экономических субъектов. В результате в обороте будут действовать не только чистокровные «волшебники» и «маглы» в виде классических организационно-правовых форм (товариществ, акционерных обществ и т.д.), но и многочисленные переходные формы, юридические лица — «полукровки»²⁹. Вполне можно обосновать, что запрет на создание таких переходных форм и «юридических лиц-полукровок» противоречит идее свободы и будет являться такой же дискриминацией, каковой является дискриминация граждан по признаку расы, национальности или половой принадлежности. Так, Конституция Российской Федерации в п. 1 ст. 30 провозглашает, что каждый имеет право на объединение, включая право создавать профессиональные союзы для защиты своих интересов. Данное конституционное положение в совокупности с правом на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности (п. 1 ст. 34 Конституции) вполне может трактоваться как неотъемлемое и непосредственно действующее (ст. 18 Конституции) конституционное право создавать любые юридические лица как предусмотренные, так и не предусмотренные законом.

В принципе для легализации юридического лица необходимо лишь соблюдение основных его признаков, и прежде всего — чтобы у компании была достаточная капитализация или обособленное имущество в необходимом для целей деятельности размере. Речь идет о фактическом собственном капитале, а не о минимальном уставном капитале, определенном законом. Это гарантирует интересы кредиторов и жизнеспособность компании. Не зря в странах англо-американского права именно недостаточная капита-

²⁹ В книгах Дж. Роулинг о Гарри Поттере все персонажи делятся на волшебников, маглов (обычных индивидуумов, не обладающих магическими способностями), и полукровок — детей волшебников и людей.

лизация для ведения бизнеса при создании компании считается серьезным преступлением, влекущим уголовную ответственность. Что касается иных формальностей при создании юридического лица, то на них часто закрывают глаза, в результате чего могут возникать разнообразные юридические лица де-факто, признаваемые правом порядком в силу самого своего создания [Мозолин В.П., 1966: 61–65]; [Флейшиц Е.А., 2015: 603–605]; [Козлова Н.В., 2003: 21–23]. Следствием такого подхода является по сути отрицание роли и значения организационно-правовых форм и присущих им особенностей правового режима, которое можно встретить в литературе. Так, А.И. Шайдуллин, пишет, что «мы не склонны почитать организационно-правовые формы как священные сущности («вещи в себе»), из которых следуют какие-то заранее заданные ответы» [Шайдуллин А.И., 2021: 335].

Элементы теории реальности в современных правовых порядках выражаются не только в признании юридических лиц де-факто, но и создании «предварительных» юридических лиц, обладающих отдельными элементами правосубъектности еще до их государственной регистрации, например, так называемые «предварительные общества» в немецком праве (*die Vorgesellschaft*) [Козлова Н.В., 2003: 38–39]; [Егоров А.В., 2015: 9]. Также развитым правовым порядкам давно известно создание так называемых «усеченных» или «относительных» юридических лиц, не обладающих обособленным имуществом и имеющих лишь некоторые признаки юридического лица [Кулагин М.И., 1997: 46–47].

В последнее время в отношении особенно коммерческих юридических лиц популярной является договорная теория юридического лица [Степанов Д.И., 2009: 4–62]; [Чупрунов И.С., 2020: 25–68]. В основе ее — тезис о том, что любое юридическое лицо — это прежде всего договор (и устав — тоже договор), совокупность контрактов (*nexus of contracts*), поэтому в силу принципа свободы договора можно конструировать любые внутренние отношения в юридическом лице. Поэтому все, что связано с организационно-правовой формой, закрытым перечнем и т.д. в этой логике противоречит договорной природе юридического лица и неоправданно сковывает гражданский оборот и свободу участников экономических отношений.

Конечно, автономию воли и договорную свободу можно возвести в абсолют и не требовать никаких ограничений при конструировании моделей управления юридическим лицом. Однако это может сделать непредсказуемыми последствия выступления юридического лица в гражданском обороте для участников, кредиторов, работников, потребителей и т.д. Кроме того, при гипертрофированном крене в сторону договорной теории исчезает основной смысл конструкции юридического лица: правосубъектность и самостоятельные интересы юридического лица «растворяются» и полностью

отождествляются с интересами участников, а положения устава становится невозможным изменить без их единогласного решения, когда воля каждого по существу будет отождествляться с волей юридического лица. Принцип большинства, присущий всем корпорациям, оказывается ненужным, а управление юридическим лицом — практически невозможным.

Следует признать, что любые теории юридического лица сами по себе в политико-правовом плане не имеют существенного значения для конструирования тех или иных правовых моделей. Эти теории лишь используются законодателем в зависимости от того, что на текущий момент времени в большей степени отвечает утилитарным задачам в практической ситуации [Мамагеишвили В.З., 2021: 36–73]. Поэтому при выборе той или иной модели, прежде всего, возникают соображения экономико-правового и практического характера и на первый план выступает логика экономического анализа права [Карапетов А.Г., 2016]; [Синицын С.А., 2021: 4–36]; [Степанов Д.И., 2016: 104–167]. При свободном и неограниченном количестве «фактических» организационно-правовых форм возникают трудности их изучения, существенные трансакционные издержки участников оборота и трудно прогнозируемые правовые риски. Это тот случай, когда свобода договора, механически транслируемая в область корпоративного права, будет способна нанести существенный вред обороту. Право должно заботиться о защите интересов всех стейкхолдеров, выгодоприобретателей и дестинаторов юридического лица, а не только участников, управляющих или кредиторов, состоящих с ним в договорных отношениях.

Исходя из этих соображений, правильным оказывается подход, когда в законодательстве исчерпывающим образом определены набор и существенные гражданско-правовые признаки конкретных организационно-правовых форм юридических лиц, которые должны быть обусловлены преимущественно практическими потребностями для гражданского оборота и удобством для его участников. При этом определение в законодательстве самого понятия организационно-правовой формы вряд ли целесообразно, поскольку это может безосновательно ограничить возможности по конструированию реально нужных обороту юридических лиц. В то же время на доктринальном уровне определить такое понятие было бы полезно.

Отсутствие этого понятия позволяет конструировать новые организационно-правовые формы юридических лиц совершенно произвольно без оглядки на какие-либо научно обоснованные критерии. Обычно в качестве самой весомой причины закрепления в ГК какой-нибудь отдельной организационно-правовой формы разработчики законов называют социальную значимость их деятельности или избыточные ограничения, которые присущи известным организационно-правовым формам и от которых нужно ос-

вободиться непременно конструированием нового вида юридического лица. При этом часто оказывается, что недостатки можно устранить путем корректировки уже существующих моделей юридических лиц, а объективных и существенных гражданско-правовых признаков, отличающих новые формы от уже известных законодательству, либо вовсе не существует, либо эти признаки противоречат признакам юридического лица и здравому смыслу. Примером подобного нормотворчества является попытка выделить в качестве отдельной организационно-правовой формы некоммерческой организации территориальное общественное самоуправление³⁰, которое конструируется разработчиками как корпоративная организация, по существу, не имеющая фиксированного членства, без обязанности членов наделять корпорацию имуществом, обладающую к тому же публично-правовыми полномочиями по вопросам местного значения.

В доктрине и в некоторых подзаконных актах имеются попытки дать общее определение организационно-правовой формы юридического лица. Так, согласно Общероссийскому классификатору организационно-правовых форм ОКО28-2012³¹ под организационно-правовой формой понимается способ закрепления (формирования) и использования организацией имущества, и вытекающие из этого ее правовое положение и цели предпринимательской деятельности.

По мнению В.А. Белова, организационно-правовая форма «определяет особый правовой режим (а) организации деятельности юридического лица (т.е. соотношения прав юридического лица и его участников на имущество, обособленное за юридическим лицом, и порядка управления этим имуществом, (б) извлечения и распределения прибыли и (в) распределения убытков между участниками данной деятельности, осуществляемой за счет всего или части принадлежащего им имущества» [Белов В.А., Пестерева Е.В., 2002: 3–4]. Н.В. Козлова характеризует организационно-правовую форму как «вид юридического лица, который отличается от другого вида способом создания, объемом правоспособности, порядком управления, характером и содержанием прав и обязанностей учредителей (участников) в отношении друг друга и юридического лица» [Козлова Н.В., 2003: 259].

³⁰ Проект федерального закона № 983322-7 «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации в части установления особенностей регулирования деятельности территориального общественного самоуправления как некоммерческой организации». Available at: URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/983322-7> (дата обращения: 20.01.2021)

³¹ Утв. приказом Росстандарта (Федерального агентства по техническому регулированию и метрологии) от 16.10.2012 № 505-ст, введен в действие с 01.01.2013 и актуализирован с правом применения к правоотношениям, возникшим после 01.09.2014 в связи с вступлением в силу новой редакции главы 4 ГК (См.: приказ Росстандарта от 12.12.2014 № 2011-ст).

На наш взгляд, организационно-правовая форма — это имеющий собственное наименование и предусмотренный Гражданским кодексом уникальный набор существенных гражданско-правовых признаков, которые характеризуют внутреннее имущественное и организационное устройство юридического лица.

Под организационно-правовой формой следует понимать типовую модификацию всего комплекса отношений, возникающих в процессе создания, деятельности, реорганизации и ликвидации (в том числе банкротстве) юридического лица, связанных с управлением юридическим лицом, включая вопросы состава и компетенции органов управления, вида и объема корпоративных прав (правомочий) учредителей (участников), формированием его имущества, обеспечением интересов кредиторов, ответственностью участников (учредителей) и самого юридического лица по обязательствам перед кредиторами, участием (членством) в юридическом лице, распределением имущества (доходов) и расходов (убытков). В силу того, что юридическое лицо является гражданско-правовой категорией, предназначенной для выступления в гражданском обороте обособленного имущества, по большому счету под организационно-правовой формой юридического лица можно считать ту или иную модификацию гражданско-правовых отношений по организации управления юридическим лицом и его имуществом.

Основные параметры и набор конститутивных признаков организационно-правовых форм юридических лиц, характеризующих их качественное отличие, требуют серьезной научной разработки. Можно предложить примерный перечень этих параметров:

- порядок создания юридического лица (включая требования, предъявляемые к количеству и составу учредителей (участников);

- имущественная основа деятельности юридического лица (требования к составу и размеру имущества, делимость имущества на доли (паи), наличие и содержание имущественных прав учредителей (участников) (вещные права, иные имущественные права, отсутствие имущественных прав), порядок их осуществления;

- порядок распределения результатов деятельности (возможность и принципы распределения прибыли (доходов), продукции, предоставления услуг своим участникам (учредителям), а также расходов (убытков) (пропорционально размеру вкладов (долей), личному трудовому участию или иным образом);

- организационная основа деятельности (имеются ли и кому принадлежат управленческие права (участникам (членам), учредителям или третьим лицам), содержание управленческих прав, порядок их осуществления (в том числе принципы голосования (голосуют лица или капитал), наличие и состав органов управления и их основная компетенция, или осуществление управленческих прав непосредственно самими участниками (учредителями);

наличие фиксированного членства (участия), возможность смены состава участников (учредителей), порядок принятия в состав участников и выхода из него, имущественные последствия выхода;

оборотоспособность управленческих и (или) имущественных прав (или прав участия), возможность и порядок их перехода, уступки (отчуждения) другим участникам (учредителям) и третьим лицам, возможность выпуска ценных бумаг (акций), удостоверяющих права участия;

наличие и размер ответственности участников (членов, учредителей) по обязательствам юридического лица;

порядок ликвидации юридического лица, в том числе возможность ликвидации в результате банкротства (несостоятельности).

Конструировать разные модели организационно-правовых форм следует исходя из сочетания конкретных гражданско-правовых признаков, характеризующих то или иное юридическое лицо по указанным выше основным параметрам. При этом необходимо руководствоваться сугубо практическими соображениями, которые оправдывают наличие той или иной организационно-правовой формы исходя из потребностей участников гражданского оборота.

У организационно-правовых форм юридических лиц могут быть как общие существенные признаки, характеризующие юридическое лицо по тем или иным параметрам, так и индивидуальные, или конститутивные признаки, присущие лишь конкретной организационно-правовой форме, отличающей ее от других организационно-правовых форм. Например, много общих признаков имеется у акционерных обществ и обществ с ограниченной ответственностью, у полных и коммандитных товариществ. Однако конститутивным признаком для акционерных обществ, отличающим их от обществ с ограниченной ответственностью, выступает деление уставного капитала на акции — эмиссионные ценные бумаги, выражающие корпоративные права участников (акционеров) и обращающиеся на рынке. Конститутивным признаком для коммандитных товариществ, отличающим их от полных товариществ, является наличие особой группы участников — вкладчиков (коммандитистов), которые не управляют товариществом и не несут субсидиарной ответственности по его обязательствам, рискуя лишь вкладом, внесенным в складочный капитал. Для хозяйственных партнерств конститутивным признаком является возможность участвовать в управлении партнерством не только его участникам, но и третьим лицам, не являющимся участниками и заключившим соглашение об управлении партнерством.

К сожалению, состав и содержание конститутивных признаков различных организационно-правовых форм юридических лиц не имеют под собой ни нормативного, ни серьезного научного обоснования. Более того, эти

признаки даже не всегда имеют гражданско-правовой характер или вообще касаются не корпоративного устройства юридического лица, а могут быть связаны с видом осуществляемой юридическим лицом деятельности, хотя это не соответствует принципу, заложенному в п. 6 ст. 50 ГК³². Следует согласиться с авторами, считающими, что следует проводить четкое разграничение между организационно-правовой формой юридического лица и спецификой регулирования тех или иных видов деятельности, в которой никакие льготы, преференции или, наоборот, ограничения (включая ограничения правоспособности) не могут быть положены в основу выделения отдельной организационно-правовой формы юридического лица [Филиппова С.Ю., Шиткина И.С., 2019].

К сожалению, в нормах закона это не учитывается и конструируются совершенно нелепые организационно-правовые формы, которые не обладают уникальными гражданско-правовыми признаками. В результате множество организационно-правовых форм либо вовсе не обладают особыми конститутивными признаками, либо соответствующие признаки носят второстепенный характер и не должны создавать для юридического лица нового правового качества, отличающего его от других организационно-правовых форм. Так, например, отличительными признаками крестьянского (фермерского) хозяйства, по сути, являются деятельность в сфере сельского хозяйства, а также особый порядок обращения взыскания на земельный участок, находящийся в собственности хозяйства (ст. 86.1 ГК)³³, которые не обладают качеством конститутивных в гражданско-правовом корпоративном (внутриорганизационном) смысле. По наиболее существенным признакам крестьянское хозяйство ничем не отличается от производственного (сельскохозяйственного) кооператива, к каковому оно и должно было бы относиться. Не обладают, на наш взгляд, достаточными признаками для выделения в отдельную организационно-правовую форму общественные движения, казачьи общества, общины коренных малочисленных народов (по существу являющиеся разновидностями общественных организаций); сами общественные организации (являющиеся разновидностями ассоциаций (союзов) с участием граждан); адвокатские палаты и адвокатские образования, являющиеся юридическими лицами, нотариальные палаты (по существу являющиеся разновидностью ассоциаций (союзов)); государственные корпорации

³² Где указано, что к отношениям по осуществлению некоммерческой организацией своей основной деятельности, а также к иным отношениям с их участием, не относящимся к предмету гражданского законодательства (ст. 2), правила ГК по общему правилу не применяются.

³³ Такой участок подлежит продаже с публичных торгов в пользу лица, которое в соответствии с законом вправе продолжать использование земельного участка по целевому назначению.

и государственная компания (которые должны быть отнесены к публично-правовым компаниям); религиозные организации (ошибочно отнесенные ГК к унитарным некоммерческим организациям, а по существу представляющие собой разновидность ассоциации (союза))³⁴.

Существуют также некоторые организации, не «вписывающиеся» в систему существующих организационно-правовых форм, например — общественно-государственные и государственно-общественные объединения, обладающие индивидуальным статусом, осуществляющие свою деятельность под пристальным контролем государства и наделяемые отдельными публичными и общественными функциями. Согласно ст. 51 Закона об общественных объединениях³⁵ их деятельность должна регулироваться специальными законами, а в отсутствие таковых — нормативными актами органов государственной власти³⁶.

Исходя из этого, в политико-правовом плане в отечественном правопорядке отдельными организационно-правовыми формами юридических лиц, обладающими особыми конститутивными признаками, должны являться: во-первых, коммерческие организации³⁷: хозяйственные товарищества, хозяйственные общества, хозяйственные партнерства, производственные кооперативы, государственные и муниципальные унитарные предприятия; во-вторых, некоммерческие организации: потребительские кооперативы, ассоциации (союзы), товарищества собственников недвижимости, фонды, учреждения, публично-правовые компании, автономные некоммерческие организации.

Вызывает сомнение включение в число существенных признаков, конструирующих организационно-правовую форму, наличие или отсутствие государства или иного публично-правового образования в числе учредителей (участников) юридических лиц. В частности, по такому признаку построена вся система так называемых «государственных юридических лиц» (государственные и муниципальные предприятия, государственные и муниципальные бюджетные и автономные учреждения). Исходя из того, что государство на равных началах с иными субъектами гражданского права участвует

³⁴ Следует отметить, что Концепция развития гражданского законодательства религиозные организации однозначно рассматривала в качестве корпораций.

³⁵ Федеральный закон от 19.05.1995 № 82-ФЗ «Об общественных объединениях» // СЗ РФ. 1995. № 21. Ст. 1930.

³⁶ См.: , например: Постановление Правительства РФ от 28.11.2009 № 973 «Об Общероссийской общественно-государственной организации «Добровольное общество содействия армии, авиации и флоту России» // СЗ РФ. 2009. № 49 (ч. 2). Ст. 5969.

³⁷ Деление организационно-правовых форм юридических лиц на коммерческие и некоммерческие, как указывалось выше, должно производиться в зависимости от наличия права организации распределять прибыль (доходы) в пользу своих участников (учредителей).

в гражданских правоотношениях, само конструирование особых организационно-правовых форм специально для публично-правовых образований вызывает возражения. Если мы принципиально допускаем существование унитарных юридических лиц, основанных на вещных правах учредителей на их имущество, что вызывает большие сомнения³⁸, то именно это должно быть конститутивным признаком для унитарных юридических лиц, создаваемых любыми участниками гражданского оборота, в том числе должно быть допущено существование не только частных учреждений, но и частных предприятий в рамках общих организационно-правовых форм учреждений и предприятий. Если речь не идет о так называемых «юридических лицах публичного права», обладающих государственно-властными полномочиями [Чиркин В.Е., 2007], то обычные юридические лица частного права должны в гражданско-правовом смысле создаваться государством на равных началах со всеми гражданами и юридическими лицами, и по общему правилу для «государственных» юридических лиц не должно существовать особых организационно-правовых форм.

Что касается «юридических лиц публичного права», то при всей дискуссионности этой правовой категории можно согласиться с проектом Концепции развития законодательства о юридических лицах³⁹, где в п. 1.7 пар. 5 говорилось, что «выделение юридических лиц публичного права не предполагает конструирования новой разновидности юридических лиц — особой организационно-правовой формы. Следует исходить из того, что юридические лица публичного права суть органы публичной власти, предназначенные осуществлять властные функции». О невозможности существования юридических лиц публичного права как гражданско-правовой категории давно говорилось в доктрине [Братусь С.Н., 1947: 62].

Заключение

Под организационно-правовой формой юридического лица следует понимать имеющий собственное наименование и предусмотренный законом уникальный набор признаков, которые характеризуют ту или иную модификацию гражданско-правовых отношений по организации управления юридическим лицом и его имуществом.

³⁸ Поскольку право собственности государства на имущество создаваемых им юридических лиц в функциональном плане по своему содержанию по сути представляет собой полный эквивалент корпоративных (управленческих) прав государства в отношении этих юридических лиц, и должно быть в перспективе ими заменено.

³⁹ Вестник гражданского права. 2009. № 2. С. 9–73.

Вместо разграничения всех организационно-правовых форм юридических лиц на «корпоративные» и «унитарные», осуществляющие предпринимательскую (приносящую доход) деятельность или нет, в Гражданском кодексе должны оставаться лишь общие положения о корпоративных и унитарных организациях, а также об организациях, осуществляющих или не осуществляющих предпринимательскую деятельность, которые применялись бы к юридическим лицам в зависимости от фактического наличия указанных признаков. При этом целесообразно сохранить деление организационно-правовых форм на коммерческие или некоммерческие по признаку наличия или отсутствия права организации распределять полученную прибыль (доходы) в пользу участников (учредителей).

Набор конститутивных признаков юридического лица, характеризующих качественное отличие одних организационно-правовых форм юридических лиц от других, нуждается в отдельном обосновании и составляет одну из важнейших теоретических и практических задач, стоящих перед наукой гражданского права.

Перечень предусмотренных Гражданским кодексом организационно-правовых форм юридических лиц должен быть обусловлен исключительно гражданско-правовым внутриорганизационным характером их существенных признаков, а также — практическими потребностями участников гражданского оборота. Ни сфера осуществляемой юридическим лицом деятельности, ни объем его правоспособности по общему правилу не должны составлять конститутивные признаки организационно-правовой формы.

Конструировать различные модели организационно-правовых форм следует исходя из сочетания конкретных гражданско-правовых признаков, характеризующих то или иное юридическое лицо с точки зрения его внутреннего устройства.

Количество предусмотренных Гражданским кодексом организационно-правовых форм юридических лиц следует оптимизировать в соответствии с реальными потребностями оборота и гражданско-правовыми конститутивными признаками тех или иных видов юридических лиц.

Безусловно, это количество нужно сокращать, когда отдельная организационно-правовая форма не обладает достаточными признаками, отличающими ее от близких по своей сути других организационно-правовых форм. Наоборот, когда имеющиеся организационно-правовые формы недостаточно обеспечивают объективные потребности гражданского оборота, их перечень необходимо расширять.

В законодательстве должно сохраняться деление всех юридических лиц на организационно-правовые формы по принципу *numerus clausus*. Отказ от этого принципа является преждевременным. Полная свобода в регули-

ровании корпоративных отношений чревато большими рисками как для участников, так и для кредиторов. Учет всех особенностей неограниченного количества организационно-правовых форм юридических лиц в законодательстве или в едином государственном реестре юридических лиц, а также их выявление в правоприменительной и судебной практике чревато слишком большими временными и транзакционными издержками как для участников гражданского оборота, так и для государственных органов.



Список источников

1. Аюшеева И.З. К вопросу об организационно-правовых формах некоммерческих организаций // Власть закона. 2016. № 4. С. 67–80.
2. Белов В.А., Пестерева Е.В. Хозяйственные общества. М.: Центр Юринформ, 2002. 333 с.
3. Братусь С.Н. Юридические лица в советском гражданском праве (понятие, виды, государственные юридические лица). М.: Юрид. изд-во Министерства юстиции СССР, 1947. 364 с.
4. Венедиктов А.В. Государственные юридические лица в СССР // Советское государство и право. 1940. № 10. С. 62–87.
5. Гаджиев Г.А. Легитимация идей «права и экономики» (новые познавательные структуры для гражданского права) // Вестник гражданского права. 2017. Том 17. № 6. С. 108–173.
6. Егоров А.В. Юридическое лицо 2.0. Руководство по эксплуатации (Арбитражная практика для юристов). М.: Акцион, 2015. 119 с.
7. Карапетов А.Г. Экономический анализ права. М.: Статут, 2016. 528 с.
8. Козлова Н.В. Понятие и сущность юридического лица. Очерк истории и теории. М.: Статут, 2003. 318 с.
9. Козлова Н.В. Правосубъектность юридического лица. М.: Статут, 2005. 476 с.
10. Козлова Н.В., Филиппова С.Ю. Понятие и признаки юридического лица как субъекта гражданского права. Корпоративное право Отв. ред. И.С. Шиткина. М.: Статут, 2017. С. 139–143.
11. Кулагин М.И. Государственно-монополистический капитализм и юридическое лицо // Кулагин М.И. Избранные труды. М.: Статут, 1997. С. 14–182.
12. Ломакин Д.В. Коммерческие корпорации как субъекты корпоративных правоотношений. М.: Статут, 2020. 146 с.
13. Ломакин Д.В. Эволюция системы юридических лиц в постсоветской России. Предпринимательское право: современный взгляд. М.: Юстицинформ, 2019. 595 с.
14. Мамагеишвили В.З. О значении теорий юридического лица в современном корпоративном праве // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2021. № 3. С. 36–73.
15. Мозолин В.П. Корпорации, монополии и право в США. М.: Изд-во Моск. ун-та, 1966. 398 с.
16. Рахмилович В.А. О достижениях и просчетах нового Гражданского кодекса Российской Федерации // Государство и право. 1996. № 4. С. 121–123.

17. Рахмилович В.А. О пробелах и противоречиях Гражданского кодекса // Журнал российского права. 1997. № 12. С. 54–62.
18. Синицын С.А. Корпоративный контроль в российском и зарубежном праве: взаимосвязь права и экономики // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 1. С. 4–36.
19. Сойфер Т.В. Общие положения о некоммерческих организациях / Юридические лица в российском гражданском праве. Т. 2. Виды юридических лиц в российском законодательстве / отв. ред. А.В. Габов. М.: Инфра-М, 2015. С. 163–185.
20. Степанов Д.И. Новые положения Гражданского кодекса о юридических лицах // Закон. 2014. № 7. С. 31–55.
21. Степанов Д.И. Устав как форма сделки // Вестник гражданского права. 2009. № 1. С. 4–62.
22. Степанов Д.И. Экономический анализ корпоративного права // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2016. № 9. С. 104–167.
23. Суворов Н.С. Об юридических лицах по римскому праву. М.: Статут, 2000. 298 с.
24. Суханов Е.А. О Концепции развития законодательства о юридических лицах // Журнал российского права. 2010. № 1. С. 5–12.
25. Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право. М.: Статут, 2014. 456 с.
26. Тарасенко Ю.А. О развитии коммерческих организационно-правовых форм в России (на примере хозяйственных товариществ и обществ) // Корпорации и учреждения: Сборник статей / отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2007. С. 27–46.
27. Филиппова С.Ю., Шиткина И.С. Организационно-правовые формы коммерческих юридических лиц: проблемы текущего состояния и пути совершенствования российского законодательства / Предпринимательское право: современный взгляд / СПС Консультант Плюс.
28. Флейшиц Е.А. Буржуазное гражданское право на службе монополистического капитала / Флейшиц Е.А. Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. 2. М.: Статут, 2015. С. 575–632.
29. Хабриева Т.Я. Современные подходы к классификации юридических лиц // Журнал российского права. 2014. № 10. С. 5–16.
30. Чупрунов И.С. Начало «новой жизни» в российском корпоративном праве: комментарий к Определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 11.06.2020 N 306-ЭС19-24912 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2020. № 8. С. 25–68.
31. Чиркин В.Е. Юридическое лицо публичного права. М.: Норма, 2007. 352 с.
32. Шайдуллин А.И. Принудительное исключение акционера из общества: действующее регулирование и его перспективы / Российский акционерный закон: сборник статей / отв. ред. А.А. Кузнецов. М.: Статут, 2021. С. 324–359.



References

1. Ayusheeva I.Z. (2016) On the question of the organizational forms of non-profit organizations. *Vlast'zakona* = Rule of Law, no. 4, pp. 67–80 (in Russ.)
2. Belov V.A., Pestereva E.V. (2002) *Business companies*. Moscow: Tsentr Yurinform, 333 p. (in Russ.)
3. Bratus S.N. (1947) *Legal entities in Soviet civil law (concept, types, state legal entities)*. Moscow: Justice Ministry Press, 364 p. (in Russ.)

4. Chirkin V.E. (2007) *Legal entity of public law*. Moscow: Norma, 352 p. (in Russ.)
5. Chuprunov I.S. (2020) Beginning of “new life” in Russian corporate law: commentary on the Definition of the Judicial Collegium for Economic Disputes of the Supreme Court of 11.06.2020. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiyskoy Federatsii* = Herald of Economic Justice, no 8, pp. 25–68 (in Russ.)
6. Egorov A.V. (2015) *Legal entity 2.0. Operation manual* (Arbitration practice for lawyers). Moscow: Aktion Press, 119 p. (in Russ.)
7. Fleischitz E.A. (2015) Bourgeois civil law at the service of monopoly capital. In: *Selected Works on civil law*. Vol. 2. Moscow: Statut, pp. 575–632 (in Russ.)
8. Gadjiyev G.A. (2017) Legitimation of the ideas of “law and economics” (new cognitive structures for civil law). *Vestnik grazhdanskogo prava* = Journal of Civil Law, vol. 17, no. 6, pp. 108–173 (in Russ.)
9. Karapetov A.G. (2016) *Economic Analysis of Law*. Moscow: Statut, 528 p. (in Russ.)
10. Khabrieva T. Y. (2014) Modern approaches to classification of legal persons. *Zhurnal rossiyskogo prava* = Journal of Russian Law, no.10, pp. 5–16 (in Russ.)
11. Kozlova N.V. (2005) *Legal personality of a legal entity*. Moscow: Statut, 476 p. (in Russ.)
12. Kozlova N.V. (2003) *The concept and essence of a legal entity. An overview of history and theory*. Moscow: Statut, 318 p. (in Russ.)
13. Kozlova N.V., Philippova S.Y. (2017) *Corporate law: training course*. Moscow: Statut, pp. 139–143 (in Russ.)
14. Kulagin M.I. (1997) State-monopoly Capitalism and Legal Entity. In: *Selected Works*. Moscow: Statut, pp. 14–182 (in Russ.)
15. Lomakin D.V. (2020) *Commercial corporations as subjects of corporate legal relations*. Moscow: Statut, 146 p. (in Russ.)
16. Lomakin D.V. (2019) The evolution of the system of legal entities in post-Soviet Russia. In: *Business law: modern view*. S.A. Karelin (ed.). Moscow: Yustitsinform, 595 p. (in Russ.)
17. Mamagishvili V.Z. (2021) On the importance of legal entity theories in modern corporate law. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiyskoy Federatsii* = Journal of Economic Justice, no. 3, pp. 36–73 (in Russ.)
18. Mozolin V.P. (1966) *Corporations, Monopolies, and Law in the United States*. Moscow: University Press, 398 p. (in Russ.)
19. Philippova S.Yu., Shitkina I.S. (2019) Organizational forms of commercial entities: current state and ways to improve legislation. SPS Consultant Plus (in Russ.)
20. Rakhmilonich V.A. (1997) On gaps and contradictions of the Civil Code. *Zhurnal rossiyskogo prava* = Journal of Russian Law, no. 12, pp. 54–62 (in Russ.)
21. Rakhmilonich V.A. (1996) Achievements and miscalculations of the new Civil Code. *Gosudarstvo i pravo* = State and Law, no. 4, pp. 121–123 (in Russ.)
22. Shaidullin A.I. (2021) Compulsory expulsion of a shareholder from the company: current regulation and its prospects. In: *Russian shareholder law: a collection of articles*. A.A. Kuznetsov (ed.). Moscow: Statut, pp. 324–359 (in Russ.)
23. Sinitsin S.A. (2021) Corporate control in Russian and foreign law: relations of economy and law. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki* = Law. Journal of the Higher School of Economics, no. 1, pp. 4–36 (in Russ.)

24. Soyfer T.V. (2015) General provisions on non-profit organizations. In: Legal Entities in the Russian Civil Law. Vol. 2. Types of legal entities in Russian legislation. A.V. Gabov (ed.). Moscow: Norma, pp. 163–185 (in Russ.)
25. Stepanov D.I. (2009) Charter as a Form of Transaction. *Vestnik grazhdanskogo prava* = Herald of Civil Law, no. 1, pp. 4–62 (in Russ.)
26. Stepanov D.I. (2016) Economic Analysis of Corporate Law. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya* = Journal of Economic Justice, no. 9, pp. 104–167 (in Russ.)
27. Stepanov D.I. (2014) New provisions of the Civil Code on legal entities. *Zakon* = Law, no. 7, pp. 31–55 (in Russ.)
28. Sukhanov E.A. (2014) *Comparative corporate law*. Moscow: Statut, 456 p. (in Russ.)
29. Sukhanov E.A. (2010) Concept of legislation on legal entities. *Zhurnal rossiyskogo prava* = Journal of Russian Law, no. 1, pp. 5–12 (in Russ.)
30. Suvorov N.S. (2000) *Legal Entities under Roman Law*. Moscow: Statut, 298 p. (in Russ.)
31. Tarasenko Yu. A. (2007) Development of commercial legal forms in Russia (case of business partnerships and companies). In: Corporations and Institutions: collected articles. M. A. Rozhkova (ed.). Moscow: Statut, pp. 27–46 (in Russ.)
32. Venediktov A.V. (1940) State legal entities in the USSR. *Sovetskoye gosudarstvo i pravo* = Soviet State and Law, no. 10, pp. 62–87 (in Russ.)

Информация об авторе:

О.В. Гутников — главный научный сотрудник, доктор юридических наук.

Information about the author:

O.V. Gutnikov — Chief Researcher, Doctor of Sciences (Law).

Статья поступила в редакцию 19.12.2021; одобрена после рецензирования 04.04.2022; принята к публикации 22.04.2022.

The article was submitted to the editorial office 19.12.2021; approved after reviewing 04.04.2022; accepted for publication 22.04.2022.

Научная статья

УДК: 347.22

DOI:10.17323/2072-8166.2022.2.164.186

Прогибиторный иск: прошлое, настоящее и будущее



Тихон Петрович Подшивалов

Южно-Уральский государственный университет (национальный исследовательский университет), Россия 454080, Челябинск, просп. Ленина, 76, podshivalovtp@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-9717-7176>



Аннотация

Прогибиторный иск призван устранять возможность повторного аналогичного нарушения вещного права, когда есть достаточные основания полагать совершение ответчиком нарушения того же характера. Цель исследования состояла в том, чтобы определить эволюцию воззрений на прогибиторный иск, начиная с римского права и заканчивая современным частным правом, и на основании этого предложить правовую модель современного прогибиторного иска. Несмотря на длительную историю существования, данный иск остается одним из самых неисследованных вещных исков, поскольку находится в тени негаторного иска, сферу применения которого принято толковать очень широко. Исследование проводилось посредством исторического метода, методов сравнительного правоведения, а основной теорией правопонимания стала юриспруденция понятий, позволяющая определить характерные черты, сферу применения и условия удовлетворения указанного иска. В результате исследования сделаны следующие выводы. Во-первых, эволюция прогибиторного иска прошла четыре основных этапа: параллельное существование с негаторным иском; сближение этих исков; поглощение негаторным иском прогибиторного требования; возобновление дискуссии о соотношении этих двух исков, в рамках повышения интереса к превентивным мерам защиты. Во-вторых, необходимо расширить перечень вещных исков и обсуждать возможность обособления прогибиторного иска в современном праве. В-третьих, распространена путаница между прогибиторным интердиктом и прогибиторным иском в римском праве, что создает трудности при проведении исследования. В-четвертых, прогибиторный иск обладает следующими чертами: является иском о присуждении к бездействию; имеет превентивный характер; имеет специальное правовое основание применения; наличие санкции за нарушение судебного запрета в виде штрафа, уплачиваемого в пользу истца. В-пятых, негаторный иск и прогибиторный иск могут быть направлены на устранение будущего нарушения, но в разных ситуациях — негаторный иск устраняет новое возможное нарушение, а прогибиторный иск ориентирован на устранение повторного нарушения в будущем, запрета аналогичных нарушений.



Ключевые слова

гражданское право, вещное право, вещные иски, прогибиторный иск, негаторный иск, иск о воспреещении, римское право, сравнительное правоведение.

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

Для цитирования: Подшивалов Т.П. Прогибиторный иск: прошлое, настоящее и будущее // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 2. С. 164–186. DOI:10.17323/2072-8166.2022.2.164.186.

Research article

The Actio Prohibitoria: Past, Present, and Future



Tikhon P. Podshivalov

Southern Ural State National Research University, 76 Lenin Avenue, Chelyabinsk 454080, Russia, podshivalovtp@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-9717-7176>



Abstract

The purpose of a *actio prohibitoria* is to eliminate the possibility of a second similar violation of a right in rem, when there are reasonable grounds to believe that the defendant has committed a violation of the same nature. The purpose of the study was to determine the evolution of views on the *actio prohibitoria* from Roman law to modern private law, and on this basis to propose a legal model of the modern *actio prohibitoria*. In spite of its long history, the *actio prohibitoria* remains one of the most unexplored real actions, because it is overshadowed by the *actio negatoria*, whose scope is very broadly construed. The research was carried out by means of historical method, comparative law methods, and the basic theory of legal understanding was the jurisprudence of concepts, which allows to determine the characteristic features, scope and conditions of satisfaction of the *actio prohibitoria*. As a result of this study, the following conclusions can be made. Firstly, the evolution of *actio prohibitoria* has passed through four main stages: parallel existence with *actio negatoria*; convergence of these real actions; absorption of *actio prohibitoria* by *actio negatoria*; renewal of discussion about the relationship between these two real actions, as part of the growing interest in preventive measures of protection. Secondly, it is necessary to expand the list of real actions and to discuss the possibility of separating the *actio prohibitoria* in modern law. Third, confusion between the prohibitionist interdict and the *actio prohibitoria* in Roman law is quite common, which creates difficulties for research. Fourth, a *actio prohibitoria* has the following features: it is an action for an award of inaction; it is preventive in nature; it has a special legal ground of application; and it has a sanction for violation of the injunction in the form of a fine payable in favor of the plaintiff. Fifthly, the *actio negatoria* and the *actio prohibitoria* may be aimed at eliminating a future violation, but in different situations — the *actio negatoria* eliminates a new possible violation, and the *actio prohibitoria* is focused on eliminating a repeated violation in the future, the prohibition of similar violations.



Keywords

civil law, real right, real action, actio prohibitoria, actio negatoria, injunctive relief, Roman law, comparative law.

Acknowledgments: the paper is published within the project of supporting the publications of the authors of Russian educational and research organizations in the Higher School of Economics academic publications.

For citation: Podshivalov T.P. (2022) The Actio Prohibitoria: Past, Present, and Future. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no. 2, pp. 164–186 (in Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2022.2.164.186.

Введение

Основная проблема исследования состоит в том, что конструкция прогибиторного иска эволюционировала в процессе исторического развития права, начиная с римского права и заканчивая современностью. В процессе своего развития иск менялся значительно, и неизменным оставалось только то, что это вещный иск превентивного характера. Поскольку прогибиторный иск конкурирует с негаторным иском, и, по существу, находится в его тени, то в результате прогибиторный иск является наименее исследованным из вещных исков.

Нынешняя конструкция прогибиторного иска в праве России на основе ст. 304 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ), по которой прогибиторный иск является частью негаторного иска, не работоспособна, поскольку негаторный иск в настоящее время не выполняет своей превентивной функции. Суды не обеспечивают защиты от возможного повторного аналогичного нарушения, а ведь именно на такую защиту направлен прогибиторный иск. В этой патовой ситуации необходимо менять и конструкцию прогибиторного иска, и всю систему вещных исков. Изменение, которое позволит судам сформировать практику превентивной защиты вещных прав, может состоять в придании самостоятельного значения прогибиторному иску.

В теоретическом плане исследование прогибиторного иска важно тем, что, решая вопрос о правовой природе иска, его соотношения с негаторным иском, можно будет обеспечить построение системы вещных исков и отойти от пандектного понимания вещных исков как разновидности виндикационного и негаторного. В практическом плане исследование прогибиторного иска способствует развитию правоприменения в части превентивных способов защиты гражданских прав. Прогибиторный иск направлен на

предотвращение повторного аналогичного нарушения, которое ранее было признано судом незаконным. В современных правопорядках развитие превентивных мер воздействия на участников правоотношений является актуальным и своевременным.

Предмет исследования обусловил специфику методов исследования прогибиторного иска. В первую очередь применялся исторический метод, поскольку, чтобы понять изменчивость конструкции прогибиторного иска, необходимо проследить воззрения на этот способ защиты, начиная с раннего римского права, продолжая его анализ с позиций пандектного права и останавливаясь на воззрениях современных юристов. Поскольку прогибиторный иск слабо исследован в доктрине, основной теорией правопонимания стала юриспруденция понятий (*Begriffsjurisprudenz*), которая позволяет сформулировать научную концепцию прогибиторного иска — определить характерные его черты, сферу применения, условия удовлетворения.

Для решения вопроса соотношения прогибиторного и негаторного исков применялся нормативный метод, поскольку современные законодательные формулировки негаторного иска в большинстве стран настолько широки и абстрактны, что поглощают в свою сферу все остальные вещные иски, не связанные с виндикацией. Исследование прогибиторного иска, в его современном состоянии, основывалось на использовании методов сравнительного правоведения. Использовались и нормативные акты разных стран, и публикации ученых из разных правопорядков.

Для начала исследования обратимся к истории рассматриваемого способа защиты. Прогибиторный иск был сформулирован римскими юристами. В римском частном праве (в пандектном его представлении) права на вещи защищались множеством исков, среди которых была группа вещных исков, близких друг другу по характеристике. К ним относились виндикационный, негаторный, прогибиторный, конфессорный иски. В последующем пандектисты решили объединить часть из них и стали исходить из того, что вещных иска только два — виндикационный и негаторный. Первый из них защищает от лишения владения, а второй — от всех остальных нарушений, которые не связаны с лишением владения. Тем самым была создана современная модель негаторного иска как универсального способа защиты. Получилось, что сфера применения современного негаторного иска поглотила сферу действия прогибиторного и конфессорного исков.

Этим устоявшимся воззрением и объясняется тот факт, что в доктрине прогибиторный иск исследуется не как самостоятельный предмет исследования, а как элемент аргументации точки зрения авторов научных публикаций, когда примером из истории римского права иллюстрируются рассуждения ученых. Исключение составляет статья немецкого ученого Херманна

Шотта, опубликованная в конце XIX века, где была рассмотрена римская формула прогибиторного иска [Schott H., 1889: 173-176]. Современные фундаментальные исследования прогибиторного иска, насколько можно судить, не проводились; скорее всего, имеют место отдельные научные публикации в рамках конкретных правовых порядков, так же, как это имеет место в России.

При этом в литературе вопросы о правовых запретах исследуются часто. Приведем следующие исследования использования запретов в сфере частного права: запрет параллельного импорта с помощью прав интеллектуальной собственности [Jehoram H., 1999: 495–511]; запрет на курение в арендованной недвижимости [Benjamin J., Jud G., Winkler D., 2001: 117–128]; запреты при супружеской собственности [Stagl J., 2017: 141–165]; запреты и вещное право [Benke J., 2021: 130–137]; запреты при страховании [Gross R., Brammli-Greenberg S., 2004: 1609–1622]; запреты в контрактах с футболистами [Mendonça P., 2018: 39–45]; запреты при осуществлении цессии [Munday R., 1979: 50–53]; эффективность запретов для противодействия мошенничеству при заключении договоров [Amigud A., Dawson P., 2020: 98–108]; запрет злоупотребления правом [La Feria R., 2020: 142–146]; [La Feria R., 2008: 395–441].

В современной российской доктрине рассматривают прогибиторный иск, но в контексте других предметов исследования: как исторический пример допустимости исков о воспреещении [Скловский К.И., 2008: 769]; [Султанов А.Р., 2013: 140]; соотношения негаторного с прогибиторным иском [Копылов А.В., 2000: 72]; [Субботин М.В., 2004: 22–23]; исторический пример допустимости превентивной защиты права собственности [Кот А.А., 2017: 264–275]; проявление института соседских прав [Переладов А.В., Личман А.А., 2020: 78–87].

Все это обуславливает необходимость исследования прогибиторного иска, которое бы систематизировало имеющиеся точки зрения на прогибиторный иск, а также сформулировало бы модель прогибиторного иска для его имплементации в современное право. Во многом необходимость такого исследования объясняется еще и тем, что негаторный иск крайне редко используется судами для пресечения будущих нарушений вещного права. Вывод прогибиторного иска из тени негаторного позволит развить судебную практику по превентивным способам защиты.

1. Эволюция конструкции прогибиторного иска

Прогибиторный иск по-разному рассматривался в разные исторические моменты развития римского права и его систематизации пандектистами. Основной вопрос, который обсуждался на протяжении веков, — как соотносится прогибиторный и негаторный иски, можно ли считать первый из

них самостоятельным способом защиты. Различные точки зрения на прогибиторный иск во многом обусловлены тем, что его конструкция была неоднородна на протяжении развития римского права, отчего и расходились подходы юристов, исследующих защиту вещных прав. Чтобы понять специфику прогибиторного иска, необходимо разбить историю его развития на этапы, когда понимание этого иска претерпевало изменение. Целесообразно предложить следующие этапы эволюции воззрений на прогибиторный иск.

Первый этап — раннее римское право и его рассвет: прогибиторный иск противопоставляется негаторному иску. В.А. Краснокутский пишет: «Параллельно негаторному иску существовал еще иск о воспрещении — *actio prohibitoria* ...» [Новицкий И.Б., Перетерский И.С., 2008: 217].

Прогибиторный иск имеет положительную интенцию, а негаторный отрицательную. Они как два лезвия одного меча — их цель равнонаправлена и проявляется в обеспечении свободы собственности, но различен механизм действия. По негаторному иску истец отрицал право ответчика использовать спорную вещь, а по прогибиторному истец доказывал свое право запрещать ответчику совершать определенные действия со спорной вещью. Такая ситуация могла иметь место, когда ответчик обладал правом на вещь, например, когда судились сервитутарий и собственник, и последний создавал помеху субъекту ограниченного вещного права.

В римском частном праве существовало правило, гласившее: «*Adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere*» («От опасности, по естественному разуму, разрешается защищаться») (Gai D. 9, 2, 4 pr). Запрет причинения помех «на будущее время» основан на стипуляционном обещании «*cautio de amplius non turbando*» — более не мешать субъекту права, которое правонарушитель обязан был соблюдать (D. 8.5.12). И. Пухан и М. Поленак-Акимовская пишут: «В классическое время была введена и особая *actio prohibitoria*, применяющаяся собственником, признающим существование чужого права на свою вещь, но утверждающего, что это право прекратилось из-за «*usucapio libertatis*» или долгого неприменения этого права его (D 7, 6, 5 pr; D 8, 5, 11)» [Пухан И., Поленак-Акимовская М., 2000: 398]. Как видно из цитаты, прогибиторный иск понимается в очень узком контексте — защита вещного права в случае, когда у ответчика отпало правовое основание использовать спорную вещь определенным образом.

Второй этап — позднее римское право: прогибиторный иск сближается с негаторным иском, что создает проблему конкуренции исков, которая чаще решается в пользу негаторного иска. В.А. Краснокутский пишет про формулу прогибиторного иска: «... начиналась интенцией: *si paret A⁰A⁰ ius esse prohibendi N⁰N⁰ uti frui* — если окажется, что Авлу Агерию принадлежит право воспрещения Нумерию Негидию пользоваться и извлекать плоды...

Здесь интенция выражена положительно в пользу истца, который требовал свободы своей собственности и доказывал только свое право воспреещения вмешательства со стороны ответчика» [Новицкий И.Б., Перетерский И.С., 2008: 217].

Actio prohibitoria был направлен на установление универсального запрета как существовавших помех в пользовании вещью, так и тех, которые могли быть совершены в будущем. В последующем сфера применения actio negotiorum значительна расширилась до устранения любых помех, а actio prohibitoria стал более специализированным способом защиты от возможности повторного нарушения в будущем. Негаторный иск запрещал создание помехи в настоящем и устранял последствия такого нарушения, а прогибиторный иск запрещал совершать нарушения в будущем — либо аналогичные, либо новые по виду и характеру.

Третий этап — время пандектистов, и, точнее, XIX век — прогибиторный иск сливается с негаторным иском, а все вещные иски объединяются в рамках двух вещных исков — виндикационного и негаторного. И.А. Покровский, хорошо знакомый с трудами пандектистов, пишет: «Рядом с этим actio negotiorum в классическом праве существовала, по-видимому, и некоторая разновидность ее — actio prohibitoria («si paret A° A° jus esse prohibendi N^m N^m uti frui» — «если окажется, что у Авла Агерия есть право запретить Нумерию Нигидию пользоваться и извлекать плоды...»), быть может, применявшаяся для защиты собственности от преторского сервитута (Ленель); но относительно этой разновидности мы осведомлены мало» [Покровский И.А., 1998: 342].

К.А. Усачева, затрагивая вопрос о соотношении прогибиторного и негаторного исков, пишет, что «негаторный иск мог иметь и позитивную формулу (иногда эта «позитивная формула негаторного иска» — она же «формула защиты отрицательного сервитута» — квалифицируется как некий прогибиторный иск — иск о защите «права запрещать...»)» и предлагает для детальной аргументации обратиться к работе Юлиуса Барона [Baron J., 1896: 284] и литературе, посвященной проблематике защиты servitus altius non tollendi [Усачева К.А., 2013: 104]. Ю. Барон пишет, что через включение прогибиторного иска в сферу действия негаторного иска последний стал иметь не только отрицательную интенцию, но и положительную: «Но существовала также формула с положительной редакцией intention ... она названа новыми юристами act. prohibitoria и материально ничем не разнится от act. negotiorum» [Барон Ю., 2005: 405].

Д.Д. Grimm, не упоминая о прогибиторном иске, сразу описывает сферу действия негаторного иска: «Такие нарушения могут носить двоякий характер, положительный или отрицательный, смотря по тому, оказывает

ли третье лицо против воли собственника прямое воздействие на его вещь или же оно мешает ему в том или другом отношении свободно пользоваться или распоряжаться вещью» [Гримм Д.Д., 2003: 260]. В рамках обозначенного подхода к пониманию роли прогибиторного иска, следуя классикам российской цивилистики, существует наше гражданское законодательство с абстрактной формулировкой ст. 304 ГК РФ, которая придает значительную универсальность негаторному иску.

Придание универсальности негаторному иску в рамках пандектной систематизации права связано со следующими обстоятельствами, имеющими место в истории развития римского права и доктрины гражданского права. Во-первых, негаторный иск поглотил прогибиторный. С этого момента негаторный иск имеет не только отрицательную, но и положительную интенцию. При этом негаторный иск создавался исключительно с отрицательной интенцией, поэтому и получил наименование — отрицающий иск, от латинского слова «negaterius». Это демонстрирует искусственность объединения двух исков. Во-вторых, в сферу действия негаторного иска был включен конфессорный — иск о возврате отнятого сервитута, когда сервитуарий требует устранения нарушения своего права. В рамках современного гражданского законодательства такое требование будет квалифицировано по ст. 304 ГК РФ. В-третьих, конструкция негаторного иска вышла из раздела про отрицание сервитута и этот способ защиты стал пониматься как второй вещный иск, который замыкает на себе все виды требований, кроме виндикации.

Искусственность ситуации с расширением сферы применения негаторного иска особенно проявляется в отношении прогибиторного иска. Остальные два аспекта не столь резонансны для построения системы вещных исков. С точки зрения науки и практики необходимо отойти от универсального понимания негаторного иска.

Прогибиторный и негаторный иски имеют разные условия удовлетворения и ориентированы на различный результат в своем применении. Более того, гражданский оборот усложнился с введением обязательной регистрации прав на недвижимость, что требует корректировки способов защиты, поскольку прогибиторный иск применим, в первую очередь, именно в защите права на недвижимые вещи. Именно поэтому прогибиторный иск не уместается в сфере действия негаторного иска и искусственно туда помещен из-за излишне абстрактной формулировки ст. 304 ГК РФ.

Идея о тождестве негаторного и прогибиторного исков может считаться классической в контексте развития законодательства. В пояснениях к проекту Гражданского уложения Российской Империи эти иски именуются синонимично. Так, в разъяснениях к ст. 773 проекта сказано: «Против такого рода нарушений, не соединенных с потерей владения, собственник может

защищаться так называемым негаторным или прогибиторным иском (*actio negatoria, prohibitoria*)».

На данном историческом этапе прослеживается закономерность — негаторный иск поглощает не только сферу действия прогибиторного иска, но и других вещных исков. Справедливости ради необходимо сказать, что из всех вещных исков, известных римскому праву, негаторный иск не поглотил Публицианова иска (*actio in rem Publiciana*). Это обусловлено тем, что Публицианов иск имеет корни в виндикации, т.е. когда истец еще не обладает правом на вещь, однако находится на стадии приобретения права.

Четвертый этап — современная доктрина: за счет повышения роли превентивной функции защиты гражданских прав и необходимости пресекать нарушение до его завершения и наступления негативных последствий возобновляется дискуссия о прогибиторном иске и его соотношении с другими вещными исками. О возможности собственника запрещать «вмешательство, угрожающее в будущем» напрямую говорится в проекте Гражданского кодекса Европейского союза — п. 2 ст. 6:101 Модельных правил европейского частного права (DCFR — Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law; Draft Common Frame of Reference).

Тенденция к увеличению интереса к прогибиторному иску обусловлена стремлением отойти от универсального понимания негаторного иска как требования, которым можно защититься от любого нарушения. Это связано с происходящей в доктрине дискуссией о сфере действия негаторной защиты. Расширительное толкование ст. 304 ГК РФ создает трудности как практического плана, так и доктринального и, как следствие, вызывает интерес к исследованию отдельных исков, которые в настоящее время охватываются сферой действия негаторного иска.

В рамках этого понимания прогибиторный иск призван устранить будущее нарушение, но делать это через запрет совершения повторного аналогичного нарушения, действий того же рода и свойства, которое суд счел нарушением и пресек, однако есть основание полагать, что ответчик повторно совершит нарушение.

В п. 2 ст. 35 кн. 3 «Вотчинное право» проекта Гражданского уложения говорится, что собственник может требовать по суду воспреещения ответчику совершать аналогичные действия в будущем под угрозой взыскания в пользу собственника штрафа до 300 рублей за каждое повторное нарушение.

Резюмируя вышесказанное, отметим, что история прогибиторного иска значительна в своем развитии, и понимание его конструкции различается на протяжении веков. Эволюция прогибиторного иска прошла четыре основных этапа: параллельное существование с негаторным иском; сближение этих исков; поглощение негаторным иском прогибиторного требования;

возобновление дискуссии о соотношении этих двух исков в рамках повышения интереса к превентивным мерам защиты. Негаторный иск сейчас крайне редко применяется судами в превентивном значении, т.е. как способ устранения будущих нарушений вещного права. Устранение угрозы повторного нарушения права собственности со ссылкой на ст. 304 ГК РФ практически не встречаются в российской судебной практике. Чтобы превентивная защита собственности развивалась в нашем правовом порядке, необходимо выделить прогибиторный иск из сферы действия ст. 304 ГК РФ и дать ему отдельное регулирование. Тогда суды смогут напрямую ссылаться на прогибиторный способ защиты, поскольку выводить его из абстрактной формулировки ст. 304 ГК РФ судам трудно.

2. Характеристика прогибиторного иска

Для раскрытия основных черт прогибиторного иска стоит пойти от общего к частному, т.е. определить, к каким видам и типам способов защиты относится прогибиторный иск. Место прогибиторного иска находится в разных классификациях, но при этом в процессе систематизации вычленяются его индивидуальные черты. Исходя из материальных и процессуальных аспектов, прогибиторный иск обладает следующими чертами.

Он является разновидностью исков о воспреещении. Такой вид исков используется в доктрине процессуального права. В контексте прогибиторного иска как института материального права это означает, что такое требование имеет целью возложить на ответчика обязанность не мешать собственнику в осуществлении его права. С процессуальной точки зрения иски о воспреещении относятся к искам о присуждении к бездействию. Прогибиторный иск возлагает на ответчика обязанность воздержаться от совершения вредоносных действий в будущем — как новых нарушений в отношении конкретного вещного права, так и повторных аналогичных нарушений. Отнесение прогибиторного иска к искам о воспреещении имеет определенное правовое следствие — не выдается исполнительный лист и не осуществляется принудительное исполнение.

Иски о воспреещении известны правовым порядкам как стран общего, так и континентального права. Терминологически они описываются по-разному (судебный запрет, превентивные иски, иски о воспреещении, иски о запрете) и имеют специфику в механизме действия. В немецком праве иск о воспреещении именуется *Unterlassungsklage*. Естественно, что этот иск значительно шире прогибиторного требования и охватывает многие сферы частного права, а не только вещные правоотношения — конкурентное право [Steinbrück R., 2014: 201–202], защиту имущественных и личных прав, защи-

ту прав потребителей и др. При этом немецкое право развивается интенсивнее многих правопорядков и уже проводятся научные разработки всестороннего изложения конструкции *Unterlassungsklage* [Fritzsche J., 2000].

Необходимо повторить, что *Unterlassungsklage* является институтом гражданского процесса [Hufen F., 2011: 279–288, 425–431] и является иском, посредством которого истец пытается предотвратить настоящее или будущее нарушение своих прав, а судебное решение приказывает ответчику прекратить и воздержаться от определенных действий, нарушающих права истца, под страхом штрафа. При этом иски о воспреещении в сфере вещных правоотношений немецкие суды квалифицируют по § 1004 Германского гражданского уложения (далее — ГГУ), т.е. как негаторное требование¹. Это связано с тем, что в рамках пандектного обобщения римского права негаторный иск стал универсальным способом защиты, поглотившим прогибиторный иск.

Перед обращением в суд за получением *Unterlassungsklage* заинтересованное лицо обращается к нарушителю в претензионном порядке; хотя такое требование не закреплено в законе, но его принято соблюдать. Для установления *Unterlassungsklage* необходимо, чтобы существовала угроза повторного нарушения, т.е. наличествует *Rechtsschutzbedürfnis* — необходимость в судебной защите, законный интерес в получении защиты. Если нарушение угрожает впервые, то получение *Unterlassungsklage* возможно только при наличии квалифицированного интереса в правовой защите — правового ожидания.

В праве стран англо-саксонской правовой семьи иск о воспреещении известен в виде постоянных судебных запретов — *permanent injunctions* и *quia timet injunction*. *Permanent injunctions* применим в самом широком спектре споров из частных правоотношений. Наиболее исследованы постоянные запреты в сфере патентного права [Diessel B., 2007: 305–345]; [Gergen M., Golden J., Smith H., 2012: 203–249]; [Seaman C., 2016: 1949–2019]; [Wu Q., 2020: 320–321].

Более каноничный *quia timet injunction* лучше исследован в английском праве и имеет такую разновидность, как *monstraverunt* — иск, который может быть предъявлен до того, как будет причинен вред или беспокойство. Судебный запрет *quia timet* может быть вынесен при доказанности трех обстоятельств: непосредственной опасности; непоправимости возможно-

¹ См.: Oberlandesgericht Stuttgart weist Unterlassungsklage gegen Holztrocknungsanlage in Seewald zurück Webseite des Oberlandesgerichts Stuttgart, 31. März 2014. Available at: <http://www.olg-stuttgart.de/pb/,Lde/Startseite/PRESSE/Oberlandesgericht+Stuttgart+weist+Unterlassungsklage+gegen+Holztrocknungsanlage+in+Seewald+zurueck/?LISTPAGE=1178276> (дата обращения: 12.01.2022)

го ущерба; при наступлении вредоносных обстоятельств защита интересов истца будет невозможна, если в судебном запрете сейчас будет отказано.

Из сравнительно-правового анализа следует, что иск о воспреещении в англо-саксонском праве является институтом процессуального права, а в праве стран романо-германской системы — институтом материально права. Во многом это объясняется тем, что обе системы права строились на рецепции римского права, но на разных этапах его многовекового развития. Англо-саксонские страны рецепировали право времен Институций Гая, а романо-германские — право времен Дигестов Юстиниана.

Превентивный характер прогибиторного иска (предупредительный иск, превентивный иск). Данный иск представляет собой приказ суда воздержаться от определенных действий впредь. И. Пухан и М. Поленак-Акимовская пишут: «*Interdicta prohibitoria* являлись интердиктами, которыми определенным лицам запрещалось какое-либо насильственное изменение существующих отношений» [Пухан И., Поленак-Акимовская М., 2000: 349]. О.С. Иоффе так описывает превентивный характер прогибиторного иска: «Признав его обоснованным, суд обязывал нарушителя устранить последствия совершенных действий и не совершать действия такого же рода в будущем» [Иоффе О.С., Мусин В.А., 1975: 79].

Превентивность здесь состоит в том, что запрещается совершать аналогичные действия, тождественные нарушению. Об этом аспекте прогибиторного иска А.В. Германов пишет, что «владелец вправе защищать свое владение силой, с неизбежностью вытекает другое: если я как владелец опасаясь применения силы со стороны претендента на владение, я могу просить общественную власть о применении прогибиторных средств» [Германов А.В., 2009: 263]. Превентивные иски и иски о воспреещении являются синонимичными правовыми явлениями, и такое наименование связано с развитием доктрины процессуального права и унификацией терминов. В науке гражданского процесса используются оба эти наименования [Мурадян Э.М., 2001: 23–27]; [Юдин А.В., 2011: 7–12]; [Абушенко Д.Б., 2013: 60–108].

Как видно, теория превентивных мер развита в российском праве, чего нельзя сказать о правоприменительной практике. Суды крайне редко удовлетворяют требования по превентивным искам. Наверное, в нашей правовой культуре закрепились идея «приходите, когда убьют». В аспекте реализации принципа неприкосновенности собственности это звучит так — «когда нарушат, тогда обращайтесь в суд».

Прогибиторный иск является разновидностью вещных исков и на него распространяются признаки и свойства этих способов защиты. В зарубежном праве, как и в римском, иногда создавалась путаница. Дело в том, что существовали прогибиторный интердикт и прогибиторный иск. Первый из

них был процессуальным средством, и в настоящее время понимается как иск о воспреещении. Второй из них является способом защиты вещных прав, т.е. вещным иском, и именно ему посвящено настоящее исследование. По причине путаницы интердикта и иска в научной литературе часто прогибиторный иск понимается излишне широко, как мера воспреещения от любых действий потенциального нарушителя. Но это свойство интердикта. Прогибиторный иск по римскому праву имел более четкую сферу применения — вещное право, когда необходимо запретить ответчику повторное аналогичное нарушение в будущем под страхом возложения на него штрафа.

Специальное правовое основание применения прогибиторного иска — противоправное состояние, когда имеет место неоднократность нарушения вещного права в виде создания помехи в использовании собственником своей вещи. В римском праве основание применения запрета нарушать на будущее основывалось на *naturalis ratio* — естественном разуме. Разумно предотвращать потенциальное нарушение, чем разбираться с его последствиями после наступления, например, разумнее запретить возведение самовольной постройки, осуществляемое конкретным лицом, чем заниматься потом сносом постройки. Но таких случаев в современной российской практике безмерно мало.

Поиски правового основания прогибиторного иска поднимают вопрос о его соотношении с общим запретом не нарушать закон и чьи-либо субъективные права (принципы законности и верховенства права). Здесь возможен вопрос: если это потенциальное нарушение, которое нужно запретить, то разве оно по умолчанию уже не запрещено охранительными нормами гражданского права? Нет, не запрещено. Прогибиторный иск касается конкретного запрета определенных действий определенного же лица. При прогибиторном иске запрещается действие, которое уже осуществляется, но оно не закончено, а при окончании повлечет нарушение. Например, запрет строительства дома при уплотненной застройке на стадии котлована — нарушение прав соседей будет совершено после возведения здания. Но зачем ждать, если очевидно, что нарушение неизбежно состоится? Это адресный, индивидуализированный запрет, а запрет охранительной нормы — общий, адресованный всех для поддержания правопорядка.

Санкции за нарушение запрета. Исторически в рамках прогибиторного иска (иска о воспреещении) нарушитель подвергался штрафу, если нарушал запрет. В настоящее время невозможно напрямую требовать запрета повторного нарушения вещного права и штрафа за игнорирование такого судебного запрета. Возможно только использование астрента (судебной неустойки в пользу частного лица) по аналогии закона, но не буквально. Астрент закреплен в п. 1 ст. 308.3 ГК РФ для стимулирования исполнения должником обязательства в натуре через выплату судебной неустойки «в размере, опре-

деляемом судом на основе принципов справедливости, соразмерности и недопустимости извлечения выгоды из незаконного или недобросовестного поведения».

В последующем (в п. 28 Постановления Пленума Верховного Суда России от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств») сделано расширительное толкование, допускающее использование астрента при отказе от добровольного исполнения негаторного иска (ст. 304 ГК РФ). Поскольку формулировка ст. 304 широка и универсальна, через расширительное толкование возможно применение прогибиторного иска и выплата судебной неустойки при нарушении судебного запрета на совершение ответчиком аналогичного или подобного нарушения в будущем. Однако это возможно, если суд применит аналогию закона, напрямую же закон не дает такого превентивного эффекта защиты вещного права.

3. Соотношение прогибиторного и негаторного исков

Истоки проблемы соотношения этих способов защиты находятся в развитии идей римского права, когда прогибиторный иск прошел эволюцию от самостоятельного до положительной разновидности негаторного иска. Хотя прошло много лет со времен падения Рима и пандектной систематизации права, но дискуссия о соотношении этих способов столь же актуальна и для современного гражданского права.

В рамках первого подхода заявляется о тождественности прогибиторного и негаторного исков [Монахов Д.А., 2007: 70–71]; [Потапенко С.В., Зарубин А.В., 2012: 151]. Это объяснимо тем, что конструкция негаторного иска со времен пандектистов считается универсальной, и им охватываются любые нарушения вещного права, которые не связаны с лишением владения.

Второй подход основан на том, что рассматриваемые способы защиты не тождественны, а существуют параллельно. Такой подход менее распространен в доктрине гражданского права, но тем интереснее рассмотреть доводы в его пользу. А.А. Кот приходит к выводу, что «действующее гражданское законодательство не содержит достаточных оснований для того, чтобы квалифицировать превентивные способы защиты как негаторные требования. Основным признаком негаторного иска согласно ст. 391 ГК Украины усматривается существование препятствия для осуществления права собственности, тогда как защита в соответствии с ч. 2 ст. 386 ГК Украины предусматривает только угрозу нарушения права» [Кот А.А., 2017: 271–272].

Пункт 2 ст. 386 ГК Украины гласит: «Собственник, имеющий основания предусматривать возможность нарушения своего права собственности дру-

гим лицом, может обратиться в суд с требованием о запрете совершения им действий, которые могут нарушить его право, или с требованием о совершении определенных действий для предотвращения такого нарушения». Как следует из приведенного мнения, речь идет о более широком в своем понимании превентивном иске — любого возможного нарушения вещного права. Это дает основание полагать, что в п. 2 ст. 386 ГК Украины закреплён иск о воспрещении, а не прогибиторный иск.

А.В. Переладов и А.А. Личман приходят к следующему выводу об отсутствии тождественности рассматриваемых исков: «Несмотря на то, что исторически прогибиторный иск связан с негаторным требованием, актуальное правовое регулирование и правоприменение проводят между данными способами защиты существенные различия» [Переладов А.В., Личман А.А., 2020: 78–87]. Интереснее всего аргументация авторов — по их мнению, прогибиторным иском стоит называть требование о воспрещении опасной деятельности, основанное на п. 1 ст. 1065 ГК РФ («Опасность причинения вреда в будущем может явиться основанием к иску о запрещении деятельности, создающей такую опасность») [Переладов А.В., Личман А.А., 2020: 80–81].

Такое понимание прогибиторного иска (через норму п. 1 ст. 1065 ГК РФ) интригующе, поскольку подчеркивает историческое развитие римского прогибиторного и негаторного исков. По сути, такой подход основан на том, что римский негаторный иск отрицал право, а римский прогибиторный иск устранял фактические нарушения. Однако как и во многих аспектах нашей жизни, в этой теории присутствует «но». Речь идет о нюансах прочтения римских источников и том, что история развития прогибиторного иска в Риме имела эволюционный характер.

Если говорить о современной норме п. 1 ст. 1065 ГК РФ, то она не может считаться разновидностью прогибиторных исков в связи с тем, что она: связана с предотвращением причинения вреда, а прогибиторный иск устанавливает запрет на совершения нарушения в будущем; носит характер деликтного обязательства, а прогибиторный иск — вещного иска; защищает общественный интерес, а прогибиторный иск — частный интерес, точнее, вещное субъективное право конкретного лица; связана с деятельностью ответчика, что подразумевает масштабность его активности, а прогибиторный иск запрещает менее масштабные действия ответчика; устраняет повреждение вещи, а прогибиторный иск предотвращает создание помехи в пользовании вещью. Исходя из этого, трудно согласиться с идеей о тождественности прогибиторного иска и требования из п. 1 ст. 1065 ГК РФ, но сама идея изящна, безусловно.

А.В. Копылов считает, что рассматриваемые иски соотносятся по характеру нарушения, от которого они защищают, — прогибиторный иск за-

щищает от фактических нарушений, а негаторный иск — от юридических: «Если сервитуарий встречается фактические препятствия в реализации принадлежащего ему права (например, сосед возводит забор на месте прохода), то используемый им иск имеет характер прогибиторного. Если же притязания носят юридический характер (сосед оспаривает наличие у сервитуария самого права прохода), то применяемый для защиты иск является негаторным» [Копылов А.В., 2000: 33, 53, 72].

С таким критерием разграничения трудно согласиться, поскольку, отрицая наличие сервитута, истец просит пресечь те действия, которые совершает ответчик, самоуправно приписав себе сервитут, т.е. пресечь действия фактического характера. Юридическое нарушение связано с применением иска о признании вещного права, когда ответчик ограничивается только отрицанием наличия у истца права, а истец просит суд о констатации наличия вещного права и не требует от ответчика прекращения фактических действий. Юридическая помеха охватывается понятием оспаривания, которое наравне с нарушением поименованы в ст. 11 ГК РФ в качестве основания защиты гражданских прав.

Вопрос о соотношении прогибиторного и негаторного исков сложнее, чем это следует из приведенных выше точек зрения. Можно предложить третий подход, который разделяет друг от друга рассматриваемые иски, но при этом наполняет современный прогибиторный иск вполне четкой сферой применения.

В римском частном праве прогибиторный иск носил позитивный характер — давал право истцу потребовать от ответчика терпеть, не совершать каких-либо действий, способных нарушить его право. Негаторный иск носил отрицательный характер — отрицал право ответчика приписывать себе возможность использования вещи, по сути, отрицание самовольного приписывания сервитутного права. Именно с этим связано наименование иска (от лат. *negaterius* — «отрицательный»). Негаторный иск направлен на устроение создаваемой собственнику помехи, и последствий этой помехи. Прогибиторный иск ориентирован на будущее время — запрещает впредь нарушать право истца.

Негаторный иск устраняет последствия нарушения в виде создания помехи в пользовании своей вещью и последствия такого нарушения. Более того, негаторный иск может устранять возможное нарушение, которое еще не окончено в своем совершении, но при продолжении деятельности неизбежно приведет к нарушению вещного права. Каноничный пример такого применения негаторного иска на будущее — требование о запрете строительных работ, которые приведут к возведению здания, что нарушит субъективные права соседей, как часто бывает при уплотненной застройке.

В этом и кроется различие между прогибиторным и негаторным исками. Они оба могут быть направлены на устранение будущего нарушения, но в разных ситуациях — негаторный иск устраняет новое возможное нарушение, а прогибиторный иск ориентирован на устранение повторного нарушения в будущем, запрета нарушений такого же рода, когда ранее судом было пресечено предшествующее нарушение. В таком понимании можно говорить о самостоятельности прогибиторного иска от иска негаторного. Но важно понимать, что такая позиция касается *lege ferenda*. De *lege lata*, исходя из универсальной формулировки негаторного иска в нормах закона большинства стран, прогибиторный иск остается в тени негаторного иска. Хотя и было бы логичным вывести его из-под нее.

Применение негаторного иска для недопущения повторного тождественного нарушения часто встречается в законах разных стран. В § 1004 ГГУ говорится: «Если есть основание ожидать дальнейших нарушений, то собственник может предъявить негаторный иск». В п. 2 ст. 376 ГК Республики Молдова сказано, что «если имеются основания для того, чтобы предположить последующие нарушения, собственник вправе предъявить негаторный иск». Статья 89 Закона Эстонской республики от 9.06 1993 «О вещном праве» закрепляет правило, что «при наличии оснований предполагать повторение подобного нарушения собственник может потребовать воздержаться от нарушения». В указанной статье Закона речь идет о негаторном иске.

В рамках гармонизации частного права Евросоюза предлагается унифицировать способы защиты вещных прав. В Модельных правилах европейского частного права (DCFR) упоминается конструкция прогибиторного иска. Рассматриваемый иск упоминается не буквально, а через указание возможности применения негаторного иска в трех направлениях. В пункте 2 ст. VIII.-6:101 сказано: «Если иное лицо вмешивается в осуществление правомочий собственника или существует угроза такого вмешательства, собственник имеет право на признание права собственности и на приказ о его защите». В пункте 3 названной статьи раскрываются виды таких требований: «Приказ о защите представляет собой приказ, который по обстоятельствам дела: (а) запрещает вмешательство, угрожающее в будущем; (b) обязывает прекратить существующее вмешательство; (c) обязывает устранить последствия имевшего место вмешательства». Получается, что в DCFR прогибиторный иск закреплен как одно из трех требований в составе негаторного иска через формулировку «запрещает вмешательство, угрожающее в будущем» («prohibits imminent future interference»).

Из обсуждения вопроса о соотношении прогибиторного и негаторного исков в современном праве вытекают следующие выводы. Во-первых, предмет негаторного иска заключается в возможности предъявления трех тре-

бований: об устранении последствий, вызванных нарушением; о запрете действий, создающих препятствия к нормальному использованию вещи; о запрещении неправомерных действий со стороны нарушителя на будущее время, в при реальной угрозе нарушения в будущем.

Во-вторых, при опасности повторного аналогичного нарушения возможно предъявление прогибиторного иска, который, исходя из законодательства, охватывается предметом негаторного иска, направленного на устранения будущего нарушения, но *de lege ferenda* должен считаться самостоятельным вещным иском.

Заключение

История прогибиторного иска значительна, и понимание его конструкции различалась на протяжении веков. Эволюция прогибиторного иска прошла четыре основных этапа: параллельное существование с негаторным иском; сближение этих исков; поглощение негаторным иском прогибиторного требования; возобновление дискуссии о соотношении этих двух исков в рамках повышения интереса к превентивным мерам защиты.

Основная проблема с правовой природой прогибиторного иска состоит в том, что пандектисты стали относить к вещным искам только два требования — виндикационный и негаторный. Для такого бинарного деления была проделана следующая работа: в сферу применения негаторного иска были включены прогибиторный и конфессорный иски; негаторный иск перестал пониматься как требования об отрицании самовольного приписывания себе сервитута. Но с развитием гражданского оборота и введением регистрации прав на недвижимость двусоставная система вещных исков не обеспечивает полноты и эффективности защиты вещного права. Поэтому необходимо расширить перечень вещных исков и обсуждать возможность обособления прогибиторного иска в современном праве.

Действующая в настоящее время в России конструкция прогибиторного иска как части абстрактной формулировки ст. 304 ГК РФ не работоспособна, этот иск не выполняет своей превентивной функции. Суды не обеспечивают защиты от возможного повторного аналогичного нарушения, в лучшем случае ограничиваясь астрентом. В этой ситуации необходимо менять конструкцию и прогибиторного иска, и систему вещных исков. Изменение, которое позволит судам сформировать судебную практику по превентивной защите вещных прав, может состоять в придании самостоятельного значения прогибиторному иску.

В научных публикациях по римскому праву встречается путаница между прогибиторным интердиктом и прогибиторный иском. Первый из них был

процессуальным средством и понимается ныне как иск о воспреещении. Второй из них является способом защиты вещных прав, т.е. вещным иском. По причине путаницы интердикта и иска в доктрине прогибиторный иск часто понимается излишне широко — как мера воспреещения от любых действий потенциального нарушителя. Но это свойство интердикта. Прогибиторный же иск имел более четкую сферу применения — вещное право, когда необходимо запретить ответчику повторного аналогичное нарушение в будущем под страхом возложения на него штрафа.

Прогибиторный иск обладает следующими чертами: он относится к разновидности исков о воспреещении (иск о присуждении к бездействию), в связи с чем по нему не выдается исполнительный лист и не осуществляется принудительное исполнение; он имеет превентивный характер (предупредительный иск, превентивный иск) — запрещает ответчику совершать аналогичные действия на будущее время; вещный характер, является разновидностью вещных исков; он имеет специальное правовое основание применения в виде противоправного состояния, которое выражается в систематических действиях, нарушающих вещное право истца; санкции за нарушение судебного запрета в виде штрафа, уплачиваемого в пользу истца.

Негаторный и прогибиторный иски могут быть направлены на устранение будущего нарушения, но в разных ситуациях — негаторный иск устраняет новое возможное нарушение, а прогибиторный иск ориентирован на устранение повторного нарушения в будущем, запрета нарушений такого же рода, когда ранее судом было пресечено предшествующее нарушение. В таком понимании можно говорить о самостоятельности прогибиторного иска от иска негаторного. Но важно понимать, что такая позиция касается *lege ferenda*. Из-за универсальной формулировки негаторного иска в нормах закона большинства стран прогибиторный иск остается в тени негаторного иска. Вывод его из сферы применения негаторного иска позволит сформировать судебную практику превентивной защиты собственности; пока что без самостоятельного регулирования прогибиторного иска суды крайне редко дают защиту от возможного нарушения в будущем. Необходимость развития превентивных способов защиты вещных прав очевидна.



Список источников

1. Абушенко Д.Б. О материально- и процессуально-правовых особенностях исков и судебных решений по требованиям о заключении, изменении и прекращении договора // Вестник гражданского процесса. 2013. № 2. С. 60–108.
2. Барон Ю. Система римского гражданского права. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2005. 1102 с.

3. Германов А.В. От пользования к владению и вещному праву. М.: Статут, 2009. 700 с.
4. Гримм Д.Д. Лекции о догме римского права. М.: Зерцало, 2003. 496 с.
5. Иоффе О.С., Мусин В.А. Основы римского гражданского права. Ленинград: Изд-во Ленинградского ун-та, 1975. 156 с.
6. Копылов А.В. Вещные права на землю в римском, русском дореволюционном и современном российском гражданском праве. М.: Статут, 2000. 255 с.
7. Кот А.А. Превентивные способы защиты права собственности в гражданском праве Украины // Защита гражданских прав: избранные аспекты: сборник статей. М.: Статут, 2017. С. 264–275.
8. Монахов Д.А. *Vindicatio servitutis* как основной способ судебной защиты сервитутов в российском праве // Право и политика. 2007. № 5. С. 70–75.
9. Мурадян Э.М. Превентивные иски // Государство и право. 2001. № 4. С. 23–27.
10. Переладов А.В., Личман А.А. Неправильный мед соседского права // Вестник Кемеровского государственного университета. Серия: Гуманитарные и общественные науки. 2020. Т. 4. № 1. С. 78–87.
11. Покровский И.А. История римского права. СПб.: Летний Сад, 1998. 560 с.
12. Потапенко С.В., Зарубин А.В. Настольная книга судьи по спорам о праве собственности. М.: Проспект, 2012. 248 с.
13. Пухан И., Поленак-Акимовская М. Римское право. М.: Зерцало, 2000. 448 с.
14. Новицкий И.Б., Перетерский И.С. (ред.) Римское частное право. М.: Зерцало-М, 2008. 560 с.
15. Субботин М.В. Специальные способы защиты права собственности // Законодательство. 2004. № 3. С. 16–23.
16. Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. М.: Статут, 2008. 922 с.
17. Султанов А.Р. Защита свободы совести, распространения убеждений через призыву постановлений Европейского суда по правам человека. М.: Статут, 2013. 544 с.
18. Усачева К.А. Негаторный иск в исторической и сравнительно-правовой перспективе // Вестник гражданского права. 2013. № 5. С. 87–119.
19. Юдин А.В. Иск о присуждении к бездействию в личной (неимущественной) сфере и его нераскрытый потенциал в гражданском процессе // Юрист. 2011. № 23. С. 7–12.
20. Amigud A., Dawson P. The law and the outlaw: is legal prohibition a viable solution to the contract cheating problem? Assessment and Evaluation in Higher Education, 2020, vol. 45, no. 1, pp. 98–108.
21. Baron J. Pandekten. 9 verm. Aufl. Leipzig: Duncker, 1896, 823 S.
22. Benke J. Ancient, medieval and present issues in private law. Journal of European History of Law, 2021, vol. 12, no. 1, pp. 130–137.
23. Benjamin J., Jud G., Winkler D. The Value of Smoking Prohibitions in Vacation Rental Properties. Journal of Real Estate Finance and Economics, 2001, vol. 22, no. 1, pp. 117–128.
24. Diessel B.H. Trolling for trolls: The pitfalls of the emerging market competition requirement for permanent injunctions in patent cases post-eBay. Michigan Law Review, 2007, vol. 106, no. 2, pp. 305–345.
25. Fritzsche J. Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage. Berlin: Springer, 2000, 770 S.

26. Gergen M., Golden J., Smith H. The Supreme Court's accidental revolution? The test for permanent injunctions. *Columbia Law Review*, 2012, vol. 112, no. 2, pp. 203–249.
27. Gross R., Brammli-Greenberg S. Evaluating the effect of regulatory prohibitions against risk selection by health status on supplemental insurance ownership in Israel. *Social Science and Medicine*, 2004, vol. 58, no. 9, pp. 1609–1622.
28. Hufen F. *Verwaltungsprozessrecht*. München: Beck, 2021. 660 S.
29. Jehoram H. Prohibition of parallel imports through intellectual property rights. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 1999, vol. 30, no. 5, pp. 495–511.
30. La Feria R. On Prohibition of Abuse of Law as a General Principle of EU Law. *EC Tax Review*, 2020, vol. 29, issue 4, pp. 142–146.
31. La Feria R. Prohibition of abuse of (community) law: The creation of a new general principle of EC law through tax. *Common Market Law Review*, 2008, vol. 45, no. 2, pp. 395–441.
32. Mendonça P. Third-party ownership prohibition in football and European Union fundamental freedoms: CAS decision on RFC Seraing case. *International Sports Law Journal*, 2018, vol. 18, no. 1–2, pp. 39–45.
33. Munday R. Prohibitions against assignment of choses in action. *Cambridge Law Journal*, 1979, vol. 38, no. 1, pp. 50–53.
34. Schott H. Das ius prohibendi und die formula prohibitoria. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 1889, vol. 10, no. 1, pp. 173–176.
35. Seaman C. Permanent injunctions in patent litigation after eBay: An empirical study. *Iowa Law Review*, 2016, vol. 101, no. 5, pp. 1949–2019.
36. Stagl J. The ratio behind the prohibition for spouses to donate to each other. Monopolising matrimonial property law in the dotal system. *Legal History Review*, 2017, vol. 85, no. 1–2, pp. 141–165.
37. Steinbrück R. Unterlassungsklage nur bei illoyalem Verstoß gegen Konkurrenzklausel begründet. *Klinische Monatsblätter für Augenheilkunde*, 2014, vol. 231, no. 3, S. 201–202.
38. Wu Q. Free speech in denial of a permanent injunction in US copyright practice. *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 2020, vol. 15, no. 5, pp. 320–321.



References

1. Abushenko D. B. (2013) On Material and Procedural features of the actions and decisions on the requests regarding the conclusion, alteration and cessation of contract. *Vestnik grazhdanskogo protsessa* = *Journal of Civil process*, no. 2, pp. 60–108. (in Russ.)
2. Amigud A., Dawson P. (2020) The law and the outlaw: is legal prohibition a viable solution to the contract cheating problem? *Assessment and Evaluation in Higher Education*, vol. 45, no. 1, pp. 98–108.
3. Baron Yu. (2005) *The System of Roman Civil Law*. Saint Petersburg: Yuridicheskiy Tsentr Press, 1102 p. (in Russ.)
4. Baron J. (1896) *Pandekten*. 9. Aufl. Leipzig: Duncker & Humblott, 823 S.
5. Benke J. (2021) Ancient, medieval and present issues in private law. *Journal on European History of Law*, vol. 12, no. 1, pp. 130–137.

6. Benjamin J.D., Jud G.D., Winkler D.T. (2001) The Value of Smoking Prohibitions in Vacation Rental Properties. *Journal of Real Estate Finance and Economics*, vol. 22, no. 1, pp. 117–128.
7. Diessel B.H. (2007) Trolling for trolls: The pitfalls of the emerging market competition requirement for permanent injunctions in patent cases post-eBay. *Michigan Law Review*, vol. 106, no. 2, pp. 305–345.
8. Fritzsche J. (2000) *Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage*. Berlin: Springer, 770 S.
9. Gergen M.P., Golden J.M., Smith H.E. (2012) The Supreme Court's accidental revolution? The test for permanent injunctions. *Columbia Law Review*, vol. 112, no. 2, pp. 203–249.
10. Gross R., Brammli-Greenberg S. (2004) Evaluating the effect of regulatory prohibitions against risk selection by health status on supplemental insurance ownership in Israel. *Social Science and Medicine*, vol. 58, no. 9, pp. 1609–1622.
11. Hufen F. (2021) *Verwaltungsprozessrecht*. München: Beck, 660 S.
12. Ioffe O. S., Musin V. A. (1975) The Fundamentals of Civil Law. Leningrad: University, 156 p. (in Russ.)
13. Germanov A.V. (2009) *From Use to Possession and Right in rem*. Moscow: Statut, 700 p. (in Russ.)
14. Grimm D. D. (2003) Lectures on the Dogma of Roman Law. Moscow: Zertsalo, 496 p. (in Russ.)
15. Jehoram H.C. (1999) Prohibition of parallel imports through intellectual property rights. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 30, no. 5, pp. 495–511.
16. Kopylov A.V. (2000) Title to Land in Roman, Russian Pre-revolutionary and Modern Russian Civil Law. Moscow: Statut, 255 p. (in Russ.)
17. Kot A.A. (2017) Preventive ways of protecting the right of ownership in Ukrainian Civil Law. In: *Zaschita grazhdanskikh prav: izbrannye aspekty*. Moscow: Statut, pp. 264–275. (in Russ.)
18. La Feria R. (2020) On Prohibition of Abuse of Law as a General Principle of EU Law. *EC Tax Review*, vol. 29, issue 4, pp. 142–146.
19. La Feria R. (2008) Prohibition of abuse of (community) law: The creation of a new general principle of EC law through tax. *Common Market Law Review*, vol. 45, no. 2, pp. 395–441.
20. Mendonça P. (2018) Third-party ownership prohibition in football and European Union fundamental freedoms: CAS decision on RFC Seraing case. *International Sports Law Journal*, vol. 18, no. 1–2, pp. 39–45.
21. Monakhov D. A. (2007) *Vindicatio servitutis* as the major way of the legal protection of easements in Russian Law. *Pravo i politika* = Law and Politics, no 5, pp. 70–75 (in Russ.)
22. Munday R. (1979) Prohibitions against assignment of choses in action. *Cambridge Law Journal*, vol. 38, no. 1, pp. 50–53.
23. Muradyan E. M. (2001) Preventive civil actions. *Gosudarstvo i pravo* = State and Law, no. 4, pp. 23–27 (in Russ.)
24. Novitskiy I.B., Perterskiy I.S. (eds) (2008) Roman Private Law. Moscow: Zertsalo-M, 560 p. (in Russ.)
25. Pereladov A.V., Lichman A.A. (2020) Improper Honey of Neighboring Law. *Vestnik Keмеровского университета*, vol. 1, no. 1, pp. 78–87 (in Russ.)

26. Pokrovskiy I.A. (1998) *The History of Roman Law*. Saint Petersburg: Letniy sad, 560 p. (in Russ.)
 27. Potapenko S.V., Zarubin A.V. (2012) A Reference Book of Judge on Property Law Issues. Moscow: Prospekt, 248 p. (in Russ.)
 28. Pukhan I., Polenak-Akimovskaya M. (2000) Roman Law. Moscow: Zertsalo, 448 p. (in Russ.)
 29. Schott H. (1889) Das ius prohibendi und die formula prohibitoria. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. *Romanistische Abteilung*, vol. 10, no. 1, pp. 173–176.
 30. Seaman C.B. (2016) Permanent injunctions in patent litigation after eBay: An empirical study. *Iowa Law Review*, vol. 101, no. 5, pp. 1949–2019.
 31. Sklovskiy K.I. (2008) Property in Civil Law. Moscow: Statut, 922 p. (in Russ.)
 32. Stagl J. (2017) The ratio behind the prohibition for spouses to donate to each other. Monopolizing matrimonial property law in the dotal system. *Legal History Review*, vol. 85, no. 1–2, p. 141–165.
 33. Steinbrück R. (2014) Unterlassungsklage nur bei illoyalem Verstoß gegen Konkurrenzklausel begründet. *Klinische Monatsblätter für Augenheilkunde*, vol. 231, no. 3, S. 201–202.
 34. Subbotin M.V. (2004) Special Ways of Protecting Property Rights. *Zakonodatel'stvo = Legislation*, no 3, pp. 16–23 (in Russ.)
 35. Sultanov A.P. (2013) Protecting the Right of Conscience, Spreading Opinions through the prism of the European Court on Human Rights. Moscow: Statut, 544 p. (in Russ.)
 36. Usachyova K.A. (2013) Actio Negatoria in History and Comparison. *Vestnik grazhdanskogo prava = Journal of Civil Law*, no 5, pp. 87–119 (in Russ.)
 37. Wu Q. (2020) Free speech in denial of a permanent injunction in US copyright practice. *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, vol. 15, no. 5, pp. 320–321.
 38. Yudin A.V. (2011) Legal Action on Adjudging as to Inaction in Personal Area and its Potential in Civil Procedure. *Yurist = Lawyer*, no. 23, pp. 7–12 (in Russ.)
-

Информация об авторе:

Т.П. Подшивалов — доцент, кандидат юридических наук.

Information about the author:

T.P. Podshivalov —Associate Professor, Candidate of Sciences (Law).

Статья поступила в редакцию 14.01.2022; одобрена после рецензирования 04.04.2022; принята к публикации 22.04.2022.

The article was submitted to the editorial office 14.01.2022; approved after reviewing 04.04.2022; accepted for publication 22.04.2022.

Научная статья

УДК: 349.2

DOI:10.17323/2072-8166.2022.2.187.215

Юридический состав сделок в трудовом праве



Тарас Юрьевич Лузянин

Сибирский университет потребительской кооперации, Россия 630087, Новосибирск, проспект Маркса, 26, taras-luzyanin@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0002-9580-8488/>



Аннотация

В современной доктрине проблемам сделок в трудовом праве посвящено немного работ. Действующее законодательство и судебная практика все чаще используют понятие «недействительный трудовой договор» и даже допускают применение к нему нормативных положений о гражданско-правовых сделках. Отталкиваясь от общетеоретического учения о юридических фактах, автор изучает теорию сделок в трудовом праве через призму понятия «юридический состав», в качестве элементов которого выделены объективные (содержание и форма сделок) и субъективные (субъекты сделок в трудовом праве и их воля). В содержании сделок выделены условия, которые позволяют произвести их оценку для нужд теории и практики, — квалифицирующие, индивидуализирующие и инициативные. Всесторонняя оценка принципов законности, фактической возможности исполнения и определенности в содержании сделки позволяет автору прийти к выводу, что в трудовом праве они имеют собственное отраслевое наполнение. Морально-этические положения ввиду явной субъективной ориентированности не рассматриваются в качестве источников, которым должны соответствовать трудовые сделки. Учение о форме характеризуется множеством источников ее регулирования, недостаточным исследованием нетрадиционных форм и правовых последствий ее несоблюдения. Под формой трудовой сделки автор понимает дозволенный способ выражения волеизъявления субъектов, а также правовой институт (в виде совокупности общих и специальных норм, устанавливающих требования к внешнему порядку фиксации данного юридически значимого акта поведения в социально-трудовой сфере). Исследованы проблемные аспекты сделкоспособности (как особой разновидности трудовой правосубъектности), выделены такие ее стороны, как общая, специальная и индивидуальная. Поскольку воля юридического лица при совершении трудовой сделки фактически выражается лицом, действующим от его имени, отмечается, что целесообразно предусмотреть последствия превышения или отсутствия полномочий должностных лиц при совершении трудовых сделок. Волевой компонент сделок выражен в системе потребностей, интересов, мотивов и целей участников сделки, которые в совокупности имеют особое значение в оценке регулирующей силы сделки.



Ключевые слова

сделка в трудовом праве (трудовая сделка), трудовое право, юридический состав, форма сделки, содержание сделки, условие трудовой сделки, субъект сделки, воля.

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

Для цитирования: Лузянин Т.Ю. Юридический состав сделок в трудовом праве // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 2. С. 187–215. DOI:10.17323/2072-8166.2022.2.187.215.

Research article

Legal Structure of Transactions in Labor Law



Taras Yu. Luzyanin

Siberian University of Consumers' Cooperative Society, 26 Karl Marks Avenue, Novosibirsk 630087, Russia, taras-luzyanin@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0002-9580-8488/>



Abstract

In contemporary doctrine an insignificant part of the works is devoted to the issues of transactions in labor law. At the same time, the current legislation and judicial practice increasingly use the concept of “invalid employment contract” and even allow the application of regulatory provisions on civil transactions to it. Based on the general theoretical doctrine of legal facts, the author studies the theory of transactions in labor law through the prism of the concept of “legal composition”, the elements of which are objective (content and form of transactions) and subjective (subjects of transactions in labor law, their will). The conditions are highlighted in the content of transactions that allow them to be assessed for the needs of theory and practice — qualifying, individualizing and proactive. In addition, a comprehensive research assessment of the principles of legality, the actual possibility of execution and certainty in the content of the transaction allows the author of the article to come to the conclusion that in labor law they have their own content. Due to the obvious subjective orientation, moral and ethical provisions are not considered as sources to which labor transactions must correspond. The doctrine of the form is characterized by many sources of its regulation, insufficient research of non-traditional forms and legal consequences of its non-observance. By the form of a labor transaction, the author of the article understands a permitted way of expressing the will of subjects, as well as a legal institution (in the form of a set of general and special norms of law that establish requirements for the external procedure for fixing this legally significant act of behavior in the social and labor sphere). The paper investigates the problematic aspects of the ability to deal (as a special type of labor personality), identifies such aspects as general, special and individual. Since the will of a legal entity when concluding a labor transaction is actually expressed by a person acting on its behalf, the author notes that it is advisable to foresee the consequences of exceeding or lacking the powers of officials when concluding

labor transactions. The strong-willed component of transactions is expressed in the system of needs, interests, motives and goals of the parties to the transaction, which together are of particular importance in assessing the regulatory power of the transaction.



Keywords

labor deal (labor transaction); labor law; legal structure; transaction form; contents of the transaction; labor transaction condition; subject of the transaction; will.

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

For citation: Luzyanin T.Yu. (2022) Legal Structure of Transactions in Labor Law. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no. 2, pp. 187–215 (in Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2022.2.187.215.

Введение

Юридические факты составляют неотъемлемую основу возникновения, изменения и прекращения трудовых правоотношений. Ученые поддерживают необходимость структурного анализа понятия «состав юридического факта». Так, в составе любого юридического факта-действия в трудовом праве предлагается выделять четыре элемента: субъект, объект, объективную сторону и субъективную сторону [Баринов О.В., 1980: 31–32].

Институт сделок в трудовом праве находится на начальной стадии научного познания. На современном этапе отношение правоведов к этому понятию неоднозначно. Вместе с тем ряд авторитетных ученых уже давно выдвинул предложение рассматривать трудовой договор в своей основе как частноправовую сделку [Варшавский К.М., 1923: 20–21], «консенсуальную сделку» [Пашков А.С., 1966: 137], «двустороннюю сделку» [Гусов К.Н., Толкунова В.Н., 1999: 174]. А.Е. Пашерстник также предлагал определять наем труда как усложненную товарную сделку, содержащую в себе акт продажи и фактического вступления в отношения власти и подчинения [Пашерстник А.Е., 1948: 134–146]. В современной теории трудового права концепция сделок получила наиболее активную разработку в научных трудах В.М. Лебедева, Е.Б. Хохлова и Н.И. Дивеевой.

Вместе с тем ряд исследователей возражает против использования данного института. В частности, Э.Н. Бондаренко полагает, что использование этой конструкции на практике способно обесценить значение трудового договора и открыть возможность широкому применению норм гражданского законодательства к трудовым отношениям [Бондаренко Э.Н., 2004: 53–59].

А.М. Лушников и М.В. Лушникова, не отрицая того факта, что для постсоветского периода развития доктрины стало характерным изучение феномена трудоуправовых сделок, все же предлагают для более широкого использования термин «договоры о труде» [Лушников А.М., Лушникова М.В., 2009: 267]. Законодательно также закреплено использование термина «соглашение» применительно к трудовому договору (ст. 56 Трудового кодекса Российской Федерации; далее — ТК РФ).

Следует признать, что понятие сделки к настоящему моменту перестало быть чисто цивилистическим и являет собой общетеоретическое родовое понятие, которое должно иметь специальное содержание в трудовом праве. Ввиду отраслевой специфики признание трудовых сделок в качестве юридического факта не может служить основанием для непосредственного применения норм гражданского права к трудовым отношениям, поскольку это не предусмотрено трудовым законодательством (ч. 1 ст. 11 ТК РФ). Многозадачность отрасли, теоретические и практические нюансы не отрицают возможности субсидиарного применения норм гражданского законодательства и междисциплинарной аналогии, когда для этого имеются необходимые предпосылки в целях полного и всестороннего регулирования трудовых отношений. Использование инструментов гражданского права не может умалять целей и принципов отраслевого регулирования и быть антагонистичным сложившейся системе нормативных источников трудового права.

Использование собирательного термина «договоры о труде» вместо трудоуправовых сделок не всегда логично, поскольку в первое понятие включаются дву- и многосторонние акты нормативного и индивидуального свойства, а сделки рассматриваются как средства индивидуального поднормативного регулирования не только двусторонней, но и односторонней природы.

По схожим причинам допускаемая законодателем конструкция «соглашения» также не опровергает существования сделок. Соглашения по своей природе также могут быть не только сделками, но и источниками права (ст. 5 ТК РФ). Кроме того, соглашения, в отличие от сделок, могут и не создавать индивидуальных прав и обязанностей участников в социально-трудовой сфере (например, соглашения, фиксирующие наличие уже имеющихся неурегулированных разногласий между сторонами трудовых отношений, нуждающихся в разрешении посредством законодательно установленных процедур). Подобные взаимные акты-признания, на наш взгляд, хотя и направлены на стабилизацию отношений, но лишены юридической силы сделки, поскольку не имеют прямого правообразовательного эффекта (направленности воли на возникновение, изменение, приостановление и прекращение конкретных прав и обязанностей).

Использование термина «правовой акт» в социально-трудовой сфере также способно вносить неопределенность ввиду полисемии: его роль как индивидуального или корпоративного акта управления, акта толкования, нормативного акта, публичного или частноправового акта, акта-сделки или акта-реализации права? Следует признать, что конструкция сделки должна занять особое место в понятийном аппарате трудового права, поскольку способна обогатить содержание устоявшейся терминологии. Задача современной науки — выявление особенностей сделок именно в рамках отраслевого режима. Частичное применение отдельных норм гражданского права допускается в исключительных случаях, не должно искажать сути сделки как категории трудового права, поэтому не может служить основанием для лишения работника справедливой защиты [Майфат А.В., Жильцов М.А., 2021: 748–755]¹.

Полагаем, что понятие состава сделки (как вторичного по отношению к общеправовому — составу юридического факта) должно найти самостоятельное применение в трудовом праве. Состав трудовой сделки не может быть сведен только к признакам таких сделок², так как он является результатом более глубокого научного анализа [Черданцев А.Ф., 1972: 13]; [Толстик В.А., 2013: 772], в ходе которого на основе индуктивного подхода и абстрагирования ранее выделенные признаки понятия дифференцируются на необходимые и несущественные. При конструировании состава сделки в него вбираются только существенные элементы, определяющие сделку наиболее общим образом. Признаки сделки характеризуют сделку как явление с различных сторон, состав же сделки указывает на некоторые ее типичные черты, взятые в единстве. Только в совокупности они являются достаточными условиями признания рассматриваемого явления сделкой.

Исходя из дифференциации понятий по определенному признаку, вполне допустимо различать составы сделок в пределах рассматриваемого явle-

¹ Например, Постановлением Арбитражного суда Дальневосточного округа от 15.06.2021 по делу № Ф03-2724/2021 были оставлены без изменения судебные акты нижестоящих судов, признавшие недействительным трудовой договор о выполнении трудовой функции юриста на основании ст. 10, 168, 170 ГК РФ. Примечательно, что арбитражный суд констатировал мнимый характер трудового договора по нормам гражданского законодательства и признал недопустимой защиту работником прав, вытекающих из дефектной трудовой сделки. В указанном случае применение судом гражданско-правовых норм оказалось объективно необходимым, поскольку поведение работника в процессе заключения трудового договора оказалось явно недобросовестным, а соответствующие нормы трудового права, наиболее полно регулирующие сложившуюся ситуацию, отсутствуют. См.: Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 15.06.2021 года по делу № Ф03-2724/2021 // СПС КонсультантПлюс.

² По мнению ряда ученых, необходимо разграничение понятий и юридических конструкций. Конструкции, в отличие от понятий, имеют системно-структурное строение. Следовательно, признаки понятия — это качественная сторона предмета или явления, с помощью которых можно его определить или описать. Элемент — составная часть объекта-конструкции (в данном случае состава сделки), имеющей сложное строение.

ния. Законодателю и правоприменителю исключительно важно выделить из совокупности признаков отдельного явления такие его элементы, которые будут служить методологической основой для квалификации юридического факта. Так, один и тот же признак, имеющий отношение к различным сделкам, в зависимости от воли законодателя и конечных интересов участников может быть элементом общего, специального юридического состава или быть юридически безразличным закреплённому составу. При этом взаимосвязь необходимых элементов сделки в конкретном составе является определяющей для формально-логического вывода о существовании трудовой сделки и ее принадлежности к определенному виду юридических фактов.

Определение содержания юридического состава сделки является необходимой предпосылкой эффективной правоприменительной деятельности. Учитывая характер целей и задач, провозглашенных законодателем в сфере регулирования трудовых отношений, правом определять окончательную конструкцию состава сделки наделены органы по рассмотрению индивидуальных трудовых споров с учетом соблюдения принципов законности и необходимости обеспечения баланса частных и публичных интересов. Состав трудовой сделки может выходить за пределы типичного состава, установленного законодателем (быть большим или меньшим по числу необходимых элементов). Таким образом, конструкция состава трудовой сделки является гибкой, установление ее содержания осуществляется комплексно, с учетом средств нормативного и индивидуального регулирования, выступающих в форме саморегулирования и правоприменительной деятельности.

Состав трудовой сделки — это совокупность ее элементов, образующих единый механизм сделки и обеспечивающих ее регулируемую функцию. Элементы состава сделки — структурно выделенные части, отражающие отдельную сторону сделки. Состав трудовой сделки как сложного юридического факта являет собой совокупность объективных и субъективных элементов, характеризующих совершенное правомерное действие как особое явление. К объективным элементам состава необходимо отнести форму и содержание сделки; к субъективным — субъектов сделки, их волю, направленную на наступление правовых последствий. Логично рассмотреть каждый элемент состава раздельно.

1. Содержание сделок в трудовом праве

Содержание трудовой сделки необходимо рассматривать как совокупность составляющих ее условий³. В теории трудового права предпочтитель-

³ Неоднозначность подходов в определении содержания сделки может быть вызвана различными воззрениями на юридическую сущность сделки (договора). В рамках настоящей

но использовать модель, основанную на единстве принципов законности сделки, фактической возможности ее исполнения, а также ее определенности. Законность содержания трудовой сделки не следует рассматривать узко, поскольку юридическое соответствие предполагает не буквальное непротиворечие всей нормативной системе регулирования (включающей в себя также международные акты, акты коллективно-договорного и локального регулирования), а строгое следование принципам, целям и задачам отрасли, сложившейся в ней системе обычаев, обыкновений и правоположений [Ершов В.В., Ершова Е.А., 2013: 67–77]. В то же время ввиду явной субъективной ориентированности нецелесообразно рассматривать морально-этические положения в качестве источников, которым должны соответствовать трудовые сделки.

Фактическое соответствие имеет свое назначение, поскольку лишенные реального действия договоренности и соглашения не способны являться полноценными средствами правового регулирования.

Определенность в содержании трудовой сделки производна от соответствующего требования, предъявляемого к нормам трудового права, и указывает на ее структурную завершенность, состоятельность и способность порождать трудовые правоотношения. Напротив, невосполнимая иными средствами неполнота условий трудовой сделки способна лишить ее регулирующего правового результата, но только в тех случаях, когда это отвечает интересам слабой стороны — работника⁴. Так, несогласование сторонами при трудоустройстве обязательных условий трудового договора в интересах работника не может влечь признание соответствующей сделки незаключенной, а лишь влечет необходимость оформления отдельного соглашения к трудовому договору или приложения к нему в целях устранения соответствующего недостатка (ст. 58 ТК РФ)

Традиционно в содержании трудового договора ученые выделяют нормативно определенные⁵ и договорные условия, которые в свою очередь подразделяются на обязательные и дополнительные [Лебедев В.М., 1998: 125];

го параграфа мы исходим из необходимости рассмотрения содержания сделки исходя из ее понимания как юридического факта.

⁴ В этом состоит главное отличие трудовой сделки от гражданско-правовой, в которой в силу юридического равенства сторон несогласованность существенных условий договора влечет одинаковые неблагоприятные последствия для всех участвующих субъектов — признание его незаключенным.

⁵ В доктрине выражается различное отношение к данным условиям. Отдельные авторы исходят из того, что императивно определяемые законодательством условия не могут относиться к содержанию договора, поскольку по ним стороны не участвуют в их согласовании. Однако более обоснованными являются позиции ученых, которые признают, что стороны, первоначально решившие совершить сделку, прямо установили и возможность ее законодательного регулирования.

[Пашков А.С., 1994: 127–130]⁶. Данный подход может быть использован и по отношению ко всем другим сделкам.

Ввиду системного взаимодействия трудовых сделок с иными фактами в механизме правового регулирования частных отношений необходимо выделять квалифицирующие условия, т.е. определяющие отнесение той или иной сделки к роду трудовых; индивидуализирующие, т.е. разграничивающие разновидности составов трудовых сделок по объективному критерию; инициативные, т.е. дополнительные условия, включаемые в содержание трудовой сделки по усмотрению сторон и не влияющие на ее нормативно установленный режим. Так, квалифицирующими условиями ученического договора является его предмет (т.е. существенные элементы данного договора, предусмотренные ст. 199 ТК РФ), индивидуализирующими — характер получаемого образования (с отрывом или без отрыва от работы согласно ст. 198 ТК РФ), а инициативными — дополнительные меры стимулирования для успешно обучающихся лиц.

В зависимости от содержательной характеристики условия трудовых сделок могут быть организационными (о сроках, декларативные, дефинитивные и переходные положения), регулятивными (о правах и обязанностях сторон) или охранительными (о порядке рассмотрения индивидуальных трудовых споров, подсудности, о процедурах привлечения к ответственности).

В зависимости от личности субъекта, имеющего первостепенное значение в выработке условий сделки, выделим условия, определяемые по согласованию с работником и работодателем (например, условия о трудовой функции работника); условия, определяемые в одностороннем порядке работником; условия, определяемые в одностороннем порядке работодателем; условия, определяемые в одностороннем порядке третьими лицами (например, судом при заключении трудового договора в судебном порядке). Правовое значение данной классификации состоит в том, что толкование условий договора не может производиться без учета интереса предложившей его стороны. Вместе с тем в интересах работника как слабой стороны трудовых

⁶ По соотношению с предписаниями, содержащимися в источниках правового регулирования трудовых отношений, договорные условия могут быть разрешенными (дозволенными) (например, улучшающие правовое положение работника); запрещенными (например, условие о принудительном труде); противоречащими закону (например, условие о доле заработной платы, выплачиваемой в неденежной форме свыше 20% от начисленной месячной заработной платы на основании ст. 131 ТК РФ); недействительными (например, в соответствии со ст. 206 ТК РФ условия ученического договора, противоречащие ТК РФ, коллективному договору, соглашениям), или неприменяемыми (противоречащие законодательству и ухудшающие правовое положение работника согласно ст. 9 ТК РФ).

отношений также допускается частноправовой способ «*contra proferentem*», то есть против предложившего.

2. Форма сделок в трудовом праве

Под формой трудовой сделки необходимо понимать определенный способ выражения волеизъявления субъектов, а также правовой институт в виде совокупности общих и специальных норм права, устанавливающих требования к внешнему порядку фиксации юридически значимого акта поведения в социально-трудовой сфере.

Форма трудовой сделки, в отличие от гражданско-правовой, самостоятельно не урегулирована. Сложившийся порядок предусматривает, что форма трудовой сделки может быть закреплена различными источниками регулирования нормативно-правового и индивидуального характера. В частности, ст. 67 ТК РФ предусматривает письменную форму трудового договора; ст. 72 гласит, что соглашение об изменении определенных сторонами условий трудового договора заключается в письменной форме. Локальные акты работодателя, принимаемые в целях повышения социальной защиты и поддержки работников, часто содержат указание на необходимость оформления письменного заявления на предоставление материальной помощи в связи с определенными жизненными обстоятельствами. Акты коллективно-договорного регулирования могут также устанавливать дополнительные требования к форме сделок. Так, коллективными договорами образовательных организаций, заключенными в соответствии с Порядком предоставления педагогическим работникам организаций, осуществляющих образовательную деятельность, длительного отпуска сроком до одного года (утв. приказом Министерства образования и науки от 31.05.2016 № 624), может допускаться предоставление длительного отпуска, разделение его на части и продление на период временной нетрудоспособности на основании письменного заявления педагогического работника.

Наконец, сами трудовые сделки могут предусматривать требования к форме волеизъявлений, влекущих возникновение, изменение и прекращение прав и обязанностей в сфере труда. В частности, в соответствии со ст. 312.3 ТК РФ трудовой договор с дистанционным работником или дополнительное соглашение к нему может содержать специальные указания о форме совершения заявлений, объяснений, составляемых работником в случаях реализации его прав или обязанностей.

Немаловажную информацию о формах сделок можно почерпнуть из складывающейся индивидуальной практики взаимоотношений работников и работодателей. Например, в ряде организаций распространена возмож-

ность ухода работников в отпуск без сохранения заработной платы до оформления соответствующего приказа единоличным исполнительным органом юридического лица или уход работника до окончания рабочей смены с устного согласия непосредственного руководителя, например в день рождения⁷.

Правовая цель внешнего регулирования формы трудовой сделки состоит в том, что в случае спора сторон или оспаривания сделки третьими лицами орган по рассмотрению индивидуальных трудовых споров может устанавливать факт совершения сделки и ее условий в соответствии со всеми признаваемыми правопорядком формами. Возможность ограничения доказывания только определенными средствами (допустимость доказательств) может устанавливаться только законом (ст. 60 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (далее — ГПК РФ)). В отношении трудовых сделок подобных нормативно-правовых ограничений не установлено. В этом состоит принципиальное отличие от гражданско-правовых сделок, для которых п. 1 ст. 162 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) установлено общее правило, что несоблюдение простой письменной формы сделки лишает стороны права в случае спора ссылаться в подтверждение сделки и ее условий на свидетельские показания, но не лишает их права приводить письменные и другие доказательства.

Конечно, «льготный режим» формы трудовой сделки не должен абсолютизироваться и пониматься изолированно от социального назначения трудового права, целей, задач и принципов правового регулирования трудовых отношений. Например, нецелесообразно устанавливать на основе свидетельских показаний размер заработной платы или иных выплат, производимых в пользу работника или работодателя. Установление условия о величине денежных прав объективно требует фиксацию такими средствами, которые допускают возможность непосредственного восприятия содержания доказательств судом или комиссией по трудовым спорам без случайного или намеренного искажения со стороны третьих лиц.

Неблагоприятные правовые последствия несоблюдения формы также должны напрямую зависеть и от того обстоятельства, кто является лицом,

⁷ Например, в ситуации ухода в отпуск без сохранения заработной платы необходимо учитывать обстоятельства, связанные с действиями работника, направленными на уведомление работодателя о необходимости отпуска без сохранения заработной платы по семейным обстоятельствам (похороны близкого родственника) и об уважительности причин отсутствия на рабочем месте, а также обстоятельства неприятия работодателем решения в надлежащей форме по заявлению работника об отпуске. Сложившаяся в организации практика ухода в отпуск без оформления приказа работодателя может свидетельствовать об отсутствии основания для привлечения к дисциплинарной ответственности за прогул. См.: Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 22.06.2020 N 13-КГ20-1-К2 // СПС КонсультантПлюс.

ответственным за ненадлежащее соблюдение формы трудовой сделки, и кто является стороной, обладающей правом на повышенную защиту интереса исходя из фактического положения (слабая и добросовестная сторона), а также общеправовых принципов разумности и справедливости.

Трудовая сделка может быть совершена в любой форме, кроме случаев, когда трудовым законодательством, локальными актами работодателя или актами коллективно-договорного регулирования прямо не предусмотрена определенная форма. Вместе с тем стороны трудовой сделки не могут быть лишены возможности придания своей договоренности иной формы. Отступление от установленной и выбор иной формы может обуславливаться фактической обстановкой совершения сделки. В отношении большинства сделок требования к форме могут устанавливаться императивными нормами законодательства (например, письменная форма договора о полной материальной ответственности). Определение формы не поименованных в законе трудовых сделок допускается по соглашению сторон, когда это не противоречит нормам трудового права.

Выработка условий сделки является продуктом интеллектуальной деятельности участников отношений, а придание им необходимой формы — конечный ее результат. В соответствии с избранным способом выражения воли субъекты могут совершать сделки в словесной форме (устной и письменной), или посредством конклюдентных действий, одобряемых одними учеными и отвергаемых другими — см., например: [Фатуев А.А., 1991: 152–155]⁸, или же путем молчания⁹.

Устная сделка может совершаться посредством словесного обмена сообщениями, а также при использовании иных языковых аналогов — жестов (например, при общении глухонемых граждан). В трудовом законодательстве, в отличие от гражданского (ст. 159 ГК РФ), возможность использования

⁸ А.А. Фатуев категорически возражал против конклюдентных действий в трудовых отношениях. Э.Н. Бондаренко, напротив, указывала возможность выражения воли посредством конклюдентных действий в случаях перевода работника без получения письменного согласия работника, но при условии, что он добровольно приступил к выполнению другой работы. Кроме того, она допускала использование наряду с письменной, также и конклюдентной формы заключения трудового договора.

⁹ Молчание также рассматривается как нетипичный способ волеизъявления сторон. Однако в случаях, предусмотренных трудовым законодательством, с бездействием сторон могут связываться определенные юридические последствия. Так, заявление о расторжении трудового договора по инициативе работника не может влечь правовых последствий, если работник продолжает работу после истечения срока предупреждения, не настаивает на увольнении, а работодатель не расторг трудовой договор (ч. 6 ст. 80 ТК РФ). Особенность молчания как волеизъявления состоит в том, что оно может влечь правовой результат не само по себе, но только в совокупности с иными юридическими фактами положительного и отрицательного характера исходя из той обстановки, в которой совершается сделка.

устной формы сделки напрямую не предусмотрена. С учетом принципа свободы труда, превалирования частноправовых начал в регулировании трудовых отношений сторонам не может быть запрещено облекать соглашения в устную форму. Так, анализ правоприменительной практики показывает, что часто при внесении изменений в трудовой договор допускается достижение устного соглашения, без надлежащего оформления письменного документа. Например, если работник, находясь на обычном режиме работы, предварительно устно согласовал с работодателем изменение характера трудовой деятельности (переход на дистанционный формат работы), начал фактически работать в измененных условиях, а работодатель в связи с этим явно не выразил возражения, то устное соглашение необходимо квалифицировать как изменение условий трудового договора, совершенное в надлежащей форме, и в случае отсутствия дополнительного соглашения к трудовому договору¹⁰.

В трудовом праве не урегулирован момент совершения сделки в устной форме. Так, двусторонняя трудовая сделка может считаться заключенной, если другая сторона в ответ на устное предложение немедленно заявила о его принятии (если иной срок прямо не указан в самом предложении). Устная односторонняя трудовая сделка считается совершенной, если волеизъявление, содержащее все необходимые условия, доведено до адресата.

Проблема допустимости использования устной формы сделки в трудовом праве не может иметь однозначного решения. С учетом императивного характера отдельных норм трудового права, индивидуальных особенностей режима конкретной трудовой сделки, фактических обстоятельств ее совершения, поведения субъектов трудового права и необходимости защиты слабой стороны трудового отношения (работника) уместно различать сделки, устная форма которых объективно дозволена действующим правопорядком (например, правила внутреннего трудового распорядка устанавливают возможность совершения устных сделок работника и работодателя в процессе разрешения неотложных правовых и технологических вопросов организации труда); сделки, устная форма которых является объективно недопустимой (устный договор о полной материальной ответственности не может порождать соответствующих правовых последствий для работника); сделки, устная форма которых противоречит законодательству, но в интересах конкретных лиц может порождать необходимые права и обязанности в данной ситуации (неоформленный надлежащим образом трудовой договор, устное соглашение о поручении работнику дополнительной работы с его согласия должны порождать правовые последствия, когда это направлено к выгоде работника).

¹⁰ См.: Определение Верховного Суда РФ от 16.09.2019 N 5-КГ19-106 // СПС КонсультантПлюс.

В зависимости от фактического поведения сторон в процессе совершения устной сделки в социально-трудовой сфере можно выделить: сделки, совершаемые субъектами непосредственно друг с другом, при общении и непосредственном контакте друг с другом (моменты передачи и принятия адресатом информации как правило совпадают). В этой группе можно также вычленить группу сделок, совершаемых с использованием технических средств в качестве передатчика информации и привлечением для этого третьих лиц (например, оператора связи при оказании услуг телефонной связи и Интернет-доступа); сделки, совершаемые с использованием технических средств в качестве материальных носителей языковой информации (аудио- и видеозапись). Моменты выражения воли одним участником и ее принятие другой стороной могут не совпадать.

Порядок совершения сделки может влиять на процесс установления фактов совершения сделки и ее условий. Так, в случае устного волеизъявления сторон вполне возможно использование свидетельских показаний, объяснений сторон и третьих лиц. Привлечение третьих лиц в процессе совершения сделки позволяет ставить перед судом вопрос о подтверждении факта оказания субъектам соответствующих услуг в момент совершения сделки, а также возможном искажении воли при ее выражении (при возможных технических неисправностях). При направлении работодателю видео- или аудиозаписи, подтверждающей совершение субъектом трудовой сделки (например, обращения дистанционного работника об увольнении по собственному желанию) суд в силу ст. 55, 59, 60 ГПК РФ вправе принимать любые средства доказывания, предусмотренные законодательством. Вместе с тем в соответствии со ст. 77 ГПК РФ лицо, представляющее аудио- и (или) видеозаписи на электронном или ином носителе и ссылающееся на нее в качестве доказательства, обязано указать, когда, кем и в каких условиях осуществлялись записи.

В целом в действующем трудовом праве работодателю или работнику, не запрещено ссылаться на условия сделки, оформленной устно (в том числе посредством видео- или аудиозаписи)¹¹, однако данные лица несут неблагоприятные правовые риски индивидуальной оценки судом таких доказательств как недопустимых, недостоверных и недостаточных применительно к фактическим обстоятельствам дела. Таким образом, правовой режим устных трудовых сделок можно охарактеризовать как не запрещенный нор-

¹¹ В частности, п. 18 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29.05.2018 № 15 «О применении судами законодательства, регулирующего труд работников, работающих у работодателей — физических лиц и у работодателей — субъектов малого предпринимательства, которые отнесены к микропредприятиям» устанавливает допустимость использования подобного рода доказательств при разрешении вопроса, имелись ли между сторонами трудовые отношения // СПС КонсультантПлюс.

мами трудового права, но не определенный по содержанию. С учетом разнообразия правовых ситуаций органы по рассмотрению трудовых споров вправе (но не обязаны) признавать юридическую силу за трудовыми сделками, совершенными в устной форме.

К особой разновидности трудовых сделок с точки зрения формы следует отнести судебные мировые сделки, совершаемые в социально-трудоустройственной сфере; подробнее см.: [Гурвич М.А., 1975: 125]. Мировое соглашение в трудовом праве — особая процессуальная сделка, урегулированная нормами ГПК РФ и предусматривающая условия прекращения производства по гражданскому делу в рамках примирительных процедур при рассмотрении индивидуального трудового спора. Специфика содержания таких сделок состоит в том, что они должны соответствовать не только требованиям трудового, но и процессуального законодательства (касаться предмета рассматриваемого спора и не нарушать прав и интересов третьих лиц). Данные сделки совершаются на любой стадии гражданского процесса, порождают права и обязанности только при условии утверждения их судом и до указанного момента не влекут указанных в них правовых последствий. Возникновение правовых последствий из данной сделки возможно в результате последовательного наступления совокупности фактов — заключения участниками процесса сделки и утверждения судом.

В отличие от свободно совершаемых сделок, мировое соглашение, влечет не только установленные в нем материальные, но и процессуальные последствия (распределение судебных расходов, невозможность повторного обращения в суд по тому же спору, особый механизм принудительного исполнения). Соглашение, будучи утвержденным судом, не может быть изменено или расторгнуто в одностороннем порядке и по соглашению его сторон в общем порядке. В силу действующего законодательства оспаривание, отмена или изменение соглашения возможны только при обжаловании в установленном порядке судебного акта, которым оно утверждено¹². Особая форма мировой сделки обуславливает ее субъектный состав и содержание. Так, сторонами сделки могут быть только участники гражданского процесса, а предметом указанной сделки не могут быть действия, относящиеся к компетенции иных лиц (например, судебное признание трудовой сделки недействительной).

Вместе с тем, использование особой процессуальной формы совершения трудовых сделок должно быть основано не просто на общих правах и обя-

¹² Как исключение после возбуждения исполнительного производства сторонами допускается заключение нового мирового соглашения, в том числе изменяющего условия ранее утвержденного посредством предоставления отсрочки или рассрочки исполнения. Вместе с тем, дискуссионным является правовой режим первоначального мирового соглашения: в каком порядке утрачивается его юридическая сила и исполнимость? Резонно считать новое соглашение изменяющим содержание предшествующего.

занностях участников процесса, но и на дополнительных гарантиях, которые могут быть предоставлены с учетом отраслевой специфики трудового права. Так, работникам должно быть предоставлено особое правомочие требовать отмены состоявшегося мирового соглашения и перехода к рассмотрению дела в общем порядке в тех случаях, когда его принудительное исполнение стало невозможным по обстоятельствам, за которые работник не отвечает.

Действующее законодательство практически не регламентирует нотариальной формы сделок в социально-трудовой сфере, за исключением возможности нотариального удостоверения доверенностей на получение заработной платы работника или медиативного соглашения, имеющего силу исполнительного документа и достигнутого сторонами в результате процедуры медиации, проведенной без передачи индивидуального трудового спора на рассмотрение суда; см. ч. 5 ст. 12 Федерального закона от 27.07.2010 № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)», а также: [Иванова Е. А., 2020: 6–9]; [Погосян Е. В., 2020: 10–11] ¹³.

Таким образом, трудовое право закрепляет только добровольное (но не обязательное) нотариальное удостоверение сделок, прямо предусмотренных законом. Закон не устанавливает специальных правовых последствий в тех случаях, когда не соблюдена нотариальная форма сделки, предусмотренная соглашением сторон. В свете особой роли нотариально удостоверенных документов в доказательственном процессе (ч. 5 ст. 61 ГПК РФ) полагаем, что законодатель должен гарантировать субъектам трудовых отношений возможность нотариального удостоверения по их инициативе любых сделок, составляемых в форме одного документа, подписанного сторонами, без отнесения необходимых для этого расходов на работников.

3. Субъекты сделок в трудовом праве

Являясь производным от общеправового термина «субъект права»¹⁴, понятие субъекта сделки также относится к числу многоаспектных в юриди-

¹³ В современной доктрине медиативным соглашениям и их нотариальному удостоверению уделено достаточное внимание. Тезис, что нотариальное удостоверение медиативного соглашения означает активное участие нотариуса в сделке и в формировании воли сторон соглашения, является спорным. Классическое понятие сделки как действий лиц, непосредственно выражающих свою волю, не позволяет согласиться с указанным мнением. Нотариус может рассматриваться только как лицо, оказывающее содействие в реализации прав и интересов сторон сделки, в связи с чем его воля не может иметь специального значения при определении содержания сделки.

¹⁴ В теории права под субъектами обычно понимаются физические или юридические лица, обладающие правосубъектностью (граждане, организации, общественные образова-

ческой науке [Алексеев С.С., 1993: 86]. Субъект трудовой сделки — индивидуализированное лицо, являющееся участником конкретных отношений (понятие в субъективном смысле), а также элемент субъективного состава сделки, представленный заранее неопределенным лицом, которое в силу присущих ему свойств потенциально способно быть участником сделки (понятие в объективном смысле).

Нормативные требования к субъектам трудовых сделок должны учитывать материальные, процедурные и процессуальные предпосылки и способности участия сторон в социально-трудовой сфере. Материальный элемент правосубъектности в зависимости от вида субъекта состоит в возможности непосредственной реализации участником отношений производственных (фактических), представительских или управленческих задач в сфере единичного зависимого труда, процедурный — регламентирует интеллектуальную и волевою способность лица совершать необходимые последовательные действия и фиксировать накопленный состав элементов в юридический факт, способный порождать правовой результат, процессуальный тесным образом связан с признанием за соответствующими субъектами возможностей защиты в юрисдикционной и неюрисдикционной формах своего права на совершение односторонних и двусторонних трудовых сделок. Правовой анализ юридической литературы, а также норм о порядке совершения отдельных разновидностей трудовых сделок позволяет прийти к выводу, что трудовая правосубъектность должна быть раскрыта обособленно применительно к основным участникам трудовых отношений — работнику и работодателю.

В соответствии с традиционным подходом теории сделок правосубъектность физических лиц рассматривается в контексте составляющих ее частей — право- и дееспособности (с позиций гражданско-правового регулирования). Дееспособность физического лица как стороны сделки традиционно оценивается с точки зрения совокупности двух фактов — достижения определенного возраста и психического здоровья, достаточного для возникновения правовых последствий из совершенной сделки; отношение ученых-трудовиков к данной проблеме неоднозначно; подробнее см.: [Александров Н.Г., 1948: 186]; [Маврин С.П., 1996: 314]¹⁵. Подобный подход находит применение отчасти и в трудовом праве. Например, малолетнее лицо

ния), которые могут быть носителями прав и обязанностей, участвовать в правовых отношениях.

¹⁵ Точнее сказать, дееспособность физического лица связана не только с наличием психического здоровья, но и с отсутствием отрицательного факта — вступившим в законную силу решением суда о признании гражданина недееспособным. Отношение ученых-трудовиков к указанной проблеме неоднозначно.

(не достигшее возраста 14 лет) на стороне работника не может своими действиями одновременно приобретать и реализовывать права и обязанности, вытекающие из трудового договора. С одной стороны, указанные граждане имеют право в определенных случаях быть участниками трудовых отношений, но, с другой, их самостоятельное поведение при совершении трудового договора (сделки) может быть лишено правоустанавливающего эффекта. В таких ситуациях происходит объективное расщепление правосубъектности физического лица на право- и дееспособность.

Недееспособность работника при совершении трудовой сделки также имеет отраслевую специфику. Трудовое законодательство не содержит запрета на заключение трудовых договоров (и как следствие иных трудовых сделок) с работниками, признанными недееспособными, кроме специальных случаев, прямо предусмотренных законом. Таким образом, исключения носят индивидуальный характер, а позиция законодателя основана на признании права на труд как неотъемлемого (естественного) права человека, независимо от правового статуса и психофизиологического состояния индивида¹⁶. Лица с ограниченными возможностями физического и психического здоровья традиционно рассматриваются национальным и международным правопорядком как особая группа, обладающая повышенной правовой защитой в сфере труда. Так, в соответствии с п. 1 ст. 23 Федерального закона от 24.11.1995 № 181-ФЗ «О социальной защите инвалидов в Российской Федерации» инвалидам, занятым в организациях независимо от организационно-правовых форм и форм собственности, создаются необходимые условия труда в соответствии с индивидуальной программой реабилитации. Судебная практика также исходит из недопустимости признания ничтожными трудовых договоров, заключенных недееспособными работниками, поскольку трудовое законодательство не содержит подобных ограничений прав граждан; см., например: [Волкова М. А., 2020: 17–21]; [Яворчук Н., Литвинова И., 2013: 25–29]¹⁷.

Следовательно, совершение трудовых сделок работниками, являющимися недееспособными лицами, не может рассматриваться как основание их незаконности. Однако в отдельных случаях, когда дееспособность стороны

¹⁶ В литературе устойчиво мнение: именно трудотерапия является эффективной мерой медицинской и социальной реабилитации лиц с психическими отклонениями.

¹⁷ Определение Верховного Суда РФ от 23.04.2010 N 13-B10-2 // СПС КонсультантПлюс. М.А. Волкова подчеркивает, что «если трактовать Определение ВС РФ от 23 апреля 2010 N 13-B10-2 расширительно, можно предположить, что правила привлечения к материальной ответственности, установленные ТК РФ, будут применяться к недееспособным работникам наравне с остальными». С подобной позицией о возможности недееспособных лиц быть субъектами самых разнообразных трудовых сделок (в том числе и договоров о материальной ответственности) следует согласиться.

является квалифицирующим признаком трудовой сделки в силу специального указания закона (в частности, ст. 331 ТК РФ гласит, что к педагогической деятельности не допускаются недееспособные лица; ст. 22 Закона РФ «О государственной тайне» в качестве основания для отказа в допуске к работе, связанной с государственной тайной, указана недееспособность или ограничение дееспособности гражданина на основании вступившего в законную силу решения суда). Нарушения установленного порядка совершения сделки (например, заключение трудового договора с недееспособным лицом) рассматривается как недопустимое и должно влечь прекращение действия договора по соответствующему основанию (например, по п. 11 ч. 1 ст. 77 ТК РФ).

С точки зрения достижения возраста как элемента дееспособности стороны трудовой сделки необходимо отметить, что действующее трудовое законодательство также не содержит комплексного регулирования данной проблемы. Статьей 63 ТК РФ закреплено правило, что трудовой договор можно заключать с работником, достигшим 16 лет, однако в определенных ситуациях допускается заключение договора и до достижения этого возраста (но не ранее достижения ребенком 14 лет). Нарушения порядка совершения трудовой сделки с несовершеннолетними лицами по смыслу закона не позволяет законодателю признавать такую сделку как самостоятельный юридический факт, в связи с чем суд вправе признать иное основание возникновения трудовых отношений, когда трудовой договор считается заключенным со дня фактического допуска работника к работе с ведома или по поручению работодателя (ч. 2 ст. 67 ТК РФ).

Действующее законодательство, подробно регулируя порядок заключения трудовых договоров, недостаточное внимание уделяет совершению несовершеннолетними лицами трудовых сделок, являющихся основаниями прекращения или изменения трудовых прав и обязанностей [Циндяйкина Е.П., 2003: 7–11]¹⁸.

Нынешний порядок совершения всех правоизменяющих трудовых сделок без согласия лиц, участвующих в защите прав несовершеннолетних, не всегда обоснован. Полагаем, что согласие и разрешение третьих лиц нужно признать необходимым условием для заключения отдельных трудовых сделок в случаях, если их изменение, во-первых, способно существенно увеличить объем и содержание обязанностей несовершеннолетнего лица (например, в сравнении с условиями ранее выданных согласия законного представителя несовершеннолетнего или разрешения органа опеки и попе-

¹⁸ Ряд ученых полагают, что при регулировании подобного рода отношений необходимо применять специальные нормативные положения, содержащиеся в ст. 63 и главе 42 ТК РФ об особенностях заключения трудового договора и режима труда несовершеннолетних лиц.

чительства¹⁹) и, во-вторых, негативно отразиться на интересах ребенка и его родителей²⁰. При этом в последнем случае речь идет не только о физическом здоровье несовершеннолетнего, но и о влиянии предстоящих изменений на психо-эмоциональное развитие ребенка, на его возможность продолжать обучение, участвовать в реализации своих интересов и иных социально-значимых функций в семье и в обществе (общаться со сверстниками, родителями и иными членами семьи, посещать специализированные занятия, кружки, секции, культурно-зрелищные мероприятия).

Многообразие обстоятельств совершения трудовых сделок в практической плоскости позволяет сделать вывод, что общая дееспособность в связи с публичной составляющей трудового права, как правило, подчинена достижению специальных целей и задач нормативного регулирования (ст. 1 ТК РФ). В связи с этим научный и практический интерес представляет специальная трудовая сделкоспособность как способность лица к совершению сделки строго определенного вида, в том числе для выполнения конкретных работ или замещения определенной должности. Специальная сделкоспособность всегда имеет свои особенности, поскольку она основана на особых личных свойствах физического лица, имеющих существенное значение для определенного типа и вида сделки [Зайцева О.Б., 2008: 12]. В качестве элементов, характеризующих специальную сделкоспособность, могут рассматриваться отдельные отрицательные или положительные юридически значимые обстоятельства, непосредственно относящиеся к субъекту сделки.

Поскольку и общая, и специальная сделкоспособность (как элемент состава сделки, характеризующий способность лица совершить сделку) должна быть соотнесена с факторами, относящимися к отдельному лицу, целесообразно также выделить и индивидуальную сделкоспособность — как допускаемую всей совокупностью элементов механизма правового регули-

¹⁹ В соответствии со ст. 63 ТК РФ в разрешении органа опеки и попечительства указываются максимально допустимая продолжительность ежедневной работы и другие условия, в которых может выполняться работа. Поскольку трудовое законодательство прямо не устанавливает специальных требований к содержанию согласия родителей, опекунов и попечителей, даваемых ими при заключении трудовых договоров с детьми, в силу аналогии закона применительно к ст. 63 ТК РФ законные представители также вправе при совершении согласия также указывать условия его выдачи. Правовое значение согласия состоит в том, что изменение условий, на которых оно было выдано первоначально, презюмируется (пока не доказано обратное) как существенное и нарушающее права и охраняемые интересы работника.

²⁰ Следует согласиться, что вопрос об имущественных последствиях трудовой деятельности ребенка — субсидиарной ответственности родителей за материальный вред, причиненный несовершеннолетним работником, образует пока перспективу научных исследований. В то же время в рамках отношений неимущественного характера трудовая деятельность несовершеннолетнего способна негативно влиять на воспитательные и надзорные функции законных представителей.

рования трудовых отношений возможность к совершению определенной сделки данным лицом, с учетом имеющихся у него ограничений и преимуществ индивидуального свойства.

Юридическое лицо принимает права и обязанности, а также совершает трудовые сделки через свои органы. Цели деятельности юридического лица, в том числе его участие в трудовых отношениях, закреплены специальными нормами гражданского права о правосубъектности юридических лиц, трудовым законодательством, а также учредительными документами. В частности, ст. 20 ТК РФ устанавливает, что осуществление прав и обязанностей работодателей-юридических лиц в трудовых отношениях возлагается на органы управления или иных лиц в соответствии с нормативно-правовыми актами и учредительными документами²¹.

Ввиду того, что воля юридического лица при совершении трудовой сделки фактически выражается иным лицом, необходимо поставить и решить вопрос о превышении или отсутствии полномочий должностных лиц при совершении трудовых сделок. Законодательно данная проблема отчасти решена в отношении таких сделок, как трудовой договор. Так, ст. 16 ТК РФ предусмотрено, что фактическое допущение работника к работе без ведома или поручения работодателя либо его уполномоченного на это представителя запрещается, а в ст. 57 ТК РФ установлено, что трудовой договор должен содержать указание на сведения о представителе работодателя, подписавшем

²¹ В трудовом законодательстве отсутствуют нормативно обозначенные положения о правосубъектности работодателя-юридического лица. Вместе с тем в доктрине есть обоснованное мнение о необходимости выделения работодательской правосубъектности, отличной от гражданско-правовой правосубъектности юридического лица. Н.Г. Александров был сторонником выделения общей (т.е. способности предоставления работы вне зависимости от видов деятельности, закрепленных учредительными документами) и специальной работодательской правосубъектности, при которой «юридические лица способны приглашать работников тех категорий, которые необходимы для осуществления управленческих или признанных государством задач юридического лица». В трудовых сделках, в отличие от гражданско-правовых, ограничение правоспособности, по общему правилу, не может влиять на юридическую силу состоявшихся сделок, когда стороны не злоупотребляют правом на ее совершение, а также не нарушают права и охраняемые законом интересы третьих лиц, публичные интересы. В этих случаях в интересах одной из сторон (как правило, «слабой» — работника при заключении трудового договора) правовые последствия трудовой сделки должны быть сохранены. Однако выход за пределы специальной правосубъектности, допущенный уполномоченным лицом при совершении сделки, может стать основанием для его привлечения к дисциплинарной и материальной ответственности. В тех случаях, когда сохранение трудовой сделки фактически повлекло или может повлечь существенное нарушение баланса частных и публичных интересов (исходя из целей регулирования, предусмотренных ст. 1 ТК РФ), закон должен предусмотреть адекватный механизм прекращения действия такой сделки посредством признания ее недействительной или ее расторжения. Таким образом, полагаем необходимым придерживаться концепции общей сделкоспособности у работодателя-юридического лица.

трудовой договор, и основание, в силу которого он наделен соответствующими полномочиями. Таким образом, нормы трудового права напрямую не предусматривают правовых последствий заключения трудового договора неуполномоченным представителем работодателя, однако не препятствуют сторонам признавать ранее возникшие отношения трудовыми (ст. 67.1 ТК РФ).

Следует предположить, что в целом законодатель не должен признавать законными трудовые сделки, заключенные неуполномоченными лицами, поскольку в них непосредственно не выражается воля стороны (в силу специфики отраслевого регулирования институт одобрения трудовых сделок, совершенных неуполномоченными лицами, нормами трудового права напрямую не закрепен). Правовые последствия заключения таких сделок не могут быть однообразными, зависят от правового режима конкретной сделки, а также совокупности объективных и субъективных факторов — фактических обстоятельств совершения сделки. Так, фактическое заключение трудового договора неуполномоченным лицом на стороне работодателем не порождает правовых последствий для его сторон. Однако это не является препятствием для возникновения отношений из факта допущения к работе работника неуполномоченным представителем работодателя и оплаты фактически выполненной работы (ст. 67.1 ТК РФ).

Издание приказа о прекращении трудового договора неуполномоченным представителем работодателя (в случае увольнения работника по инициативе работодателя) также не порождает соответствующих последствий для сторон трудовых отношений и создает правовые последствия в виде необходимости восстановления работника на работе и оплате времени вынужденного прогула, в соответствии со специальными нормами о защите трудовых прав²². Договор о материальной ответственности, совершенный неуполномоченным представителем работодателя, также не порождает правовых последствий для работника. Привлечение работника к ответственности согласно его условиям влечет необходимость восстановления первоначального имущественного положения работника в виде возврата излишне удержанных денежных сумм.

В отдельных случаях фактическое исполнение предусмотренных условий трудовой сделки может свидетельствовать о признании ранее возникших из нее отношений существующими, что, однако, не может означать призна-

²² В то же время сделка работодателя (приказ об увольнении, совершенный неуполномоченным лицом), влекущая прекращение трудового договора вследствие увольнения по собственному желанию работника, не может рассматриваться как не порождающая правовых последствий, поскольку в данной ситуации первостепенное значение отдано воле работника. Волеизъявление работодателя имеет второстепенное значение и рассматривается исключительно как неизбежный этап соблюдения установленной законом процедуры расторжения трудового договора.

ния юридической силы состоявшейся сделки. Так, совершенный неуполномоченным лицом ученический договор в случае фактического исполнения предусмотренных в нем условий в силу повышенной защиты интересов работника не влечет возврата сторон в первоначальное положение, но и не может быть положен в основу возмещения произведенных работодателем затрат на обучение в случаях, если ученик по окончании ученичества без уважительных причин не выполняет свои обязательства по договору (ст. 207 ТК РФ).

4. Воля сторон в трудовых сделках

Термин «воля» с одной стороны, он выражает власть, силу и желание одного лица по отношению к другому (происхождение от слова «велеть»), а с другой — меру свободы, независимости и выбора, принадлежащее индивиду [Ожегов С.И., 1985: 82–83].

Правовое значение воли в том, что она является важнейшей первоосновой юридических действий (в том числе существующих в правовой сфере трудовых сделок), которые имеют осознанный характер, выполняются по заранее намеченному плану, обеспечены дополнительными механизмами побуждения (торможения), а также направлены на изменение окружающей обстановки в соответствии с первичным замыслом.

Оценка психо-физиологического статуса личности в трудовом праве имеет особенности и назначение. Гражданско-правовой статус физического лица далеко не всегда определяет содержание трудовой правосубъектности. Волевое усилие в трудовой сделке как особая форма мобилизации физических и психических ресурсов личности может быть рассмотрена как целостная система, образованная такими элементами, как: возникновение побуждения и предварительная постановка цели; обсуждение и выбор мотива; принятие внутреннего (волевого) решения и, наконец, его исполнение [Федотов С.Н., 2005: 37].

Совершению трудовой сделки всегда предшествует осознанная индивидом базовая первопричина — необходимость реального удовлетворения потребностей в социально-трудовой сфере. Именно осознаваемые субъектами различные нужды личного и общественного свойства становятся движущими причинами всех волевых действий, в том числе и трудовых сделок. В правовой сфере потребности индивида или юридического лица преломляются через разнообразные интересы, которые с точки зрения отношения к ним норм права могут иметь законный или незаконный характер. В трудовой сделке первостепенное отражение находит частный интерес индивидуальных или коллективных субъектов трудового права (работников и работода-

телей), публичные интересы в трудовых сделках, как правило, не выражаются, но могут опосредованно затрагиваться.

Невозможность выявления потребностей и опосредующих их интересов в сделке, а также их сознательное искажение не дает достаточных оснований считать данный акт волевым актом-сделкой, к которому допустимо применять установленные законом механизмы защиты (ст. 372 ТК РФ). Например, в случае заключения фиктивных трудовых соглашений, т.е. реально не направленных на разрешение фактических производственных задач, отсутствует первичная, признаваемая законом социально-экономическая потребность, предопределяющая существование сделки. Использование сделочной формы вне связи с каким-либо дозволенным интересом не может рассматриваться законным. В ст. 1 ТК РФ провозглашено, что оптимальное согласование интересов является основной задачей трудового законодательства. Следовательно, защита несуществующего или искаженного интереса также не соответствует его целям.

Важную роль в трудовых сделках отводится и мотивам, которые можно подразделить на конкретизированные (предусмотренные условиями сделки) и неконкретизированные (прямо не закрепленные, но в любом случае устанавливаемые и выводимые из существа сделки). Неконкретизация мотива может иметь важное квалифицирующее значение и определять специальные правовые последствия, предусмотренные законодательством. Например, расторжение трудового договора с руководителем организации в связи с принятием решения уполномоченным органом управления юридического лица решения о досрочном прекращении трудового договора без указания мотивов определяет специальное основание для увольнения работника по п. 2 ч. 1 ст. 278 ТК РФ и возлагает на работодателя обязанность по выплате работнику соответствующей компенсации в соответствии со ст. 279 ТК РФ²³.

В зависимости от связи мотива с элементами механизма правового воздействия на поведение субъекта сделки необходимо различать мотивы, опосредованные нормативными источниками, опосредованные индивидуальными актами (иными сделками, административными актами, корпоративными решениями и т.д.) и не связанные с таковыми.

²³ См.: п. 9, 10 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 02.06.2015 N 21 «О некоторых вопросах, возникших у судов при применении законодательства, регулирующего труд руководителя организации и членов коллегиального исполнительного органа организации»; 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»

Положительная реакция законодателя на социально значимый мотив влияет на выполнение всех функций трудового права — регулятивной, охранительной и воспитательной. В частности, обусловленность сделки по увольнению работника, выполняющего воспитательные функции, совершением аморального проступка, несовместимого с продолжением данной работы, отражает существующий подход законодателя и общества к этической стороне педагогической деятельности.

Правовое исследование проблем воли связано с неоднозначным подходом в решении вопроса о верном соотношении воли (как чисто психическом моменте) и волеизъявления (как объективном явлении). Первая точка зрения признает приоритет воли над волеизъявлением [Покровский И.А., 1998: 246]. Другая («теория волеизъявления»), напротив, состоит в признании волеизъявления (действия) основой сделок [Агарков М.М., 2012: 218–219]. Согласно третьей позиции, при совершении сделки необходимо сделать акцент на совпадении (соответствии) внутренней воли ее внешнему выражению [Красавчиков О.А., 1958: 98–99].

В трудовом праве ни одна из этих теорий не может быть использована изолированно. Исходя из индивидуальных обстоятельств дела, уполномоченное лицо может сделать акцент на позиции, наиболее отвечающей интересам добросовестной стороны.

Теория волеизъявления имеет явные преимущества для придания стабильности правового регулирования, так как возникновение юридических последствий связывается именно с надлежащим оформлением сделки и внешним соблюдением требований законодательства. Невозможность полного внешнего определения содержания внутренней воли, спорная оценка психических элементов, выявленная в процессе рассмотрения индивидуального трудового спора, могут свидетельствовать в пользу принятия данной теории. Существенный недостаток данного подхода связан с игнорированием воли, в связи с чем лишенные волевой основы действия могут необоснованно попасть под конструкцию сделки.

Приоритет воли может эффективно использоваться на практике в тех ситуациях, когда внешнее выражение воли находится в прямом противоречии с ее сущностью, и интересы правопорядка требуют защиты фактического субъективного интереса работника или работодателя. Например, прекращение трудового договора на основании п. 2 ч. 1 ст. 81 ТК РФ признается правомерным при условии, что сокращение численности или штата работников в действительности имело место²⁴. На практике работодатель может факти-

²⁴ Определение Конституционного Суда РФ от 17.12.2008 N 1087-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Желиховской Людмилы Николаевны на нарушение ее конституционных прав положениями статьи 392 Трудового кодекса Российской Феде-

чески использовать механизм сокращения штата работников для увольнения конкретного лица, а впоследствии не лишен возможности восстановить упраздненную должность в штатном расписании и принять на нее другого работника спустя незначительный срок. Следовательно, введение в штатное расписание упраздненной должности и принятие нового работника на эту должность через небольшой промежуток времени после увольнения прежнего работника свидетельствует о том, что в действительности сокращения численности или штата фактически не было. Расторжение трудового договора по п. 2 ч. 1 ст. 81 ТК РФ с работником не может быть признано законным, поскольку на это отсутствует подлинная воля работодателя, несмотря на ее внешне правильное оформление.

Однако и принцип единства воли и волеизъявления не может быть положен в основу регулирования трудовых сделок, поскольку его нарушение не во всех ситуациях способно повлечь утрату юридической силы сделки. Оспаривание сделки по соответствующему основанию может быть только правом, но не обязанностью стороны. Более того, в интересах работника такие «псевдовольевые действия» или отдельные их условия (например, в трудовых сделках, заключенных под влиянием насилия, заблуждения и т.д.) способны порождать предусмотренные в них последствия, поскольку «сделочный механизм» в максимальной степени может отвечать принципам защиты «слабой» или «потерпевшей» стороны. Оценка психического состояния лица, совершившего трудовую сделку, должна признаваться необходимой, если исходя из фактических обстоятельств дела расхождение воли и волеизъявления может стать единственным определяющим фактором для защиты субъективных прав и интересов личности.

Заключение

Понятие состава сделки (как вторичного по отношению к общеправовому — составу юридического факта) должно найти самостоятельное применение при исследовании сделок в трудовом праве. Состав характеризуется совокупностью объективных и субъективных элементов, позволяющих рассматривать совершенное правомерное действие как трудовую сделку. В качестве содержания трудовой сделки выступает совокупность составляющих ее условий. В структурно-функциональном аспекте целесообразно выделять квалифицирующие, индивидуализирующие и инициативные условия.

Форма трудовой сделки, в отличие от гражданско-правовой, самостоятельно не урегулирована. Сложившийся порядок предусматривает, что

форма трудовой сделки может быть закреплена различными источниками регулирования нормативно-правового и индивидуального характера. Трудовая сделка может быть совершена в любой форме, кроме случаев, когда трудовым законодательством, локальными актами работодателя или актами коллективно-договорного регулирования прямо не предусмотрена определенная форма.

Субъект трудовой сделки — это индивидуализированное лицо, являющееся участником конкретных отношений (понятие в субъективном смысле), а также элемент субъективного состава сделки, представленный заранее неопределенным лицом, которое в силу присущих ему свойств потенциально способно быть участником сделки (понятие в объективном смысле). В научном плане целесообразно различать общую, специальную и индивидуальную сделкоспособность. Ограничения в возможности совершения сделок недееспособными лицами, установленные гражданским законодательством, не имеют предопределяющего значения в трудовом праве ввиду специфики отраслевого регулирования.

Разнообразие интересов, потребностей, мотивов, целей участников характеризует волевой компонент в трудовой сделке. Решение вопроса о соотношении воли (как чисто психическом моменте) и волеизъявления (как объективном явлении) применительно к теории трудовых сделок является неоднозначным и определяется конечной целью индивидуального регулирования трудовых отношений.



Список источников

1. Агарков М.М. Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. 1: Социальная ценность частного права и отдельных институтов общей части гражданского права. М.: Статут, 2012. 428 с.
2. Александров Н.Г. Трудовое правоотношение. М.: Юрид. изд-во МЮ СССР, 1948. 336 с.
3. Алексеев С.С. Государство и право. М.: Юрид. лит., 1993. 175 с.
4. Баринов О.В. Юридические факты в советском трудовом праве: дис. ... к. ю. н. Л., 1980. 190 с.
5. Бондаренко Э.Н. Динамика трудового правоотношения. М.: Норма, 2015. 192 с.
6. Бондаренко Э.Н. Трудовой договор как основание возникновения правоотношения. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. 226 с.
7. Варшавский К.М. Трудовой договор по Кодексу законов о труде 1922 г. Петроград.: Academia, 1923. 107 с.
8. Волкова М.А. Соотношение прав работодателя и лица с инвалидностью или ограниченными возможностями здоровья в трудовых отношениях // Социальное и пенсионное право. 2020. № 3. С. 17–21.

9. Гинцбург Л.Я. Социалистическое трудовое правоотношение. Очерк теории. М.: Наука, 1977. 310 с.
10. Гурвич М.А. (ред.) Советский гражданский процесс. М.: Высшая школа, 1975. 399 с.
11. Гусов К.Н., Толкунова В.Н. Трудовое право России. М.: Юрист, 1999. 480 с.
12. Ершов В.В., Ершова Е.А. Обычаи трудового права: актуальные общетеоретические и практические проблемы // Российское правосудие. 2013. № 5. С. 67–77.
13. Забрамная Е.Ю. Актуальные вопросы правового регулирования труда несовершеннолетних работников // Трудовое право в России и за рубежом. 2018. № 1. С. 40–43.
14. Зайцева О.Б. Трудовая правосубъектность как юридическая категория и ее значение в правовом регулировании трудовых отношений: автореф. дис. ... д. ю. н. М., 2008. 57 с.
15. Иванова Е.А. Новейшее регулирование института медиативного соглашения в Российской Федерации: нотариальное утверждение // Нотариус. 2020. № 1. С. 6–9.
16. Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. М.: Госюриздат, 1958. 184 с.
17. Лебедев В.М. Трудовое право: проблемы общей части. Томск: ТГПУ, 1998. 184 с.
18. Лушников А.М., Лушникова М.В. Курс трудового права. Т. 2. Коллективное трудовое право. Процессуальное трудовое право. М.: Статут, 2009. 1151 с.
19. Маврин С.П., Пашков А.С., Хохлов Е.Б. (ред.) Курс российского трудового права. Т. 1. СПб.: Изд-во С.-Петербург. ун-та, 1996. 573 с.
20. Майфат А.В., Жильцов М.А. Применение норм гражданского права при регулировании трудовых отношений // Вопросы трудового права. 2021. № 10. С. 748–755.
21. Ожегов С.И. Толковый словарь русского языка. М.: Русский язык, 1985. 797 с.
22. Пашерстник Е.А. К вопросу о понятии вознаграждения за труд рабочих и служащих // Вопросы трудового права. М.: Изд-во АН СССР, 1948. С. 121–273.
23. Пашков А.С. (ред.). Трудовое право России. СПб.: Университетское, 1994. 289 с.
24. Пашков А.С. Правовое регулирование подготовки и распределения кадров (некоторые вопросы теории и практики). Л.: Изд. Ленингр. ун-та, 1966. 188 с.
25. Погосян Е.В. Актуальные вопросы участия нотариуса в удостоверении медиативного соглашения // Нотариус. 2020. № 1. С. 10–11.
26. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 2003. 349 с.
27. Толстик В.А. Состав юридического факта как разновидность юридической конструкции // Юридическая техника. 2013. № 7. С. 770–776.
28. Фатуев А.А. Трудовое право в жизни человека. М.: Юрид. лит., 1991. 256 с.
29. Федотов С.Н. Психология эмоций и воли. М.: Московский университет МВД России, 2005. 84 с.
30. Циндяйкина Е.П. Перевод в трудовом праве. М.: Проспект, 2003. 48 с.
31. Черданцев А.Ф. Юридические конструкции, их роль в науке и практике // Правоведение. 1972. № 3. С. 12–19.
32. Яворчук Н., Литвинова И. Недееспособное лицо как работник: что не запрещено, то разрешено // Кадровик. 2013. № 4. С. 25–29.



References

1. Agarkov M.M. (2012) Selected works on civil law. Vol. 1: The social value of private law and individual institutions of the general part of civil law. Moscow: Statut, 428 p. (in Russ.)
2. Aleksandrov N.G. (1948) *Labor relations*. Moscow: USSR Ministry of Justice Press, 336 p. (in Russ.)
3. Alekseev S.S. (1993) State and law. Collected articles. Moscow: Yuridicheskaya literatura, 175 p. (in Russ.)
4. Barinov O.V. (1980) Legal facts in Soviet labor law. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Leningrad, 190 p. (in Russ.)
5. Bondarenko E.N. (2015) *Dynamics of labor relationship*. Moscow: Norma, 192 p. (in Russ.)
6. Bondarenko E.N. (2004) *Labor contract as the basis of legal relationship*. Saint Petersburg: Juridical Center Press, 226 p. (in Russ.)
7. Cherdantsev A.F. (1972) Legal constructions, their role in science and practice. *Jurisprudentia* = Jurisprudence, no. 3, pp. 12–19 (in Russ.)
8. Ershov V.V., Ershova E.A. (2013) Labor law customs: theoretical and practical issues. *Rossiyskoe pravosudie* = Russian justice, no. 5, pp. 67–77 (in Russ.)
9. Fatuev A.A. (1991) *Labor law in human life*. Moscow: Juridicheskaya literatura, 256 p. (in Russ.)
10. Fedotov S.N. (2005) Psychology of emotions and will. Textbook. Moscow: University of the Ministry of Internal Affairs, 84 p. (in Russ.)
11. Ginzburg L. Ya (1977) Socialist labor relationship. Outline of theory. Moscow: Nauka, 310 p. (in Russ.)
12. Gusov K.N., Tolkunova V.N. (1999) Labor law of Russia: textbook. Moscow: Jurist, 480 p. (in Russ.)
13. Ivanova E.A. (2020) The latest regulation of the institution of mediation agreement in Russia: notarial approval. *Notarius* = Notary, no. 1, pp. 6–9 (in Russ.)
14. Krasavchikov O.A. (1958) *Legal facts in Soviet civil law*. Moscow: Gosyurizdat, 184 p. (in Russ.)
15. Labor law of Russia: textbook (1994) A.S. Pashkov (ed.). Saint Petersburg: University, 289 p. (in Russ.)
16. Lebedev V.M. (1998) *Labor law: issues of the general part*. Tomsk: University, 184 p. (in Russ.)
17. Lushnikov A.M., Lushnikova M.V. (2009) Course of labor law: textbook. Moscow: Statute, 1151 p. (in Russ.)
18. Mayfat A.V., Zhiltsov M.A. (2021) Application of civil law in the regulation of labour relations. *Voprosy trudovogo prava* = Questions of Labor Law, no. 10, pp. 748–755 (in Russ.)
19. Ozhegov S.I. (1985) Explanatory dictionary of the Russian language. Moscow: Russian language, 797 p. (in Russ.)
20. Pasherstnik E.A. (1948) *Concept of remuneration for the work of workers and employees*. Moscow: Academy of Sciences, pp. 121–273 (in Russ.)
21. Pashkov A.S. (1966) *Legal regulation of personnel training and distribution*. Leningrad: University, 188 p. (in Russ.)

22. Pogosyan E.V. (2020) Participation of a notary in certifying mediation agreement. *Notarius* = Notary, no. 1, pp. 10–11 (in Russ.)
23. Pokrovsky I.A. (2003) *Main issues of civil law*. Moscow: Statut, 349 p. (in Russ.)
24. Russian Labor Law Course (1996) Vol. 1. S.P. Mavrin, A.S. Pashkov, E.B. Khokhlov (eds.). Saint Petersburg: University, 573 p. (in Russ.)
25. Soviet civil procedure. Textbook (1975) M.A. Gurvich (ed.). Moscow: Vysshaya shkola, 399 p. (in Russ.)
26. Tolstik V.A. (2013) The composition of a legal fact as a kind of legal structure. *Juridicheskaya tekhnika* = Legal Technology, no. 7, pp. 770–776 (in Russ.)
27. Tsindyaykina E.P. (2003) Translation in labor law: a training manual. Moscow: Prospect, 48 p. (in Russ.)
28. Varshavsky K.M. (1923) Labor contract under the Labor Code of 1922. Petrograd: Academia, 107 p. (in Russ.)
29. Volkova M.A. (2020) Correlation of the rights of the employer and persons with disabilities or disabilities in labor relations. *Sotsialnoe i pensionnoe pravo* = Social and Pension Law, no. 3, pp. 17–21 (in Russ.)
30. Yavorchuk N., Litvinova I. (2013) Disabled person as an employee: what is not prohibited is allowed. *Kadrovik* = Personnel Officer, no. 4, pp. 25–29 (in Russ.)
31. Zabramnaya E. Yu. (2018) Legal regulation of the labor of minors. *Trudovoe pravo v Rossii i za rubezhom* = Labor law in Russia and abroad, no. 1, pp. 40–43 (in Russ.)
32. Zaitseva O.B. (2008) Labor personality as a legal category and its significance in regulation of labor relations. Doctor of Juridical Sciences Summary. Moscow, 57 p. (in Russ.)

Информация об авторе:

Т.Ю. Лузянин — старший преподаватель.

Information about the author:

T.Yu. Luzyanin — Senior Lecturer.

Статья поступила в редакцию 10.11.2021; одобрена после рецензирования 24.03.2022; принята к публикации 22.04. 2022.

The article was submitted to the editorial office 10.11.2021; approved after reviewing 24.03.2022; accepted for publication 22.04.2022.

Научная статья

УДК: 342

DOI:10.17323/2072-8166.2022.2.216.243

Значение фундаментальных свобод ЕС для налогового права ФРГ и ЕС



Михаэль Штёбер

Кильский университет им. Кристиана Альбрехта, Германия 24118, Киль, Лейбницш-трассе, 2, mstoeber@law.uni-kiel.de



Аннотация

Директивой ЕС о системе НДС в значительной степени была унифицирована система законодательств стран-членов ЕС в отношении налога с оборота, относящегося к подгруппе так называемых непрямых налогов. В то же время в отношении так называемых прямых налогов, к которым относятся налог на доходы физических лиц, налог на доходы юридических лиц, а также промысловый налог, европейским законодательством не было установлено четких критериев правового характера, на основании которых была бы возможна унификация данной подгруппы налогов. В отношении данной подгруппы прямых налогов возможна лишь частичная унификация, посредством которой могут быть унифицированы лишь отдельные налоговые положения стран-членов ЕС. Подобного рода частичная унификация оставляет за странами-членами ЕС право внесения необходимых законодательных изменений в отношении прямых налогов без учета фискальных интересов других стран-членов ЕС, равно как и ЕС в целом. Несмотря на это, наличие подобного рода частичной унификации не может быть расценено в качестве юридического обстоятельства, которым можно было бы оправдать существенное ограничение прав и свобод граждан стран-членов ЕС в результате введения рестриктивных норм налогового характера, ибо, согласно прецедентному праву Европейского Суда, для законодательств стран-членов ЕС в отношении прямых налогов ориентиром должны служить фундаментальные свободы ЕС, зафиксированные в Договоре о функционировании ЕС. Так, в частности, Европейским Судом были выявлены многочисленные факты нарушения нормами национальных налоговых законодательств фундаментальных свобод ЕС, которые впоследствии были устранены странами-членами ЕС посредством внесения соответствующих изменений в целях адаптации национальных законодательств стран-членов ЕС под требования европейского права. Посредством разбора знаковых решений Европейского Суда в данной статье анализируется влияние фундаментальных свобод ЕС и прецедентного права Европейского Суда на процесс не прямой унификации законодательств стран-членов ЕС в отношении прямых налогов.



Ключевые слова

прямые налоги, Европейский союз, налог на доходы, европейское налоговое право, фундаментальные свободы, Договор о функционировании ЕС, Европейский Суд.

Для цитирования: Штебер М. Значение фундаментальных свобод ЕС для налогового права ФРГ и ЕС // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 2. С. 216–243. DOI:10.17323/2072-8166.2022.2.216.243.

Law in the Modern World

Research article

The Significance of the Fundamental Freedoms of the European Union for German and European Tax Law



Michael Stöber

Christian Albrecht University, 2 Leibnizstraße, Kiel 24118, Germany, mstoeber@law.uni-kiel.de



Abstract

Whereas value added tax, as an indirect tax, is largely harmonised within the European Union by the comprehensive Directive on the Common System of Value Added Tax, the law of the European Union does not directly make any general specifications for the area of direct taxes, i.e. above all income, corporation and trade tax. There are only individual directives of the European Union that regulate specific sub-areas of direct tax law. However, according to the case law of the Court of Justice of the European Union, the fundamental freedoms of the Treaty on the Functioning of the European Union constitute a European law standard for the provisions of the national tax law of the individual Member States, also in the field of direct taxation. As a result of the rulings of the Court of Justice of the European Union on the fundamental freedoms of the Treaty on the Functioning of the European Union, the Member States have repeatedly been forced to amend provisions of national law on direct taxation which, in the opinion of the Court of Justice, were incompatible with the fundamental freedoms, and to adapt them to the requirements of the Court derived from the fundamental freedoms. On the basis of landmark decisions of the Court of Justice of the European Union, this article explains how the fundamental freedoms and the case law of the Court of Justice in this regard indirectly harmonise the national law of the Member States of the European Union in the area of direct taxation as well.



Keywords

direct taxes; income tax; corporation tax; European tax law; fundamental freedoms; Treaty on the Functioning of the European Union; Court of Justice of the European Union; indirect harmonisation of national tax law.

For citation: Stober M. (2022) The Significance of the Fundamental Freedoms of the European Union for German and European Tax Law. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no. 2, pp. 216–243 (in Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2022.2.216.243.

Введение

Становление любой правовой отрасли неразрывно связано с принципиальными началами, определяющими дальнейший вектор развития данной отрасли. В этом отношении не является исключением и отрасль налогового права. При этом многими странами в качестве принципиальных начал признаны лишь те, которые непосредственно закреплены в нормах национального налогового законодательства. Однако для целого ряда стран Европейского союза (далее — ЕС) и Европейской экономической зоны (далее — ЕЭЗ) в качестве вышеуказанных начал, наряду с принципами из национального налогового законодательства, выступают так называемые фундаментальные свободы ЕС, нашедшие юридическое закрепление в Договоре о функционировании ЕС¹. Одной из таких стран является, в частности, Федеративная Республика Германия (далее — ФРГ).

1. Обзор системы налогового права ФРГ

Подобно любому суверенному государству, ФРГ непосредственно вовлечена в процесс сбора различного рода налогов с физических и юридических лиц, осуществляющих экономическую активность под ее юрисдикцией. Данный процесс детально регламентируется немецким законодательством, в котором определено ограниченное число (*numerus clausus*) взимаемых с физических и юридических лиц налогов. Сами же налоги, в свою очередь, могут быть сгруппированы в отдельные категории как на основе объекта налогообложения, так и на основе субъекта налогообложения, т.е. адресата налогообложения.

Говоря об объекте налогообложения, отметим, что оным зачастую является доход, полученный налогоплательщиком за определенный временной промежуток. Под понятием дохода зачастую подразумевается материальный либо нематериальный ресурс, который был приобретен налогоплательщиком в результате его экономической активности и который способствовал увеличению уже имеющегося совокупного имущества субъекта налогообложения [Birk D., Desens M., Tappe H., 2021: 22]; [Fehrenbacher O., 2020: 58–59]. Наглядным примером такого ресурса может служить заработная плата работника или прибыль предприятия.

В свою очередь в зависимости от субъекта налогообложения в ФРГ различают налог на доходы физических лиц (*Einkommensteuer*) и налог на до-

¹ Treaty on the Functioning of the European Union of 09.05.2008 // ABL. EU № C 115/47. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=OJ:C:2008:115:TOC> (дата обращения: 05.05.2022)

ходы юридических лиц (Körperschaftsteuer). К субъектам налога на доходы физических лиц помимо непосредственно физических лиц² относятся также лица, являющиеся участниками различного рода товариществ (открытого торгового товарищества (offene Handelsgesellschaft), коммандитного товарищества (Kommanditgesellschaft)) и т.п. Следует отметить, что несмотря на гражданскую правоспособность подобных товариществ³, с точки зрения немецкого налогового права они не рассматриваются в качестве непосредственных субъектов налогообложения; налоговой правосубъектностью наделяются лишь их участники (физические либо юридические лица) [Birk D., Desens M., Tappe H., 2021: 340–341]; [Fehrenbacher O., 2020: 163–164]. Детальные положения о налогообложении таких товариществ, равно как и доходов физических лиц регламентируются Законом ФРГ о подоходном налоге⁴ от 2009 года (Einkommensteuergesetz).

Субъектами налога на доходы юридических лиц являются, в свою очередь, корпорации (акционерные общества, общества с ограниченной ответственностью), фонды и кооперативы⁵. Указанные юридические лица обладают правоспособностью как с точки зрения гражданского, так и с точки зрения налогового законодательства. Следует отметить, что с начала 2022 года осуществляющим свою экономическую активность на территории ФРГ товариществам (независимо от отсутствия у них налоговой правосубъектности как таковой) была оставлена возможность выбора между корпоративным и персональным (на основе Закона ФРГ о подоходном налоге) налогообложением⁶.

Основные положения налогообложения юридических лиц закреплены в Законе ФРГ о налоге на корпорации 2002 г.⁷ (Körperschaftsteuergesetz). Примечательно, что данный Закон (ввиду специфики исторического развития

² См. § 1 Закона ФРГ о подоходном налоге. Available at: https://www.gesetze-im-internet.de/estg/_1.html (дата обращения: 05.05.2022)

³ См. § 124 Торгового Кодекса ФРГ. Available at: https://www.gesetze-im-internet.de/hgb/_124.html (дата обращения: 05.05.2022)

⁴ Das Einkommensteuergesetz der Bundesrepublik Deutschland in der Fassung v. 08.10.2009 // BGBl. I 2009, 3366. Available at: https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl109s3366.pdf#_bgbl_%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl109s3366.pdf%27%5D__1651843468786 (дата обращения: 05.05.2022)

⁵ См.: § 1 Закона ФРГ о налоге на корпорации. Available at: https://www.gesetze-im-internet.de/kstg_1977/_1.html (дата обращения: 05.05.2022)

⁶ См.: § 1a Закона ФРГ о налоге на корпорации. Available at: https://www.gesetze-im-internet.de/kstg_1977/_1a.html (дата обращения: 05.05.2022)

⁷ Das Körperschaftsteuergesetz der Bundesrepublik Deutschland in der Fassung v. 15.10.2002 // BGBl. I 2002, 4144. Available at: https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#_bgbl_%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl102s4144.pdf%27%5D__1651843624099 (дата обращения: 05.05.2022)

немецкого налогового права) насыщен большим количеством бланкетных норм, отсылающих к правовым положениям общего характера из Закона ФРГ о подоходном налоге. Таким образом, Закон ФРГ о налоге на корпорации содержит в большинстве лишь специальные налоговые положения, которые в зависимости от характера регулируемых правоотношений местами дополняют, а местами модифицируют налоговые нормы Закона ФРГ о подоходном налоге.

Предприятия (вне зависимости от их организационно-правовой формы⁸), осуществляющие коммерческую деятельность на территории ФРГ, наряду с обязанностью выплаты одного из вышеперечисленных налогов, являются также субъектами промыслового налога (*Gewerbesteuer*), основные положения которого закреплены в Законе ФРГ о промысловом налоге (2002)⁹. Примечательным является тот факт, что согласно сложившейся налоговой практике, нашедшей отражение также и в Законе ФРГ о промысловом налоге, на определенные категории лиц, занимающихся коммерческой деятельностью (в частности, на врачей, адвокатов и налоговых консультантов), не распространяются нормы вышеуказанного закона [Hey J., 2021: 464]. Эти виды налогов в юридической литературе известны как «прямые» налоги, ибо при взимании данной категории налогов экономическое бремя несет непосредственно сам налогоплательщик, с дохода которого рассчитывается подлежащая налогообложению сумма.

Значимую роль в системе немецкого налогообложения играет также налог с оборота (далее — НДС), соответствующие положения которого закреплены в Законе ФРГ о НДС (1979)¹⁰. Говоря о НДС, необходимо отметить, что, с точки зрения немецкого законодательства, его объектом является стоимость материального и/или нематериального блага, возникшая в результате соглашения контрагентов о заключении той или иной правовой сделки¹¹. К примеру, в случае заключения договора о поставке товаров, оговоренная контрагентами стоимость товаров будет считаться объектом НДС и, соответственно, облагаться налогом с оборота. В свою очередь, объектом налогообложения при заключении договора о предоставлении услуг будет

⁸ См.: § 2 Закона ФРГ о промысловом налоге. Available at: https://www.gesetze-im-internet.de/gewstg/_2.html (дата обращения: 05.05.2022)

⁹ Das Gewerbesteuergesetz der Bundesrepublik Deutschland in der Fassung v. 15.10.2002 // BGBl. I 2002, 4167. Available at: http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl102s4167.pdf (дата обращения: 05.05.2022)

¹⁰ Das Umsatzsteuergesetz der Bundesrepublik Deutschland in der Fassung v. 26.11.1979 // BGBl. I 1979, 1953. Available at: https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl179s1953.pdf (дата обращения: 05.05.2022)

¹¹ См.: первый абзац § 1 Закона ФРГ о налоге с оборота. Available at: https://www.gesetze-im-internet.de/ustg_1980/_1.html (дата обращения: 05.05.2022)

являться вознаграждение, оговоренное сторонами за предоставление оных. По общему правилу, НДС в ФРГ исчисляется по ставке в 19%¹². При этом (аналогично российскому налоговому законодательству) для некоторых категорий товаров применяется льготная ставка в размере 7%.

Субъектами налога с оборота выступают предприниматели (*Unternehmer*), под которыми следует понимать любые физические и юридические лица, осуществляющие реализацию договора¹³. С семантической точки зрения, понятие предпринимателя в данном случае следует трактовать в широком смысле. Предпринимателем с точки зрения немецкого налогового законодательства может считаться как лицо, поставляющие товары по заранее оговоренной цене, так и лицо, которое оказывает заранее оговоренные договором услуги. При этом если контрагентом предпринимателя X является предприниматель Y, целью которого является перепродажа приобретенного товара конечным пользователям, у предпринимателя X возникает право вычета суммы НДС из своей собственной налогооблагаемой базы¹⁴. Таким образом, он освобождается от обязанности уплаты налога с оборота. Что касается предпринимателя Y, который реализует приобретенный у предпринимателя X товар конечным пользователям, то он, в свою очередь, обязуется включить в конечную стоимость реализуемой продукции сумму НДС. Предприниматель Y фактически также не несет налогового бремени, ибо повышение стоимости товара в результате прибавления к его нетто-стоимости суммы НДС приводит лишь к ухудшению его рыночной позиции (чем выше стоимость товара, тем ниже вероятность его реализации по этой высокой цене). Исходя из этого, налоговое бремя косвенным образом несут лишь конечные пользователи, приобретающие товар у предпринимателя Y, так как они, будучи последним звеном передачи товара и/или услуг, не обладают правом вычета суммы НДС, уплаченной предпринимателю Y [Fehrenbacher O., 2020: 266–267]. Именно из-за данного «непрямого» воздействия налога с оборота на налогоплательщиков его относят к так называемым «непрямым» налогам.

Классификация налогов на прямые и косвенные имеет решающее значение при унификации (*Harmonisierung*) налогов внутри ЕС. С точки зрения европейского права, унификация прямых налогов стран-членов ЕС возможна лишь в отношении отдельных, выборочных положений. Подобного рода «выборочная» унификация отдельных положений национальных налоговых законодательств в отношении прямых налогов осуществляется при помощи специальных директив ЕС. В противоположность этому НДС, являющийся

¹² Там же.

¹³ См.: § 2, первый номер первого абзаца § 13а Закона ФРГ о налоге с оборота.

¹⁴ См.: § 15 Закона ФРГ о налоге с оборота.

«непрямым» налогом, был полностью унифицирован посредством Директивы ЕС о системе НДС¹⁵ (Mehrwertsteuer-System-Richtlinie).

Согласно немецкому налоговому законодательству, сумма налога, подлежащая уплате, определяется соответствующей налоговой службой на основе поданной налогоплательщиком налоговой декларации. Налогоплательщик получает платежное извещение (Steuerbescheid) от соответствующей налоговой службы о начислении налогов¹⁶. Если налогоплательщик не согласен с причитающейся к уплате суммой, он вправе опротестовать (Einspruch) данное извещение¹⁷. Решение об опротестованном платежном извещении принимает налоговая служба. При отклонении ею протеста налогоплательщик вправе обратиться в соответствующий суд с целью повторного протеста платежного извещения. Для рассмотрения подобных налоговых споров в ФРГ существуют местные финансовые суды (Finanzgericht). Высшим финансовым судом является Федеральный финансовый суд (Bundesfinanzhof) в Мюнхене.

2. Обзор системы европейского права

2.1. Первичное и вторичное европейское право

ФРГ является членом ЕС. Основными с точки зрения экономической теории задачами ЕС являются создание единого внутреннего рынка между странами-членами в целях обеспечения свободного передвижения граждан стран-членов ЕС, свободного перемещения товаров, произведенных на территории этих стран, а также свободный доступ к услугам [Ruffert M., 2016: 55–56]. Особняком стоит также обеспечение беспрепятственного перемещения капитала из одной страны ЕС в другую. В целях решения этих задач была сформирована наднациональная система правовых норм, получившая обобщенное название «европейское право» (Europarecht), которая обладает приоритетом над национальными законодательствами отдельных стран-членов ЕС¹⁸. Будучи членом ЕС, ФРГ при принятии тех или иных решений юридического характера также обязана ориентироваться на нормы европейского права. Иными словами, положения немецкого законодательства и,

¹⁵ Council Directive № 2006/112/EG of 28.11.2006 // ABL. EU №. L 347, 11.12.2006. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32006L0112> (дата обращения: 05.05.2022)

¹⁶ См.: первый абзац § 155 Положения о налогах и сборах ФРГ. Available at: https://www.gesetze-im-internet.de/ao_1977/_155.html (дата обращения: 05.05.2022)

¹⁷ См.: § 347-367 Положения о налогах и сборах ФРГ.

¹⁸ См.: Judgment of 15.07.1964, *Costa/ENEL*, C-6/64, NJW 1964, 2372.

в частности, положения немецкого налогового законодательства не могут противоречить европейскому законодательству [Scholz R., 2021: 85–86].

В юридической литературе общепринятой является классификация европейского права на две составляющие части: первичное и вторичное европейское право. К первичному европейскому праву принято относить международные договоры, заключенные между странами-членами ЕС о создании ЕС, которые содержат в себе базовые положения и механизмы функционирования ЕС [Herdegen M., 2019: 173–175]. К таким международным договорам относят Договор о ЕС (2007)¹⁹ (Vertrag über die Europäische Union; далее — EUV), Договор о функционировании ЕС (1957)²⁰ (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union; далее — ДФЕС), Хартия ЕС об основных правах (2000)²¹ т.п. Данные договоры содержат в себе правовые предписания, определяющие основные органы ЕС и их полномочия. Основными исполнительными и законодательными органами ЕС являются Европейский совет (Europäischer Rat), Комиссия (Europäische Kommission) и Парламент (Europäische Parlament) [Herdegen M., 2019: 110–111].

Помимо вышеперечисленных правовых предписаний организационного характера данные договоры (в первую очередь, ДФЕС) содержат «каталог фундаментальных свобод» (Katalog von EU-Grundfreiheiten). Равно как и каталог фундаментальных свобод, закрепленный в Основном Законе ФРГ (1949)²², каталог из ДФЕС (будучи менее всеобъемлющим, нежели его немецкий побратим) гарантирует защиту определенного набора свобод каждого гражданина страны-члена ЕС. Первостепенной задачей данного каталога является обеспечение функционирования внутриевропейского рынка на основе принципа недискриминации отдельных членов этого рынка. Именно этой специфической задачей объясняется менее «всеобъемлющий» характер данного каталога. Можно констатировать, что закрепленные в ДФЕС свободы направлены не на защиту абсолютно всех сфер жизни граждан, а только на те ее сферы, защита которых непосредственно продиктована необходимостью обеспечения функционирования внутриевропейского рынка [Streinz R., 2012: 75]. Следует также отметить, что наряду с зафиксирован-

¹⁹ Treaty on European Union of 09.05.2008 // ABL. EU № C 115/13. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=OJ:C:2008:115:TOC> (дата обращения: 05.05.2022)

²⁰ Treaty on the Functioning of the European Union of 09.05.2008 // ABL. EU № C 115/47. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=OJ:C:2008:115:TOC> (дата обращения: 05.05.2022)

²¹ Charter of Fundamental Rights of the European Union of 26.10.2012 // ABL. EU № C 326/391. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12012P/TXT> (дата обращения: 05.05.2022)

²² Общепринятым в юридической литературе наименованием Конституции ФРГ является «Основной Закон ФРГ» (Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland).

ным в ДФЕС каталогом фундаментальных свобод существует также каталог фундаментальных прав граждан стран-членов ЕС, получивший свое правовое закрепление в Хартии ЕС об основных правах²³.

Компетентные органы ЕС наделены правом принимать правовые положения специального характера, являющиеся обязательными для исполнения членами ЕС в рамках отдельно взятой отрасли права. Совокупность данных правовых положений формирует, в свою очередь, отдельный комплекс юридических норм, более известный в литературе как вторичное европейское право [Herdegen M., 2019: 173–174]. Правовой основой для принятия органами ЕС подобных юридических норм служат источники первичного европейского права. Среди источников вторичного европейского права наиболее важную роль играют постановления (Verordnung) и директивы (Richtlinie). Постановления имеют общее применение во всех странах-членах ЕС, они обязательны к исполнению в полном объеме и обладают прямой юридической силой в каждой стране-члене ЕС²⁴. Директивы являются обязательными в отношении конечного результата, который должен быть достигнут посредством их имплементации на национальном уровне. В отличие от постановлений, директивы оставляют за странами-членами ЕС право выбора форм и методов достижения указанных в них целей²⁵. Ввиду этого директивы как таковые не применяются напрямую, а имплементируются посредством трансформационного правового акта в национальное законодательство стран-членов ЕС [Schroeder W., 2012: 2437–2438].

2.2. Правовые последствия нарушения норм европейского права

За соблюдением правовых норм первичного и вторичного европейского права странами-членами ЕС следит Европейский Суд (Europäischer Gerichtshof; далее — Суд ЕС), располагающийся в Люксембурге. В компетенцию Суда ЕС входят такие задачи, как истолкование норм европейского права по запросу национальных судов, применение первичного и вторичного европейского права в порядке, обязательном для всех стран-членов ЕС [Nettesheim M., 2021: 72]. Следует отметить, что в случае несоответствия норм национального законодательства европейскому праву, приводящее к ограничению фундаментальных свобод ЕС, граждане не обладают правом непосредственного обращения в Суд ЕС [Classen C. D., 2021: 224]; подобное право возникает лишь после прохождения всех этапов национального судопроизводства в стране-члене ЕС. Непосредственным правом обращения и

²³ Charter of Fundamental Rights of the European Union of 26.10.2012.

²⁴ См.: второй абзац ст. 288 ДФЕС.

²⁵ См.: третий абзац ст. 288 ДФЕС.

инициирования судебного разбирательства обладают, согласно ДФЕС, лишь компетентные органы ЕС, сами страны-члены ЕС, а также их национальные суды [Classen C. D., 2021: 224, 227, 230, 235].

Под компетентными органами ЕС в данном случае в первую очередь следует понимать Европейскую Комиссию. В случае нарушения нормами национального законодательства фундаментальных свобод ЕС комиссия вправе инициировать процессуальные действия в отношении стран-членов ЕС (Vertragsverletzungsverfahren). В рамках данного процесса Комиссия устанавливает срок, в течение которого страна-член ЕС должна отменить ранее принятый правовой акт либо модифицировать его в соответствии с европейским законодательством. При отсутствии должной реакции со стороны страны-члена ЕС, Комиссия вправе направить иск в Суд ЕС. В свою очередь, Судом ЕС рассматривается вопрос, в какой степени норма национального законодательства нарушает основные постулаты европейского права, и принимает решение, обязательное для исполнения страной-членом ЕС [Herdegen M., 2019: 227–228].

Наряду с этим нередко случаи инициирования судебного разбирательства непосредственно судами стран-членов Евросоюза посредством направления в Суд ЕС запроса о принятии предварительного решения (Vorabentscheidungsverfahren) [Classen C. D., 2021: 234–235]. Подобный запрос в высшую европейскую судебную инстанцию возможен в тех случаях, когда суд национальной инстанции убежден в том, что конкретное правовое положение национального законодательства либо нарушает фундаментальные свободы, зафиксированные в ДФЕС, либо противоречит правовым нормам первичного и/или вторичного европейского права.

Граждане стран-членов ЕС не обладают правом прямого обращения в Суд ЕС в целях защиты гарантируемых им ДФЕС фундаментальных свобод от неправомерного посягательства. Однако стоит отметить, что данный Суд признается²⁶ «законным судьей» (gesetzlicher Richter) в соответствии со ст. 101 Основного Закона ФРГ, согласно которой никто не может быть изъят из ведения своего законного судьи. Таким образом, если последняя судебная инстанция ФРГ не инициирует судебного разбирательства в Суде ЕС в отношении правового спора, предметом которого является вопрос несоответствия нормы национального законодательства европейскому праву, то происходит фактическое «изъятие» истца из ведения его законного судьи²⁷. В качестве ответной меры на отказ суда последней инстанции истец может

²⁶ См.: BVerfG, Beschluss v. 08.04.1987 — 2 BvR 687/85, BVerfGE 75, 223, 233 f.

²⁷ Детально о правовых последствиях отказа последней немецкой судебной инстанцией в направлении судебного дела в Суд ЕС: BVerfG, Beschluss v. 04.03.2021 — 2 BvR 1161/19, BB 2021, 990, para 52, 53, 54.

направить жалобу (Verfassungsbeschwerde) [Wegener B.W., 2016: 2352–2353] в Федеральный Конституционный Суд ФРГ и добиться, пусть и косвенным путем, передачи правового спора на рассмотрение Суда ЕС.

2.3. Положения европейского права в налоговой отрасли

ДФЕС содержит в себе лишь незначительное количество налоговых положений, закрепленных в ст. 110–115. Так, статьи 110–112 запрещают странам-членам ЕС вводить между собой таможенные пошлины, направленные на ограничение перемещения товаров внутри ЕС. В частности, ст. 110 запрещает стране-члену ЕС прямо или косвенно облагать товары из другой страны ЕС налогами, превышающими те, что прямо или косвенно взимаются с аналогичных товаров местного производства. Аналогичным образом воспрещается обложение дополнительными пошлинами товаров другой страны-члена ЕС с целью защиты местной продукции [Waldhoff C., 2016: 1498–1499]. Помимо этого, согласно ст. 111 ДФЕС в отношении экспортируемой в другую страну ЕС продукции не может осуществляться возврат внутренних налоговых платежей в размере большем, чем те налоги, которыми данная продукция уже была прямо или косвенно обложена [Seiler C., 2021: 1]. Наконец, согласно ст. 112 ДФЕС, в отношении налогов (за исключением налога с оборота, акцизов и других косвенных налогов) освобождение от обязанности по уплате и возврату уплаченных сумм при экспорте в другие страны-члены ЕС может производиться лишь если необходимые для этого меры были одобрены на ограниченный срок Европейским советом по предложению Европейской комиссии [Seiler C., 2021: 1]. Данное правило распространяется также на компенсационные сборы в отношении импорта из стран-членов ЕС.

Статья 113 ДФЕС устанавливает правовые рамки процедуры унификации налога с оборота и других косвенных налогов внутри ЕС [Seiler C., 2021: 3]. Согласно данной норме, в соответствии со специальной законодательной процедурой и с целью создания, обеспечения и функционирования внутреннего рынка, равно как и пресечения недобросовестной конкуренции, Европейский Совет — после консультации с Европейским парламентом и социально-экономическим комитетом ЕС (Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss) — вправе принимать положения по унификации законодательств стран-членов ЕС по налогам с оборота, акцизам и другим косвенным налогам. Именно на основе этой нормы была принята Директива ЕС о системе НДС, согласно которой минимальная процентная ставка по НДС внутри ЕС не должна быть ниже 15%. Таким образом, посредством инструмента вторичного европейского права (директивы), базирующегося на постулатах первичного европейского права (ст. 113 ДФЕС) была проведена унификация правовых норм стран-членов ЕС в отношении НДС.

Однако возможность всеобъемлющей унификации правовых норм налогового характера также и в отношении прямых налогов (с точки зрения немецкого налогового законодательства, к ним относятся налог на доходы физических лиц, налог на доходы юридических лиц и промысловый налог) не нашла правового закрепления в ДФЕС. Данный факт при этом не отменяет возможности частичной унификации прямых налогов стран-членов ЕС. Возможность подобного рода частичной унификации была закреплена в ст. 115 ДФЕС, за исключением которой не существует каких-либо иных правовых положений первичного либо вторичного европейского права, имеющих непосредственное воздействие на унификацию прямых налогов стран-членов ЕС [Seiler C., 2021: 3]. Согласно данной статье, в соответствии со специальной законодательной процедурой Европейский Совет после консультации с Европейским парламентом и Социально-экономическим комитетом ЕС вправе принимать директивы, основной задачей которых является унификация правовых и административных норм стран-членов ЕС в целях создания и/или функционирования единого внутри-европейского рынка. Важно отметить, что посредством данных директив возможна унификация лишь отдельных положений прямых налогов. В отношении незатронутых унификацией на основе ст. 115 ДФЕС правовых положений, страны-члены ЕС обладают всей полнотой законодательной и исполнительной власти [Kokott J., Ost H., 2011: 497] при условии, что принятые ими решения не противоречат иным нормам европейского права²⁸.

3. Фундаментальные свободы ЕС

3.1. Обзор фундаментальных свобод ЕС

ДФЕС гарантирует гражданам стран-членов ЕС защиту целого спектра фундаментальных свобод, призванных обеспечить функционирование единого внутриевропейского рынка [Kokott J., Ost H., 2011: 496]. Нормативно-правовые предписания стран-членов ЕС не могут противоречить нормам первичного и вторичного европейского права [Karpenstein U., 2021: 11], и, в частности, не могут ограничивать закрепленные в ДФЕС фундаментальные свободы граждан без наличия на то соответствующего основания, исключаящей противоправность подобного ограничения. В юридической литературе существует однозначный консенсус касательно наличия запрета на безосновательное ограничение фундаментальных свобод ЕС [Jacobs O.H.,

²⁸ См., напр.: Judgment of 11.08.1995, Wielockx, C-80/94, Slg. I 1995, 2493 (para 16); Judgment of 15.05.1997, Futura Participations, C-250/95, DStRE 1997, 514 (para 19); Judgment of 08.03.2001, Metallgesellschaft und Hoechst., C-397/98, C-410/98, Slg. I 2001, 1727 (para 37); Judgment of 13.12.2005, Marks & Spencer, C-446/03, Slg. I 2005, 10866 (para 29).

Endres D., Spengel C., 2016: 209–211]. Данный запрет распространяется также на налогово-правовые нормы стран-членов ЕС²⁹ [Kokott J., Ost H., 2011: 497]. Исходя из этого, можно констатировать факт, что каталог фундаментальных свобод ДФЕС выполняет ту же функцию, что и каталог фундаментальных прав Основного Закона ФРГ, ибо оба этих каталога накладывают на немецкого законодателя правовые ограничения.

К фундаментальным свободам ЕС по ДФЕС относятся: свобода перемещения товаров (ст. 28); свобода передвижения рабочей силы (ст. 45); свобода передвижения и выбора места жительства (ст. 49); свобода предоставления услуг (ст. 56); свобода перемещения капитала и свобода на осуществление финансовых операций (ст. 63). Согласно ст. 28–36 ДФЕС, запрещаются любые таможенные сборы и/или пошлины, равно как и количественные ограничения на импорт и/или экспорт товаров между странами-членами ЕС. Статья 45 запрещает любые формы дискриминации в сфере занятости в отношении граждан стран-членов ЕС по признаку их гражданства [Brechmann W., 2016: 839–840]. Статья 49 запрещает любые ограничения, связанные с правом передвижения и выбора места жительства физическими лицами с гражданством страны-члена ЕС на территории другой страны-члена ЕС [Forsthoff U., 2021: 3]. Аналогичное правило для европейских обществ закреплено в ст. 54; как и физические лица, общества, учрежденные в соответствии с законодательством стран-членов ЕС и имеющие юридический адрес, штаб-квартиру либо головное предприятие в одной из стран-членов ЕС, не могут быть ограничены в праве выбора иной дислокации бизнеса на территории другой страны-члена ЕС. Под термином «общество» следует понимать не только европейские корпорации и товарищества [Forsthoff U., 2021: 2, 5], но и иные организационно-правовые формы, образованные в соответствии с гражданским или торговым правом стран-членов ЕС, а также кооперативы и юридические лица публичного и частного права (за исключением тех, которые не ставят целью получение регулярной прибыли).

Согласно ст. 56 ДФЕС, противоправными считаются те виды ограничений, которые направлены на создание искусственных барьеров в деле предоставления услуг гражданами одних стран-членов ЕС другим. Подобный запрет на ограничение свободы предоставления услуг распространяется, согласно ст. 62, также на компании, учрежденные в соответствии с законодательством одной из стран-членов ЕС и имеющие там свой юридический адрес. Наконец, ст. 63 гарантирует свободу беспрепятственного перемещения капитала и запрещает любые ограничения на осуществление финансовых операций как между странами-членами ЕС, так и между членами ЕС и иными странами, не входящими в ЕС [Ukrow J., Ress G., 2021: 109] (в том числе в отношении России).

²⁹ Judgment of 14.02.1995, Schumacker, C-279/93, Slg. I 1995, 225 (para 23).

3.2. Запрет дискриминации

Наряду с фундаментальными свободами ЕС важнейшую роль в деле обеспечения функционирования внутриевропейского рынка играет также закрепленный в ст. 18 ДФЕС запрет на дискриминацию. Согласно данной норме, любые правовые акты, направленные на ущемление закрепленных в ДФЕС фундаментальных свобод граждан из другой страны-члена ЕС, являются противоправными³⁰ [Classen C.D., 2021: 405]. Следует отметить, что под данный запрет попадают не только те правовые акты, исполнение которых может привести к прямой³¹ дискриминации (*offene Diskriminierung*), но и те, результатом которых является косвенная³² дискриминация (*verdeckte Diskriminierung*) [Classen C.D., 2021: 405].

Наглядным примером косвенной дискриминации в отрасли налогового права служит дело Шумакера, решение³³ по которому было вынесено Судом ЕС в 1995 году. Согласно материалам данного дела, гражданин Шумакер, будучи подданным Бельгии, осуществлял в 1988 и 1989 гг. трудовую деятельность в качестве наемного рабочего на территории ФРГ, продолжая жить с семьей в приграничном с ФРГ бельгийском городе. В соответствии с соглашением об избежании двойного налогообложения между ФРГ и Бельгийским Королевством³⁴, в котором указывалось на право налогообложения доходов господина Шумакера немецким государством, из его заработной платы был удержан³⁵ налог на доходы физических лиц на основе соответствующей статьи Закона ФРГ о подоходном налоге. Ему был причислен пер-

³⁰ Judgment of 20.09.2001, Grzelczyk, C-184/99, Slg. I 2001, 6193 (para 31, 33).

³¹ Прямой принято считать дискриминацию, при которой к группе лиц, принадлежащих к определенной нации, применяются правовые меры ограничительного либо запретительного характера, которые при прочих равных условиях не применяются к титульной нации.

³² Косвенной принято считать дискриминацию, при которой правовые меры ограничительного либо запретительного характера *de jure* хоть и должны быть применены ко всем проживающим на территории государства группам населения, *de facto* могут быть применены лишь к людям, принадлежащим к определенной нации. См.: Judgment of 13.04.2010, Bressol, C-73/08, Slg. I 2010, 2782 (para 40).

³³ Judgment of 14.02.1995, Schumacker, C-279/93, Slg. I 1995, 225.

³⁴ См.: Abkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Königreich Belgien zur Vermeidung der Doppelbesteuerung und zur Regelung verschiedener anderer Fragen auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen einschließlich der Gewerbesteuer und der Grundsteuern v. 11.04.1967 // BGBl. II 1969, 17. Available at: https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/Internationales_Steuerrecht/Staaten-bezogene_Informationen/Laender_A_Z/Belgien/1969-01-10-Belgien-Abkommen-DBA-Gesetz.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (дата обращения: 05.05.2022)

³⁵ См.: 38 ff. Закона ФРГ о подоходном налоге. Available at: https://www.gesetze-im-internet.de/estg/inhalts_bersicht.html (дата обращения: 05.05.2022)

вый налоговый класс, который выдается физическим лицам, не состоящим в брачных отношениях³⁶.

Извещение немецкого налогового ведомства было опротестовано Шумакером, который, ссылаясь на свое фактическое семейное положение, потребовал причисления его к третьему налоговому классу, предназначенному для физических лиц, состоящих в брачных отношениях. Данный налоговый класс позволил бы ему воспользоваться опцией супружеского сплиттинга (Ehegattensplitting) и в значительной степени уменьшить свое налоговое бремя. Опция супружеского сплиттинга позволяет налогоплательщикам, состоящим в брачных отношениях, подавать в налоговое ведомство совместную налоговую декларацию. При этом расчет налога на доход физических лиц осуществляется следующим образом: на половину совокупного дохода налогоплательщиков начисляется налог по соответствующей ставке, а полученная в итоге сумма удваивается³⁷. Таким образом, если один из брачных партнеров имеет доход существенно выше, чем другой, то посредством супружеского сплиттинга можно в значительной степени смягчить негативные финансовые последствия от прогрессивного характера налоговой ставки. Исходя из данного соображения, Шумакер также опротестовал итоговую сумму, подлежащую к оплате, ибо она была рассчитана на базе его причисления к первому налоговому классу, а не к третьему.

Однако протест Шумакера был отклонен налоговым органом, который ссылаясь на соответствующее положение Закона ФРГ о подоходном налоге того времени, в котором указывалось, что супружеский сплиттинг возможен только когда оба партнера имеют постоянное место жительства на территории ФРГ. Тогда Шумакер опротестовал решение налогового органа в судебном порядке. Согласно позиции Федерального финансового суда, положение немецкого налогового законодательства, на основе которого налоговый орган отклонил протест истца, содержало противоправный с точки зрения европейского права элемент, посредством которого ограничивалась свобода передвижения рабочей силы внутри ЕС. Высшей немецкой финансовой судебной инстанцией был направлен запрос в Суд ЕС о принятии предварительного решения.

Как отмечено выше, по налоговому законодательству ФРГ правом на опцию супружеского сплиттинга обладали лишь налогоплательщики с постоянным местом жительства на территории ФРГ. Хотя данное положение не могло быть расценено как прямая дискриминация граждан из других стран-

³⁶ Детально о существующих налоговых классах см.: § 38b Закона ФРГ о подоходном налоге. Available at: https://www.gesetze-im-internet.de/estg/_38b.html (дата обращения: 05.05.2022)

³⁷ См.: пятый абзац § 32a Закона ФРГ о подоходном налоге. Available at: https://www.gesetze-im-internet.de/estg/_32a.html (дата обращения: 05.05.2022)

членов ЕС, применение этой налоговой нормы приводило к ситуации, когда права налогоплательщиков, осуществляющих свою трудовую деятельность в ФРГ, но проживающих в других странах-членах Евросоюза, существенно ограничивались. Таким образом, налицо была косвенная дискриминация налогоплательщиков, которая, по мнению Суда ЕС, не могла быть оправдана обстоятельствами, исключающими противоправность подобной дискриминации. Указанный Суд отверг доводы ответчика о том, что косвенная дискриминация может быть оправдана, если основной источник дохода налогоплательщика с иностранным местом жительства находится в ФРГ и, как следствие, к этим доходам должны быть применены нормы национального налогового законодательства.

Суд пришел к выводу, что косвенная дискриминация проявлялась в том, что истец не был причислен к третьему налоговому классу, равно как в том, что ему не была оставлена опция супружеского сплиттинга, а в аналогичной ситуации налогоплательщикам с местом жительства в ФРГ оставалось подобное право. На основании данной аргументации Суд ЕС принял решение, что положения Закона ФРГ о подоходном налоге в отношении супружеского сплиттинга противоречили ст. 45 ДФЕС. Впоследствии данное решение нашло отражение в соответствующих статьях Закона ФРГ о подоходном налоге. Согласно изменениям, налогоплательщики, не имеющие постоянного места жительства на территории ФРГ, но получающие более 90% своего суммарного дохода за календарный год из ФРГ, могут при определенных обстоятельствах подать заявление на их рассмотрение налоговыми органами в качестве налогоплательщиков-резидентов и, таким образом, иметь доступ к опции супружеского сплиттинга³⁸.

3.3. Запрет на ограничение фундаментальных свобод ЕС

Под запрет на ограничение фундаментальных свобод ЕС, согласно правовой позиции Суда ЕС, подпадают не только правовые нормы, содержащие дискриминационные положения в отношении граждан ЕС, но и предписания, реализация которых способствует в той или иной степени ограничению фундаментальных свобод³⁹ [Terhechte J.P., 2021: 21]. Другими словами, ограничение фундаментальных свобод возможно не только посредством дискриминации на основе национальной принадлежности, но и посредством иных правовых методов, которые подпадают под всеобщий запрет

³⁸ См.: третий абзац § 1, а также второй номер первого абзаца § 1а Закона ФРГ о подоходном налоге. Available at: https://www.gesetze-im-internet.de/estg/_1.html (дата обращения: 05.05.2022)

³⁹ См.: Judgment of 11.07.1974, Dassonville, C-8/74, Slg. I 1974, 840.

со стороны европейского права [Frenz W., 2021: 90]. В частности, одним из возможных проявлений подобной противоправной конструкции, построенной на недискриминационной основе, может служить ситуация, при которой нормой национального законодательства, являющейся обязательной для исполнения как резидентами, так и нерезидентами, устанавливаются правила, затрудняющие осуществление фундаментальных свобод ЕС и, соответственно, делающие внутренний рынок данной страны-члена ЕС менее привлекательным (*weniger attraktiv*) для участников-нерезидентов из других стран-членов ЕС [Ehlers D., 2014: 294–295].

Примером подобного правила из неналоговой судебной практики может служить дело *Cassis de Dijon*, рассмотренное Судом ЕС в 1979 году⁴⁰. *Cassis de Dijon* — французский ликер, содержащий от 15 до 20% алкоголя. Согласно материалам дела, немецкая сеть супермаркетов проявила коммерческий интерес к импорту алкогольного напитка данной марки в ФРГ с целью последующей продажи ее продукции покупателям под незатейливым наименованием «ликер». Однако согласно предписаниям того времени, под наименованием «ликер» на территории ФРГ могли быть реализованы только те виды напитков, содержание алкоголя в которых составляло не менее 25%. Данное правовое предписание не содержало дискриминационных элементов с точки зрения европейского права, ибо затрагивало как местных, так и европейских производителей ликера. При этом оно существенно ограничивало свободу перемещения товаров между странами ЕС (в данном случае Францией и ФРГ) и затрудняло возможную экономическую активность французской торговой марки алкогольных напитков, делая немецкий рынок менее привлекательным для нее. На основании данной аргументации Судом ЕС было принято решение о несоответствии нормы национального законодательства статье 28 ДФЕС.

3.4. Обстоятельства, оправдывающие ограничение фундаментальных свобод ЕС

С точки зрения европейского права, ограничение фундаментальных свобод ЕС нормой национального законодательства не может быть расценено как противоправное, если на то имеются обстоятельства, оправдывающие подобного рода ограничение [Hahn H., 2005: 508–510]; [Herdegen M., 2019: 304–305]. Зачастую подобного рода обстоятельства закреплены в самом ДФЕС. Так, согласно ст. 36, ограничения, связанные с импортом, экспортом либо транзитом товаров внутри ЕС, могут быть оправданы исходя из соображений общественной морали, порядка и безопасности; охраны здоровья и

⁴⁰ Judgment of 20.02.1979, *Cassis de Dijon*, C-120/78, NJW 1979, 1766.

жизни граждан и животных либо сохранения растений; защиты национальных сокровищ, имеющих художественную, историческую или археологическую ценность, либо защиты промышленной и коммерческой собственности [Ehlers D., 2014: 339–342]; [Leible S., Streinz T., 2021: 2–4]. Статьи 52 и 62 ДФЕС закрепляют за странами-членами ЕС возможность ограничения свободы передвижения рабочей силы и выбора места жительства по соображениям общественного порядка и безопасности, а также охраны здоровья граждан ЕС [Forsthoff U., 2021: 1–2]; [Korte S., 2016: 925–927]; [Ehlers D., 2014: 447–449]. В отношении свободы перемещения капитала внутри ЕС ст. 65 признает право стран-членов ЕС на применение норм национального налогового законодательства, посредством которых устанавливаются различия между налогоплательщиками, находящимися в неодинаковых положениях с точки зрения их места жительства или места вложения их материальных средств.

Наряду с этим страны-члены ЕС могут также принимать любые необходимые меры, призванные воспрепятствовать нарушениям законодательных и регламентарных актов (в частности, в налоговой сфере и в сфере надзора за финансовыми институтами), равно как и регламентировать процедуру декларирования перемещения капиталов для получения информации в административных или статистических целях либо принимать иные меры исходя из соображений общественного порядка или безопасности [Ukrow J., Röss G., 2021: 2–3]; [Ehlers D., 2014: 476–479].

Следует отметить, что обстоятельства, зафиксированные в ДФЕС (отчасти ввиду их абстрактной правовой природы), не имеют большого практического значения. Гораздо большее значение имеют «негласные обстоятельства», разработанные Судом ЕС. Так, им были установлены четыре условия, при соблюдении которых ограничительная норма национального налогового права может быть применена в отношении граждан ЕС⁴¹: норма национального налогового права не должна быть применена в той форме, в которой она может повлечь за собой дискриминацию налогоплательщиков; ограничительный характер нормы должен быть обоснован веской причиной, связанной с защитой общественных интересов; посредством применения ограничительной нормы права должна быть достигнута цель, для достижения которой были ограничены фундаментальные свободы ЕС; применение ограничительной нормы права не должно выходить за правовые рамки, необходимые для достижения намеченной цели.

⁴¹ См., напр.: Judgment of 11.07.1989, Schröder, C-265/87, Slg. I 1989, 2263 (para 21); Judgment of 01.02.2001, Mac Quen, C-108/96, Slg. I 2001, 856 (para 31); Judgment of 26.06.1997, Vereinigte Familiapress, C-368/95, Slg. I 1997, 3709 (para 24, 25); Judgment of 25.03.2004, Karner, C-71/02, Slg. I 2004, 3054 (para 50); Judgment of 30.04.2014, Pfleger, C-390/12, EuZW 2014, 597 (para 35, 36).

Таким образом, лишь когда нормой национального налогового законодательства были соблюдены указанные условия, ее применение возможно в степени, соразмерной для защиты общественных интересов. Наряду с этим значимую роль при оценке обстоятельств, оправдывающих ограничение фундаментальных свобод, играет также невозможность достижения законодателем намеченной цели посредством иных правовых методов. В частности, в судебном деле *Cassis de Dijon* ответчик заявил, что запрет на продажу ликера с содержанием алкоголя менее 25% необходим, с одной стороны, в целях защиты народного здоровья (напитки с низким содержанием алкоголя быстрее вызывают привыкание к алкоголю, чем с высоким), а с другой — защиты потребителей от недобросовестной конкуренции (разрешение на продажу ликера с низким содержанием алкоголя дало бы французской торговой марке ценовое, следовательно, и конкурентное преимущество перед другими производителями напитка с тем же обозначением, которые ввиду более высокого содержания алкоголя в их продукции несут повышенные издержки). Однако Суд ЕС отверг этот довод ответчика, ибо он имел возможности достичь указанные цели иным правовым методом, нежели ограничение фундаментальной свободы ЕС, а именно, посредством издания нормативного акта, обязывающего иностранные компании указывать страну происхождения и процентное содержание алкоголя на упаковке их продукции.

4. Избранные решения Суда ЕС по делам, связанным с ограничением отдельных фундаментальных свобод ЕС

4.1. Судебное дело *Lasteyrie du Saillant*

Равно как и любая фундаментальная свобода ЕС, свобода передвижения и выбора места жительства гражданами стран-членов ЕС может быть существенно ограничена посредством норм национального законодательства, в частности, посредством норм, регулирующих налогообложение скрытых резервов предприятия [Damirov J., 2019: 204–205]; [Damirov J., 2020: 330–331]. В этом отношении в высшей степени примечательно судебное дело *Lasteyrie du Saillant*, решение⁴² по которому было вынесено Судом Европейского союза в 2004 г.

Будучи гражданином Французской Республики, гражданин дю Салье (как и некоторые члены его семьи) являлся держателем более ¼ всех долевых ценных бумаг общества, являющегося субъектом французского налога на прибыль компаний. Владение данными ценными бумагами давало ему право на пропорциональную его доле в обществе часть прибыли. В 1998 г. граж-

⁴² Judgment of 11.03.2004, *Lasteyrie du Saillant*, C-9/02, Slg. I 2004, 2431.

данин дю Салье покинул территорию Франции и поселился на территории Бельгии с целью начала коммерческой деятельности в качестве ИП. Однако ввиду того, что справедливая рыночная стоимость ценных бумаг французского общества, находящихся в его распоряжении, была значительно выше той цены, по которой они были им приобретены, согласно положениям Общего налогового кодекса Французской Республики (1950) (*Code général des impôts*)⁴³, ему предстояло заплатить внушительную сумму в качестве налога на прирост капитала от ценных бумаг. В частности, согласно действующим правилам, налогоплательщики, бывшие резидентами Франции не менее шести из предыдущих 10 лет, а также владевшие, прямо или косвенно, самостоятельно либо совместно с членами своей семьи в течении предыдущих пяти лет ценными бумагами, дающими право на получение прибыли компании в размере более 25%, с момента переезда из Франции облагались налогом на прирост капитала от ценных бумаг. Примечательно, что данное правило не распространялось на те случаи, когда налогоплательщики меняли свое место жительства внутри Франции. Таким образом, посредством данной нормы французским законодателем была предпринята попытка предотвратить случаи, когда ввиду переезда налогоплательщика в другую страну фактическое право на налогообложение прироста капитала от ценных бумаг переходило к налоговым органам другой страны.

Однако Суд ЕС пришел к выводу, что подобное правило в существенной степени ограничивает свободу передвижения рабочей силы в понимании ст. 49 ДФЕС⁴⁴. Так, было установлено, что налогоплательщики, сменившие свое французское место жительства, оказывались в значительно более невыгодном положении, нежели те из них, которые сохраняли место жительства на территории Франции, ибо от первой категории налогоплательщиков требовалась уплата налога с прироста капитала от ценных бумаг, которые фактически не были реализованы в той или иной форме в момент переезда налогоплательщиков в другую страну. При этом Суд Евросоюза также рассмотрел вопрос о допустимости подобного рода ограничения. В частности, было подчеркнуто, что подобные ограничения допустимы лишь в тех случаях, когда они способствуют претворению в жизнь правомерной цели, совместимой с европейским правом и могут быть оправданы вескими причинами, связанными с интересами общества. Помимо этого, ограничительные меры должны способствовать достижению преследуемой цели и не выходить за правовые рамки, необходимые для достижения данной цели⁴⁵.

⁴³ Available at: URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006069577/> (дата обращения: 05.05.2022)

⁴⁴ Judgment of 11.03.2004, Lasteyrie du Saillant, C-9/02, Slg. I 2004, 2431 (para 42, 43, 44).

⁴⁵ Judgment of 11.03.2004, Lasteyrie du Saillant, C-9/02, Slg. I 2004, 2431 (para 49).

В решении по делу гражданина дю Салье Суд ЕС, ссылаясь на устоявшуюся судебную практику⁴⁶, отверг доводы ответчика о возможности признания предотвращения утраты права на налогообложение в качестве веской причины, связанной с интересами общества. Так, согласно судебной практике, в качестве «веских» могли быть признаны такие причины, как обеспечение устойчивого налогового надзора⁴⁷ и целостности налоговой системы⁴⁸, предотвращение уклонения от уплаты налогов и злоупотреблений нормами налогового законодательства⁴⁹, справедливое распределение налоговых полномочий между странами-членами Евросоюза⁵⁰. Особого внимания заслуживает позиция Суда ЕС о возможной оценке факта ограничения фундаментального права Евросоюза с целью предотвращения случаев уклонения от уплаты налогов. Данный Суд указал, что норма французского законодательства обладала универсальным характером и охватывала все возможные случаи, при которых налогоплательщики по какой-либо причине меняли французское место жительства⁵¹. Для ограничения фундаментальных свобод ЕС в целях предотвращения уклонения от уплаты налогов требовалось пунктуальное, точечное применение данной нормы в отношении лиц, осуществляющих противоправные действия⁵². Другими словами, французское законодательство исходило из того, что сам факт смены налогоплательщиками их французского места жительства уже свидетельствует, что они причастны к организации схем уклонения от уплаты налогов.

Таким образом, ввиду отсутствия в деле указанных причин, оправдывающих ограничение фундаментальной свободы ЕС⁵³, Суд ЕС признал незаконность ограничения свободы передвижения рабочей силы в понимании ст. 49 ДФЕС нормой французского налогового законодательства.

⁴⁶ В частности, на: Judgment of 08.03.2001, Metallgesellschaft und Hoechst., C-397/98, C-410/98, Slg. I 2001, 1727 (para 59).

⁴⁷ См., напр.: Judgment of 15.05.1997, Futura Participations, C-250/95, DStRE 1997, 514 (para 31); Judgment of 27.01.2009, Persche, C-318/07, Slg. I 2009, 359 (para 52).

⁴⁸ См., напр.: Judgment of 11.08.1995, Wielockx, C-80/94, Slg. I 1995, 2493 (para 23, 24, 25); Judgment of 06.06.2000, Verkooijen, C-35/98, Slg. I 2000, 4071 (para 56, 57, 58); Judgment of 15.07.2004, Lenz, C-315/02, Slg. I 2004, 7081 (para 34, 35, 36, 37); Judgment of 08.11.2007, Amurta, C-379/05, Slg. I 2007, 9594 (para 46); Judgment of 27.11.2008, Papillon, C-418/07, Slg. I 2008, 8947 (para 43, 44).

⁴⁹ См., напр.: Judgment of 12.09.2006, Cadbury Schweppes, C-196/04, Slg. I 2006, 8031 (para 51).

⁵⁰ См., напр.: Judgment of 13.12.2005, Marks & Spencer, C-446/03, Slg. I 2005, 10866 (para 45, 46, 47); Judgment of 18.07.2007, Oy AA, C-231/05, Slg. I 2007, 6373 (para 54, 55, 56, 57); Judgment of 15.05.2008, Lidl Belgium, C-414/06, Slg. I 2008, 3617 (para 31, 32, 33); Judgment of 25.02.2010, X Holding BV, C-337/08, Slg. I 2010, 1237 (para 28, 29).

⁵¹ Judgment of 11.03.2004, Lasteyrie du Saillant, C-9/02, Slg. I 2004, 2431 (para 50).

⁵² См.: Judgment of 11.03.2004, Lasteyrie du Saillant, C-9/02, Slg. I 2004, 2431 (para 51).

⁵³ Judgment of 11.03.2004, Lasteyrie du Saillant, C-9/02, Slg. I 2004, 2431 (para 51, 52, 53, 54).

4.2. Судебное дело X NV

Предметом правового спора в судебном деле X NV, решение⁵⁴ по которому было принято Судом ЕС в 2012 году, являлась свобода оказания услуг внутри ЕС. Будучи АО со штаб-квартирой в Королевстве Нидерланды, в промежутке между 2002 и 2004 г. X NV организовало товарищеские встречи с участием двух полупрофессиональных футбольных команд из Королевства Великобритании. За эти встречи, сыгранные на территории Нидерландов, X NV заплатила клубам 133 000 и 55 000 евро, соответственно. Однако данная сумма не была распределена британскими клубами между футболистами в качестве их заработной платы.

С точки зрения нидерландских налоговых органов, обязанность распределения данной суммы, а также удержания и выплаты соответствующего подоходного налога с заработных плат футболистов лежала на X NV. В связи с этим X NV было направлено уведомление о доначислении (*Nacherhebungsbescheid*) подоходного налога на заработные платы футболистов, сумма которого после вычета соответствующих расходов составила 20% от выплаченной британским клубам денежной массы. Согласно тогдашним положениям налогового законодательства Королевства Нидерландов, подобного рода удержание налога у источника не имело места в тех случаях, когда оба контрагента являлись резидентами Королевства. Уведомление нидерландской налоговой инстанции было опротестовано X NV в судебном порядке. В свою очередь Верховный Суд Нидерландов перенаправил судебный иск в Суд ЕС с целью получить ответ на вопрос о возможных противоречиях между нормой нидерландского налогового законодательства и ст. 56 ДФЕС.

Согласно ст. 56 ДФЕС любые ограничения свободы оказания услуг, введенные национальным законодательством страны-члена ЕС, признаются недопустимыми с точки зрения европейского права. Сложившаяся практика Суда ЕС свидетельствует о том, что вышеупомянутой статьей гарантирована свобода не только заказчика, но и исполнителя услуг⁵⁵. В деле X NV Суд ЕС пришел к заключению, что накладываемое на нидерландское АО обязательство удержания налога у источника способствовало возникновению дополнительных транзакционных издержек, равно как и рисков, связанных с налоговой ответственностью сторон (*Haftungsrisiko*), что, в конечном счете, ставило под сомнение экономическую целесообразность трансграничных услуг с участием иностранных партнеров для нидерландских резидентов-заказчиков. Таким образом, нидерландское налоговое законодательство кос-

⁵⁴ Judgment of 18.10.2012, X NV, C-498/10, IStR 2013, 26.

⁵⁵ Judgment of 18.10.2012, X NV, C-498/10, IStR 2013, 26 (para 20, 23).

венным образом поощряло сугубо национальные сделки с оказанием услуг, в которых обеими сторонами являлись налогоплательщики-резиденты⁵⁶.

Хотя факт и свидетельствовал о явных противоречиях между нормами нидерландского налогового законодательства и европейского права, подобного рода противоречие все еще могло быть обосновано обстоятельствами, оправдывающими ограничение фундаментальных прав ЕС. В частности, ответчиком было указано, что норма нидерландского законодательства преследовала легитимную цель обеспечения эффективного налогового надзора посредством своевременного взыскания налога с источника. Целью данной «превентивной» налоговой процедуры являлось привлечение к налогообложению дохода, который, в ином случае, оставался бы не налогооблагаемым в обеих странах⁵⁷.

Однако Суд ЕС отверг данный довод ответчика, ссылаясь на то, что для достижения вышеуказанной цели европейским правом предоставлялся альтернативный правовой инструмент, применение которого исключило бы ограничение фундаментальной свободы ЕС. В данном контексте речь шла о Директиве ЕС об административном сотрудничестве в сфере налогообложения⁵⁸, согласно положениям которой страна-член ЕС имеет возможность направить другой стране-члену ЕС запрос об обязанности подачи налогоплательщиком-резидентом другой страны-члена ЕС налоговой декларации с целью расчета суммы местного (в данном случае нидерландского) налога. Таким образом, в случае с X NV двойное неналогообложение [Damirov J., 2018: 235–236] могло быть устранено без ограничения фундаментальной свободы посредством обращения в налоговую службу Великобритании на основе вышеуказанной Директивы⁵⁹.

При этом, несмотря на наличие данной альтернативы, ее применение не гарантировало бы устранения целого ряда проблем технического характера. Так, посредством удержания налога у источника нидерландское налоговое ведомство имело действенный инструмент, который был направлен на определение типа налога, причитающегося уплате с доходов, полученных исполнителем-нерезидентом. Без использования подобного инструмента информацию о доходах исполнителя-нерезидента можно было бы получить лишь косвенным путем посредством возложения на заказчика-резидента обязанности сообщать детальную информацию о проделанной исполнителем-нерезидентом

⁵⁶ Judgment of 18.10.2012, X NV, C-498/10, IStR 2013, 26 (para 28, 29, 30).

⁵⁷ Judgment of 18.10.2012, X NV, C-498/10, IStR 2013, 26 (para 39).

⁵⁸ Council Directive № 2011/16/EU of 15.02.2011 // ABL. EU № L 64, 11.03.2011. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX%3A32011L0016> (дата обращения: 05.05.2022)

⁵⁹ Judgment of 18.10.2012, X NV, C-498/10, IStR 2013, 26 (para 48).

работе, равно как и выплаченной ему сумме⁶⁰. Более того, отказ Нидерландов от налога у источника мог бы в последующем обернуться для исполнителя-нерезидента тяжким административным бременем, ибо ему бы пришлось в индивидуальном порядке подавать налоговую декларацию на нидерландском языке и — в случае дальнейшего несогласия с решением фискального органа — ориентироваться в налоговой системе страны-члена ЕС, отличной от системы страны его фактического места юридической регистрации.

Таким образом, даже посредством применения положений указанной Директивы существовала вероятность того, что исполнители-нерезиденты ввиду большого количества технических аспектов и административных издержек не будут заинтересованы в оказании услуг контрагентам из других стран-членов ЕС. Это опять-таки могло привести к существенному снижению интереса к внутриевропейскому сотрудничеству в рамках единого рынка⁶¹. В этом отношении применение закрепленного Директивой правового инструмента не способствовало значимому упрощению процедуры налогообложения как с перспективы налогоплательщика-нерезидента, так и налоговых органов⁶². Исходя из этого, решением Суда ЕС было постановлено, что норма нидерландского налогового законодательства, невзирая на факт фактического ограничения ею фундаментальной свободы ЕС, не противоречит европейскому праву⁶³, ибо ее применение может быть оправдано целью обеспечения действенности процедуры налогового сбора, достижение которой является невозможным посредством иных правовых инструментов, предлагаемых европейским правом.

Заключение

Европейское право не содержит каких-либо правовых предписаний, посредством которых ЕС наделялся бы правом непосредственного регулирования и унификации прямых налогов стран-членов ЕС. Посредством фундаментальных свобод, закрепленных в ДФЕС, устанавливаются общие принципы правового характера, которые, будучи обязательными к соблюдению всеми странами-членами ЕС, направлены на обеспечение функционирования внутриевропейского рынка. В этом отношении неоспорима роль Суда ЕС, определяющего наличие противоречий между предписаниями национального законодательства и фундаментальными свободами ЕС, равно

⁶⁰ Judgment of 18.10.2012, X NV, C-498/10, IStR 2013, 26 (para 49).

⁶¹ Judgment of 18.10.2012, X NV, C-498/10, IStR 2013, 26 (para 50).

⁶² Judgment of 18.10.2012, X NV, C-498/10, IStR 2013, 26 (para 52).

⁶³ Judgment of 18.10.2012, X NV, C-498/10, IStR 2013, 26 (para 53).

как и возможность оправдания подобных противоречий. Можно констатировать, что благодаря фундаментальным свободам ЕС осуществляется не-прямая, косвенная унификация прямых налогов стран-членов ЕС при непосредственном участии в этом процессе Суда ЕС.



Список источников

1. Birk D., Desens M., Tappe H. *Steuerrecht*. Heidelberg: C.F. Müller, 2021. 341 S.
2. Brechmann W. Freizügigkeit der Arbeitnehmer — Art. 45 AEUV. In: Calliess C., Rufert M. (eds.). *EUV/AEUV*. Munich: C.H. Beck, 2016. S. 821–866.
3. Classen C. Binnenmarkt — Freier Warenverkehr. In: Oppermann T., Classen C., Nettesheim, M. (eds.). *Europarecht*. Munich: C.H. Beck, 2021. S. 404–422.
4. Classen C. Rechtsschutz. In: Oppermann T., Classen C.D., Nettesheim, M. (eds.). *Europarecht*. Munich: C.H. Beck, 2021. S. 213–240.
5. Damirov J. Issue of Tax Conflict Qualification and its Solution Based on UN Model Tax Convention. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, 2018, no. 3, pp. 234–252.
6. Damirov J. Aktuelle Rechtslage und Probleme bei Sitz- und Geschäftsleitungsverlegungen einer Gesellschaft zwischen Deutschland und ausgewählten postsowjetischen Staaten aus steuerrechtlicher Sicht. *Steueranwaltsmagazin*, 2019, vol. 111, no. 6, S. 203–210.
7. Damirov J. Auswirkungen der Verfassungsreform und der Maßnahmen gegen die Covid-19-Pandemie auf das Steuersystem der RF. *Wirtschaft und Recht in Osteuropa*, 2020 vol. 29, no. 11, S. 328–331.
8. Ehlers D. *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*. Berlin: De Gruyter, 2014. 479 S.
9. Fehrenbacher O. *Steuerrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2020. 267 S.
10. Forsthoff U. Gleichstellung der Gesellschaften — Art. 54 AEUV. In: Grabitz E., Hilf M., Nettesheim M. (eds.). *Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV*. Munich: C.H. Beck, 2021, S. 1–18.
11. Forsthoff U. Niederlassungsfreiheit — Art. 49 AEUV. In: Grabitz E., Hilf M., Nettesheim M. (eds.). *Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV*. Munich: C.H. Beck, 2021. S. 1–38.
12. Forsthoff U. Vorschriften betreffend die öffentliche Ordnung — Art. 52 AEUV. In: Grabitz E., Hilf M., Nettesheim M. (eds.). *Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV*. Munich: C.H. Beck, 2021. S. 1–9.
13. Frenz W. *Europarecht*. Heidelberg: Springer, 2021. 90 S.
14. Hahn H. Gemeinschaftsrecht und Recht der direkten Steuern — Teil III. *Deutsche Steuer-Zeitung*, 2005, vol. 93, no. 15, S. 507–515.
15. Herdegen M. *Europarecht*. Munich: C.H. Beck, 2019. 305 S.
16. Hey J. Einkommen. In: Tipke K., Lang J. (eds.). *Steuerrecht*. Cologne: Otto Schmidt, 2021. S. 329–552.
17. Jacobs O., Endres D., Spengel C. Der Einfluss der Europäischen Integration auf die internationale Unternehmensbesteuerung. In: Jacobs O.H. (ed.). *Internationale Unternehmensbesteuerung*. Munich: C.H. Beck, 2016. S. 95–253.

18. Karpenstein U. Vertragsverletzungsverfahren — Art. 258 AEUV. In: Grabitz E., Hilf M., Nettesheim M. (eds.). *Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV*. Munich: C.H. Beck, 2021. S. 2–33.
19. Kokott J., Ost H. Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2011, vol. 22, no. 13, S. 496–503.
20. Korte S. Öffentliche Sicherheit; Ordnung; Gesundheit — Art. 52 AEUV. In: Calliess C., Ruffert M. (eds.). *EUV/AEUV*. Munich: C.H. Beck, 2016. S. 924–927.
21. Leible S., Streinz T. Ausnahmen — Art. 36 AEUV. In: Grabitz E., Hilf M., Nettesheim M. (eds.). *Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV*. Munich: C.H. Beck, 2021. S. 2–24.
22. Nettesheim M. Organe der Europäischen Union. In: Oppermann T., Classen C.D., Nettesheim M. (eds.). *Europarecht*. Munich: C.H. Beck, 2021. S. 31–76.
23. Ruffert M. Ziele der EU — Art. 3 EUV. In: Calliess C., Ruffert M. (eds.). *EUV/AEUV*. Munich: C.H. Beck, 2016. S. 48–60.
24. Scholz R. Verwirklichung der Europäischen Union, Beteiligung des Bundesrates, der Bundesregierung — Art. 23 GG. In: Dürig G., Herzog R., Scholz R. (eds.). *Grundgesetz*. Munich: C.H. Beck, 2021. S. 42–236.
25. Schroeder W. Rechtsakte. Katalog — Art. 288 AEUV. In: Streinz R. (ed.). *EUV/AEUV*. Munich: C.H. Beck, 2012. S. 2411–2456.
26. Seiler C. Harmonisierung der indirekten Steuern — Art. 113 AEUV. Grabitz E., Hilf M., Nettesheim M. (eds.). *Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV*. Munich: C.H. Beck, 2021. S. 1–24.
27. Seiler C. Kompensationsverbot unter Genehmigungsvorbehalt — Art. 112 AEUV. In: Grabitz E., Hilf M., Nettesheim M. (eds.). *Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV*. Munich: C.H. Beck, 2021 S. 1.
28. Seiler C. Privilegierungsverbot für Rückvergütungen — Art. 111 AEUV. In: Grabitz E., Hilf M., Nettesheim M. (eds.). *Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV*. Munich: C.H. Beck, 2021. S. 1–2.
29. Streinz R. Grundrechtsbindung der EU — Art. 6 EUV. In: Streinz R. (ed.). *EUV/AEUV*. Munich: C.H. Beck, 2012. S. 65–76.
30. Terhechte J. Ziele der Union — Art. 3 EUV. In: Grabitz E., Hilf M., Nettesheim M. (eds.). *Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV*. Munich: C.H. Beck, 2021. S. 1–32.
31. Ukrow J., Ress G. Einzelstaatliche Beschränkungen — Art. 65 AEUV. In: Grabitz E., Hilf M., Nettesheim M. (eds.). *Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV*. Munich: C.H. Beck, 2021. S. 1–40.
32. Ukrow J., Ress G. Freier Kapital- und Zahlungsverkehr — Art. 63 AEUV. In: Grabitz E., Hilf M., Nettesheim M. (eds.). *Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV*. Munich: C.H. Beck, 2021. S. 1–310.
33. Waldhoff C. Keine höheren Abgaben für Waren aus Mitgliedstaaten — Art. 110 AEUV. In: Calliess C., Ruffert M. (eds.). *EUV/AEUV*. Munich: C.H. Beck, 2016. S. 1492–1499.
34. Wegener B.W. Vorabentscheidung — Art. 267 AEUV. In: Calliess C., Ruffert M. (eds.). *EUV/AEUV*. Munich: C.H. Beck, 2016. S. 2336–2361.



References

1. Birk D., Desens M., Tappe H. (2021) *Steuerrecht*. Heidelberg: C.F. Müller, 341 S.
2. Brechmann W. (2016) Freizügigkeit der Arbeitnehmer — Art. 45 AEUV. In: Calliess C., Ruffert M. (eds.). *EUV/AEUV*. Munich: C.H. Beck, S. 821–866.

3. Classen C.D. (2021) Binnenmarkt — Freier Warenverkehr. In: Oppermann T., Classen C. D., Nettesheim, M. (eds.). *Europarecht*. Munich: C.H. Beck, S. 404–422.
4. Classen C.D. (2021) Rechtsschutz. In: Oppermann T., Classen C.D., Nettesheim, M. (eds.). *Europarecht*. Munich: C.H. Beck, S. 213–240.
5. Damirov J. (2018) Issue of Tax Conflict Qualification and its Solution Based on UN Model Tax Convention. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, no. 3, pp. 234–252 (in Russ.).
6. Damirov J. (2019) Aktuelle Rechtslage und Probleme bei Sitz- und Geschäftsleitungsverlegungen einer Gesellschaft zwischen Deutschland und ausgewählten postsozialistischen Staaten aus steuerrechtlicher Sicht. *Steueranwaltsmagazin*, vol. 111, no. 6, S. 203–210.
7. Damirov J. (2020) Auswirkungen der Verfassungsreform und der Maßnahmen gegen die Covid-19-Pandemie auf das Steuersystem der RF. *Wirtschaft und Recht in Osteuropa*, vol. 29, no. 11, S. 328–331.
8. Ehlers D. (2014) *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*. Berlin: De Gruyter, 479 S.
9. Fehrenbacher O. (2020) *Steuerrecht*. Baden-Baden: Nomos, 267 S.
10. Forsthoff U. (2021) Gleichstellung der Gesellschaften — Art. 54 AEUV. In: Grabitz E., Hilf M., Nettesheim M. (eds.). *Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV*. Munich: C.H. Beck, S. 1–18.
11. Forsthoff U. (2021) Niederlassungsfreiheit — Art. 49 AEUV. In: Grabitz E., Hilf M., Nettesheim M. (eds.). *Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV*. Munich: C.H. Beck, S. 1–38.
12. Forsthoff U. (2021) Vorschriften betreffend die öffentliche Ordnung — Art. 52 AEUV. In: Grabitz E., Hilf M., Nettesheim M. (Eds.). *Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV*. Munich: C.H. Beck, S. 1–9.
13. Frenz W. (2021) *Europarecht*. Heidelberg: Springer, 90 S.
14. Hahn H. (2005) Gemeinschaftsrecht und Recht der direkten Steuern — Teil III. *Deutsche Steuer-Zeitung*, vol. 93, no. 15, S. 507–515.
15. Herdegen M. (2019) *Europarecht*. Munich: C.H. Beck, 305 S.
16. Hey J. (2021) Einkommen. In: Tipke K., Lang J. (eds.). *Steuerrecht*. Cologne: Otto Schmidt, S. 329–552.
17. Jacobs O.H., Endres D., Spengel C. (2016) Der Einfluss der Europäischen Integration auf die internationale Unternehmensbesteuerung. In: Jacobs O.H. (ed.). *Internationale Unternehmensbesteuerung*. Munich: C.H. Beck, S. 95–253.
18. Karpenstein U. (2021) Vertragsverletzungsverfahren — Art. 258 AEUV. In: Grabitz E., Hilf M., Nettesheim M. (eds.). *Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV*. Munich: C.H. Beck, S. 2–33.
19. Kokott J., Ost H. (2011) Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, vol. 22, no. 13, S. 496–503.
20. Korte S. (2016) Öffentliche Sicherheit; Ordnung; Gesundheit — Art. 52 AEUV. In: Callies C., Ruffert M. (eds.). *EUV/AEUV*. Munich: C.H. Beck, S. 924–927.
21. Leible S., Streinz T. (2021) Ausnahmen — Art. 36 AEUV. In: Grabitz E., Hilf M., Nettesheim M. (eds.). *Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV*. Munich: C.H. Beck, S. 2–24.
22. Nettesheim M. (2021) Organe der Europäischen Union. In: Oppermann T., Classen C.D., Nettesheim M. (eds.). *Europarecht*. Munich: C.H. Beck, S. 31–76.

23. Ruffert M. (2016) Ziele der EU — Art. 3 EUV. In: Calliess C., Ruffert M. (eds.). EUV/AEUV. Munich: C.H. Beck, S. 48–60.
24. Scholz R. (2021) Verwirklichung der Europäischen Union, Beteiligung des Bundesrates, der Bundesregierung — Art. 23 GG. In: Dürig G., Herzog R., Scholz R. (eds.). Grundgesetz. Munich: C.H. Beck, S. 42–236.
25. Schroeder W. (2012) Rechtsakte. Katalog — Art. 288 AEUV. In: Streinz R. (ed.). EUV/AEUV. Munich: C.H. Beck, S. 2411–2456.
26. Seiler C. (2021) Harmonisierung der indirekten Steuern — Art. 113 AEUV. Grabitz E., Hilf M., Nettesheim M. (eds.). Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV. Munich: C.H. Beck, S. 1–24.
27. Seiler C. (2021) Kompensationsverbot unter Genehmigungsvorbehalt — Art. 112 AEUV. In: Grabitz E., Hilf M., Nettesheim M. (eds.). Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV. Munich: C.H. Beck, S. 1.
28. Seiler C. (2021) Privilegierungsverbot für Rückvergütungen — Art. 111 AEUV. In: Grabitz E., Hilf M., Nettesheim M. (eds.). Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV. Munich: C.H. Beck, S. 1–2.
29. Streinz R. (2012) Grundrechtsbindung der EU — Art. 6 EUV. In: Streinz R. (ed.). EUV/AEUV. Munich: C.H. Beck, S. 65–76.
30. Terhechte J.P. (2021) Ziele der Union — Art. 3 EUV. In: Grabitz E., Hilf M., Nettesheim M. (eds.). Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV. Munich: C.H. Beck, S. 1–32.
31. Ukrow J., Ress G. (2021) Einzelstaatliche Beschränkungen — Art. 65 AEUV. In: Grabitz E., Hilf M., Nettesheim M. (eds.). Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV. Munich: C.H. Beck, S. 1–40.
32. Ukrow J., Ress G. (2021) Freier Kapital- und Zahlungsverkehr — Art. 63 AEUV. In: Grabitz E., Hilf M., Nettesheim M. (eds.). Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV. Munich: C.H. Beck, S. 1–310.
33. Waldhoff C. (2016) Keine höheren Abgaben für Waren aus Mitgliedstaaten — Art. 110 AEUV. In: Calliess C., Ruffert M. (eds.). EUV/AEUV. Munich: C.H. Beck, S. 1492–1499.
34. Wegener B.W. (2016) Vorabentscheidung — Art. 267 AEUV. In: Calliess C., Ruffert M. (eds.). EUV/AEUV. Munich: C.H. Beck, S. 2336–2361.

Информация об авторе:

Михаэль Штёбер — профессор, управляющий директор Института коммерческого и налогового права, заведующий кафедрой гражданского, гражданско-процессуального, немецкого и международного налогового права, а также коммерческого и торгового права, доктор права.

Information about the author:

Michael Stoeber — Professor, Managing Director, Institute of Trade and Tax Law; Head, Department of Civil Law and Civil Procedure Law, German and International Tax Law, Commercial and Trade Law, LL.D.

Статья поступила в редакцию 22.03.2022; одобрена после рецензирования 25.04.2022; принята к публикации 29.04.2022.

The article was submitted to the editorial office 22.03.2022; approved after reviewing 25.04.2022; accepted for publication 29.04.2022.

Научная статья

УДК: 347.73

DOI:10.17323/2072-8166.2022.2.244.263

Правовой статус эмитентов криптоактивов с точки зрения проекта регламента MICA



Яна Даудрих

Университет имени Я.А. Коменского, Словакия 81000, Братислава, ул. Шафарикова
наместье, 6, ana.daudrikh@flaw.uniba.sk, <https://orcid.org/0000-0003-1297-5967/>



Аннотация

В свете развития современных цифровых технологий встает вопрос о создании единого механизма регулирования эмитентов криптоактивов, включающего комплексное регулирование статуса всех субъектов, участвующих в торговле криптоактивами. Однако пока мы отмечаем отсутствие единообразия и абстрактное регулирование субъектов, торгующих криптоактивами, установленное в Директиве ЕС 2018/843 Европейского парламента и Совета от 30.05.2018, вносящей поправки в Директиву ЕС 2015/849 о предотвращении использования финансовой системы в целях отмывания денег или финансирования терроризма и в директивы 2009/138/ЕС и 2013/36/ЕС. Под давлением политиков и профессионального сообщества Европейская комиссия подготовила проект долгожданного предложения о регламенте Европейского парламента и Совета по рынкам криптоактивов и о внесении поправок в Директиву ЕС 2019/1937, COM (2020) 593 final (MICA) с целью создания общего регулирования в области криптоактивов. Предложенный проект регламента MICA имеет целью унифицировать разрозненное правовое регулирование криптоактивов из-за отсутствия в настоящее время более масштабного регулирования этого института на уровне Европейского союза. Основной целью данной статьи является исследование вновь определенных институтов, включая категоризацию криптоактивов, охватываемых MICA. В этом контексте рассматриваются основные аспекты функционирования процесса эмиссии криптоактивов, включая обязанности публикации «white paper». Отдельно изучается роль Европейской службы банковского надзора (European Banking Authority) как надзорного органа над эмитентами известных криптоактивов. На основе анализа автор приходит к выводу, что применение положений MICA связано с рядом проблем, на которых он затем останавливается более подробно. Неоднозначность в правовом применении MICA наблюдается, например, в случае регулирования понятий криптоактивов, а также в случае отсутствия более детального процесса сотрудничества между органами ЕС и органами третьих стран. При работе над данной статьей автором были использованы следующие научные методы: формально-юридический, сравнительно-правовой, анализ, синтез, аналогия, индукция и дедукция.



Ключевые слова

Европейский союз, предложение о регламенте по рынкам криптоактивов, Директива (ЕС) 2019/1937 COM/2020/593 final, MICA, криптоактивы, токены, white paper, надзор над эмитентами токенов, Европейская служба банковского надзора.

Для цитирования: Даудрих Я. Правовой статус эмитентов криптоактивов с точки зрения проекта регламента MICA // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 2. С. 244–263. DOI:10.17323/2072-8166.2022.2.244.263.

Research article

Legal Status of Issuers of Crypto Assets in the Light of the Project of MICA Regulation



Yana Daudrikh

Comenius University in Bratislava, 76 Shafarikovo Estate, Bratislava 81000, Slovak Republic, yana.daudrikh@flaw.uniba.sk, <https://orcid.org/0000-0003-1297-5967/>



Abstract

In the developing world of modern digital technologies, the question arises of the need to adopt a uniform mechanism of the regulation of crypto-assets issuers, including a comprehensive regulation of the position of all entities involved in the trade in crypto-assets. However, we are currently examining the inconsistent and abstract regulation of the main crypto-assets traders resulting from Directive (EU) 2018/843 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, and amending Directives 2009/138/EC and 2013/36/EU. Under pressure from policy makers and the professional public, the European Commission has presented a proposal for a long-awaited Proposal for a Regulation of the European parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937, COM (2020) 593 final (MICA) to ensure common regulation of crypto-assets, which is applicable in all Member States of the European Union. The present proposal for a MICA regulation has the ambition to unify the fragmented legislation on crypto-assets that nowadays as a result of lack of wider regulation at EU level. The primary goal of this paper is to analyze newly defined concepts, including categorizations of crypto-assets falling under MICA. In this context, the basic aspects of the functioning of the crypto-assets issue process, including the obligation to publish a white paper, are examined. In particular, the position of the EBA (European Banking Authority) as a supervisory authority for issuers of significant crypto-assets is examined. Based on the analysis, the author comes to the conclusion that the application of the MICA may well be associated with a number of problems, which are then specified in more detail. We see ambiguity when applying MICA caused, for example, by rather general language of the terms defining crypto-assets, or by absence of further explanation of cooperation process between relevant EU and third country authorities. The several scientific methods were used in writing this paper, such as: comparison, analysis, synthesis, analogy, induction and deduction.



Keywords

Proposal for a Regulation of the European parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937, COM /(2020) / 593 final; crypto-asset; token; white paper; supervision of token issuers, crypto-assets; European Banking Authority.

For citation: Daudrikh Y. (2022) Legal Status of Issuers of Crypto Assets in the Light of the Project of MICA Regulation. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol.15, no 2, pp. 244–263 (in Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2022.2.244.263.

Введение

07.05.2020 Европейская комиссия опубликовала план действий для комплексной политики Европейского союза (далее — ЕС), направленный на предотвращение отмывания грязных денег и финансирования терроризма¹. В предложенном плане Европейская комиссия обязалась принять меры по усилению правил ЕС в борьбе с отмыванием грязных денег и финансированием терроризма, в результате чего были подготовлены четыре законодательных предложения², которые рассматриваются как единый согласованный пакет, направленный на реализацию плана действий Европейской комиссии.

В соответствии с предложенным планом Европейская комиссия 24.09.2020 обнародовала новую стратегию цифрового финансирования. Предложенный пакет стратегии цифрового финансирования ориентирован на четыре основные области: устранение фрагментации на едином цифровом рынке;

¹ Communication from the Commission on an Action Plan for a comprehensive Union policy on preventing money laundering and terrorist financing, C(2020) 2800 final. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020XC0513%2803%29> (дата обращения: 11.05.2022)

² Proposal for a Regulation of the European parliament and of the Council on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing. COM/2021/420 final. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0420> (дата обращения: 11.05.2022); Proposal for a Directive of the European parliament and of the Council on the mechanisms to be put in place by the Member States for the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing and repealing Directive (EU) 2015/849, COM/2021/423 final. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52021PC0423> (дата обращения: 11.05.2022); Proposal for a Regulation of the European parliament and of the Council establishing the Authority for Anti-Money Laundering and Countering the Financing of Terrorism and amending Regulations (EU) No 1093/2010, (EU) 1094/2010, (EU) 1095/2010, COM/2021/421 final; Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on information accompanying transfers of funds and certain crypto-assets (recast), COM/2021/422 final. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0421> (дата обращения: 11.05.2022)

адаптация нормативной базы ЕС для содействия цифровым инновациям; продвижение финансов, основанных на данных; решение проблем и рисков цифровой трансформации, включая улучшение цифровых операций и устойчивость финансовой системы³.

Основу пакета стратегии цифрового финансирования составляет проект регламента Европейского парламента и Совета по рынкам криптоактивов и внесении поправок в Директиву (ЕС) 2019/1937, COM (2020) 593 final (далее — MICA)⁴. В рамках регламента MICA Европейская комиссия поставила задачу привести правовую базу ЕС в соответствие с рекомендациями Группы разработки финансовых мер борьбы с отмыванием денег (Financial Action Task Force, далее — FATF), которые, в частности, дополнительно определяют ключевые термины (например, криптоактивы, поставщик услуг криптоактивов и т.д.)⁵. Целью ЕС является поддержка инноваций в финансовом секторе, и именно по этой причине MICA стремится поддержать эмитентов криптоактивов в их деятельности, но в то же время подчеркивает необходимость защиты прав и интересов потребителей.

В рамках MICA Европейская комиссия внедряет индивидуальный законодательный режим, направленный на устранение рисков, которые представляют криптоактивы и значимые токены⁶. В содержание MICA включены некоторые положения из Директивы 2014/65/ЕС Европейского парламента и Совета от 15.05.2014 о рынках финансовых инструментов, (далее — MIFID)⁷ и из Директивы 2009/110/ЕС Европейского парламента и Совета от 16.09.2009 о создании, осуществлении и пруденциальном надзоре за дея-

³ Communication from the Commission to the European parliament, the Council, the European economic and social committee and the committee of the regions on a Digital Finance Strategy for the EU, COM (2020) 591 final. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0591> (дата обращения: 11.05.2022)

⁴ Proposal for a Regulation of the European parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937, COM (2020) 593 final. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0593> (дата обращения: 11.05.2022)

⁵ FATF Report. Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks. FATF: Paris, 2014. FATF International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation. Interpretive note to recommendation 15 (New technologies). Paris, 2012. Available at: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Virtual-currency-key-definitions-and-potential-aml-cft-risks.pdf> (дата обращения: 11.05.2022)

⁶ Explanatory memorandum to proposal for a Regulation of the European parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937, COM (2020) 593 final. Available at: https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvhd3k3hyd3q_j9vvik7m1c3gyxp/vlcci1b7tvyj (дата обращения: 11.05.2022)

⁷ Directive 2014/65/EU of the European parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Directive 2002/92/EC and Directive 2011/61/EU. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32014L0065> (дата обращения: 11.05.2022)

тельностью учреждений электронных денег, вносящей поправки в директивы 2005/60/ЕС и 2006/48/ЕС (далее — Директива об электронных деньгах)⁸ [Hobza M., 2021: 19].

Несмотря на то, что стратегия цифрового финансирования является важной вехой стимулирования инноваций и развития цифровизации, окончательная форма МІСА остается неясной. Встает ряд вопросов об уместности и достаточности правового оформления МІСА.

1. Область применения МІСА

Проект регламента МІСА касается области эмиссии криптоактивов и области оказания услуг, связанных с криптоактивами, в рамках Европейского союза⁹. Однако в то же время проект регламента МІСА является текстом, имеющим значение для Единого экономического пространства (далее — ЕЭП), и именно поэтому соответствующие положения МІСА также применимы в государствах-членах ЕЭП [Ferreira A., Sandner P., Dünser T., 2021: 23].

Поскольку область эмиссии криптоактивов довольно широка, существует несколько исключений, на которые предлагаемый регламент МІСА не распространяется. Исключения в большинстве случаев связаны с деятельностью, которая является предметом регулирования других правовых актов (например, MIFID, Директива об электронных деньгах и т.д.). Аналогичным образом цифровые валюты центральных банков освобождаются от действия МІСА при условии, что речь идет о криптоактивах, эмитентом которых являются центральные банки, действующие в качестве органов денежно-кредитного регулирования. Другие исключения из области действия МІСА касаются, например, Европейского инвестиционного банка, страховых компаний, общественных международных организаций и т.д.¹⁰

В настоящее время ЕС следует принципу технологической нейтральности¹¹, таким образом позволяя эмитентам выбрать вид используемой тех-

⁸ Directive 2009/110/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on the taking up, pursuit and prudential supervision of the business of electronic money institutions amending Directives 2005/60/EC and 2006/48/EC and repealing Directive 2000/46/EC. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32009L0110> (дата обращения: 11.05.2022)

⁹ Proposal for a Regulation of the European parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937, COM (2020) 593 final. Art 2 (1). Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0593> (дата обращения: 11.05.2022)

¹⁰ Ibid. Art 2 (3).

¹¹ Directive (EU) 2018/843 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the

нологии, при этом большинство криптоактивов применяет именно DLT технологию (Distributed ledger technology, далее — DLT). На основании Регламента (ЕС) № 910/2014 Европейского парламента и Совета от 23.07.2014 об электронной идентификации и трастовых услугах для электронных транзакций на внутреннем рынке (eIDAS)¹², под технологической нейтральностью понимается отсутствие заказа в использовании какого-либо национального технического решения электронной идентификации в рамках государства-члена ЕС.

В контексте технологии DLT в регламенте MICA используется термин «технология распределенной базы данных транзакций», под которой понимается технология, поддерживающая распределенную запись зашифрованных данных¹³. Технология DLT облегчает создание цифровой идентификации. В данном случае следует подчеркнуть, что в большинстве DLT счета пользователей привязаны не к данным об их идентификации, а к идентификатору счета, который функционирует как псевдоним [Moreno S., Seigneur J., Gotzev G., 2020: 9]. Для DLT характерно отсутствие или минимальный уровень централизованного управления, как и полное отсутствие централизованного хранения данных [Zetsche D., Arner D., Buckley R., 2020: 180, 334].

2. Виды криптоактивов

Рассматриваемый проект регламента MICA предусматривает совершенно иную классификацию криптоактивов, которые делятся на несколько отдельных видов токенов. Термин «криптоактивы» является широким термином, который помимо цифрового представления стоимости также является определенным представлением прав, связанных с владением криптоактивами. Исходя из определения криптоактивов, регламент MICA делит отдельные токены на три подкатегории: utility токен (далее — UT); токен, привязанный к активам (asset-referenced token, далее — ART); токен электронных денег (electronic money token, далее — EMT).

UT обычно не считается традиционной формой обеспечения или финансовым продуктом. Как вид криптоактивов, он предоставляет цифровой до-

purposes of money laundering or terrorist financing, and amending Directives 2009/138/EC and 2013/36/EU. Recital 22. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32018L0843> (дата обращения: 11.05.2022)

¹² Regulation (EU) No 910/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing Directive 1999/93/EC. Art 12 (3) (a). Available at: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2014.257.01.0073.01.ENG (дата обращения: 11.05.2022)

¹³ Proposal for a Regulation of the European parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937, COM (2020) 593 final. Art 3 (1).

ступ к товару или услуге, которые доступны в рамках DLT, причем его акцептация привязана к эмитенту данного токена¹⁴. УТ имеет нефинансовые цели, которые, в первую очередь, связаны с использованием цифровых платформ и цифровых услуг. Таким образом, цель УТ заключается не в создании будущих денежных потоков, а в обеспечении функционального использования системы на основе блокчейна.

УТ также может использоваться в качестве средства обмена. УТ не привязан к какому-либо активу, как в случае ART или EMT. Как пример можно привести биткоин, который не привязан к законному платежному средству или другому виду товара [Zetzsche D., Arner D., Buckley R., Annunziata F., 2021: 206, 212–213]; [Irwin A., Turner A., 2018: 299]. Очевидно, что именно биткоин попадает под действие главы II регламента MICA.

MICA устанавливает ряд требований, которым должен соответствовать эмитент УТ, если он намерен публично предлагать на территории Евросоюза вышеупомянутые криптоактивы или подавать заявления на их допуск к торговле в рамках торговой платформы. Одним из установленных требований является статус эмитента криптоактивов как юридического лица. По сути, каждый эмитент, торгующий криптовалютами на торговой платформе, должен быть юридическим лицом. Теоретически это означает, что эмитент может действовать и как компания с ограниченной ответственностью. В соответствии с этим мы считаем, что, с точки зрения снижения повышенного риска, связанного с торговлей криптовалютами, было бы целесообразно выбрать организационно-правовую форму акционерного общества, которое предъявляет более строгие требования к созданию компании, включая требования к капиталу. Более строгое регулирование акционерного общества может в конечном итоге отразиться на «качестве» защиты криптоактивов, находящихся у потребителей.

Надзор за эмитентами УТ в основном осуществляет соответствующий орган «домашнего государства»-члена ЕС. Домашнее государство-член ЕС — это государство-член ЕС, в котором эмитент как юридическое лицо имеет зарегистрированный юридический адрес. «Гостевым государством»-членом ЕС считается член ЕС, на территории которого эмитент намерен осуществить эмиссию криптоактивов.

Следующим является требование к составлению, информированию и опубликованию «white paper» (Белой книги). Содержание последней подробнее специфицировано в аб. 1 ст. 5 регламента MICA. Правила составления и публикации «Белой книги» в принципе соответствуют требованиям к публикации проспекта ценных бумаг. Более того, тот факт, что полномочия по реализации, указанные в главе II, возложены на Европейское управле-

¹⁴ Ibid. Art 3 (1) (5).

ние по ценным бумагам и рынкам (European Securities and Markets Authority, далее — ESMA), увеличивает сходство «Белой книги» с проспектом ценных бумаг [Zetzsche D., Arner D., Buckley R., Annunziata F., 2021: 211].

Во избежание введения потребителей в заблуждение относительно правовой классификации криптовалют, проект регламента МІСА содержит ряд отдельных заявлений, целью которых является предупреждение потребителей о наличии фактора риска. Так, например, в проекте требуется информировать потребителей, что содержание «Белой книги» не было рассмотрено и одобрено компетентным органом государства-члена ЕС¹⁵. В то же время эмитент должен сообщить, что «Белая книга» все же не является проспектом ценных бумаг и что криптоактивы не считаются финансовыми инструментами. Вследствие этого «Белая книга» не может содержать заверений относительно будущей доходности криптоактивов при условии, что эмитент «иных криптоактивов» не может однозначно гарантировать такую будущую величину.¹⁶

Отсутствие обязанности утверждения «Белой книги» ставит фундаментальный вопрос о целесообразности предлагаемого варианта правового регулирования. Обоснование МІСА, заключающееся в том, что не стоит перегружать соответствующие органы, является слабым в свете фактора повышенного риска. Теоретически возможно, что заинтересованное в криптоактивах лицо может получить разные версии «Белой книги», например, из-за внезапного изменения части содержания таковой, что скорее всего может вызвать затруднения в приобретении таких криптоактивов.

Токен ART определяется как «вид криптоактивов, целью которого является сохранение стабильной стоимости путем привязки к стоимости нескольких фидуциарных валют, являющихся законным платежным средством, на один или нескольких видов товаров, или один или несколько криптоактивов, или на стоимость комбинации таких активов»¹⁷. В данном случае речь идет о токенах, привязанных к корзине валют, видов товаров или криптоактивов [Zetzsche D., Arner D., Buckley R., Annunziata F., 2021: 212]. Цель стабилизации стоимости таких токенов — обеспечить возможность их использования держателями в качестве платежного средства для покупки товаров и услуг, а также в качестве средства сбережения.

Чтобы эмитент ART мог публично предлагать такие токены или подать заявку на допуск таких активов к торгам на торговой платформе криптоактивов, эмитент ART должен получить лицензию компетентного органа своего домашнего государства-члена ЕС. В отношении лицензии действует

¹⁵ Ibid. Art 5 (3).

¹⁶ Ibid. Art 5 (4).

¹⁷ Ibid. Art 3 (3).

принцип «единого европейского паспорта» («passporting»). Этот принцип заключается в том, что данная лицензия действует на территории всех государств-членов ЕС [Winkler M., 2004: 705]. Данный принцип также применяется к содержанию предложенной в проекте «Белой книги».

Предлагаемый регламент МІСА также предусматривает ряд исключений, при которых не требуется лицензия. Например, она не требуется при обладании эмитентом банковской лицензией¹⁸ или в случае предложения токенов исключительно квалифицированным инвесторам и т.д.¹⁹ Однако отсутствие обязательства по получению лицензии не исключает обязанности эмитентов ART публиковать свои «Белые книги».

По сравнению с эмитентами UT, эмитенты ART обязаны направлять «Белые книги» на утверждение компетентному органу домашнего государства-члена ЕС. «Белая книга» считается автоматически одобренной при получении эмитентом лицензии на публичное предложение ART или на их допуск к торговле на торговой платформе для криптоактивов. Причиной введения обязанности утверждения «Белой книги» для эмитентов ART является наличие повышенного риска с точки зрения защиты потребителей и целостности рынка по сравнению с UT, которое возникло из-за возможного широкого их использования (например, в качестве платежного средства).

Для деятельности, связанной с публичным предложением криптоактивов, эмитент ART должен иметь собственные ресурсы. Собственные ресурсы эмитентов состоят из суммы в 350 000 евро, а также 2% от средней суммы резервных активов, рассчитанной на конец каждого календарного дня, за предыдущие шесть месяцев²⁰. Помимо обязательства поддерживать собственные ресурсы, на эмитента ART возлагается дополнительное обязательство, связанное с созданием и постоянным поддержанием резервных активов. Резервные активы представляют собой группу валют, которые являются законным платежным средством, биржевыми товарами или криптоактивами, обеспечивающими стоимость ART, с возможностью инвестирования таких активов.

Токен ЕМТ — это вид криптоактива, который предназначен для использования в качестве средства обмена с целью сохранения его стабильной стоимости путем привязки к стоимости фидуциальной валюты, являющей-

¹⁸ Directive 2013/36/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on access to the activity of credit institutions and the prudential supervision of credit institutions and investment firms, amending Directive 2002/87/EC and repealing Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC. Art 8. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32013L0036> (дата обращения: 11.05.2022)

¹⁹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937, COM (2020) 593 final. Art 15 (3–4).

²⁰ Ibid. Art 31 (1).

ся законным платежным средством²¹. По сравнению с ART, EMT, в первую очередь, предназначен для использования в качестве платежного средства для покупки товаров и услуг с упором на поддержание его стабильной стоимости путем его привязки только к одной фидуциальной валюте²². Эмитенты таких токенов должны соответствовать трем основным требованиям²³: иметь банковскую лицензию или лицензию организации электронных денег; соответствовать требованиям, относящимся к организации электронных денег; опубликовать «Белую книгу». Речь при этом не идет о получении отдельного вида лицензии, как в случае с ART. Эмиссия EMT, таким образом, заложена в уже существующем регулировании кредитных организаций²⁴, как и на регулировании организации электронных денег²⁵ [Sidak M., Slezáková A., 2014: 105].

Так же, как и в случае ART, MICA предусматривает ряд исключений при лицензировании эмитентов EMT. Эмитенты EMT не обязаны иметь лицензию в случае токенов, которые предназначены исключительно для квалифицированных инвесторов или когда сумма токенов не превышает 5 000 000 евро за 12-месячный период²⁶. Помимо выполнения вышеуказанных условий, эмитенты должны соблюдать и другие условия, которые дополнительно регулирует в главах II и III Директива об электронных деньгах.

По сравнению с ART, MICA не устанавливает требований к обязательному созданию и хранению резервных активов.

Эмитентам EMT запрещено выплачивать проценты в течение периода владения пользователями такими токенами. Это требование отражает ст. 12 Директивы об электронных деньгах. Целью запрета на выплату процентов является обеспечение использования EMT в качестве платежного средства, а не в качестве средства хранения стоимости. Другими словами, это попытка

²¹ Ibid. Art 3 (4).

²² Národná banka Slovenska (2020) Prehľad trhu s kryptoaktívami v Slovenskej republike November 2020, p. 5. Available at: https://www.nbs.sk/_img/Documents/_Dohlad/Fintech/kryptoaktiva/SK-kryptoaktiva-prehľad.pdf (дата обращения: 11.05.2022)

²³ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937, COM (2020) 593 final. Art 43 (1).

²⁴ Regulation (EU) No 575/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on prudential requirements for credit institutions and investment firms and amending Regulation (EU) No 648/2012. Art 4 (1). Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32013R0575> (дата обращения: 11.05.2022)

²⁵ Directive 2009/110/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on the taking up, pursuit and prudential supervision of the business of electronic money institutions amending Directives 2005/60/EC and 2006/48/EC and repealing Directive 2000/46/EC. Art 2 (1). Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32009L0110> (дата обращения: 11.05.2022)

²⁶ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937, COM (2020) 593 final. Art 43 (2).

отделить токены от ценных бумаг, которые связаны с отдельной областью регулирования [Zetsche D., Arner D., Buckley R., Annunziata F., 2021: 216].

Эмитент также обязан опубликовать «Белую книгу», заранее проинформировав об этом соответствующий орган домашнего государства-члена ЕС. Так же, как и в случае эмитентов УТ, «Белая книга» ЕМТ не подлежит обязательному утверждению компетентных органов домашнего государства-члена ЕС.

3. Задачи Европейской службы банковского надзора в области надзора над эмитентами крупных токенов

Европейская служба банковского надзора (далее — ЕБА) осуществляет надзор за эмитентами крупных токенов ART и ЕМТ. Решение о признании ART крупными ЕБА принимает на основании соответствия эмитентов как минимум трем основным критериям. Подробный перечень критериев регламентирован в абз. 1 ст. 39 проекта регламента МІСА. Например, речь идет о критерии размера резервных активов эмитента, стоимости выпущенных токенов и т.д. В данном случае проект регламента содержит лишь общий перечень критериев без их спецификации. Дальнейшее уточнение критериев будет частью делегированных актов, которые уполномочена издавать Европейская комиссия.

Принятие решения ЕБА основывается на предложенных компетентным органом домашнего государства-члена ЕС информации о исполнении эмитентами вышеуказанных критерий. В этом случае надзор за крупными токенами осуществляет исключительно ЕБА.

Проект регламента МІСА позволяет эмитентам ART добровольно признавать их токены крупными. В этом случае эмитент должен на основании плана своей деятельности, включая используемые бизнес-модели, доказать, что его токены соответствуют по крайней мере трем из требуемых критериев. На основании представленной информации ЕБА примет решение о признании/непризнании таких токенов крупными²⁷. В корреляции с вышесказанным очевидно, что, если ЕБА не признает токен значимым, надзор за такими эмитентами по-прежнему остается в компетенции домашнего государства-члена ЕС.

На эмитентов крупных токенов помимо общих требований распространяются дополнительные обязанности. Основным отличием от требований, которым обязаны исполнять эмитенты ART, является увеличение процентной ставки от средней суммы резервных активов с первоначальных 2% на уровень 3%²⁸.

²⁷ Ibid. Art 40.

²⁸ Ibid. Art 41 (1).

Как и ART, эмитенты ЕМТ должны соответствовать как минимум трем критериям, перечень которых подробно изложен в ст. 39 проекта регламента МІСА. Процесс обозначения крупных ЕМТ как значимых со стороны ЕВА осуществляется подобно тому, как и с ART. Основные отличия от ART проявляются в следующих областях. В первом случае речь идет о добровольном обозначении токенов как крупных. Для того, чтобы эмитент мог подать заявление на признание токенов крупными, ему необходимо иметь банковскую лицензию или же лицензию организации электронных денег.

Другой особенностью является измененный перечень дополнительных обязанностей, относящихся к эмитенту ЕМТ. Например, обязанностью эмитента ЕМТ является создание и хранение резервных активов с возможностью их инвестирования²⁹. В данном случае эмитент ЕМТ также обязан соблюдать процентную ставку в размере 3% от средней суммы резервных активов³⁰. В результате расширенного использования значимых ЕМТ в качестве платежного средства, включая риски, которые они могут означать для устойчивости финансовой системы, необходимо обеспечивать двойной надзор над эмитентами ЕМТ, который будут совместно осуществлять компетентные органы домашнего государства-члена ЕС и ЕВА.

После принятия решения о признании токенов крупными, ЕВА обязана создать совещательную коллегияю отдельно для каждого эмитента крупных токенов. Коллегия состоит из нескольких органов (например, ЕВА, ESMA, Европейский центральный банк (European Central Bank — ECB), компетентный орган страны-члена ЕС), а также высшего руководства наиболее значимых торговых платформ для криптоактивов или наиболее значимых поставщиков услуг криптоактивов и т.д.³¹ Тем не менее, понятие наиболее значимых субъектов в предлагаемом регламенте МІСА отсутствует.

К основным задачам коллегии относятся³²: составление заключений, которые могут быть использованы в качестве вспомогательных материалов к проекту «Белых книг» и т.д.; обмен информацией; составление соглашения о распределении основных задач среди членов коллегии.

В рамках надзора за эмитентами значимых токенов орган ЕВА располагает полномочиями проверок эмитентов, например, путем их вызова для устных/письменных разъяснений к предмету проверки, или для проверки выполнения эмитентом токенов всех требований, установленных соответствующими правовыми актами, и т.д. Орган ЕВА при необходимости имеет право проводить контроль на месте во всех административных помещениях

²⁹ Ibid. Art 33 and 34.

³⁰ Ibid.

³¹ Ibid. Art 99 (2) and 101 (2).

³² Ibid. Art 100 (1), 102 (1), 107, 120.

эмитентов токенов. Контроль на месте проводится на основании решения о проверке эмитента, принятого ЕВА. ЕВА имеет право применять административные наказания (санкции) при нарушении эмитентами токенов положений МІСА. ЕВА вправе наложить одну или несколько форм административных наказаний на одного или несколько эмитентов одновременно.

Форма предусматриваемых проектом административных наказаний зависит от вида токенов. В отношении ART шкала административного воздействия намечена законодателем довольно широко, чего нельзя сказать о ЕМТ, относительно которого проект указывает меньшее количество возможных мер воздействия. Таким образом, эмитенту ART ЕВА, например, имеет право запретить эмитенту данных токенов публичное размещение значимых токенов, отозвать лицензию и т.д. На ЕМТ ЕВА может, например, наложить штраф за неисполнения всех требований со стороны эмитента значимых токенов³³. При принятии решения о определении размера штрафа принимается во внимание степень нарушения МІСА [Winkler M., 2018: 290].

Проверка законности принятых ЕВА решений осуществляется только Судом Европейского союза³⁴.

4. Практические проблемы, связанные с введением МІСА в действие

Проект регламента МІСА предусматривает совершенно новое и в то же время широкое регулирование сферы торговли криптовалютами. В этом контексте мы также видим ряд практических проблем, которые могут возникнуть в связи с введением МІСА в действие.

Классификация криптоактивов. В общей сложности большинство существующих токенов можно включить в предложенную регламентом МІСА классификацию криптоактивов. Однако насчет гибридного токена, имеющего одновременно свойства нескольких токенов, может встать вопрос с его квалификацией. В этом случае каждое государство-член ЕС может по-своему классифицировать такой токен. Например, такие токены могут быть квалифицированы как финансовые инструменты, электронные деньги или биржевые товары [Burilov V., 2019: 164–165]. В то же время необходимо будет определить, подпадает ли конкретный криптоактив под Директиву

³³ Ibid. Art 112 (1–2).

³⁴ Regulation (EU) No 1093/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Banking Authority), amending Decision No 716/2009/EC and repealing Commission Decision 2009/78/EC. Art 61. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0593> (дата обращения: 11.05.2022)

MIFID или Директиву о электронных деньгах. В этом случае вызывает сомнение правильность применения директив в отношении гибридных токенов [Blandin A., Cloots A. et al., 2019: 18]; [Ferrari V., 2020: 329].

Широкие определения понятий токенов. Хотя целью широких определений понятий токенов было стремление законодателя включить под отдельные понятия широкий сектор специфических видов криптоактивов. В данном случае мы также видим практические проблемы, заключающиеся в сложности включения гибридных токенов в предлагаемые авторами проекта понятия отдельных криптоактивов.

Озабоченность вызывает и измененное определение понятия UT. В то время как ст. 3 MICA устанавливает определение понятия UT, в прочих статьях данного словосочетания нет. Вместо этого мы находим новый термин, а именно — «иные криптоактивы», определение которого, однако, полностью отсутствует. Опираясь на доктринальную литературу, можно предположить, что «иные криптоактивы», по-видимому, будут являться эквивалентом UT [Zetzsche D., Arner D., Buckley R., Annunziata F., 2021: 211].

В связи с этим необходимо подчеркнуть, что законодатель в абз. 2 ст. 3 регламента MICA уполномочивает Европейскую комиссию принимать делегированные акты с целью уточнить технические особенности отдельных видов криптоактив. Таким образом, Европейская комиссия получит право менять первоначальные определения видов токенов, что позволит совершенствовать данные понятия и приводить их в соответствие с развивающимся рынком криптоактивов и к техническому прогрессу. На первый взгляд, это вполне разумное и перспективное положение, однако, с другой стороны, нельзя не согласиться с мнением о практических проблемах в данной области.

Поскольку в настоящее время насчитывается уже более 8000 различных видов криптоактивов, очевидно, что будет очень трудно одновременно разобраться со всеми их специфическими характеристиками. Измененные понятия должны, с одной стороны, быть широкими и абстрактными, чтобы охватить различные виды криптоактивов, с другой — они должны быть точными, чтобы не оставалось места для обхода закона. При дополнении или изменении нынешних определений будет необходимо также расширять или изменять диапазон компетенции регулирующих органов государств-членов ЕС. На основании вышеизложенного ясно, что мы сталкиваемся с проблемой, связанной с длительностью законодательного процесса и правовой возможностью органов ЕС вносить поправки в уже действующие правовые акты ЕС [Zetzsche D., Arner D., Buckley R., Annunziata F., 2021: 220–221].

Получение лицензии и утверждение «Белой книги». В то время как эмитенты ART и EMT должны получить лицензию на публичное предложение своих токенов, у UT лицензии не требуется. Аналогичный подход находим

в области составления и публикации «Белых книг»: у УТ отсутствует обязанность утверждения «Белой книги» компетентным органом домашнего государства-члена ЕС, в то время как у ART и EMT данная обязанность остается. Такой подход может в конечном итоге увеличить риск того, что эмитент пересмотрит первоначальное намерение выпускать ART и EMT именно вследствие обременительности требований, включая более строгую форму надзора со стороны компетентных органов государств-членов Евросоюза.

Составление и публикация «Белых книг». В этом случае мы отмечаем непоследовательность правового регулирования в вопросе об исключениях для малых эмитентов. В случае с УТ проект регламента предусматривает исключение из обязанности составления и публикации «Белой книги» эмитентом при условии, что общая сумма публично предложенных криптоактивов в ЕС за год не превышает 1 000 000 евро или предложенные криптоактивы предназначены только для квалифицированных инвесторов³⁵.

В отношении эмитентов ART и EMT мы также находим исключение, при котором эмитенты данных токенов не обязаны иметь лицензии на осуществление своей деятельности. Исключения распространяются на малых эмитентов, для которых средняя сумма токенов в обращении не превышает 5 000 000 евро³⁶. При сравнении вышеуказанных исключений очевидно, что эмитенты ART и EMT обязаны в каждом случае составлять и публиковать «Белые книги». Таким образом, даже небольшие эмитенты, которым не требуется лицензирование, должны публиковать «Белые книги». Такое толкование по меньшей мере создает неравное регулирование, а также заставляет сомневаться в уместности предложенного варианта регулирования [Zetzsche D., Arner D., Buckley R., Annunziata F., 2021: 222–223].

Сотрудничество с третьими странами. Сфера применения MICA охватывает исключительно территории ЕС и ЕЭП. Поскольку торговля криптоактивами не ограничивается территорией Евросоюза [Houben R., Snyers A., 2018: 11], то неизбежен вопрос об уместности предлагаемого регулирования. Единственное упоминание о сотрудничестве с третьими странами содержится в ст. 90 проекта регламента, которая уполномочивает компетентные органы государств-членов ЕС заключать соглашения о сотрудничестве с надзорными органами третьих стран в отношении обмена информацией, а также исполнения обязательств, вытекающих из регламента MICA, третьими странами. Роль EBA и ESMA заключается в координации разработки таких соглашений. Органу ESMA поручено разработать технические стандарты регулирования, которые включают типовой документ соглашений о

³⁵ Proposal for a Regulation of the European parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937, COM (2020) 593 final. Art 4 (2).

³⁶ Ibid. Art 15 (3) (a) and 43 (2) (b).

сотрудничестве. На наш взгляд, речь идет о сложном и обременительном способе установления сотрудничества без предварительного уточнения основных аспектов содержания такого соглашения.

Еще одним вопрос связан с позицией третьей страны как члена Сопроводительной коллегии, которую создает ЕВА для эмитентов крупных токенов. В качестве членов коллегии могут быть также приглашены соответствующие надзорные органы из третьих стран, с которыми ЕВА заключает административные соглашения в соответствии со ст. 108 проекта регламента МІСА. Члены коллегии из государств-членов Евросоюза наделены правом голоса при решении вопроса о принятии или непринятии общего решения коллегии, в то время как надзорные органы третьих стран не имеют такого права не имеют. В данном случае не совсем понятно намерение законодателя предложить членство надзорному органу третьей страны без его одновременного наделения правом голоса. Очевидно, что решения, принимаемые коллегией, могут быть не реализованы третьими странами даже несмотря на их членство в коллегии [Ferreira A., Sandner P., Dünser T., 2021: 1].

Децентрализованный метод выпуска криптоактивов. В настоящее время фундаментальной проблемой, связанной с применением МІСА, является существование децентрализованного метода выпуска криптоактивов без предварительной идентификации эмитента [Zetzsche D., Arner D., Buckley R., Annunziata F., 2021: 224]; [Hornuf L., Kück T., Schwenbacher A., 2021: 13]. МІСА рассчитывает, что каждый эмитент в интересах осуществления сделок с криптоактивами «раскроет свою личность», и одновременно будет исполнять все требования, установленные в регламенте МІСА. Очевидно, что в случае децентрализованной эмиссии криптоактивов существует серьезная и в настоящее время неразрешимая проблема, связанная со способом «принуждения» таких эмитентов токенов получить лицензию и подчиниться надзору со стороны соответствующих органов государства-члена Европейского союза.

Заключение

Недостаточное регулирование области криптоактивов, которое мы продолжаем наблюдать в ЕС, создало среду для незаконной торговли криптоактивами, которая до сих пор строго не регулировалась. Предлагаемый регламент МІСА целиком изменит нынешнее «дерегулирование» данной области, что прежде всего проявится в унификации новых институтов, таких как ART или крупные токены. Происходит явный прогресс, в частности, в понимании специфических знаков токенов, которые до сих пор проявлялись только в форме понимания токенов как виртуальной валюты, используемой

в качестве средства обмена на фидуциальную валюту или другой вид виртуальной валюты.

Проект регламента MICA считают одним из самых широкомасштабных проектов Европейского союза. Однако нельзя упускать из виду тот факт, что MICA представляет собой конгломерат из уже действующих и проверенных временем законодательных актов, тесно связанных с торговлей криптоактивами. В данном контексте речь идет о подобии MIFID и Директивы об электронных деньгах, из которых часть положений взята составителями проекта дословно или была частично изменена и приспособлена к процессу торговли криптоактивами.

Применение MICA в ее нынешней форме, по-видимому, вряд ли обойдется без критики как со стороны государств-членов ЕС, так и из среды профессионального сообщества. Основные проблемы, связанные с применением MICA, в основном касаются классификации токенов, которая не является достаточной и в будущем может не охватить все категории криптоактивов. Обязанность получать лицензии эмитентов ART и EMT получать лицензии также вызывает возражения, связанные с возможным обходом предлагаемого законодательства и выбором «легкого пути» в форме выпуска UT. В то же время получение банковской лицензии обременительно для кредитной организации, если она намерена осуществлять исключительно эмиссию ART и EMT. В пользу UT также действует и отсутствие у него обязанности утверждать «Белую книгу». По сути, без строгого контроля и дополнительных обязательств эмитент токенов может без затруднений выпускать UT. Понятно стремление законодателя, заключающееся в установлении более строгого регулирования для ART и EMT, раз уж именно они находятся в непосредственном контакте с экономикой Евросоюза. Однако мы не согласны с диаметрально иной формой регулирования, а также с созданием большей степени регулятивного бремени для эмитентов ART и EMT. Такое отношение может в конечном счете привести к замедлению развития и к ограничению инноваций цифровых технологий в результате возложения чрезмерного бремени на тех, кто заинтересован в торговле криптоактивами. Аналогичным образом проявляется проблема отсутствия исключения из обязанности публикации «Белых книг» для небольших эмитентов ART и EMT, которая также подчеркивает трудность выполнения данными эмитентами возлагаемых на них требований по сравнению с UT.

Наконец, что не менее важно, необходимо упомянуть и недостаточное регулирование установления сотрудничества с третьими странами, которое ограничивается разрешением заключать соглашения о сотрудничестве между соответствующим органом государства-члена ЕС и третьей страной. Принимая во внимание глобальный масштаб торговли криптоактивами,

предложенный способ установления сотрудничества выглядит особенно неуместным. Очевидно, что уже в недалеком будущем придется поднимать вопрос об углубленном сотрудничестве органов Евросоюза и координации их действий. С нашей точки зрения, необходимо также создание единых условий сотрудничества с третьими странами, в рамках которого третьи страны будет иметь такие же права, что и соответствующие органы государств-членов Европейского союза.



Список источников

1. Blandin A., Cloots A. et al. Global Crypto Asset Regulatory Landscape Study. Cambridge: University Press, 2019. 122 p.
2. Bočánek M. First Draft of Crypto-Asset Regulation (MiCA) with the European Union and Potential Implementation. Financial Law Review, 2021, issue 22, pp. 37–53.
3. Burilov V. Regulation of Crypto Tokens and Initial Coin Offerings in the EU de lege lata and de lege ferenda. European journal of comparative law and governance, 2019, vol. 6, pp. 146–186.
4. Ferrari V. The regulation of crypto-assets in the EU — investment and payment tokens under the radar. Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2020, vol. 27, pp. 325–342.
5. Ferreira A., Sandner P., Dünser T. Cryptocurrencies, DLT and crypto assets: the road to regulatory recognition in Europe. 2021. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3891401> (accessed: 12.05.2022)
6. Hobza M. Challenges of Law in Business and Finance. 13th International Scholar Conference “Law in Business of Selected Member States of the European Union”. Proceedings. Prague, 2021, pp. 13–22.
7. Hornuf L., Kück T., Schwenbacher A. Initial coin offerings, information disclosure, and fraud. CESifo Working Paper No. 7962. Germany: Munich Society for the Promotion of Economic Research — CESifo GmbH, 2021, pp. 1–46.
8. Houben R., Snyers A. Cryptocurrencies and blockchain. Legal context and implications for financial crime, money laundering and tax evasion. Brussels: European Parliament, 2018. 101 p.
9. Irwin A., Turner A. Illicit Bitcoin transactions: challenges in getting to who, what, when and where. Journal of Money Laundering Control, 2018, vol. 21, no. 3, pp. 297–313.
10. Moreno S., Seigneur J., Gotzev G. Handbook of Research on Cyber Crime and Information Privacy. Hershey: Information Science Reference, 2020. 400 p.
11. Sidak M., Slezáková A. Regulácia a dohľad nad činnosťou subjektov finančného trhu. Bratislava: Wolters Kluwer, 2014. 238 p.
12. Winkler M. Právna úprava lehôt na vydanie rozhodnutia v konaniach vedených podľa zákona o dohľade nad finančným trhom / Právo v podnikaní vybraných členských štátů Evropské Unie: sborník příspěvků k X. ročníku mezinárodní vědecké konference. Praha: TROAS, 2018, pp. 277–284.
13. Winkler M. Právne aspekty podnikania slovenských bánk v rámci spoločného trhu EÚ (na príklade Českej republiky). Obchodné podnikanie a marketing v novom európskom hospodárskom priestore: zborník z medzinárodnej vedeckej konferencie pri príležitosti

35. výročia vzniku Obchodnej fakulty konanej pod záštitou podpredsedu vlády SR Ivana Mikloša. Bratislava: EKONÓM, 2004, pp. 703–710.
14. Zetzsche D., Arner D., Buckley R. Decentralized Finance. *Journal of Financial Regulation*, 2020, vol. 6, issue 2, pp. 172–203.
15. Zetzsche D., Arner D., Buckley R., Weber R. The evolution and future of data-driven finance in the EU. *Common Market Law Review*, 2020, vol. 57, issue 2, pp. 331–360.
16. Zetzsche D., Arner D., Buckley R., Annunziata F. The Markets in Crypto-Assets regulation and the EU digital finance strategy. *Capital Markets Law Journal*, 2021, vol. 16, issue 2, pp. 203–225.



References

1. Blandin A., Cloots A. et al. (2019) *Global Cryptoasset Regulatory Landscape Study*. Cambridge: University Press, 122 p.
2. Bočánek M. (2021) First Draft of Crypto-Asset Regulation (MiCA) with the European Union and Potential Implementation. *Financial Law Review*, issue 22, pp. 37–53.
3. Burilov V. (2019) Regulation of Crypto Tokens and Initial Coin Offerings in the EU de lege lata and de lege ferenda. *European Journal of Comparative Law and Governance*, vol. 6, pp. 146–186.
4. Irwin A., Turner A. (2018) Illicit Bitcoin transactions: challenges in getting to who, what, when and where. *Journal of Money Laundering Control*, vol. 21, no. 3, pp. 297–313.
5. Ferrari V. (2020) The regulation of crypto-assets in the EU — investment and payment tokens under the radar. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 27, pp. 325–342.
6. Ferreira A., Sandner P., Dünser T. (2021) Cryptocurrencies, DLT and crypto assets: the road to regulatory recognition in Europe. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3891401> (дата обращения: 09.10.2021)
7. Hobza M. (2021) Challenges of Law in Business and Finance. 13th International Scholar Conference “Law in Business of Selected Member States of the European Union”. Prague: TROYAS, pp. 13–22.
8. Hornuf L., Kück T., Schwenbacher A. (2021) Initial coin offerings, information disclosure, and fraud. CESifo Working Paper No. 7962. Germany: Munich Society for the Promotion of Economic Research — CESifo GmbH, pp. 1–46.
9. Houben R., Snyers A. (2018) *Cryptocurrencies and blockchain. Legal context and implications for financial crime, money laundering and tax evasion*. Brussels: European parliament, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, 101 p.
10. Moreno S., Seigneur J., Gotzev G. (2020) *Handbook of Research on Cyber Crime and Information Privacy*. Hershey: Information Science Reference, 400 p.
11. Sidak M., Slezáková A. (2014) *Regulácia a dohľad nad činnosťou subjektov finančného trhu*. Bratislava: Wolters Kluwer, 238 p. (In Slovak)
12. Winkler M. (2004) Legal aspects of conducting business by Slovak banks within the common market of the EU (on the example of the Czech Republic). *Business Entrepreneurship and Marketing in the New European Economic Area: Almanac of an International Conference on the Occasion of the 35th Anniversary of the Faculty of Business held under the auspices of the Deputy Prime Minister of the Slovak Republic Ivan Mikloš*. Bratislava: EKONÓM, pp. 703 — 710.

13. Winkler M. (2018) Regulation of deadlines for issuing decisions in proceedings conducted pursuant to the Financial Market Supervision Act. Law governing conducting business in selected member states of the European Union. International Conference. Law governing conducting business in selected member states of the European Union. Almanac of the 10th International Scholar Conference. Prague: TROAS, pp. 277–284.

14. Zetsche D., Arner D., Buckley R. (2020) Decentralized Finance. *Journal of Financial Regulation*, vol. 6, issue 2, pp. 172–203.

15. Zetsche D., Arner D., Buckley R. (2020) The evolution and future of data-driven finance in the EU. *Common Market Law Review*, vol. 57, issue 2, pp. 331–360.

16. Zetsche D., Arner D., Buckley R., Annunziata F. (2021) The Markets in Crypto-Assets regulation and the EU digital finance strategy. *Capital Markets Law Journal*, vol. 16, issue 2, pp. 203–225.

Информация об авторе:

Я. Даудрих — ассистент профессора, главный научный сотрудник, кафедра финансового права, доктор права.

Information about the author:

Y. Daudrikh — Assistant Professor, Leading Researcher, Department of Financial Law, PhD, JUDr. (Slovak Republic).

Статья поступила в редакцию 07.08.2021; одобрена после рецензирования 24.09.2021; принята к печати 29.09.2021.

The article was submitted to the editorial office 07.08.2021; approved after reviewing 24.09.2021; accepted for publication 29.09.2021.

Журнал учрежден в качестве печатного органа Национального исследовательского университета «Высшей школы экономики» с целью расширения участия НИУ ВШЭ в развитии правовой науки, в совершенствовании юридического образования.

Главные задачи:

- стимулирование научных дискуссий
- опубликование материалов по наиболее актуальным вопросам права
- содействие реформе юридического образования, развитию образовательного процесса, в том числе разработке новых образовательных курсов
- укрепление взаимодействия между учебными и научными подразделениями НИУ ВШЭ
- участие в расширении сотрудничества российских и зарубежных ученых-юристов и преподавателей
- вовлечение молодых ученых и преподавателей в научную жизнь и профессиональное сообщество
- организация круглых столов, конференций, чтений и иных мероприятий

Основные темы:

Правовая мысль (история и современность)
Портреты ученых-юристов
Российское право: состояние, перспективы, комментарии
Судебная практика
Право в современном мире
Реформа юридического образования
Научная жизнь
Дискуссионный клуб
Рецензии

Журнал рассчитан на преподавателей вузов, аспирантов, научных работников, экспертное сообщество, практикующих юристов, а также на широкий круг читателей, интересующихся современным правом и его взаимодействием с экономикой.

Журнал включен в перечень ведущих российских рецензируемых научных журналов и изданий, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией Минобрнауки России для публикации основных научных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук по направлению «Юриспруденция».

Журнал выходит раз в квартал и распространяется в России, странах СНГ и дальнего зарубежья.

Журнал входит в **Web of Science Core Collection Emerging Sources Citation Index, Russian Science Citation Index (RSCI) на базе Web of Science**. Журнал внесен в следующие базы данных: Киберленинка, HeinOnline, Ulrichsweb, Open J-Gate, Gale.

АВТОРАМ

Требования к оформлению текста статей

Представленные статьи должны быть оригинальными, не опубликованными ранее в других печатных изданиях. Статьи должны быть актуальными, обладать новизной, содержать выводы исследования, а также соответствовать указанным ниже правилам оформления. В случае неадекватного оформления статьи она направляется автору на доработку.

Статья представляется в электронном виде в формате Microsoft Word по адресу: lawjournal@hse.ru

Адрес редакции: 109028, Москва, Б. Трехсвятительский пер, 3, оф. 113

Рукописи не возвращаются.

Объем статьи

Объем статей до 1,5 усл. п.л., рецензий — до 0,5 усл. п.л.

При наборе текста необходимо использовать шрифт «Times New Roman». Размер шрифта для основного текста статей — 14, сноска — 11; нумерация сносок сплошная, постраничная. Текст печатается через 1,5 интервала.

Название статьи

Название статьи приводится на русском и английском языке. Заглавие должно быть кратким и информативным.

Сведения об авторах

Сведения об авторах приводятся на русском и английском языках:

- фамилия, имя, отчество всех авторов полностью
- полное название организации — места работы каждого автора в именительном падеже, ее полный почтовый адрес.
- должность, звание, ученая степень каждого автора
- адрес электронной почты для каждого автора

Аннотация

Аннотация предоставляется на русском и английском языках объемом 250–300 слов. Аннотация к статье должна быть логичной (следовать логике описания результатов в статье), отражать основное со-

держание (предмет, цель, методологию, выводы исследования).

Сведения, содержащиеся в заглавии статьи, не должны повторяться в тексте аннотации. Следует избегать лишних вводных фраз (например, «автор статьи рассматривает...»).

Исторические справки, если они не составляют основное содержание документа, описание ранее опубликованных работ и общеизвестные положения, в аннотации не приводятся.

Ключевые слова

Ключевые слова приводятся на русском и английском языках. Необходимое количество ключевых слов (словосочетаний) — 6–10. Ключевые слова или словосочетания отделяются друг от друга точкой с запятой.

Сноски

Сноски постраничные.

Сноски оформляются согласно ГОСТ Р 7.0.5-2008 «Система стандартов по информации, библиотечному и издательскому делу. Библиографическая ссылка. Общие требования и правила составления», утвержденному Федеральным агентством по техническому регулированию и метрологии. Подробная информация на сайте <http://law-journal.hse.ru>.

Тематическая рубрика

Обязательно — код международной классификации УДК.

Список литературы

В конце статьи приводится список литературы. Список следует оформлять по ГОСТ 7.0.5-2008.

Статьи рецензируются. Авторам предоставляется возможность ознакомиться с содержанием рецензий. При отрицательном отзыве рецензента автору предоставляется мотивированный отказ в опубликовании материала.

Плата с аспирантов за публикацию рукописей не взимается.

Продолжается подписка на журнал
«Право. Журнал Высшей школы экономики»

Подписной индекс — 47097

Оформить подписку, не выходя из дома, в Агентстве «Книга-Сервис» можно:

На сайтах: <https://www.pressa-rf.ru/> или <https://www.akc.ru/>
(при этом для юридического лица по желанию подписчика заключается договор
и предоставляется полный комплект бухгалтерских документов).

Непосредственно в отделе продаж агентства направив заявку по электронной почте:
podpiska@pressa-rf.ru или позвонив по тел. +7 (495) 631-62-54.

Свидетельство о регистрации средства массовой информации
«Право. Журнал Высшей школы экономики»
ПИ № ФС77-66570 от 21 июля 2016 г.
выдано Федеральной службой по надзору
в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций

Выпускающий редактор *Р.С. Рааб*
Корректор *И.В. Гетьман-Павлова*
Художник *А.М. Павлов*
Компьютерная верстка *Н.Е. Пузанова*
Редактор английского текста *А.В. Калашников*

Подписано в печать 06.06.2022. Формат 70×100/16
Усл. печ. л. 16,45. Тираж 300 экз. Заказ №

Отпечатано ООО «Фотоэксперт»,
109316, Москва, Волгоградский проспект, д.42