

ISSN 2219-6838



**ЭЛЕКТРОННОЕ ПРИЛОЖЕНИЕ
К «РОССИЙСКОМУ
ЮРИДИЧЕСКОМУ ЖУРНАЛУ»**

**НАУЧНО-ТЕОРЕТИЧЕСКОЕ,
ИНФОРМАЦИОННОЕ И ПРАКТИЧЕСКОЕ
ИНТЕРАКТИВНОЕ ИЗДАНИЕ**

Основано в 2010 году

5/2015



electronic.ruzh.org



РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

Главный редактор — к. ю. н., доц. **И. В. Федоров**

к. ю. н., доц. **О. Г. Алексеева**; к. ю. н., доц. **Ю. С. Безбородов** (*зам. гл. редактора*); д. ю. н., проф. **В. С. Бельх**; д. ю. н., проф. **Д. В. Винницкий**; к. ю. н. **О. Г. Геймур**; д. ю. н., проф. **С. Ю. Головина**; к. ю. н., доц. **М. В. Гончаров**; д. ю. н., проф. **Л. Я. Драпкин**; к. ю. н., доц. **Д. В. Жернаков**; д. ю. н., проф. **С. К. Загайнова**; д. ю. н., проф. **С. В. Кодан**; д. ю. н., проф. **И. Я. Козаченко**; к. ю. н., доц. **Ю. В. Козубенко**; к. ю. н. **Я. Койстинен** (Финляндия); д. ю. н., проф. **А. Н. Кокотов**; к. ю. н., проф. **Т. В. Кондрашова**; д. ю. н., проф. **В. В. Круглов**; к. ю. н., доц. **Т. Е. Логинова**; д. ф. н., проф. **И. П. Малинова**; к. ю. н., доц. **С. Д. Милицин**; д. и. н., проф. **В. П. Мотревич**; д. ю. н., проф. **В. В. Невинский**; к. ю. н., доц. **Д. В. Осинцев**; проф. **П. Поликастро** (Польша); д. ю. н., проф. **В. Ф. Попондопуло**; к. ю. н., доц. **О. Н. Родионова**; к. ю. н., проф. **Р. К. Русинов**; д. ю. н., проф. **П. И. Савицкий**; д. ю. н., проф. **Ю. Н. Старилов**; д. ю. н., проф. **И. А. Тарханов**; д. ю. н., доц. **В. Л. Толстых**; д. ю. н., проф. **А. Трунк** (ФРГ); д. ю. н., проф. **М. Ю. Федорова**; проф. **Хуан Даосю** (Китай); проф. **П. Шокинс** (Бельгия)

EDITORIAL BOARD

Editor-in-Chief — **I. V. Fedorov** (candidate of law, associate professor)

O. G. Alekseeva (candidate of law, associate professor); **Yu. S. Bezborodov** (candidate of law, associate professor); **V. S. Belyh** (doctor of law, professor); **D. V. Vinnitskiy** (doctor of law, professor); **O. G. Geymur** (candidate of law, associate professor); **S. Yu. Golovina** (doctor of law, professor); **M. V. Goncharov** (candidate of law, associate professor); **L. Ya. Drapkin** (doctor of law, professor); **D. V. Zhernakov** (candidate of law, associate professor); **S. K. Zagaynova** (doctor of law, professor); **S. V. Kodan** (doctor of law, professor); **I. Ya. Kozachenko** (doctor of law, professor); **Yu. V. Kozubenko** (candidate of law, associate professor); **Ja. Koistinen** (candidate of law) (Finland); **A. N. Kokotov** (doctor of law, professor); **T. V. Kondrashova** (candidate of law, professor); **V. V. Kruglov** (doctor of law, professor); **T. E. Loginova** (candidate of law, associate professor); **I. P. Malinova** (doctor of philosophy, professor); **S. D. Militsin** (candidate of law, associate professor); **V. P. Motrevitch** (doctor of history, professor); **V. V. Nevinskiy** (doctor of law, professor); **D. V. Osintsev** (candidate of law, associate professor); **P. Policastro** (professor) (Poland); **V. F. Popondopulo** (doctor of law, professor); **O. N. Rodionova** (candidate of law, associate professor); **R. K. Rusinov** (candidate of law, professor); **P. I. Savitskiy** (doctor of law, professor); **Yu. N. Starilov** (doctor of law, professor); **I. A. Tarkhanov** (doctor of law, professor); **V. L. Tolstykh** (doctor of law, associate professor); **A. Trunk** (doctor of law, professor) (Germany); **M. Yu. Fedorova** (doctor of law, professor); **Huang Daoxiu** (professor) (China); **P. Schoukens** (professor) (Belgium)

Редакционная коллегия определяет текущую редакционную политику журнала, рассматривает и утверждает содержание очередных номеров, контролирует деятельность журнала

Адрес редакции: 620137, Екатеринбург, ул. Комсомольская, 23, оф. 207

Корреспонденцию, материалы и статьи направляйте по адресу:

620137, Екатеринбург, ул. Комсомольская, 21, УрГЮУ,

редакция «Российского юридического журнала».

Тел./факс (343) 375-54-20. electronic.ruzh.org.

E-mail: ruzh@usla.ru, ruzh93@hotmail.com.

Свидетельство о регистрации ЭЛ № ФС 77-41478 от 28 июля 2010 г.

Точки зрения авторов статей, иных материалов не обязательно совпадают с точкой зрения редакции. Перепечатка статей и иных материалов, опубликованных в «Электронном приложении к „Российскому юридическому журналу“», допускается только с разрешения редакции



СОДЕРЖАНИЕ

ТЕОРИЯ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА

- Архипов С. И. (Екатеринбург)* Либертарная теория права
В. С. Нерсесянца: достоинства и недостатки 5

ГОСУДАРСТВОВЕДЕНИЕ И ПОЛИТОЛОГИЯ

- Nazzaro U. (Italy, Naples)* Against global terrorism 15

УГОЛОВНОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

- Балакшин В. С. (Екатеринбург)* О статусе материалов
административной деятельности в уголовном процессе 35

ТРУДОВОЕ И СОЦИАЛЬНОЕ ПРАВО

- Туманов А. А. (Екатеринбург)* Система контроля и управления доступом
в организации как электронное средство взаимодействия
между работодателем и работником 40
- Балицкий К. С. (Екатеринбург)* Развитие трудовправовой конструкции
перевода работника на другую работу 50

ЮРИДИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ ЭКОЛОГИИ

- Маслова Е. М. (Екатеринбург)* Перспективы развития
государственно-частного партнерства в области правовой охраны
окружающей среды и рационального природопользования 59

Трибуна молодого ученого

- Химков А. Е. (Екатеринбург)* О правовых последствиях совершения
субъектом предпринимательской деятельности
сделок без необходимой для этого лицензии 67

CONTENTS

THEORY OF LAW AND STATE

- Arkhipov S. N. (Yekaterinburg)* V. S. Nersesyants's libertarian theory of law:
the merits and defects 5

PUBLIC ISSUES AND POLITICAL SCIENCE

- Nazzaro U. (Italy, Naples)* Against global terrorism 15

CRIMINAL LAW AND PROCEDURE

- Balakshin V. S. (Yekaterinburg)* On the status of documents and evidence,
obtained during the administrative activities, in criminal proceedings 35

LABOUR AND SOCIAL LAW

- Tumanov A. A. (Yekaterinburg)* Access control in the organization
as an electronic mean of interaction between the employee and the employer 40
- Balitskiy K. S. (Yekaterinburg)* The evolution of a labour-law framework
of transferring the employee to another job 50

LEGAL ASPECTS OF ECOLOGY

- Maslova E. M. (Yekaterinburg)* Prospects for the development
of public-private partnership in the field of legal environmental protection
and environmental management 59

YOUNG SCIENTIST'S TRIBUNE

- Khimkov A. E. (Yekaterinburg)* On the legal consequences
of entrepreneur's deals concluded without a license 67

**ЛИБЕРТАРНАЯ ТЕОРИЯ ПРАВА В. С. НЕРСЕСЯНЦА:
ДОСТОИНСТВА И НЕДОСТАТКИ*****Архипов Сергей Иванович**

Доктор юридических наук, профессор кафедры теории государства и права
Уральского государственного юридического университета (Екатеринбург),
e-mail: arhip10@mail.ru

Исследуется либертарная теория права В. С. Нерсесянца, которая является одной из наиболее интересных версий философского типа правопонимания. Автор подробно анализирует предложенные В. С. Нерсесянцем дефиниции права, его признаки (формальное равенство, свобода, справедливость), достоинства и недостатки его теории. Также рассмотрена предложенная ученым идея гражданской (цивилитарной) собственности.

Ключевые слова: либертарная теория права, философия права, правовая свобода, формальное равенство, гражданская собственность.

**V. S. NERSESYANTS'S LIBERTARIAN THEORY OF LAW:
THE MERITS AND DEFECTS****Arkhipov Sergey**

Urals State Law University (Yekaterinburg),
e-mail: arhip10@mail.ru

The article investigates V. S. Nersesyants's libertarian theory of law that is one of the most interesting versions of philosophical law interpretation. The author analyzes in detail the definitions and characteristics of law (formal equality, liberty, justice) proposed by V. S. Nersesyants, merits and defects of his theory. Also, V. S. Nersesyants's idea of civil property is revealed.

Key words: libertarian theory of law, philosophy of law, legal liberty, formal equality, civil property

Либертарная теория права В. С. Нерсесянца получила название от латинского слова *libertas* (свобода). Данная теория стала одной из первых правовых концепций, в рамках которой предпринята попытка кардинального пересмотра господствовавших в СССР марксистско-ленинских представлений о праве и государстве. В конце 1970 – начале 1980-х гг. ученый отстаивал идеи различения права и закона, особых свойств всеобщей правовой формы, некоторые другие идеи в контексте развития марксистской теории права. В качестве самостоятельной, оппозиционной марксизму теория В. С. Нерсесянца была сформулирована в 1990-е гг. в работах «Наш путь к праву», «Право – математика свободы», «Философия права» и др.

Рассматривая сущность права, В. С. Нерсесянец выделял три равноценных определения права: как системы формального равенства, как всеобщей и необходимой формы свободы в общественных отношениях людей и как всеобщей справедливости¹.

1. Право как система формального равенства. Это предполагает уравнивание людей по общему масштабу, по единым нормам, правилам. Понятие равенства соглас-

* Статья печатается в авторской редакции.

¹ Нерсесянец В. С. Философия права: учеб. для вузов. М., 1997. С. 35; *Его же*. Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства. М., 2002. С. 41.

но позиции В. С. Нерсесянца есть результат абстрагирования от частных различий, присущих уравниваемым объектам; в процессе уравнивания постулируется несущественность различий между объектами, их особенностей с точки зрения оснований (критериев) уравнивания¹. Ученый сравнивает право с математикой, которая при исчислении различных объектов абстрагируется от их содержательных особенностей, индивидуальных, видовых или родовых. Для права, как и для математики, объекты являются равными по определенным формальным (несодержательным) критериям; качественные же различия юристы и математики выводят «за скобки», не учитывают их. Основанием и критерием уравнивания людей в правовой системе координат, по мнению автора либертарной теории права, выступает свобода индивидов в общественных отношениях, утверждаемая в специальной юридической форме, а именно в форме правоспособности (шире – в форме правосубъектности, включающей правоспособность и дееспособность)². Для В. С. Нерсесянца правовое равенство есть равенство свободных, независимых субъектов права по общему для них формальному знаменателю – правовой норме. Исходя из данного тезиса, он рассматривал право как математику свободы³, полагая, что математическое равенство исторически более позднее и производное от идеи правового равенства.

Право, с точки зрения В. С. Нерсесянца, не нуждается в социальной математике, а равно в математических определениях правового равенства, поскольку изначально обладает собственным критерием, принципом равенства, само по себе является математикой; более того, он утверждал, что социальное равенство всегда правовое и существует лишь в юридической форме⁴. Для него правовое равенство и правовое неравенство – это однопорядковые правовые определения, противостоящие фактическим различиям уравниваемых объектов. Правовое равенство не означает наличие у всех субъектов одинаковых субъективных прав, напротив, состав (совокупность) субъективных прав у разных субъектов может существенно отличаться. Формальное равенство правовых лиц не выходит за рамки их правоспособности – абстрактной свободы приобретать и использовать субъективные права⁵.

2. Право как всеобщая и необходимая форма свободы в общественных отношениях⁶. Участники правового взаимодействия являются независимыми друг от друга субъектами, каждый из которых выражает и осуществляет в социальной сфере собственную волю. Для всех правовых лиц (физических и юридических) право служит общим источником их социальной свободы, ее оплотом и главным гарантом. Свобода для социальных субъектов существует в правовом облиции, в виде общих законов, единых принципов взаимоотношений, системы правосудия, органов охраны общественного порядка. Индивиды обладают свободой не только (и не столько) как адресаты существующих норм, но и как совместные творцы права. «Действительная и полная правосубъектность индивидов предполагает и их законотворческую правосубъектность, их соучастие (в той или иной форме) в законотворчестве, их право на участие в установлении правового закона»⁷.

¹ Нерсесянц В. С. *Философия права*. С. 17; *Его же*. *Юриспруденция*. С. 26.

² Там же.

³ Нерсесянц В. С. *Право – математика свободы. Опыт прошлого и перспективы*. М., 1996.

⁴ Нерсесянц В. С. *Философия права*. С. 18; *Его же*. *Юриспруденция*. С. 27.

⁵ Нерсесянц В. С. *Философия права*. С. 20; *Его же*. *Юриспруденция*. С. 29.

⁶ Нерсесянц В. С. *Философия права*. С. 35; *Его же*. *Юриспруденция*. С. 41.

⁷ Нерсесянц В. С. *Юриспруденция*. С. 32.

Право, обеспечивая гражданам, организациям определенные социальные возможности, вместе с тем устанавливает границы дозволенного, пресекая произвол, злоупотребления в общественной сфере. По мнению В. С. Нерсесянца, специфика правовой формы обусловлена тем, что юридическая независимость субъектов одновременно предполагает их равную подчиненность общей норме, единому масштабу поведения¹. В этом смысле право есть одновременно источник свободы и ее ограничитель (своего рода «смирительная рубашка» для тех, кто выходит за рамки общей нормы).

Ученый справедливо отмечал, что свобода в праве имеет разные проявления, формы: она может быть связана с отрицанием, отменой какого-либо гнета, произвола (рабство, крепостничество) и соответственно иметь отрицательный характер («свобода от»); она может также касаться предоставления субъектам каких-либо позитивных возможностей, необходимых им правовых средств, каналов для преследования ими разнообразных социальных интересов («свобода для»)². Разграничение автором либертарной теории форм свободы в праве, на наш взгляд, важно для юридической науки и нуждается в развитии и детализации. В частности, следует выявить закономерности возникновения каждой из выделенных им форм правовой свободы, перехода из одной формы в другую, установить пределы существования каждой из них, юридические механизмы их социального воплощения.

По мнению В. С. Нерсесянца, основной закономерностью развития общественных отношений является прогрессивное движение от ограниченной свободы к полной свободе и равенству различных слоев и групп общества, всех без исключения людей. Для него, как и для Г. В. Ф. Гегеля, свобода индивида выступает в качестве главного критерия социального развития и основного достижения человеческой цивилизации³. Именно право конституирует социальную свободу, и этим объясняется его фундаментальная ценность для общества с точки зрения осуществления социального прогресса.

3. Право как всеобщая справедливость. Как утверждал автор либертарной теории, справедливость входит в понятие права, «право по определению справедливо, а справедливость – внутреннее свойство и качество права, категория и характеристика правовая, а не неправовая (не моральная, нравственная, религиозная и т. д.)... Более того, *только право и справедливо*. Ведь справедливость потому, собственно, и справедлива, что воплощает собой и выражает общезначимую правильность, а это в своем рационализированном виде означает всеобщую правомерность, т. е. существо и начало права, смысл правового принципа всеобщего равенства и свободы»⁴.

Можно предположить, что в основе приведенного тезиса лежат кантовские представления о том, что обязанности по долгу и справедливости покоятся на всеобщем законе права, что в мире нет ничего более святого, чем право других людей⁵. По И. Канту, «все моралисты и учителя должны настолько, насколько это возможно, представлять действия из доброты как действия по долгу и сводить их к праву»; «все действия и обязанности, проистекающие из права других людей, являются наивысшими среди обязанностей по отношению к другим. Все действия, продиктован-

¹ Нерсесянц В. С. Философия права. С. 22.

² Нерсесянц В. С. Юриспруденция. С. 32–35.

³ Нерсесянц В. С. Право – математика свободы. Опыт прошлого и перспективы. С. 3.

⁴ Нерсесянц В. С. Философия права. С. 28; см. также: *Его же*. Юриспруденция. С. 37.

⁵ Кант И. Из «лекций по этике» (1780–1782 гг.) // Кант И. Этическая мысль: Научно-публицистические чтения. М., 1988. С. 306.

ные добротой, разрешены лишь постольку, поскольку они не противоречат правам других; если же противоречат, то такое действие морально запрещено»; «справедливость – это право, не предоставляющее никаких полномочий принуждать другого»¹. Очевидно, что И. Кант писал не о действующем позитивном праве, посредством которого нередко осуществляется политический произвол, а о праве естественном, выражающем человеческий разум и свободу. В этом смысле В. С. Нерсесянц продолжал и развивал кантовский подход к праву, рассматривая правовой закон как воплощение социальной справедливости, правоты, свободы. Он полагал, что справедливость представляет собой самосознание, самовыражение и самооценку права, а потому – правовую оценку всего остального, внеправового; действовать справедливо – значит поступать правомерно, в соответствии с всеобщими требованиями права².

Согласно позиции автора либертарной теории права можно выделить два противоположных типа правопонимания: юридическое (от *jus* – право) и легистское (от *lex* – закон)³. Для юридического правопонимания характерно содержательное отношение к праву, стремление выявить сущностные особенности, внутреннюю природу, отличительные качества права как особой социальной системы. Для легистского правопонимания внутреннее содержание нормативных актов не имеет принципиального значения, право отождествляется с официально установленными, действующими положениями законодателя. Представители правопонимания данного типа не разделяют право и закон, для них принятые в соответствии с закрепленными процедурами законодательные акты – это и есть право.

В предложенной В. С. Нерсесянцем типологии основным является различие права и закона, он противопоставляет произвольные, субъективно-властные веления суверена объективным, выражающим сущность права решениям. Либертарную теорию права ученый относил к юридическому правопониманию, поскольку для него различие права и закона имеет принципиальное значение. При этом он не рассматривал данную теорию как продолжение естественно-правового подхода к пониманию права, отстаивая ее самостоятельный статус; для него либертарная концепция – это новое самостоятельное направление в общей теории различения права и закона⁴. Признавая оригинальность, новизну разработанной В. С. Нерсесянцем концепции, все же можно предположить, что она не обладает самостоятельным статусом, относится к разряду естественно-правовых воззрений. Категориальный ряд, используемый автором либертарной теории, а также главная его идея – сущностное различие права и закона – дают, на наш взгляд, основание для такого вывода.

В. А. Четвернин отмечает, что приверженцы естественно-правовой методологии в объяснении и оценке правовых явлений исходят из посылки, что право как социальный феномен упорядочения человеческой жизни обладает большей ценностью, чем закон, оно отличается от «производного», «несовершенного», «недостаточного», а иногда даже «неприемлемого» закона тем, что всегда «истинно», «разумно», «естественно», «действительно», «человечно»⁵. Так, А. В. Поляков и Е. В. Тимошина прямо заявляют, что именно для «нормативистского» юснатурализма характерно

¹ Кант И. Указ. соч. С. 308, 322.

² Нерсесянц В. С. Философия права. С. 29–30; см. также: Его же. Юриспруденция. С. 37–38.

³ Нерсесянц В. С. Философия права. С. 32.

⁴ Там же. С. 34.

⁵ Четвернин В. А. Современные концепции естественного права. М., 1988. С. 7.

определение понятия права как всеобщей и необходимой меры свободы, равенства и справедливости¹.

Развивая свои исходные положения о различении и соотношении права и закона, В. С. Нерсесянц трактовал правовой закон как «адекватное выражение права в его официальной признанности, общеобязательности, определенности и конкретности, необходимых для действующего позитивного права»². В понятии «общеобязательность закона» он выделяет два момента: официально-властный и правовой. Первый заключается в том, что закон, исходящий от власти, обеспечивается ее поддержкой и защитой, гарантируется мерами принуждения, санкциями; второй момент состоит в том, что в основе общеобязательности закона лежит представление о нем как о явлении правовом, в претензии закона быть правом³. В. С. Нерсесянц отстаивал идею о том, что общеобязательной силой должен обладать не всякий, а только правовой закон. Общеобязательность закона обуславливается не его властным характером, а его правовой природой и правовым содержанием. Чтобы претендовать на общеобязательность, закону надлежит иметь необходимые правовые качества, быть выражением свободы, равенства и справедливости. Таким образом, по мнению В. С. Нерсесянца, в принципе допустимы дефиниции понятия права в его различении с законом и в совпадении с ним (правовой закон), но логически невозможно единое понятие права, включающее в себя правовой и неправовой закон⁴.

Автором либертарной теории права была предложена интересная концепция гражданской (цивильной или цивилитарной) собственности. По его мнению, коммунизм исторически можно преодолеть и оставить в прошлом посредством адекватного экономико-правового удовлетворения коммунистических требований в их рационализированном виде, а именно в правовой форме. В ряде работ он обосновывал целесообразность признания за каждым гражданином России права на равную долю в десоциализируемой собственности. Социалистическая собственность тем самым должна быть преобразована в индивидуализированную гражданскую собственность, и каждый гражданин станет «обладателем реального субъективного права на равный для всех минимум собственности»⁵. Кроме того, каждый будет иметь право на любую другую собственность – без ограничительного максимума. Социалистическое отрицание собственности на орудия и средства производства, с его точки зрения, с учетом итогов истории необходимо преобразовать в утверждение собственности на более высоком уровне. Речь идет о правовом способе перехода от социализма к постсоциалистическому правовому строю, о том, что принцип правового равенства должен быть последовательно применен к социалистической собственности.

Переход от социализма к постсоциалистическому правовому строю, по мнению В. С. Нерсесянца, предполагает следующие шаги: во-первых, бывшую социалистическую собственность надлежит безвозмездно передать гражданам страны (исследователь эту передачу именовал «индивидуализацией»); во-вторых, все объекты бывшей социалистической собственности должны стать объектами общей собствен-

¹ Поляков А. В., Тимошина Е. В. Общая теория права: учеб. СПб., 2005. С. 99. Ранее А. В. Поляков также указывал на связь либертарной теории права с естественно-правовыми учениями (Поляков А. В. Общая теория права: курс лекций. СПб., 2001. С. 328–329).

² Нерсесянц В. С. Философия права. С. 36.

³ Там же. С. 36–37.

⁴ Там же. С. 38.

⁵ Нерсесянц В. С. Философия права. С. 337; *Его же*. Наш путь к праву. От социализма к цивилизму. М., 1992. С. 313–318; *Его же*. Юриспруденция. С. 156.

ности всех граждан в равных долях; в-третьих, арифметический размер доли каждого гражданина-собственника предлагается установить в виде 1/160 000 000 доли общей собственности всех граждан (что примерно соответствует количеству граждан страны); в-четвертых, право на долю каждого гражданина следует удостоверить документом о праве собственности; в-пятых, субъективное право на долю в общей собственности должно иметь личный, пожизненный и неотчуждаемый характер; в-шестых, для каждого гражданина необходимо открыть личный счет гражданской собственности, на который будут поступать доходы от использования общей собственности пропорционально доле.

В. С. Нерсисянц считал, что на основе предлагаемого им вида собственности должен возникнуть новый, постсоциалистический строй, именуемый им «цивилитарным строем», который будет отличаться от капитализма «более содержательным... принципом равенства и справедливости», «более развитыми формами собственности, свободы и права»¹. Признание гражданской собственности, по мысли ученого, поможет получить необходимое общественное согласие для осуществления рыночных реформ, а также предоставит гарантию правомерности, стабильности и общественной защищенности и всех остальных форм собственности; кроме того, это породит в обществе мощные и непреодолимые центростремительные силы, станет фундаментом стабильного правопорядка, причиной ослабления социальных конфликтов. В. С. Нерсисянц предполагал, что «дальнейший прогресс свободы будет осуществляться по цивилитарной модели обогащения и дополнения опорного принципа формально-правового равенства новыми неотчуждаемыми субъективными правами»².

Появление либертарной теории права В. С. Нерсисянца – значимое событие в российской юридической науке, важная веха на пути преодоления позитивистского подхода к пониманию права, долгие годы доминировавшего в сознании советских юристов. Основанная на глубоком исследовании трудов античных философов, римских юристов, авторов эпохи Просвещения и работ современных ученых концепция В. С. Нерсисянца является одной из наиболее аргументированных, обстоятельных; не случайно она получила признание у многих видных российских и зарубежных правоведов. На ее основе возникло теоретико-правовое направление в науке (либертарное течение), представители которого разрабатывают ключевые идеи, исходные представления о праве, сформулированные В. С. Нерсисянцем. К числу сторонников либертарной теории права принадлежат В. А. Четвернин, В. В. Лапаева, Н. В. Варламова, М. А. Милкин-Скопец и др. В целях популяризации и развития идей В. С. Нерсисянца издается «Ежегодник либертарно-юридической теории», организуются философско-правовые чтения, научные дискуссии, семинары.

В концепции В. С. Нерсисянца, как во всякой теории, можно найти недостатки, спорные положения. Назовем их.

Во-первых, обратной стороной глубокого философско-исторического подхода к исследованию сущности права является относительно слабое внимание к собственно правовой «материи» – юридическим категориям, понятиям, конструкциям, определяющим правовое сознание современного юриста. Автор либертарной теории права, выделяя три сущностных аспекта (стороны) права, декларируя общие критерии правового закона, не углублялся в правовую сферу, не предлагал взамен существующих юридических представлений о субъекте, объекте права, правовом отношении, юри-

¹ Нерсисянц В. С. Философия права. С. 341.

² Там же. С. 343.

дической ответственности и т. д. свою матрицу правовых понятий. Его взгляды не сменили формировавшуюся на протяжении многих веков и застывшую в своем развитии догму права, а потому их лишь условно можно именовать правовой теорией, по уровню обобщений они являются, скорее, философскими. В этом смысле либертарная концепция – не вполне правовая концепция, поскольку в ней нет перехода от философских воззрений к правовой системе, к организации правовой деятельности (правотворчества, судопроизводства и т. д.).

Во-вторых, в либертарной концепции сущностная характеристика права сводится (повторим) к трем аспектам: свободе, равенству и справедливости. В связи с этим есть смысл обратить внимание на то, что, по Г. В. Ф. Гегелю, исследованию творчества которого В. С. Нерсесянц посвятил годы и идеи которого в той или иной мере легли в основание его концепции, система права есть «мир духа, порожденный им самим как некоторая вторая природа»¹, в праве человек должен находить свой разум, «рассматривать разумность права»². Следовательно, право можно трактовать не только как воплощение свободы, равенства и справедливости, но и как мир разума, рациональную систему. Почему бы не выделить еще один аспект понимания права, не дать четвертое «равнозначное» сущностное определение права или вывести юридическое равенство, свободу и справедливость из принципа разумности права?

Сам В. С. Нерсесянц не обсуждал место и роль принципа разумности в праве, его соотношение с принципами формального равенства, свободы и справедливости. Данный принцип нашел отражение в работах некоторых сторонников либертарной теории права. В частности, он послужил предметом диссертационного исследования М. А. Милкина-Скопца, утверждающего, что «лишь в либертарно-правовом дискурсе становится возможным осмыслить разумность как правовой феномен» (удивительно, что не в кантовском или гегелевском дискурсе, а исключительно в либертарно-правовом), что именно в «рамках либертарного правопонимания разумность обретает определенность и всеобщность, позволяющие говорить о разумности как о правовом принципе»³. С учетом того что в работах В. С. Нерсесянца разумность не была отнесена к числу «объективных сущностных свойств права», ей не уделялось должного внимания, можно оценить данные теоретические добавления как «архитектурные излишества» в рамках существующей концепции.

Также не бесспорен тезис другого представителя либертарной теории права – В. В. Лапаевой, считающей, что разумность как принцип социальной жизни «есть правовой принцип формального равенства»⁴. Гегелевскому утверждению о том, что право – мир духа, порождение разума (включая, следовательно, юридическое равенство, а также правовую свободу и справедливость), по сути противопоставляется иная идея: всякая социальная разумность существует в форме юридического равенства, т. е. сводится к нему. Соглашаясь с тем, что принцип юридического равенства воплощает в себе человеческий разум, можно усомниться в том, что он выступает единственным разумным правовым изобретением и что социальный разум не проявляет себя за рамками данного принципа.

¹ Гегель Г. В. Ф. *Философия права*. М., 1990. С. 67.

² Там же. С. 57.

³ Милкин-Скопец М. А. *Принцип разумности в либертарно-правовом дискурсе*. Историко-правовое исследование: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010.

⁴ Лапаева В. В. *Типы правопонимания: правовая теория и практика*: моногр. М., 2012. С. 145.

В-третьих, в теории В. С. Нерсесянца право – нечто (что-то), олицетворяющее свободу, равенство и справедливость, но что представляет собой это *нечто*? Особую систему социального регулирования или коммуникативную систему, совокупность норм или отношений, социокультурную реальность или новый социальный строй? Автор либертарной теории определял право то как форму общественных (фактических) отношений¹, то как общеобязательную систему норм равенства, свободы и справедливости², подчеркивая, что правовую форму общественных отношений (форму существования права в его позитивированности) нельзя сводить к правовым нормам; она, по его мнению, включает также правовые отношения, правовое сознание, правоспособность, правосубъектность, правовой статус, правовой режим, правовой договор, иск, обвинение, судебное и административное решение, правовые процедуры и т. д. Все эти формы существования права он именовал «равнокачественными формальностями в плоскости конкретизации смысла и значений принципа формального равенства»³. И все-таки что есть право – система норм или совокупность «равнокачественных формальностей», к чему крепить свободу, формальное равенство и справедливость, где тот стержень, на который они нанизываются?

В-четвертых, либертарная теория права была создана в период, когда появилось и получило широкое признание культурно-философское течение, именуемое постмодернизмом. Для постмодернизма характерно критическое отношение к идеалам, представлениям, сформированным в эпоху Просвещения, его сторонники ставят под сомнение способность человека преобразовать мир, построить идеальное общество, государство, право⁴. Поскольку в либертарной теории права получили развитие фундаментальные идеи о правовой свободе, равенстве, справедливости, в той или иной мере оспариваемые представителями данного течения, от ее автора можно было бы ожидать достойного ответа на «вызовы» постмодернизма. К сожалению, В. С. Нерсесянец игнорировал позицию его приверженцев.

В-пятых, либертарная теория права, отмечая «неправовое» прошлое общества, социалистическое, средневековое право и прочие «несправедливые», «несвободные», «не основанные на идее равенства» системы социальной регуляции, тем самым возводит непреодолимый забор между прошлым, настоящим и будущим права. Она искусственно создает эволюционный разрыв, исключает поступательность, последовательность формирования и развития правовой системы. Право, если следовать жестким критериям правового (неправового), которые отстаивал В. С. Нерсесянец, не имеет собственной истории, оно рождается не в процессе длительной борьбы, не в муках, а словно из ниоткуда, как дитя «непорочного зачатия». Как справедливо отмечал О. Э. Лейст, «исходя из такой концепции в многовековой истории человечества вообще трудно найти „правовые законы“». Если считать право воплощением свободы, равенства, справедливости, то история права начинается только с XVII–XVIII вв., а все предыдущее право (Законы Хаммурапи, Законы Ману, римское рабовладельческое право, все право Средних веков, в России – Русская правда, все Судебники и Уложения и т. п.) не должно считаться правом. Получается, что «либертарная концепция» как бы упраздняет большую часть истории права»⁵.

¹ Нерсесянец В. С. Философия права. С. 22, 57–58; см. также: *Его же*. Юриспруденция. С. 40–41.

² Нерсесянец В. С. Философия права. С. 39; *Его же*. Юриспруденция. С. 45.

³ Нерсесянец В. С. Философия права. С. 50.

⁴ Честнов И. Л. Принцип диалога в современной теории права (проблемы правопонимания): автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2002. С. 4–5, 13–15.

⁵ Лейст О. Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права: учеб. пособие. М., 2011. С. 308.

В-шестых, предлагаемая В. С. Нерсесянцем модель гражданской собственности и основанный на ней цивилитарный строй представляют собой своего рода правовой суррогат коммунизма. Гражданская собственность в юридическом смысле называется несвободной собственностью, поскольку ее нельзя отчуждать, требовать выдела своей доли, совершать с ней любые сделки, передавать по наследству. Она не предполагает возможности собственников управлять ею (право управления общим имуществом гражданских собственников В. С. Нерсесянц не предусматривал), пользоваться общим имуществом. По сути, цивилитарная собственность сводится к праву граждан-собственников на получение доходов от использования общего имущества; граждане являются лишь выгодоприобретателями (получателями доходов), но не собственниками имущества в полном смысле слова. Гражданские собственники не в состоянии оказывать влияние на процесс управления общим имуществом, определять эффективность его использования, контролировать осуществление сделок с ним. В этом смысле тот главный порок, который имманентно присущ социализму, а именно его распределительно-потребительский характер, неизбежно будет сопутствовать и цивилитарному строю, если его когда-нибудь создадут. В его рамках нельзя обеспечить необходимую энергию, инициативу в предпринимательской, хозяйственной сфере, создать экономические стимулы для производства, инноваций, условия для конкуренции. Можно предположить, что по своему характеру цивилитарный строй, основанный на принципе общей долевого собственности, как и строй социалистический, предполагает централизованную систему государственной бюрократии, где реальные рычаги управления собственностью находятся в руках всевластных чиновников.

Высказанные критические замечания не умаляют ценности идей, сформулированных автором либертарной теории права, его весомого вклада в российскую юридическую науку. Можно без преувеличения утверждать, что теоретические исследования В. С. Нерсесянца во многом определили вектор развития современного правоведения.

Библиография

Гегель Г. В. Ф. Философия права. М., 1990.

Кант И. Из «лекций по этике» (1780–1782 гг.) // Кант И. Этическая мысль: Научно-публицистические чтения. М., 1988.

Лапаева В. В. Типы правопонимания: правовая теория и практика: моногр. М., 2012.

Лейст О. Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права: учеб. пособие. М., 2011.

Милкин-Скопец М. А. Принцип разумности в либертарно-правовом дискурсе. Историко-правовое исследование: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010.

Нерсесянц В. С. Наш путь к праву. От социализма к цивилизму. М., 1992.

Нерсесянц В. С. Право – математика свободы. Опыт прошлого и перспективы. М., 1996.

Нерсесянц В. С. Философия права: учеб. для вузов. М., 1997.

Нерсесянц В. С. Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства. М., 2002.

Поляков А. В. Общая теория права: курс лекций. СПб., 2001.

Поляков А. В., Тимошина Е. В. Общая теория права: учеб. СПб., 2005.

Честнов И. Л. Принцип диалога в современной теории права (проблемы правопонимания): автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2002.

Четвернин В. А. Современные концепции естественного права. М., 1988.

Bibliography

Chestnov I. L. Princip dialoga v sovremennoj teorii prava (problemy pravoponimaniya): avtoref. dis. ... d-ra yurid. nauk. SPb., 2002.

Chetvernin V. A. Sovremennye koncepcii estestvennogo prava. M., 1988.

- Gegel' G. V. F.* *Filosofiya prava.* M., 1990.
Kant I. *Iz «lekcij po ehtike» (1780–1782 gg.) // Kant I. Ehticheskaya mysl': Nauchno-publicisticheskie chteniya.* M., 1988.
Lapaeva V. V. *Tipy pravoponimaniya: pravovaya teoriya i praktika: monogr.* M., 2012.
Lejst O. Eh. *Sushhnost' prava. Problemy teorii i filosofii prava: ucheb. posobie.* M., 2011.
Milkin-Skopec M. A. *Princip razumnosti v libertarno-pravovom diskurse. Istoriko-pravovoe issledovanie: avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk.* M., 2010.
Nersesyanc V. S. *Filosofiya prava: ucheb. dlya vuzov.* M., 1997.
Nersesyanc V. S. *Nash put' k pravu. Ot socializma k civilizmu.* M., 1992.
Nersesyanc V. S. *Pravo – matematika svobody. Opyt proshlogo i perspektivy.* M., 1996.
Nersesyanc V. S. *Yurisprudenceiya. Vvedenie v kurs obshhej teorii prava i gosudarstva.* M., 2002.
Polyakov A. V. *Obshhaya teoriya prava: kurs lekcij.* SPb., 2001.
Polyakov A. V., Timoshina E. V. *Obshhaya teoriya prava: ucheb.* SPb., 2005.

AGAINST GLOBAL TERRORISM

Nazzaro Ubaldo

Ph. D. in «Criminal Law and Criminal Procedure» at the University of Naples «Federico II» (Italy, Naples),
e-mail: Ubaldonazzaro@hotmail.com

The article is devoted to the fight against international terrorism that began since September 11, 2001 vicissitudes. The author describes the current worldwide scene characterized by the neo-liberal logics of the third big wave of globalization, the hegemony of the economic over the social and the political system, and the crisis of the constitutional democracies. The United States' answer to the Twin Towers of New York attacks is based on unilateralism, and there are two levels, through which the American reaction to these events is expressed: the preventive war and the emergency legislation. The role of the EU in the fight against international terrorism is set, and its antiterrorist legislation, taken to address the deep changes in matter of «international security», is analyzed. Besides that, the author describes the attempt of the Italian legislator to adapt Italian antiterrorist norms to changed European security situation and to clarify the notion of «terrorism».

Key words: terrorism, globalization, United Nations, European Union, antiterrorist legislation

БОРЬБА С МЕЖДУНАРОДНЫМ ТЕРРОРИЗМОМ

Надзаро Убальдо

Доктор юридических наук,
профессор Неаполитанского университета им. Фридриха II (Италия, Неаполь),
e-mail: Ubaldonazzaro@hotmail.com

Статья посвящена борьбе с международным терроризмом, которая активизировалась после трагических событий 11 сентября 2001 г. Автор характеризует современную ситуацию в мире, охваченном кризисом конституционной демократии и третьей волной глобализации с присущими ей неолиберальными тенденциями и приоритетом экономических интересов перед политическими и социальными. Анализируются односторонние меры, предпринятые США в ответ на террористические акты 11 сентября 2001 г. Эти меры реализуются на двух уровнях: превентивная война и разработка законодательства о чрезвычайном положении. Определена роль Европейского союза в борьбе с международным терроризмом, дана характеристика основных антитеррористических актов, принятых Европейской комиссией и Европейским советом. Кроме того, автор описывает попытку итальянского законодателя адаптировать антитеррористические нормы национального законодательства к изменениям, связанным с обеспечением безопасности в Европе, и прояснить значение понятия «терроризм».

Ключевые слова: терроризм, глобализация, ООН, ЕС, антитеррористическое законодательство

1. Foreword

The transformation process of the conflicts, that began since the fall of the Berlin Wall, would find a wider and pretentious source of legitimacy in September 11, 2001 vicissitudes. Those have been used as presumptive characteristics of the fight against the «international terrorism» and they refer to the neo-liberal logics characterizing the third wave of the economic globalization, introduced by the above-mentioned events that in 1989 have determined the end of the «cold war».

After the World War II, the faith in a future peace, carried also by the law evolution and the international community, has been betrayed by the birth of the U. N. This has becoming a structure without proper skills and unable to reduce the world economic and financial unbalances, that are, in most cases, the main causes of the conflicts¹ and that soon have revealed its real nature of hegemonic organization in which the exclusive relief is given only to the winning States (*in primis* U. S.)².

The contradictions, risen up after the end of the «cold war», were already in course. So, during the «cold war» and with the second wave of globalization, where the lie about the big decolonization processes have been used in order to avoid the relations of interdependence between developed (*rectius*, colonizing) countries and developing (*rectius*, colonized) countries, that consist in a continuous expropriation of the economic resources in order to damage the second ones; so, we register an increase of the world-wide inequality³.

Functional to an economic globalization is the renounce to an International Law as possible peace instrument to advantage of right of humanitarian intervention, through which new kinds of legalized interferences are redefined.

Since the last twenty-five years of the past century, we have seen a progressive loss of sovereignty of the national States, whose interests are gradually coinciding with (*rectius*, being subordinate to) the interests of the multinational enterprises. It is spoken about new centres of private political power that they quickly are replacing the public ones⁴ and facilitating the development of a constitutionalism defined as multilevel⁵, because it allows the accentuation, rather than the reduction, of the different levels of inequality, which are expression of the heterogeneity of the single legal systems⁶.

An example of normative institution useful to the privatization processes characterizing the global society is offered by the *Lex Mercatoria*, which guarantees, within the transnational transactions, the prevalence of the private law⁷.

In addition, a worldwide scene characterized by the hegemony of the economic over the social and the political system, it is set up and the same is solved in the renounce to have legal rules. These, in fact, are sacrificed for the market reasons; main participants of the current phase are the supranational organisms, such as the World Bank, the International Monetary Fund or the World Trade Organization.

The progressive substitution of the public jurisprudence to advantage the private one (famous phenomenon known as «constitution of private governance») is useful for those

¹ Delmas-Marty M. Studi giuridici comparati e internazionalizzazione del diritto. Torino, 2004. P. 23.

² See: Capella J. R. La globalización: ante una encrucijada político-jurídica // Derecho y justicia en una sociedad global. Law and justice in a global society (Anales de la Càtedra Francisco Suárez). Granada, 2005. P. 13 and ff.

³ See: Amirante C. Il futuro dell'Unione Europea dopo i referendum: tra economia, espertocrazia e democrazia // Gambino S. Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, Costituzioni nazionali, diritti fondamentali. Milano, 2006. P. 169 and ff.

⁴ See: Capella J. R. Op. cit. P. 19.

⁵ See: Policastro P. On The Reconstruction of the Legal Strength of the Constitution in a World in transition. Multi-Level Constitutionalism towards Multi-level Democracy // Challenges of Multilevel Constitutionalism, Proceedings of IVR 21st World Congress / ed. by J. Nergelius, P. Policastro, K. Urata. Lund, 2003.

⁶ See: Policastro P. A new Garment for an Old Question: «A Clash between Man's Rights and Citizens' Rights in the Enlarged Europe» // Nordic and other European Constitutional Traditions / ed. by J. Nergelius. Leiden; Boston, 2006. P. 66.

⁷ See: Amirante C. Il futuro dell'Unione Europea dopo i referendum: tra economia, espertocrazia e democrazia. P. 198–199.

processes of homologation and standardization, that are expression of the third big wave of economic globalization¹.

Direct consequence of such processes is, within the single national ordering, the crisis of the constitutional democracies, and, within the international ordering, the definitive renounce to peace and human rights protection; the gradual widening of the executive powers to the detriment of the national parliaments, the more and more hierarchical political representation and the fail of the separation between the public and private sphere represent those aspects².

The crisis of the constitutional State *de iure* manifests itself through the recourse to the emergency legislation and through the war, that assumes, since 11 September 2001, the characteristics of the fight against the «international terrorism».

The European criminal law history is based on the doctrine of the «public security» and is a compromise among liberal thought and authoritarian requests; as far as being functional to the protection of the whole citizens' rights, it emphasizes the difference between narrow privileged social groups and wide marginal groups. So, carrying out a selectively and exclusively function, it is just assuming a merely ideological valence³: the same doctrine has been used to legitimate, during the Seventies and the Eighties of the past century, the «State terrorism», that has bloody (and still continues to smear) the Latin America Countries⁴. Since from the end of the «cold war», the security requirements, especially the legal ones, are used both for a further degradation of the constitutional guarantees and the violation of the human rights⁵. The emergency principle, to which the protection of the social needs is historically extraneous, appears today antithetic to the principles of freedom, solidarity and equality – unavoidable foundations of all the democratic States *de iure* – and it imposes itself as an authority of control at a global level. After the attacks to the Twin Towers of New York, it finds a formal source of legitimacy in the fight against the «international terrorism»; the political-economic moment prevails on that political-constitutional one.

The neo-liberal logics, that marks the third big wave of globalization, allows new emergency strategies that show themselves through the preventive war, in a permanent worldwide conflict scene. However, it is impossible to give a universally accepted definition of terrorism, especially because the single Governments have always used this expression unilaterally in order to label the attacks of the respective political opponents⁶. The positions of the States (defined as «scoundrel») and the enemy organizations (inserted in the so-called «black lists») are usually condemned, by U. S. A. and its allies, through the concept of «international terrorism», which leads back each violent action made by some subjects against foreign orderings; in this way, the freedom fighters become «terrorists» to the eyes of their same oppressors⁷, just because such acquires, eventually, a subjective character⁸.

¹ See: *Collier P., Dollar D.* Globalizzazione, crescita economica e povertà. Rapporto della Banca Mondiale. Bologna, 2003.

² See: *Ferrajoli L.* La crisis de la democracia en la era de la globalización // Derecho y justicia en una sociedad global. Law and justice in a global society (Anales de la Càtedra Francisco Suárez). P. 37 and ff.

³ See: *Baratta A.* La politica criminale e il diritto penale della costituzione. Nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali, in La questione criminale nella società globale. Atti del Convegno Internazionale, Napoli, 10–12 dicembre 1998. Napoli, 1999. P. 341 and ff.

⁴ See: *Baratta A.* Op. cit. P. 343–344.

⁵ See: *Amirante C.* Diritti dell'uomo e sistema costituzionale: un futuro dal cuore antico? // Diritti dell'uomo e legge fondamentale / introducing essay by E. Denninger. Torino, 1998. P. XVIII.

⁶ With regard to this argument, see: *Jenkins B. M.* Il terrorismo internazionale: una rassegna, in Forme di organizzazioni criminali e terrorismo. Milano, 1988. P. 189–190.

⁷ See: *Jenkins B. M.* Op. cit. P. 192.

⁸ See: *Barberini R.* La definizione internazionale di terrorismo // Ques. giust. 2002. № 6. P. 1352–1353.

On the other hand, as a confirmation of the ambiguity of the examined definition we can ascertain that the American government itself is considered, especially after September 11, 2001 events, one of the more sensitive target for the foreign terrorist attacks, although it has been and still is the main creator of the «State terrorism»; as, for instance, in the known vicissitudes of the Latin America Countries where, especially in the Seventies and Eighties of the past century, dictatorial regimes have been established with military coup and the complicity of the hidden North American leadership, that has been responsible, among all the countless crimes, of hundred of thousand of victims¹.

Closely connected with the diversified concept of «terrorism», it is the difference of the values that inspires the modern democracies²; under the pretext of legality, they hide mechanisms that concur to the violation of the same principles from which they claim to be inspired and to the negation of the guarantees placed as their foundation. It would be possible, therefore, to give the terrorist attacks the function to reveal, where possible, the dark face (*rectius*, the true face) of the current democratic orderings³.

Modern shapes of totalitarianism are then outlined; we pass from a State *de iure* to a State of exceptions, a situation of permanent emergency that legitimates, on one hand, an «infinite civil war», oriented to the redefinition of a «new world-wide order»⁴, with the consequent abolition of wide groups of castaway citizens, in the changed political contest⁵, and, on the other, the creation of an extra-territorial space, out of any legal system, in which to reclude an infinite number of «no citizens» suspected of whatever terrorist involvements⁶.

This is the scene that has been shown after September 11, 2001 and in which United States have acted on a twofold level: the preventive war and the emergency legislation, that, under the pretext of contrasting the antidemocratic behaviour of presumed «invisible enemy», they themselves proceed to the zero setting of the most elementary democratic rules, with serious consequences for constitutionalism and Human Rights.

2. From the United States' unilateralism to a «collective humanitarian intervention»

The U. S. A. answer to the Twin Towers of New York attacks of September 11, 2001 is based on unilateralism. Concerning the military participation policy, we see a definitive de-legitimacy of the residual role carried out by the United Nations Security Council in authorizing the use of the military force (thing far away from its role of peace guarantor), and, as far as the normative production is concerned, we see an ulterior degradation of the already meagre guarantees asserted by the inner legal system and a more general

¹ On this topic, we want to remember another tragic September 11, the one of 1973, the day of the bombing of the *Moneda*, the Chilean presidential palace, prelude of the *coup d'état* of general Augusto Pinochet, the day of the suicide of Salvador Allende, the president democratically chosen, and of the beginning, in Chile, of one of the more bloody-thirsty dictatorships of XX the century. Such military *coup* re-entered in the widest and sadly famous «Condor operation», planned by C. I. A. on behalf of the United States and finalized, on the pretext of defeating the «cancer of the communism», to inhibit that process of democratization that was interesting the Latin America between the Sixties and the Seventies of the past century, favouring and supporting the dictatorships, between the other, in Argentine, Uruguay, Brazil, Bolivia and Paraguay. The above-mentioned plan had as strategic aim, the creation of a coordination for the elimination of the opponents in all the «Cono Sur» of America, through the use of the *desaparición*.

² See: *Garapon A.* E' possibile una lotta democratica contro il terrorismo? // *Crit. dir.* 2004. № 4. P. 361.

³ *Ibid.* P. 366.

⁴ See: *Senese S.* Guerra e nuovo ordine mondiale // *Ques. giust.* 2002. № 2. P. 469 and ff.

⁵ See: *Agamben G.* *Stato di eccezione.* Torino, 2003. P. 11.

⁶ See: *Garapon A.* *Op. cit.* P. 367.

disownment of the universal human rights (for instance, those ratified by the Convention of Geneva of 1949).

In doctrine, it has been underlined how the starting point of that transformation process of the conflicts, that has led to an unilateral management of them by U. S. A., can be referred to the statement of productive rules, in existence since the beginnings of the Seventies of the past century: these rules require, into the international Community, the duties of the States *erga omnes*, enforceable in an independent way from them, just where United Nations have no competences in matter or where it would not be momentarily able to operate¹.

Until that moment, the single exception to the monopoly on the use of the force, escaped from the Security Council's vigilance only in the case in which it would be stuck in a situation of impasse, was reconnected, in the U. N. Charta, to the natural right of defence, also collective, existing as prerogative of every State in the case of aggression².

A substantial transformation of the United Nations role and a decisive acceleration towards the «degenerations of the unilateralism» have been recorded since the 1991 Gulf War, in which U. S. A. and their allies de facto undertook the military participation in Iraq, formally authorized from the Council itself³.

During the Nineties it has been consolidated the praxis of the use of the force, through which the single State orderings acted on behalf of U. N.; where such authorizations do not quote, as usually happens, a detailed indication of the purposes for which they have been issued, these represent a proper *carte blanche*, far from the «original normative model of the Charta» and «demanded by the States in order to obtain, from the Security Council, a sort of „endorsement“ (or a „green light“) for operations that they have decided or they are going to accomplish independently, in a substantially unilateral way, according to the provisions of the general international law itself»⁴.

The process of de-legitimacy of the role of supreme international authority in war and peace, recognized to the Security Council by a solemn treaty, signed by all the U. N. member States and in which U. S. A. has joined, too, reaches a decisive phase, where U. S. A. and its allies, after September 11, 2001, claim the absolute right of intervention toward those Countries – retained a threat for the world-wide security – for which they have, or have had, expansive aims; the fight against the «international terrorism» therefore becomes a formal legitimate source of military aggression policies. With this interventionist strategy based on unilateralism, United States disown whichever Organization that can impose restrictions in reaching their aims, as it happened for instance, when they have voted against the Statute of the international Crown Court⁵, adopted in the July 17, 1998 Conference of Rome and became effective on July 1, 2002, in order to avoid judgments for their own crimes and war criminals⁶.

Already the participation in Afghanistan, undertaken on October 7, 2001, in answer to the Twin Towers of New York attacks, hides North-American geopolitical interests and

¹ See: *Picone P.* La guerra contro l'Iraq e le degenerazioni dell'unilateralismo // *Rivista di diritto internazionale.* 2003. № 1. P. 333–334.

² *Ibid.* P. 335–336.

³ *Ibid.* P. 339.

⁴ *Ibid.* P. 341.

⁵ See: *Monetti V.* Cronache della Corte penale internazionale // *Ques. giust.* 2002. № 5. P. 1127 and ff.; *Andreini V.* Il principio di legalità nello Statuto della Corte penale internazionale // *Riv. pen.* 2004. P. 921 and ff.

⁶ See: *Mandel M.* Guerre illegali, danni collaterali e crimini contro l'umanità: il ruolo della legge contro i crimini internazionali dal Kosovo all'Iraq ed oltre // *Crit. dir.* 2004. № 1–3. P. 22.

the U. N. Security Council has not ever explicitly authorized it. In the Resolution n. 1368, adopted on September 12, 2001 «after having called on all States to work together urgently in order to bring to justice the perpetrators, organizers and sponsors of these massacres», restricts itself declaring «its willingness to assume all the necessary initiatives in accordance with its responsibilities under the Charter of the United Nations», in reference to Chapter VII of the same Charter, «the one that rules the practice of the monopoly of the use of the force for the «peacekeeping and the international security»¹, and, in the successive Resolution n. 1373, adopted on September 28, 2001, reaffirms the needs of the single Countries to complement international cooperation by taking additional measures to prevent and suppress, in their territories the financing and preparation of any acts of terrorism and the improvement of the judicial cooperation².

The reasons of a military aggression policy as a reaction to September 11, 2001, that were already inadequate for the «Enduring Freedom» in Afghanistan, are even more unsuitable to justify the successive Iraq invasion, carried out on March 2003. None of the three U. N.'s Resolutions – taken by the American government as the licit foundations of the second Gulf War – contains, in fact, an explicit authorization to open the conflict. The same Resolution n. 1441, adopted on November 2002, establishes the inspectors that were sent to Iraq in order to assess the existence of presumed weapons of mass destruction, are only held «to report» to the Security Council, which has not however entitled them to use the force³.

In any case United States, through the document of September 17, 2002 and under the pretext of the Twin Towers of New York attacks, reserve to themselves a «general and limitless possibility [...] to protect their own „national interests“ not only with unilateral actions, but also with preventive actions, in order to defend themselves against the international terrorism and other modern types of aggression»⁴.

We therefore assist to the definitive statement of the concept of «preventive war».

The notion of «perpetual» or «global war on terrorism» keeps on, also during the Obama administration, to legitimate the United States' geopolitical primacy and its power project.

Above all, the events arose since the 2011 and known like the so called „Arab spring“⁵ would give to U. S. A., E. U. and their allies new pretentious source of legitimacy to impose a social control at a global level. The war against the Libya legitimates the murders, by the anti-Gaddafi opposition, of scores of innocent black Libyans and African migrants and leaves a lawless and ungovernable place, how before happened in Iraq⁶.

According to doctrine⁷, the foundation document of the «Responsibility to Protect» («R2P») should use as a very preamble to the Charter of the United Nations and should represent, in Libya, a new «collective humanitarian intervention» carried out by NATO countries.

¹ See: *Monetti V.* La legislazione antiterrorismo dopo l'11 settembre: il contesto internazionale e l'Italia // *Ques. giust.* 2002. № 1. P. 51.

² *Ibid.* P. 52.

³ See: *Mandel M.* Guerre illegali, danni collaterali e crimini contro l'umanità: il ruolo della legge contro i crimini internazionali dal Kosovo all'Iraq ed oltre. P. 17.

⁴ See: *Picone P.* Op. cit. P. 347.

⁵ With regard to the actual situation in Turkey, see: *Manunza L.* Turchia: in gioco non c'è un parco ma la democrazia // URL: <http://www.manifestiamo.eu>.

⁶ See: *Società civile in Iraq. Retoriche sullo «scontro di civiltà» nella terra tra i due fiumi* / ed. by A. Petrillo. Milano-Udine, 2011.

⁷ See: *Mandel M.* R2P & ICC v. UNC: The Responsibility to Protect and the International Criminal Court versus the Charter of the United Nations // *Costituzione, economia, globalizzazione. Liber Amicorum in onore di Carlo Amirante.* Napoli, 2013. P. 1375 and ff.

The successive scene of these worldwide conflicts was the Syria. After the use of chemical weapons on August 21, 2013 in Damascus suburb, the United Nations Security Council unanimously adopted, on September 27, 2013, the Resolution n. 2118. The Security Council forbade Syria using, developing, producing, acquiring, stockpiling or retaining chemical weapons and «endorsed the expeditious destruction of Syria's chemical weapons programme, with inspections to begin by 1 October, and agreed that in the event of non-compliance, it would impose „Chapter VII“ measures».

The Obama administration defines other States as «scoundrel» to justify again the «perpetual global war» against the human rights¹, that now is no more an «unilateral humanitarian intervention».

The «Responsibility to Protect», in the new phase represented by the exploit of the «Arab spring» by NATO countries, «has been a great success at legitimating imperialist war»².

The Iraqi destabilization, consequence of the Second Gulf War, as well as the opposition against the Syria and the U. S. A. interference in the Syrian civil war³, represent the main cause of the Middle East's new crisis. North American, Israeli and Western partners' (also Italian) Intelligence trained Sunni rebels anti-Assad, who than were recruited like mercenary fighters by ISIS (Islamic State of Iraq and Syria), also known as ISIL (Islamic State in Iraq and the Levant), or merely IS.

The ISIS' offensive against peoples in the area between Iraq and Syria is, therefore, the direct effect of an international military intervention aiming at destabilizing the Arab Countries, which aren't U. S. A. partners, like the Syria of Bashar al-Assad.

In the Resolution n. 2170, adopted, under the binding of Chapter VII of the U. N. Charter, on August 15, 2014, the United Nations Security Council «deplores and condemns in the strongest terms the terrorist acts of ISIL and its violent extremist ideology, and its continued gross, systematic and widespread abuse of human rights and violations of international humanitarian law»⁴.

Through the successive Resolution n. 2178, unanimously adopted (15 votes to zero) on September 24, 2014, the U. N. Security Council decides that Member States shall «prevent and suppress the recruiting, organizing, transporting or equipping of individuals who travel to a State other than their States of residence or nationality for the purpose of the perpetration, planning, or preparation of, or participation in, terrorist acts or the providing or receiving of terrorist training, and the financing of their travel and of their activities».

In the meantime, only the Kurds forces made a real resistance against ISIS, above all in the Syrian town of Kobani, near the border with the Turkey. The new scenes of war in the Middle East shall have profound effect on regional balance between Turkey, Kurdish people and the alliance United States and Israel with effects in Iran and in Syria⁵.

¹ See: *Borsato A. B.* Il «crimine di terrore»: gli attacchi alla popolazione libica alla luce del caso Galic // Cass. pen. 2012. № 1. P. 305 and ff.

² See: *Mandel M.* R2P & ICC v. UNC: The Responsibility to Protect and the International Criminal Court versus the Charter of the United Nations. P. 1386–1387.

³ See: *Avenia C.* Il conflitto in Siria: spunti di riflessione e analisi critica // Ordine internazionale e diritti umani. 2014. P. 709 and ff.

⁴ See: *Cadin R.* Il Consiglio di Sicurezza torna a legiferare nella Risoluzione 2178 (2014) sui «combattenti terroristi stranieri» // Ordine internazionale e diritti umani. 2014. P. 857 and ff.

⁵ See: *Zaman A.* What do Kobani airdrops mean for regional politics? // Near East News Agency News. 2014. October 21.

3. The United States' emergency legislation

The second of the two levels through which the American reaction to the Twin Towers of New York attacks is expressed itself, concerns the appeal to the emergency legislation. Acting on its inner institutional level, it determines an ulterior hardening, in an authoritarian sense, of the North American punitive system and gives pretences of universal jurisdiction.

The adoption of old repressive models, on one hand, and the experimentation of new shapes of social control, on the other, leads (under the pretext of the defence of a not really defined concept of «public order») to the sacrifice of the universal Human Rights and in which it has been gone asserting, owing to a progressive overcoming of the idea of national border, a new typology of citizen, whose meaning is wider in comparison to the past and is referred to the category of citizenship, or «political citizenship».

The emergency legislation, outcome of a «culture» strongly rooted in the modern state orderings, imposes itself through the alteration of the source of legal legitimacy and finds a stable position inside a system, the American one, in which it compromises the already meagre constitutional guarantees, with serious repercussions on the spheres of the freedoms, both the one of the citizens and the one of the foreign citizens who live in the same territory¹: once again it is the eternal contrast between «State reasons/State de jure», that is solved with the prevailing of the first over the second, letting the exception be the rule.

After September 11, 2001 it has been inaugurated, in the United States, a way characterized by the adoption of various emergency liberty-destroying measures, consisting in legal requirements or urgency decrees (the so called Orders), which first significant step is represented by the Senate approval, on October 26, 2001 of the USA Patriot Act (acronym of Uniting and Strengthening Appropriate America by Providing Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism)².

The notion of «terrorism» appears again expressed and extended because of this Act, that renders more uncertain the already indeterminate outlines, within which it is used to comprise every ambiguous activity against the «American national security». Among all, the so-called «domestic terrorism» is becoming relevant, and the new formulation helps to repress more easily the political opposition phenomena, whereas the old punitive instruments have been considered inadequate³.

The Patriot Act generally involves serious limitations to the defensive guarantees recognized by the Bill of Rights (viz. the American Constitution) on the occasion of seizures, interceptions and above all warranty searches – allowed by the IV Amendment only in presence of probable causes, i. e. the probability of the existence of functional proofs able to confirm a whatever guiltiness⁴ – favouring at the same time the compression of all the national citizens' privacy right⁵. The fourth title of the provision in examination, that gives restrictions in matter of immigration, attributes to the Attorney general the faculty to put in detention, without any formal accusation, for a period of no more than seven days, the foreigner suspected of terrorist activities or any activity that could be dangerous for the «national security»; in this case we talk about «suspect terrorist» or «suspect alien»⁶.

¹ See: *Miraglia M.* Una nuova normalità: metamorfosi della giustizia penale statunitense dopo l'11 settembre // *Cass. pen.* 2005. № 9. P. 2823.

² See: *Magliaro L.* La libertà delle persone dopo l'11 settembre // *Ques. giust.* 2004. № 2–3. P. 315–316.

³ *Ibid.* P. 316.

⁴ See: *Miraglia M.* Paura e libertà (Legislazione antiterrorismo e diritti di difesa negli Stati Uniti) // *Ques. giust.* 2004. № 2–3. P. 298–299.

⁵ *Miraglia M.* Paura e libertà (Legislazione antiterrorismo e diritti di difesa negli Stati Uniti) P. 299.

⁶ For a detailed exam of the U. S. A. Patriot Act in Italian, see: *Fanchiotti V.* Il dopo 11 settembre e l'Usa Patriot Act: lotta al terrorismo e «effetti collaterali» // *Ques. giust.* 2004. № 2–3. P. 283 and ff.

The concept of detention limit is, however, surpassed by the adoption of new measures, through the presidential decree (President Issues Military Order) of November 13, 2001, conceived in order to authorize, on one side, the indefinite detainment and, on the other, to institute a military commissions, whose procedures will be ratified by the following decree of the Department of Defence (Military Commission Order) on March 21, 2002¹ – which were to control all the subjects arbitrarily considered terrorist by the USA Government²: typically they are «not American citizens» to whom is denied every legal status.

In this context, it is emblematic the position of the Taliban captured in Afghanistan during the operation «Enduring Freedom» and imprisoned in the American base of Guantanamo³, lager prison that symbolizes the human rights' negation. To these prisoners – who are not recognized prisoners of war and, therefore, deprived of the guarantees given by the III Convention of Geneva of 1949⁴ – are not formulated indictments verifiable through a regular trial (in accordance to the American law)⁵; so, in order to characterize such men, «irregular» compared to the «prisoners of war», it has been elaborated the definition of «unlawful combatants» (or «enemy combatants»), with the aim at deporting them, *sine die and sine iudicio*, in detainment centres, i. e. extra-territorial spaces subtracted to the legal system and, so, to every jurisdictional control that could supervise the legitimacy of the pre-trial custody⁶.

In support of such policy, turned into the suspension of the constitutional guarantees, the notions of «dispensation» and «necessity» have been produced, that have been respectively inferred from the European and the American law, and, even if unsuitable, they are used to justify violations of the Human Rights, to legitimate practises such as torture and to allow secret halts, extended status of detention or sentences for behaviours constituting no crime at the moment of their commitments⁷.

Signals of a more liberal direction, even if currently they represent isolates episodes, come from some pronounce of the U. S. A. Supreme Court in order to habeas corpus petitions, introduced in the interest of some Guantanamo «prisoners» (between these, particular attention has been dedicated to the resources in favour of two Americans citizens, Hamdi and Padilla, whose the second was arrested indeed in Chicago, within the national borders, so, in a territory far from the operative combat zones)⁸.

In the sentence *Hamdi v. Rumsfeld*, signed on June 28, 2004, the Supreme Court individualized that «the detention of a citizen can not be done outside the constitutional principle of the due process, i. e. the right of the prisoner to contest that ultra vires qualification assigned by the Government, to know the elements conveyed to be the justification of such

¹ See: *Ammann D. M.* Le leggi americane contro il terrorismo // *Crit. dir.* 2003. № 1. P. 30.

² See: *Sciso E.* La condizione dei detenuti di Guantanamo fra diritto umanitario e garanzie dei diritti umani fondamentali // *Rivista di diritto internazionale.* 2003. № 1. P. 112.

³ See: *Rebecca M.* Diritti dei prigionieri di Guantanamo: revirement favorevole delle Corti USA // *Dir. pen. e proc.* 2004. № 5. P. 644 and ff.

⁴ See: *Ammann D. M.* Op. cit. P. 33.

⁵ See: *Sciso E.* Op. cit. P. 122.

⁶ See: *Miraglia M.* Lotta al terrorismo e diritti dei prigionieri: la Corte Suprema U. S. A. richiama al rispetto dei principi costituzionali // *Dir. pen. e proc.* 2004. № 11. P. 1423.

⁷ See: *Ammann D. M.* Op. cit. P. 37.

⁸ Referring to the three sentences of the Supreme Court on June 28, 2004 and in particular about the «Padilla's case», see: *Miraglia M.* Paura e libertà (Legislazione antiterrorismo e diritti di difesa negli Stati Uniti). P. 304 and ff.; *Idem.* Lotta al terrorismo e diritti dei prigionieri: la Corte Suprema U. S. A. richiama al rispetto dei principi costituzionali. P. 1422 and ff.

status and, in case, to disprove them before a «neutral decision maker»¹; in the same way the U. S. Court of Appeals for the second circuit of New York has moved, through the sentence signed on December 18, 2003 whose object was the habeas corpus appeal in favour of Jose Padilla² and whose deliberation has found a confirmation in the successive intervention of the Supreme Court (*Rumsfeld v. Padilla*, of 28 June 2004). The pronounces taken in examination represent a due take note of evident irregular actions, but they are referred only to single extraordinary vicissitudes, having as subject American citizens and, so, they do not represent a full condemnation of the acts of the Bush administration, whose faculty to detain for an indefinite period «unlawful combatants» is not disputed for what it represents, but it is subordinated to the Conference authorization.

With regard to this, it has been talked of «deserving» sentences, or of «non-decisions», in order to reaffirm a theoretical due of the overt acts in the respect of the constitutional principles; this, however, supplies the executive power with wide chances to get around, in the praxis, such principles³.

More important is the sentence of the Supreme Court of the United States of June 29, 2006, that held military commissions, set up by the Bush administration to try detainees at Guantanamo Bay, violate both the Uniform Code of Military Justice and the four Geneva Conventions; particularly they infringe the principle according which the accused has to know the evidences for the prosecution⁴.

The Supreme Court decision on *Hamdan v. Rumsfeld* has done justice to a citizen of Yemen, Salid Ahmed Hamdan, who was captured during the invasion of Afghanistan, transferred to Guantanamo Bay Naval Base of U. S. A. and, afterwards, in 2004, charged with committing terrorism.

The reaction of Bush administration to this important sentence for constitutionalism and human rights has been immediate. In fact, in the October 17, 2006, the President of U. S. A. signed the Military Commissions Act, that, in opposition to the Supreme Court decision on *Hamdan v. Rumsfeld*, has purposed to «facilitate bringing to justice terrorists and other unlawful enemy combatants through full and fair trials by military commissions, and for other purposes».

That's a liberty destroying Act, whose unconstitutionality has been wrongly stressed. Indeed, a lot of legal scholars and Congressional members have said the habeas provision of the Act violates a clause of the Constitution that says the right to challenge detention «shall not be suspended» except in cases of «rebellion or invasion». The Act wording also makes possible the permanent detention and torture of anyone founded exclusively on the President decision; the wording of the act appears to explicitly contradict, particularly, the third Geneva Convention that the United States signed.

The United States Military Commissions Act infringes Human Rights principles.

The September 11, 2001 attacks become so, on a outer level, the source of legitimacy of the «preventive war» while, on a inner one, they offer the chance to the United States government to dismantle the already meagre constitutional guarantees: widening beyond measures the executive power and jeopardizing the «checks and balances» mechanism,

¹ See: *Miraglia M.* Lotta al terrorismo e diritti dei prigionieri: la Corte Suprema U.S.A. richiama al rispetto dei principi costituzionali. P. 1426.

² See: *Rebecca M.* Diritti dei prigionieri di Guantanamo: revirement favorevole delle Corti USA. P. 646.

³ See: *Miraglia M.* Una nuova normalità: metamorfosi della giustizia penale statunitense dopo l'11 settembre. P. 2832–2834.

⁴ See: *Frosini T. E.* C'è un giudice (anche) a Guantanamo // *Diritto pubblico comparato ed europeo.* 2006. № 3. P. XXI ff.

i. e. the expression of the separation of the powers, it is possible to use a greater number of repressive instruments, mainly utilized against political opponents and immigrants, to whom are extended more invasive shapes of control.

Also during Obama administration, the U. S. A. government continues to classify many of Guantanamo's detainees as «enemy combatants»; an Obama administration Task force in 2010 classified 48 captives as ineligible for release, transfer or prosecution¹.

In August 2013, the prison of Guantanamo held 164 detainees, «three of them convicted of war crimes and six others awaiting death-penalty trials. The rest remain in a variety of statuses, including at least 84 cleared for transfer in one fashion or another»².

In conclusion, in despite of the end of the United States' emergency legislation of Bush administration, the lager prison of Guantanamo keeps on, also during the Obama administration, symbolizing the human rights' negation.

4. The placement of E. U. at the U. S. A. side in the fight against the «international terrorism»

After the New York Twin Towers attack, on September 11, 2001, the placement of E. U. by the United States side in the fight against the «international terrorism» was pretty immediate. Through the «Proposal of framework decision», signed on September 19, 2001 and the «Conclusions of the Presidency and Action plan» on September 21 of the same year, European Commission and European Council have, in fact, stressed on the necessity of a coordinate and interdisciplinary engagement of all the States members of the Union in order to face the «public enemy».

The deep changes in matter of «international security», after September 11, 2001, have fed at a communitarian level the sense of unsuitableness of the traditional kinds of collaboration between the Nations to face the changed situation and the requirement of an ulterior approach to the legislations of the States members of the European Union.

Main objective of the European Commission, through the «Proposal of framework decision» signed on September 19, 2001³, is to define, legally and in an unitary way, the constituent elements of the «terrorist crime» and the applicable endorsements; in this way it is tried to put the basis of a unique criminal case to which all the Countries of the Union have to be uniformed⁴. The Commission determines a criminal figure – that involves in some way one State member – whose behaviour can be acted both by physical persons and legal ones. In the Art. 3 of the «Proposal of framework decision» are defined terrorist the crimes committed by single or groups of persons against one or more countries, against their institutions or populations, with intimidating aim and in order to overturn or to destroy the political, economic or social structures of the State ordering.

The Commission, after the emergency situation determined by the New York Twin Towers attacks, has in synthesis considered indispensable to define the essential elements to which lead back a notion of «international terrorism» that can be take in, in the most uniform way, the criminal systems of the Countries members of the E. U.⁵

¹ See: List of «indefinite detainees» // Miami Herald. 2013. June 17.

² See: *Rosenberg C.* U. S. sends 2 Algerian prisoners home from Guantànamo // Miami Herald. 2013. August 29.

³ See: *Bonini M.* La «lotta» al terrorismo: il quadro giuridico internazionale e comunitario (Commissione europea, Proposta di decisione-quadro sulla lotta contro il terrorismo, Bruxelles, september 19, 2001) // *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario.* 2001. № 5. P. 883 and ff.

⁴ See: *Bonini M.* La «lotta» al terrorismo: il quadro giuridico internazionale e comunitario. P. 890 and ff.

⁵ *Ibid.* P. 894.

The above-mentioned «proposal» will be formally adopted by the Council of the European Union, on June 13, 2002; it was thus reached the Framework Decision 2002/475/JHA on combating terrorism, which is regarded as «a legal framework common to all Member States, and in particular, of a harmonised definition of terrorist offences».

A change about the transitional text of the «proposal» is represented by the definition, contained in the Art. 2, paragraph 1 of the Framework Decision 2002/475/JHA, of terrorist group, that shall mean «a structured group of more than two person, established over a period of time and acting in concert to commit terrorist offences». Furthermore, in paragraph 1, Art. 2, is specified that «„structured group“ shall mean a group that is not randomly formed for the immediate commission of an offence and that does not need to have formally defined roles for its members, continuity of its membership or a developed structure».

Council Framework Decision 2002/475/JHA, that represents the basis of the counter-terrorist policy of the European Union, is amended by Council Framework Decision 2008/919/JHA of November 28, 2008.

The Action plan, approved on September 21, 2001 by the European Council, is the result of an extraordinary reunion that took place after September 11, 2001. In the first part of the Presidential Conclusions, it is expressed full solidarity to U. S. A. and it is underlined once again the own steadiness in the fight against «international terrorism», assumed as priority purpose by the E. U.; they particularly reaffirmed the legitimacy of the American reaction on the base of Resolution n. 1368, adopted by the U. N. Security Council on September 12, 2001, and they are still hoping for the constitution of a global antiterrorist coalition under the United Nations' escutcheon, and extended also to the Russian Federation, to Arabic and Muslims partners, and to whichever other country disposed to defend the «common values»¹.

In the successive part, dedicated to European policy against terrorism, the Council approves the Action plan, that is articulated in seven points, in which the first three have as main purpose the strengthening of the cooperation of the police and of the Law. In the first of these, it is stated the necessity to institute the European bench warrant, that can allow the direct consign of the persons sought from legal authority to legal authority, guaranteeing, at same time, the fundamental rights and freedoms. Through the second point, the European Council asks the Home Justice and Affairs Council to proceed to the identification both of the presumed terrorist in Europe and of the organizations that support them in order to compile a common directory of the terrorist organizations, and invites to a better cooperation and a better exchange of news among all the intelligence agencies of the European Union for which will be institute common investigative teams. And about the third point, the Countries members will systematically and promptly exchange all the useful data in terrorism field with Europol, with the wish that between Europol and competent American authorities can be concluded an agreement of cooperation by the end of the year. The successive objects that the European Council states, at the points fourth and fifth, are, respectively, the performance of all the conventions in matter, in order to assure a fast development of the international legal instruments and the predisposition of measures against the financing of terrorist groups. The Action plan provides for the strengthening of the aerial security and the coordination of the global action of the European Union, committed to the General Affairs Council.

¹ See: *Bonini M.* Oltre lo «Stato-nazione» per una politica europea di «lotta» al terrorismo (Consiglio europeo straordinario, Conclusioni della Presidenza e Piano di Azione, Bruxelles, september 21, 2001) // *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario.* 2001. № 5. P. 895.

The overcoming of the concept of «Country/Nation» would be, then, desirable, because of the European interests, especially in legal field¹.

The Action plan of 2001 has been seen again by the European Council, that, on June 15, 2004, has adopted a new Plan that, caring about the purposes approved by the Council itself on March 25, 2004, after the assassination attempts in Madrid, on March 11, 2004, realizes new strategies in the fight against «international terrorism», foreseeing deadlines for the reaching of determined progresses in specific sectors.

Since the European Union antiterrorism legislation, as we know, in the successive years, a lot of the case law of the judgment issued by General court and the Court of Justice of the E.U.

European judges, in fact, as it's observed in doctrine, «affirm their competence to review acts establishing sanctions [...] from the point of view of their conformity with the legal order of the European Union and specifically with the fundamental rights protect by it», but «a number of issues are still unsettled»².

It's emphasized, therefore, how the «effective protection of listed subjects' rights can be pursued, according to international human rights agreement themselves, without sacrificing the equally imperative objective to fight international terrorism»³.

5. The notion of «terrorism» in the Italian criminal system

Among the actions qualified to adapt the Italian legislation to the new European order, the Decree-Law n. 374 of October 18, 2001, converted, with modifications, in the Act n. 438 of December 15, 2001 («Urgent dispositions in order to contrast the international terrorism») is put on a great relief.

The declared attempt of the Italian legislator is to adapt the Italian antiterrorist norm to the changed European security situation after September 11, 2001, filling up the current gaps of our ordering, through modifications of the criminal system, and contributing, in this way, to a coming of the national legislations.

An important news is represented by the Art. 1 of the Act n. 438/2001, that rewrites the Art. 270bis c.c. (Italian criminal code). The emergency logic, Leitmotiv of the traditional Italian legal order, presents itself again with renewed energy after September 11, 2001, increasing the perspectives of a political criminal law more and more oriented toward the «fight against the enemy».

The legislator of 2001 has tried to obviate the inadequacy of the Italian criminal system, modifying the Art. 270bis c.c., in order to face the threats turned against foreign States stigmatized by the jurisprudence and made more obvious by the new emergency situation after the Twin Towers of New York attack; the change was made in order to conform this Article to the European order, but it remains incapable to supply a notion of «international terrorism» that went beyond a mere tautological definition⁴.

The innovation is represented by the introduction of paragraph 3, through which the terrorism purpose is extended to the violence actions made against a foreign Country, an institution or an international organism. The equivocal meaning of last two notions has been wide underlined in the course of the preparatory labour, where worries have risen

¹ See: *Bonini M.* Oltre lo «Stato-nazione» per una politica europea di «lotta» al terrorismo. P. 901.

² See: *Lugato M.* Diritto alla tutela giurisdizionale, sanzioni individuali contro il terrorismo internazionale e giudici dell'Unione Europea // *Legisl. pen.* 2012. № 2. P. 415.

³ *Ibid.* P. 416.

⁴ See: *Bauccio L.* Il reato di terrorismo internazionale come introdotto dal Decreto-Legge 18 ottobre 2001: alla ricerca di una nozione possibile // URL: <http://www.diritto.it/articoli/penale/bauccio1.html>.

in order to an excessive expansion of the content of the criminal ban¹, and owing to the Art. 270bis c.c., it has been dreaded the criminalization of those dissent behaviours addressed against supranational organizations, such as World Bank, International Monetary Fund or World Trade Organization because those movements are placed within of the widest movement, i. e. the so called no-global, risen at the beginning of the new millennium to main expression of the social oppositions².

The change of the Art. 270bis c.c., as it was made by the legislator of 2001, is concluded with the introduction of paragraph 4, through which becomes obligatory, for the condemned, the seizure «anything that was used or was destined to commit the offence and of the things that represent the price, the product, the profit or that constitute the use».

The «emergency culture» and the «exception practice» present again a criminal law setting on a symptomatic-subjective background aiming at stigmatizing the author of the crime who puts on, so, the distinctive features of the «Muslim terrorist».

As we can see, it is hard to verify if the constitutional limits in the exercise of the rights (the right of free association, also without authorization and just on condition that the pursued aims are not prohibited to the single person by criminal law, affirmed by Art. 18 Italian Constitution, and the right of free manifestation of the thought through the freedom of speech and expression and through every other means of circulation, in the respect of the rules made up to protect the good habit, affirmed by Art. 21 Italian Constitution)³ are outclassed or not and it is harder when we are in presence of organizations having as object, beside political or ideological, also religious programs.

Possible objects of the rules prohibition therefore become schools, institutes or places of cult, generating the wrong connection between two different levels – the first, the different values other from our tradition and, the second, the criminal agreement - that leads to the easy and paradoxical identification between «culture of terror» and «Muslim culture».

The regression from the criminal law of the «fact» to the criminal law of the «author» is facilitated by the renewed use of the associative repressive instrument, through which carries out an anticipation of the criminal threshold that is often used to hit a mere prospective criminal will, also if it is a collective will, in violation of the principle *cogitationis poenam nemo patitur*.

We have to add to such considerations the difficulty in delimiting the exact borders of the personality of each member within the criminal responsibility until making equivalent the punishment for the offence-aim to the mere belongings to a criminal association (a problem rises, in particular, in the comparison of those subjects that, within of the organization, cover high positions and to which is possible to contest a moral participation in the offence-aim compared to the others associates).

In comparison with the past it becomes more arduous to define the outlines of the associative participation, especially where the organism, indicted by the Italian legislator of 2001, far from connoting itself as the only hierarchically organized structure, it is realized in a complex network of connected functional cells⁴.

¹ See: *Bauccio L.* L'accertamento del fatto reato di terrorismo internazionale. Aspetti teorici e pratici / introductory essay by di S. Dambruoso. Milano, 2005. P. 82.

² See: *Formica M.* Artisti di strada o black block? Gli incerti confini del diritto penale alle prese con le devastazioni ed i saccheggi di Genova // *Crit. dir.* 2003. № 1. P. 108 and ff.

³ See, on this point: *De Francesco G. A.* Ratio di «garantia» ed esigenze di «tutela» nella disciplina costituzionale dei limiti alla libertà di associazione // *Riv. it. dir. proc. pen.* 1982. P. 888 and ff.

⁴ See: *Falcinelli D.* Terrorismo (profili sostanziali) // *Dig. disc. pen.* 2005. P. 1625.

The Italian reaction to the London underground attacks of July 7, 2005 determines an ulterior freeze in an authoritarian sense of our punitive system. In fact, the Act n. 155, July 31, 2005, introduces, through the Art. 270*quater*, 270*quinquies* and 270*sexies* c.c., new cases of «terrorist» crimes. We have seen how the Italian legislator has intervened with the Act n. 438, December 15, 2001, in a fast and perfunctory way, in order to remedy the inadequacy of the Italian punitive system to face the threats turned against foreign States, international institutions or organisms, and moreover evidenced by the «new global emergency» after September 11, and in order to give immediate performance to the indications that E. U. began to supply, to allow a progressive re-approaching of the national legislations in the repression of the phenomenon in examination, starting from the «Proposal of framework decision» and the «Conclusions of the Presidency and Action plan», respectively signed on September 19 and 21, 2001.

In despite of the modification of the Art. 270*bis* c.c. and the introduction, through the paragraph 3, about the internationality of the terrorist purpose, the rule still does not state a definition of «terrorism»; this lack makes necessary, in order to characterize in concrete the terrorist actions, a dismissal to the communitarian sources, among which the main reference is given by the Framework Decision 2002/475/JHA of June 13, 2002.

The scenes that are set up after the Twin Towers of New York attacks, where United States have taken the pretext for a policy of military aggression, have a recoil on each State order (North American and European), emphasizing the symptomatic-subjective factor intent on the stigmatization of the author of the respective political criminal laws.

Since the «preventive war» assumes the characters of an international police operation, «the external» enemy becomes, so, «internal» for all the Countries engaged with U. S. A. and E. U. in the infinite fight for the control of the geopolitical structures (among which we must consider the Russian Federation and the new Arabians and Muslims partners), involving the identification of the Muslim «combatant» or «resistant» figure with the abstract label of «terrorist». A new settlement of our repressive system has been thought necessary in the light of the evolutions of the inner single orderings caused by a new global conflict as the one occurred after the intervention in Afghanistan and, above all, in Iraq. The July 7, 2005 vicissitudes offer the opportunity, for the Italian government, that from the beginning has been in agreement with the American policy of military aggression, of extending within its criminal law those behaviours that also if can not be integrated in the «political association» offence, they can refer to the widest «permanent war» contest.

Because of the Act n. 155, July 31, 2005, can be punished anyone who, apart the cases stated in the Art. 270*bis* c.c., «recruits one or more persons» (Art. 270*quater* c.c.), or anyone who «trains or supplies instructions about the preparation or on the use of explosive materials, fire-arms or other weapons, injurious or dangerous chemistries or bacteriological substances, and every other technique or method» (Art. 270*quinquies* c.c.) «for the achievement of actions of violence or the sabotage of essential public services, with purpose of terrorism, even if revolts against one foreign Country, an institution or an international organism», previewing the confinement from seven to fifteen years, in relation to the first hypothesis, and from five to ten years, with reference to second one (in this case the punishment is applied of the trained person, too).

The aiming at hitting the Muslims combatants recruitment (Art. 270*quater* c.c.) or training (Art. 270*quinquies*)¹ is functional to the incrimination of behaviours that if could not refer

¹ See: *Valsecchi A.* L'accertamento del (doppio) dolo specifico nel reato di addestramento ad attività con finalità di terrorismo // Cass. pen. 2012. № 3. P. 903 and ff.

to subjects surely belonging to a whichever associative bind with a criminal association can not enter in the provision described in the Art. 270bis c.c., operating, at same time, a precise taking office within of the Middle Eastern conflicts.

The recent Decree-Law n. 7 of February 18, 2015, converted, with modifications, in the Act n. 43 of April 17, 2015 – which represents the Italian reaction to the Paris attacks against the satiric review (magazine) Charlie Hebdo of January 7, 2015 – has modified the Articles 270quater and 270quinquies c. c., introducing the criminal punishment for the recruited person and the self-trained person too¹.

Through the successive Art. 270quater.1, can be punished anyone who organizes, finances or propagates travels for the sake of terrorism, previewing the confinement from three to six years. The new measures (for example, the passport's retirement to the suspected of terrorism and new limits in the exercise of the privacy right) aim at hitting the phenomenon of «foreign fighters», i.e. the western fighters who were recruited by terrorist organizations: it's stated also a Black List of web sites to terrorist propaganda or apology.

The following Art. 270sexies c.c. proposes to fill the void represented by the absence, in the Art. 270bis c.c., of a normative definition of «terrorism» purpose and that now defines as terrorist the behaviours that, for «their nature or context, may seriously damage a country or an international organisation where committed with the aim of seriously intimidating a population, or unduly compelling a Government or international organisation to perform or abstain from performing any act, or seriously destabilising or destroying the fundamental political, constitutional, economic or social structures of a country or an international organisation», but still maintaining few closing clauses that are a deferral to all the other normative sources binding for Italy, that endorse ulterior terrorist purposes. In spite of the attempt declared by the Italian legislator of 2005, it is obvious the defect of standardization of the norm from which it is not, easily inferable the nature of the indicted behaviours, where every reference to their violent character is absent². The Art. 270sexies c.c. contains the mere list of a series of prohibited actions that however are not sufficient to integrate a clear definition of «terrorism», that, in our opinion, is *a priori* inhibited because its cannot be objectified.

The incriminate figures introduced by the Act n. 155/2005 and amended by the Legislative Decree n. 7/2015 converted in the Act n. 43 of April 17, 2015, represent, along the same lines as the widest «terrorist» offences category, a modern re-proposition of the *crimina laesae maiestatis*, that renew the contradictions between political crime and democratic State³. The word «terrorist» has always had a subjective valence, which tends to the stigmatization of the author rather than to the description of the fact, and, if in the «years of lead» it were used in order to label the counterpart, in order to make smaller all the social confrontation of which the phenomenon of the «armed struggle» was expression, opting just for its judicial solution⁴, nowadays it is functional to the negation of the existence of a war that assumes the character of a true right of intervention on

¹ See: Balsamo A. Decreto antiterrorismo e riforma del sistema delle misure di prevenzione, in *Diritto penale contemporaneo* (posted on 2015, March 2) // URL: <http://www.penalecontemporaneo.it>; Colaiocco S. Prime osservazioni sulle nuove fattispecie antiterrorismo introdotte dal decreto-legge n. 7 del 2015 // *Arch. pen.* 2015. № 1; URL: <http://www.archiviopenale.it>.

² See: Valsecchi A. Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale. Brevi osservazioni di diritto penale sostanziale // *Dir. pen. e proc.* 2005. № 10. P. 1224.

³ See: Musacchio V. Terrorismo internazionale e stato democratico // *Giust. pen.* 2005. № 7–8. P. 268 and ff.

⁴ See: Gamberini A., Insolera G. Terrorismo, Stato e sistema delle libertà: l'inchiesta del 7 aprile // *La Questione criminale.* 1979. № 2. P. 301 and ff.

the part of North American over-powerfulness, imposing upon itself as a social control at a global level¹.

6. Conclusive considerations

September 11, 2001 vicissitudes have supplied a definitive legitimacy to that transformation process of the conflicts started since the Berlin wall and the consequent end of the so called «cold war», through the experimentation of military aggression policies that assume shapes of true and own operations of international police.

The aberrant consequence of the statement of the logic of universal dominion is the evolution of an international law and a constitutional law that are redefining themselves around principles more and more careless to the recognition of the Human Rights.

The destabilization of the geopolitical areas, where the North American economic interests stand, is the direct consequence of the U. S. A. military intervention policies and the «perpetual global war».

A recent dramatic example of the ungovernable state, caused in Iraq by the Second Gulf War, as well as in Libya by the war against Gaddafi and his murder, is the ISIS' offensive against the peoples, first, in the area between Iraq, Syria and Turkey, then, in Libya.

ISIS is the product of North American and Israeli intelligence for the destabilization of the Arabian Countries through the training of Sunni rebels anti-Assad, who then were recruited like mercenaries fighters by ISIS. This organization represents a real imperialist invasion force and its declared programme is the establishment of an Islamic state, through violence, mass-executions and methodical destructions of whole villages, till now made in the area between Iraq and Syria, where the self-proclaimed „Islamic State“ (IS) operates.

Near the border between Turkey and the Syria – especially in the Syrian Kurdish town of Kobani (Rojava) – ISIS is meeting with an heroic Kurdish resistance.

After the shocking video message showing beheading of James Wright Foley, photo-journalist and video-reporter, posted online on August 19, 2014 by ISIS, Obama administration declared an offensive against ISIS.

In this new conflict, nevertheless U. S. A. and their allies only play a formal role, as the global media show us. The leading role in the war against ISIS (and, therefore, against the «real terrorism») is played by Kurdish resistance and, particularly, by People's Protection Units (YPG), the armed wing of the Syrian Kurdish Democratic Union Party (PYD), a group near to the Kurdistan Workers Party (PKK), protagonist in the defence of Turkish borders.

The PKK is a political organization for the independence and unification for Kurdistan, since decennium considered by Turkish government and its allies (*in primis*, U. S. A.) to be a «terrorist organization», as well as is considered to be terrorist the PYD. Nevertheless it is the Turkey state, which practices terror and a racist policy against Kurds and names terrorist the PKK for holding out against the liquidation of Kurdish people.

Till now for these political reasons Turkey doesn't support Kurdish resistance near the border with Syria against ISIS attacks and is bombing PKK positions around Kobani. Erdogan administration was forced into opening an arms corridor to Syria, to allow Iraqi Kurdish peshmerga fighters (de facto, old allies with U. S. A. in the fight against Saddam Hussein) to cross through Turkey into Kobani, only after United States' accusations of irresponsibility

¹ This process of conflicts transformation is functional to the overlapping and the mystification of the two different categories of «*ius in bello*» and «international terrorism»; see: *Prezioso C. Lo jus in bello come limite alla categoria del terrorismo internazionale // Crit. dir. 2005. № 1. P. 107 and ff.*

to not support the Syrian Kurds in their fight against ISIS¹. The Syrian town of Kobani is free by ISIS' occupation from January 2015.

The opposition between two coalitions in the Middle East is outlined in the new world-wide conflict: from one hand, Turkey, with Saudi Arabia and Qatar (the main financing bodies of ISIS) and the alliance between United States and Israel; from the other hand, a Shiite coalition, including Iran, the Alawite Syria of al-Assad, the Lebanese group of Hezbollah and Palestinian supporters of Hamas (after Hezbollah victorious since its 2006 conflict against Israel, many of Gaza's peoples converted from Sunni to Shiite Islam). Behind the new scenes of war there is a complex network of political, geopolitical and economic interests: lobbies for the control of the oil in the area, above all in Iraq (the same interests which caused the Iraqi military invasion of 2003); the civil war in Syria between the Alawites Shiites of Bashar al-Assad and Sunni, who are the Western strategic partners; the new de facto alliance between Iraq and Iran; the Kurdish independence (included the freeing of the founder and leader of PKK, Abdullah Ocalan, prisoner in a Turkish high-security prison since 1999).

Bibliography

Agamben G. Stato di eccezione. Torino, 2003.

Amirante C. Diritti dell'uomo e sistema costituzionale: un futuro dal cuore antico? // Diritti dell'uomo e legge fondamentale / introducing essay by E. Denninger. Torino, 1998.

Amirante C. Il futuro dell'Unione Europea dopo i referendum: tra economia, espertocrazia e democrazia // *Gambino S.* Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, Costituzioni nazionali, diritti fondamentali. Milano, 2006.

Ammann D. M. Le leggi americane contro il terrorismo // Crit. dir. 2003. № 1.

Andreini V. Il principio di legalità nello Statuto della Corte penale internazionale // Riv. pen. 2004.

Avenia C. Il conflitto in Siria: spunti di riflessione e analisi critica // Ordine internazionale e diritti umani. 2014.

Balsamo A. Decreto antiterrorismo e riforma del sistema delle misure di prevenzione, in Diritto penale contemporaneo (posted on 2015, March 2) // URL: <http://www.penalecontemporaneo.it>.

Baratta A. La politica criminale e il diritto penale della costituzione. Nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali, in La questione criminale nella società globale. Atti del Convegno Internazionale, Napoli, 10–12 dicembre 1998. Napoli, 1999.

Barberini R. La definizione internazionale di terrorismo // Ques. giust. 2002. № 6.

Baucio L. Il reato di terrorismo internazionale come introdotto dal Decreto-Legge 18 ottobre 2001: alla ricerca di una nozione possibile // URL: <http://www.diritto.it/articoli/penale/baucio1.html>.

Baucio L. L'accertamento del fatto reato di terrorismo internazionale. Aspetti teorici e pratici / introductory essay by di S. Dambruoso. Milano, 2005.

Bonini M. La «lotta» al terrorismo: il quadro giuridico internazionale e comunitario (Commissione europea, Proposta di decisione-quadro sulla lotta contro il terrorismo, Bruxelles, september 19, 2001) // Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario. 2001. № 5.

Bonini M. Oltre lo «Stato-nazione» per una politica europea di «lotta» al terrorismo (Consiglio europeo straordinario, Conclusioni della Presidenza e Piano di Azione, Bruxelles, september 21, 2001) // Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario. 2001. № 5.

Borsato A. B. Il «crimine di terrore»: gli attacchi alla popolazione libica alla luce del caso Galic // Cass. pen. 2012. № 1.

Cadin R. Il Consiglio di Sicurezza torna a legiferare nella Risoluzione 2178 (2014) sui «combattenti terroristi stranieri» // Ordine internazionale e diritti umani. 2014.

Capella J. R. La globalización: ante una encrucijada político-jurídica // Derecho y justicia en una sociedad global. Law and justice in a global society (Anales de la Càtedra Francisco Suárez). Granada, 2005.

Colaiooco S. Prime osservazioni sulle nuove fattispecie antiterrorismo introdotte dal decreto-legge n. 7 del 2015 // Arch. pen. 2015. № 1; URL: <http://www.archiviopenale.it>.

¹ See: *Zaman A.* Op. cit.

Collier P., Dollar D. Globalizzazione, crescita economica e povertà. Rapporto della Banca Mondiale. Bologna, 2003.

De Francesco G. A. Ratio di «garanzia» ed esigenze di «tutela» nella disciplina costituzionale dei limiti alla libertà di associazione // Riv. it. dir. proc. pen. 1982.

Delmas-Marty M. Studi giuridici comparati e internazionalizzazione del diritto. Torino, 2004.

Falcinelli D. Terrorismo (profili sostanziali) // Dig. disc. pen. 2005.

Fanchiotti V. Il dopo 11 settembre e l'Usa Patriot Act: lotta al terrorismo e «effetti collaterali» // Ques. giust. 2004. № 2-3.

Ferrajoli L. La crisis de la democracia en la era de la globalización // Derecho y justicia en una sociedad global. Law and justice in a global society (Anales de la Càtedra Francisco Suárez). Granada, 2005.

Formica M. Artisti di strada o black block? Gli incerti confini del diritto penale alle prese con le devastazioni ed i saccheggi di Genova // Crit. dir. 2003. № 1.

Frosini T. E. C'è un giudice (anche) a Guantanamo // Diritto pubblico comparato ed europeo. 2006. № 3.

Gamberini A., Insolera G. Terrorismo, Stato e sistema delle libertà: l'inchiesta del 7 aprile // La Questione criminale. 1979. № 2.

Garapon A. E' possibile una lotta democratica contro il terrorismo? // Crit. dir. 2004. № 4.

Jenkins B. M. Il terrorismo internazionale: una rassegna, in Forme di organizzazioni criminali e terrorismo. Milano, 1988.

List of «indefinite detainees» // Miami Herald. 2013. June 17.

Lugato M. Diritto alla tutela giurisdizionale, sanzioni individuali contro il terrorismo internazionale e giudici dell'Unione Europea // Legisl. pen. 2012. № 2.

Magliaro L. La libertà delle persone dopo l'11 settembre // Ques. giust. 2004. № 2-3.

Mandel M. Guerre illegali, danni collaterali e crimini contro l'umanità: il ruolo della legge contro i crimini internazionali dal Kosovo all'Iraq ed oltre // Crit. dir. 2004. № 1-3.

Mandel M. R2P & ICC v. UNC: The Responsibility to Protect and the International Criminal Court versus the Charter of the United Nations // Costituzione, economia, globalizzazione. Liber Amicorum in onore di Carlo Amirante. Napoli, 2013.

Manunza L. Turchia: in gioco non c'è un parco ma la democrazia // URL: <http://www.manifestiamo.eu>.

Miraglia M. Lotta al terrorismo e diritti dei prigionieri: la Corte Suprema U.S.A. richiama al rispetto dei principi costituzionali // Dir. pen. e proc. 2004. № 11.

Miraglia M. Paura e libertà (Legislazione antiterrorismo e diritti di difesa negli Stati Uniti) // Ques. giust. 2004. № 2-3.

Miraglia M. Una nuova normalità: metamorfosi della giustizia penale statunitense dopo l'11 settembre // Cass. pen. 2005. № 9.

Monetti V. Cronache della Corte penale internazionale // Ques. giust. 2002. № 5.

Monetti V. La legislazione antiterrorismo dopo l'11 settembre: il contesto internazionale e l'Italia // Ques. giust. 2002. № 1.

Musacchio V. Terrorismo internazionale e stato democratico // Giust. pen. 2005. № 7-8.

Picone P. La guerra contro l'Iraq e le degenerazioni dell'unilateralismo // Rivista di diritto internazionale. 2003. № 1.

Policastro P. A new Garment for an Old Question: «A Clash between Man's Rights and Citizens' Rights in the Enlarged Europe» // Nordic and other European Constitutional Traditions / ed. by J. Nergelius. Leide; Boston, 2006.

Policastro P. On The Reconstruction of the Legal Strength of the Constitution in a World in transition. Multi-Level Constitutionalism towards Multi-level Democracy // Challenges of Multilevel Constitutionalism, Proceedings of IVR 21st World Congress / ed. by J. Nergelius, P. Policastro, K. Urata. Lund, 2003.

Preziuso C. Lo jus in bello come limite alla categoria del terrorismo internazionale // Crit. dir. 2005. № 1.

Rebecca M. Diritti dei prigionieri di Guantanamo: revirement favorevole delle Corti USA // Dir. pen. e proc. 2004. № 5.

Rosenberg C. U.S. sends 2 Algerian prisoners home from Guantanamo // Miami Herald. 2013. August 29.



Sciso E. La condizione dei detenuti di Guantanamo fra diritto umanitario e garanzie dei diritti umani fondamentali // Rivista di diritto internazionale. 2003. № 1.

Senese S. Guerra e nuovo ordine mondiale // Ques. giust. 2002. № 2.

Società civile in Iraq. Retoriche sullo «scontro di civiltà» nella terra tra i due fiumi / ed. by A. Petrillo. Milano-Udine, 2011.

Valsecchi A. L'accertamento del (doppio) dolo specifico nel reato di addestramento ad attività con finalità di terrorismo // Cass. pen. 2012. № 3.

Valsecchi A. Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale. Brevi osservazioni di diritto penale sostanziale // Dir. pen. e proc. 2005. № 10.

Zaman A. What do Kobani airdrops mean for regional politics? // Near East News Agency News. 2014. October 21.

О СТАТУСЕ МАТЕРИАЛОВ АДМИНИСТРАТИВНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ*

Балакшин Виктор Степанович

Доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного процесса
Уральского государственного юридического университета (Екатеринбург),
e-mail: up@usla.ru

Рассматривается проблема признания и использования в качестве доказательств по уголовному делу предметов, документов, иных материалов, получаемых компетентными органами и должностными лицами в ходе административной деятельности. Обобщая исследование, автор предлагает дополнить УПК РФ нормой, которая бы предусматривала основания, условия и порядок вовлечения названных материалов административной деятельности в уголовный процесс в качестве доказательств (а также их проверки и оценки).

Ключевые слова: административная деятельность, возбуждение уголовного дела, доказывание, доказательства, допустимость доказательств

ON THE STATUS OF DOCUMENTS AND EVIDENCE, OBTAINED DURING THE ADMINISTRATIVE ACTIVITIES, IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Balakshin Viktor

Urals State Law University (Yekaterinburg),
e-mail: up@usla.ru

The problem of recognition and use of artifacts, documents and other materials, obtained by the competent bodies and officials during the administrative activities, as evidence in a criminal case is considered. Summarizing the research, the author proposes to amend the RF Code of Criminal Procedure with a norm, which would establish the grounds, conditions and procedure of inclusion, validation and evaluation of the mentioned materials as evidence in a criminal trial.

Key words: administrative activities, initiation of a criminal case, proof, evidence, admissibility of evidence

Одной из новелл в российском уголовном процессе, принципиально изменившей подходы к правилам доказывания по уголовным делам, стал институт допустимости доказательств. Нормы УПК РФ, касающиеся данного института, были значительно ужесточены с точки зрения требований, предъявляемых к доказательствам, по сравнению с положениями ч. 2 ст. 50 Конституции РФ.

Согласно названной конституционной норме «при осуществлении правосудия не допускается использование доказательств, полученных с нарушением федерального закона». В ст. 75 УПК РФ «Недопустимые доказательства» данные положения не только конкретизируются, но и ужесточаются. В ч. 1 этой статьи говорится следующее: «Доказательства, полученные с нарушением требований настоящего Кодекса, являются недопустимыми. Недопустимые доказательства не имеют юридической силы и не могут быть положены в основу обвинения, а также использоваться для

* Статья печатается в авторской редакции.

доказывания любого из обстоятельств, предусмотренных статьей 73 настоящего Кодекса». Напомним, что в ст. 73 дан перечень обстоятельств (включая событие преступления, виновность лица и др.), подлежащих доказыванию по уголовному делу. Доказательства, признанные недопустимыми, исключаются из процесса доказывания (чч. 3, 4 ст. 88, ст. 235 УПК РФ). Более того, приговор или иное судебное решение, основанные на недопустимых доказательствах, признаются необоснованными и отменяются либо изменяются.

Между тем, вводя данный институт, законодатель не принял мер к надлежащему урегулированию оснований и порядка производства следственных и иных процессуальных действий для получения доказательств. В результате правоприменитель столкнулся с банальными проблемами оценки подобных доказательств с точки зрения их допустимости и применения в качестве таковых в уголовно-процессуальном доказывании. Одним из примеров является проблема использования в доказывании материалов, полученных в рамках административного процесса.

Нередко основаниями для возбуждения уголовного дела служат материалы проверки, проведенной не в порядке требований ст. 144–146 УПК РФ, а в ходе административной деятельности полиции, таможенных и других органов, уполномоченных применять меры административной ответственности. Так, по фактам дорожно-транспортных происшествий проверочные действия часто производят сотрудники ГБДД в порядке, предусмотренном КоАП РФ. С учетом наступивших последствий по этим материалам возбуждаются уголовные дела. Как ни странно, в ходе дальнейшего расследования и рассмотрения уголовного дела в суде возникают вопросы о том, можно ли использовать названные материалы в качестве доказательств (и при каких условиях).

Дискуссии ведутся и по поводу возможности признания доказательствами по уголовному делу материалов, полученных на стадии возбуждения уголовного дела на основании требований ст. 144 УПК. Так, Р. В. Костенко, буквально толкуя положения ст. 73 и 74 УПК РФ, пишет, что предмет доказывания формулируется в законе лишь применительно к производству по уголовному делу. Поэтому, по его мнению, «трансформация достаточных данных, указывающих на признаки преступления, с точки зрения их относимости к уголовно-процессуальным доказательствам возможна лишь в последующем на стадии предварительного расследования, когда полученные сведения (материалы доследственной проверки) могут быть положены в основу решений об установлении обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу»¹. Ранее в той же работе названный автор заключил, что получаемые на стадии возбуждения уголовного дела данные, указывающие на признаки преступления, не отвечают требованию допустимости уголовно-процессуальных доказательств².

А. Н. Халиков полагает, что принципиальное разграничение стадий возбуждения уголовного дела и предварительного расследования автоматически разделяет полученные в ходе их производства данные на доказательства и недоказательства. В результате работа, проведенная до возбуждения уголовного дела в соответствии со ст. 144 УПК, и полученные при этом сведения, кроме протокола осмотра места происшествия, практически не имеют доказательственного значения в дальнейшем расследовании уголовного дела³. Известный процессуалист И. Л. Петрухин называл

¹ Костенко Р. В. Понятие и признаки уголовно-процессуальных доказательств. М., 2006. С. 152.

² Там же. С. 150.

³ Халиков А. Н. Вопросы оптимизации досудебного производства // Рос. юстиция. 2006. № 9. С. 50.

материалы, добываемые в ходе проверки сообщения о преступлении, «эрзац-доказательствами», «которые в суде будут признаны недопустимыми, так как они получены без соблюдения процессуальной формы»¹.

Нет единого мнения и о том, как применять материалы административной деятельности, полученные вне рамок уголовного процесса. Например, В. А. Семенцов, В. Ю. Сафонов, С. А. Шейфер считают, что результаты непроцессуальных мероприятий можно использовать для формирования лишь вещественных доказательств и «иных» документов². Другие авторы в принципе исключают такую возможность. Достаточно вспомнить дискуссии по поводу доказательственного значения объяснения, полученного до возбуждения уголовного дела, в том числе за рамками уголовного процесса.

С. А. Пашин писал о таком способе восполнения органами расследования «ущербных доказательств», как самоделание: «Теоретическая подоплека данной уловки заключается в смешении обыденного и процессуального, чаще всего в форме „склеенности“ предварительного и формального следствия в тех значениях, какие придавались этим понятиям до Октябрьской революции. Например, одно время в качестве доказательств фигурировали объяснения, данные очевидцами происшествия до возбуждения уголовного дела; потом эта практика в судах первой инстанции сошла на нет»³.

Тем не менее изучение уголовных дел, проведенное нами и другими авторами, показывает, что использование в качестве доказательств материалов административной деятельности – обычная практика. Немало ученых критикуют ее, приводя в обоснование своей точки зрения веские аргументы. В частности, С. Б. Россинский полагает, что с указанной практикой «категорически нельзя согласиться по причине ее ошибочности... Поддерживаемая учеными следственная и судебная практика, связанная с оформлением по правилам ст. 79, 81 и 84 УПК РФ информации, полученной в ходе оперативно-розыскных и административных мероприятий, представляется не соответствующей самому существу... механизмов процессуального познания, которые установлены наукой... Подобный вариант решения проблемы использования в доказывании результатов непроцессуальной деятельности является как бы искусственным. По сути, он заключается в придании непроцессуальным материалам статуса „наиболее удобного“ из предусмотренных ч. 2 ст. 74 УПК РФ доказательств»⁴.

В итоге названный автор предлагает решить проблему следующим образом: дополнить ч. 2 ст. 74 УПК РФ пунктом 6¹, закрепив в нем как вид доказательств результаты «невербальных» оперативно-розыскных и административных мероприятий; гл. 10 дополнить статьей 84¹, определив в ней правовые условия и порядок приобщения к уголовному делу указанных материалов; ст. 86 дополнить частью 1¹, предусмотрев в ней возможность собирания доказательств посредством представления результатов «невербальных» оперативно-розыскных и административных мероприятий

¹ Петрухин И. Л. Теоретические основы реформы уголовного процесса России. М., 2005. Ч. II. С. 27.

² Семенцов В. А., Сафонов В. Ю. Правовые предпосылки и этапы реализации результатов оперативно-розыскной деятельности в досудебном производстве. Екатеринбург, 2006. С. 99; Шейфер С. А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. М., 2008. С. 114–115.

³ Пашин С. А. Доказательства в российском уголовном процессе // Состязательное правосудие: труды науч.-практ. лабораторий. М., 1996. Вып. 1. Ч. II. С. 363.

⁴ Россинский С. Б. Результаты «невербальных» следственных и судебных действий как вид доказательств по уголовному делу. М., 2015. С. 183.

в орган дознания, следователю или в суд¹. С мнением С. Б. Россинского трудно не согласиться. Действительно, если вопрос о приобщении предметов, документов, иных материалов, полученных защитником или другими участниками уголовного процесса вне его рамок, в судебном разбирательстве в общих чертах решен, то для досудебных стадий такие нормы в УПК РФ отсутствуют. Поэтому возникают не основанные на уголовно-процессуальном законодательстве способы вовлечения названных предметов и документов в материалы уголовного дела и придания им статуса вещественных доказательств либо иных документов.

Такая практика не вписывается в действующую модель уголовного судопроизводства, в частности она не соответствует нормам института допустимости доказательств. Отметим главное: предметы, документы, иные материалы признаются отвечающими требованиям закона, если получены способами и в порядке, предусмотренными УПК РФ. Очевидно, что если закон ни того, ни другого не закрепляет, то как бы на практике ни пытались обосновать такие действия, они в любом случае будут выходить за рамки общих требований.

Поставленный вопрос имеет большое прикладное значение, и, как представляется, его следует решать на законодательном уровне. Уместно напомнить, что первый шаг к этому законодатель сделал. В частности, была предпринята попытка решить вопрос об использовании в качестве доказательств не только объяснений, полученных от граждан и должностных лиц на стадии возбуждения уголовного дела, но и иных сведений, добытых (согласно ч. 1² ст. 144 УПК РФ) в ходе проверки сообщения о преступлении при условии соблюдения положений ст. 75 и 89 УПК РФ. Однако в данной ситуации правоприменитель оказывается в затруднительном положении. Согласно ст. 89 УПК РФ запрещается использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности, если они не соответствуют требованиям УПК РФ. Но осуществить оперативно-розыскные мероприятия с соблюдением требований уголовно-процессуального закона в принципе нельзя. Их производство регламентируется Федеральным законом «Об оперативно-розыскной деятельности». Не говорится в названной статье и о возможности использования в качестве доказательств по уголовному делу материалов, полученных до стадии возбуждения уголовного дела или параллельно с проверочными действиями, производимыми в порядке ст. 144 УПК в рамках административного процесса.

На наш взгляд, данные вопросы логично разрешить одновременно в одной норме, т. е. в ч. 1² ст. 144 УПК РФ. Предлагаем изложить ее в следующей редакции: «Полученные компетентными органами и должностными лицами в ходе административной деятельности или при производстве оперативно-розыскных мероприятий с соблюдением требований соответствующих федеральных законов предметы, документы, иные материалы, приобщенные по решению органов предварительного расследования к материалам проверки сообщения о преступлении или непосредственно к материалам уголовного дела, проверяются и оцениваются как доказательства в соответствии с требованиями, предусмотренными настоящим Кодексом. Если после возбуждения уголовного дела стороной защиты или обвинения заявляется ходатайство о производстве дополнительной, повторной, комиссионной или комплексной судебной экспертизы, то при наличии оснований, предусмотренных статьями 200, 201 и 207 настоящего Кодекса, такое ходатайство подлежит удовлетворению».

¹ Россинский С. Б. Указ. соч. С. 195–196.

Библиография

Костенко Р. В. Понятие и признаки уголовно-процессуальных доказательств. М., 2006.

Пашин С. А. Доказательства в российском уголовном процессе // Состязательное правосудие: труды науч.-практ. лабораторий. М., 1996. Вып. 1. Ч. II.

Петрухин И. Л. Теоретические основы реформы уголовного процесса России. М., 2005. Ч. II.

Россинский С. Б. Результаты «невербальных» следственных и судебных действий как вид доказательств по уголовному делу. М., 2015.

Семенцов В. А., Сафонов В. Ю. Правовые предпосылки и этапы реализации результатов оперативно-розыскной деятельности в досудебном производстве. Екатеринбург, 2006.

Халиков А. Н. Вопросы оптимизации досудебного производства // Рос. юстиция. 2006. № 9.

Шейфер С. А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. М., 2008.

Bibliography

Kostenko R. V. Ponyatie i priznaki ugodovno-processual'nykh dokazatel'stv. M., 2006.

Pashin S. A. Dokazatel'stva v rossijskom ugodovnom processe // Sostyazatel'noe pravosudie: trudy nauch.-prakt. laboratorij. M., 1996. Vyp. 1. Ch. II.

Petruxin I. L. Teoreticheskie osnovy reformy ugodovnogogo processa Rossii. M., 2005. Ch. II.

Rossinskij S. B. Rezul'taty «neverbal'nykh» sledstvennykh i sudebnykh dejstvij kak vid dokazatel'stv po ugodovnomu delu. M., 2015.

Semencov V. A., Safonov V. Yu. Pravovye predposylki i ehtapy realizacii rezul'tatov operativno-rozysknoj deyatel'nosti v dosudebnoy proizvodstve. Ekaterinburg, 2006.

Shejfer S. A. Dokazatel'stva i dokazyvanie po ugodovnym delam: problemy teorii i pravovogo regulirovaniya. M., 2008.

Xalikov A. N. Voprosy optimizacii dosudebnogo proizvodstva // Ros. yusticiya. 2006. № 9.

СИСТЕМА КОНТРОЛЯ И УПРАВЛЕНИЯ ДОСТУПОМ В ОРГАНИЗАЦИИ КАК ЭЛЕКТРОННОЕ СРЕДСТВО ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ МЕЖДУ РАБОТОДАТЕЛЕМ И РАБОТНИКОМ

Туманов Александр Александрович

Аспирант кафедры трудового права

Уральского государственного юридического университета (Екатеринбург),

e-mail: taa221290@gmail.com

Перечислены основные сферы использования системы контроля и управления доступом в трудовых отношениях, а также указано ее значение для работника и работодателя. Данная система предлагает наиболее современный и эффективный способ учета рабочего времени. По результатам анализа судебной практики сделан вывод о важности сведений, полученных с помощью системы контроля и управления доступом, для формирования доказательственной базы по трудовым спорам. Особую роль данные сведения играют в спорах, часто возникающих при увольнении работника за прогул.

Ключевые слова: взаимодействие работника и работодателя, система контроля и управления доступом, учет рабочего времени, отстранение от работы, дисциплина труда

ACCESS CONTROL IN ORGANIZATION AS AN ELECTRONIC MEAN OF INTERACTION OF THE EMPLOYEE AND THE EMPLOYER

Tumanov Alexander

Urals State Law University (Yekaterinburg),

e-mail: taa221290@gmail.com

The basic scope of using the access control system in labour relations is revealed, and its importance for employees and employers is highlighted. This system is the most up-to-date and efficient way of time tracking. According to the analysis of judicial practice, the author concludes that the importance of information obtained through the access control system could contribute to the formation of the evidence base on labor disputes. This information is essential for setting labour disputes regarding the dismissal of an employee for absenteeism.

Key words: interaction of the employee and the employer, access control, time tracking, discharge from work, work discipline

Сегодня электронные системы организации пропускного режима, или системы контроля и управления доступом (СКУД), используются практически во всех государственных учреждениях. В последнее время и частные организации – от трансконтинентальных корпораций до субъектов малого бизнеса – все чаще прибегают к их установке и эксплуатации.

Согласно ГОСТу система контроля и управления доступом есть совокупность средств контроля и управления, обладающих технической, информационной, программной и эксплуатационной совместимостью. Контроль и управление – это ком-

плекс мероприятий, направленных на ограничение и санкционирование доступа людей, транспорта и других объектов в (из) помещения, здания, зоны и территории¹.

СКУД предназначена для реализации двух функций:

обеспечение безопасности в организации (условно говоря, административная функция);

контроль за соблюдением работниками организации правил внутреннего трудового распорядка (трудоправовая функция). К сожалению, в ГОСТе не акцентируется внимание на данном аспекте системы контроля и управления доступом, хотя проблемы реализации именно трудоправовой функции СКУД в современных трудовых отношениях приобретают особую актуальность.

В рамках трудовых отношений СКУД может рассматриваться:

1) как средство ординарного бесконфликтного взаимодействия работника и работодателя по вопросам учета рабочего времени, фактического ограничения допуска работника в выходные, праздничные дни, период отпуска или временной нетрудоспособности, а также по иным вопросам в зависимости от технических и программных возможностей СКУД;

2) как источник сведений о событиях, являющихся основаниями для принятия юридических решений, например о применении мер дисциплинарного взыскания, привлечении работника к материальной ответственности;

3) как средство подтверждения юридических фактов, которые впоследствии могут быть облечены в форму доказательства при возникновении спора между работником и работодателем. Здесь речь идет о юрисдикционном аспекте использования системы контроля и управления доступом.

Традиционно выделяют следующие возможности использования СКУД, связанные с трудовыми отношениями:

учет рабочего времени сотрудников организации и контроль доступа на проходных или в офисе;

ведение графика работ сотрудников с возможностью регистрации больничных, отпусков, командировок и других событий;

мгновенная регистрация опозданий, прогулов, ранних уходов, выполнения графика работ с помощью фактического расписания;

организация контроля доступа сотрудников при посменном графике работы;

контроль за перемещением товарно-материальных ценностей, принадлежащих работодателю, и т. д.

Однако не стоит забывать, что применение «электронной проходной» не является привилегией работодателя. Это (повторим) полноценный инструмент взаимодействия сторон трудовых отношений, а потому работник также может использовать СКУД в своих законных интересах, прежде всего для защиты трудовых прав (например, при выдвижении требования о признании отношений, связанных с использованием личного труда и возникших на основании гражданско-правового договора, трудовыми отношениями).

Вопрос о доказанности факта наличия трудовых отношений в случае выдачи лицу электронного пропуска для получения доступа на территорию работодателя является

¹ Средства и системы контроля и управления доступом. Классификация. Общие технические требования. Методы испытаний: ГОСТ Р 51241-98 (утв. постановлением Госстандарта России от 29 декабря 1998 г. № 472) // URL: <http://vsegost.com/Catalog/40/4050.shtml>.

дискуссионным¹. Судебной практике известны случаи удовлетворения соответствующего иска работника².

В апелляционном определении от 16 сентября 2014 г. № 33-31478/20143 Московский городской суд, проанализировав представленные истцом доказательства, пришел к выводу, что сложившиеся между сторонами отношения, основанные на договоре гражданско-правового характера, не являются трудовыми. Суд привел следующий довод: «...согласно представленного ответа на запрос в отношении прохода в здание, часть которого занимал ФГБУ „ФАПРИД“, электронный пропуск на работника как сотрудника ответчика оформлен не был, а список лиц, прибывавших к ответчику по служебной необходимости, не велся по просьбе руководства ФГБУ „ФАПРИД“». Такая мотивировка косвенно свидетельствует о том, что выдача электронного пропуска работнику могла повлиять на принятие судом решения в его пользу. По нашему мнению, доказанное работником обстоятельство выдачи ему электронного пропуска будет для суда весомым аргументом в пользу признания возникших между сторонами отношений трудовыми.

Федеральным законом от 28 декабря 2013 г. № 421-ФЗ в ТК РФ была введена ст. 19¹, устанавливающая, по сути, презумпцию наличия трудовых отношений между сторонами гражданско-правового договора. Соответственно выдача исполнителю по гражданско-правовому договору электронного пропуска, дающего ему право войти на территорию работодателя, например, в 8 ч и выходить с нее, например, в 19 ч с понедельника по пятницу, не должна вызывать у суда сомнения в правовом характере сложившихся между сторонами отношений. Однако работодатель может попытаться доказать, что электронный пропуск предоставлялся работнику для иных, не связанных с трудовыми отношениями целей (например, для контроля перемещения материальных ресурсов или для того, чтобы подрядчик (исполнитель) смог попасть на место исполнения своих гражданских обязанностей, и т. п.). Именно поэтому работнику целесообразно представлять в суд комплекс доказательств наличия между сторонами трудовых правоотношений, а не только подтверждать факт выдачи работодателем электронного пропуска³.

¹ Электронный пропуск выгодно отличается от обыкновенного бумажного. В решении от 27 октября 2010 г. по делу № 2-4222/2010 Савеловский районный суд Москвы указал: «Представленный истицей пропуск (бумажный. – А. Т.) также не может свидетельствовать о нахождении истицы в трудовых отношениях с ответчиком, поскольку в нем не указано название юридического лица, выдавшего пропуск, и его печать, должность истицы, а также иные конкретные признаки, позволяющие суду определить, какая организация выдала пропуск». В системе контроля и управления доступом, элементом которой является электронный пропуск, данная информация содержится.

² Решение Первомайского районного суда Омска от 13 августа 2012 г. по делу № 2-2266/2012 // СПС «КонсультантПлюс».

³ Е. П. Орлова к основным обстоятельствам, указывающим на наличие между сторонами трудовых правоотношений, относит «размещение в СМИ объявления о наличии вакантной должности; обеспечение оборудованием, материалами, инструментами (инвентарем) и проведение соответствующих инструктажей; доставку к месту и от места выполнения работы автотранспортом; направление на обучение; направление на медкомиссию; прохождение медкомиссии в ведомственной поликлинике; произведение отчислений в соответствующие фонды; удержание из денежного содержания сумм по требованию Службы судебных приставов, а также на оплату ЖКХ; *выдачу электронного пропуска* (курсив наш. – А. Т.), ключа от кабинета; направленность воли лица на возникновение трудовых отношений» (Орлова Е. П. Гражданско-правовые договоры, фактически регулирующие трудовые отношения: анализ изменений, внесенных в Трудовой кодекс Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона от 28.12.2013 № 421-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона „О специальной оценке условий труда“» // Современные научные исследования и инновации. 2014. № 4; URL: <http://web.snauka.ru/issues/2014/04/33730>).

Обозначим значение использования в трудовых отношениях системы контроля и управления доступом в качестве электронного средства взаимодействия между работником и работодателем.

1. *СКУД позволяет вести автоматизированный учет рабочего времени работника, в том числе сверхурочных работ.*

Перечислим современные способы учета рабочего времени¹:

1) ежедневное ведение табеля или иной формы учета времени прихода и ухода сотрудника. Заполняется в присутствии работника специалистом отдела кадров и заверяется подписью работника. Это традиционный способ учета рабочего времени, он прост с технической точки зрения, однако рационален лишь на предприятиях малого и среднего бизнеса, поскольку в больших организациях при ежедневной обработке бумажных данных на каждого работника возрастает как нагрузка на отдел кадров, так и вероятность технической ошибки при подсчете рабочего времени;

б) учет рабочего времени по данным электронной пропускной системы. Наиболее точен, поскольку фиксируется не только время прихода и ухода работника, но и время каждой его отлучки с рабочего места. Такой способ считается наиболее эффективным;

в) учет рабочего времени с помощью электронной почты или иной системы обмена данными, доступной только на рабочем месте. При появлении на рабочем месте и перед уходом с него сотрудник отправляет сообщение на специальный адрес или на иной электронный ресурс с уведомлением о начале и конце собственного рабочего дня соответственно. Способ не требует дополнительных технических и организационных затрат, позволяет как автоматизировать процесс аккумуляции и обработки данных, так и минимизировать вероятность возникновения споров по поводу результатов учета рабочего времени. Совмещает в себе достоинства первого и второго способов.

Однако такой способ учета не универсален, поскольку его применение оправданно только при использовании работником электронной почты или иного ресурса для выполнения должностных обязанностей. Функциональные обязанности, например, фрезеровщика не связаны с необходимостью иметь учетную запись в корпоративной электронной почте, а потому создавать ее только для учета рабочего времени данного сотрудника нерационально.

По нашему мнению, оптимальным является учет рабочего времени посредством системы контроля и управления доступом: он позволяет фиксировать время прихода на работу и ухода с нее всех работников организации.

2. *СКУД используется для отстранения работника от работы по основаниям, предусмотренным ст. 76 ТК РФ.*

Если приказ об отстранении работника выступает юридическим препятствием для продолжения трудовых отношений, то СКУД – это физический барьер: работодателю для исполнения предписания об отстранении сотрудника от работы достаточно заблокировать его электронный пропуск. В случае возникновения спорной ситуации (например, при проведении проверки контролирующими органами) работодателю легко подтвердить факт своевременного и надлежащего отстранения работника от работы выпиской из базы данных СКУД. При этом если работник считает, что блокировкой пропуска нарушены его права, он может обратиться в суд и государственную инспекцию по труду с соответствующим заявлением.

¹ Казанцев Д. Переработки: закон и реальность // ЭЖ-Юрист. 2011. № 11. С. 3.

К сожалению, распространена практика блокировки электронного пропуска для привлечения работника к дисциплинарной ответственности. Однако работодатель должен осознавать, что недобросовестное использование систем контроля доступа может быть оценено судебными органами как нарушение прав работника. При возникновении судебного спора по делу данной категории суд, помимо допроса свидетелей и анализа составленных сторонами письменных доказательств, может руководствоваться сведениями, полученными с помощью автоматизированной системы учета входа и выхода сотрудников¹.

Так, в кассационном определении от 15 июня 2011 г. по делу № 33-7876/11 Волгоградский областной суд установил, что в связи с блокировкой электронного пропуска работник не мог пройти на территорию предприятия и для устранения препятствия направил работодателю соответствующее письменное заявление; однако работодатель не признал данное обстоятельство уважительной причиной и уволил работника за прогул. Суд кассационной инстанции, отменяя нижестоящие судебные акты, пришел к выводу, что работник принял все меры для продолжения трудовой деятельности, но не был допущен работодателем к исполнению трудовой функции, что является уважительной причиной его отсутствия на рабочем месте. Иначе говоря, содержание оценочной категории «уважительные причины» было дополнено таким новым обстоятельством, как «недопуск работника на территорию предприятия по вине работодателя, заблокировавшего электронный пропуск работника».

Аналогичное решение принял Московский городской суд в определении от 17 августа 2010 г. по делу № 33-25617. Одним из доказательств недопуска истца на рабочее место стал ответ занимающейся техническим обслуживанием СКУД организации, которая указала, что пропуск работника был зарегистрирован в системе под персональным идентификационным номером и за период действия договора по техническому обслуживанию системы установлены три попытки использования данного пропуска для входа на территорию работодателя. Суд посчитал, что эти сведения подтверждают попытки истца попасть на рабочее место.

3. СКУД поддерживает трудовую дисциплину и является источником сведений о несоблюдении работниками ее требований.

СКУД предоставляет объективные данные о соблюдении работниками режима труда и отдыха, установленного работодателем. Фиксация опозданий, прогулов, самовольных отгулов с его помощью может впоследствии помочь работодателю обосновать увольнение работника по п. 5 или подп. «а» п. 6 ч. 1 ст. 81 ТК РФ.

Например, Московским городским судом в апелляционном определении от 12 декабря 2014 г. по делу № 33-46986 установлено, что начало и окончание рабочего дня работника, а также его отсутствие в офисе компании работодателя более одного часа фиксируется с помощью СКУД. Кроме того, из материалов дела следует, что основанием для применения к работнику дисциплинарного взыскания в виде увольнения по подп. «а» п. 6 ч. 1 ст. 81 ТК РФ послужил факт его отсутствия на рабочем месте без уважительных причин с 3 по 5 июня 2014 г., 6 июня 2014 г. до 13 ч 17 мин, что не было опровергнуто истцом в суде и подтверждается актом от 10 июня 2014 г., докладной запиской, объяснительной истца, показаниями допрошенных судом свидетелей, актом от 9 июня 2014 г., сведениями, полученными посредством СКУД, которым суд в по-

¹ Бюллетень № 4. Практика по трудовым спорам. Специализированное юридическое бюро по трудовому праву «ТКонсалтинг» // URL: <http://www.trud-consulting.ru/scripts/files/v4.pdf>.

рядке ст. 67 ГПК РФ дал правовую оценку и пришел к выводу о том, что истец с 3 по 5 июня 2014 г. осуществил прогул, т. е. отсутствовал на рабочем месте без уважительных причин в течение всего рабочего дня.

В рассмотренном случае основанием для вывода суда о наличии прогула послужил комплекс доказательств. Однако могут ли данные, полученные с помощью электронной системы контроля и управления доступом, являться единственным доказательством факта совершения работником такого дисциплинарного проступка? Судебная практика свидетельствует, что не могут: информация о соблюдении работником пропускного режима оценивается судом в совокупности с иными доказательствами (показания свидетелей, акты об отсутствии на рабочем месте и т. д.).

С нашей точки зрения, данных СКУД впоследствии будет достаточно, чтобы доказать факт отсутствия работника на рабочем месте. Это позволит уйти от определенной доли субъективизма при оценке действий работника, а также способствует развитию электронных средств взаимодействия.

Споры, касающиеся факта отсутствия работника на рабочем месте, подтвержденного информацией, полученной с помощью СКУД, сегодня решаются судами однозначно в пользу работодателя. Приведем выдержки из судебных актов.

«...Отсутствие работника на рабочем месте 17.10.2012 с 08:30 час. до 09:05 час. подтверждается актом от 27.09.2012, составленным начальником смены, мастером цеха и мастером по обучению ООО „Невские пороги“ отчетом о перемещении сотрудника через точки доступа системы контроля и управления доступом „Орион Про“ от 27.09.2012, которым зафиксировано, что в указанный рабочий день истец прошел на территорию предприятия через турникет КПП стар в 09 час. 05 мин.» (определение Ленинградского областного суда от 7 августа 2013 г. по делу № 33-3571/2013).

«Приказом ответчика ... утвержден порядок регистрации в автоматизированной системе регистрации табельного учета (далее – АСТУ) ООО „Уралприбор“, согласно которому работники с ... обязаны осуществлять приход и уход на работу путем касания пропуском... соответствующего считывателя, расположенного на регистраторе. Отсутствие регистрации является несоблюдением п. 5.3 Правил внутреннего трудового распорядка (дисциплинарным проступком), за что работодатель имеет право применить к такому работнику дисциплинарное взыскание...

...Судом установлено, что... ответчик из отчета отдела по режиму и охране ... узнал о прохождении истцом через КПП-1 и КПП-4 в период с ... по ... после начала рабочего времени в 08:00 часов и ухода с работы до окончания рабочего времени в 17:00 часов, то есть о допущенном им нарушении установленного распорядка работы ООО „Уралприбор“...» (определение Свердловского областного суда от 19 апреля 2012 г. по делу № 33-4629/2012).

«Приказом ... истец был привлечен к дисциплинарной ответственности в виде выговора за нарушение трудовой дисциплины, выразившееся в отсутствии на рабочем месте ... с 10-00 час. до 14-30 час. без уважительных причин...

...Из материалов дела, в частности из акта об отсутствии работника на рабочем месте от ..., данных системы контроля и управления доступом, подтверждается факт отсутствия истца на рабочем месте и невыполнение трудовых обязанностей ... с 10-00 час. до 14-30 час» (апелляционное определение Московского городского суда от 4 июня 2014 г. по делу № 33-20264).

«Согласно представленной распечатке данных автоматизированной системы управления контроля доступа были установлены факты несвоевременного ухода истицы с рабочего места 07.06.2012 г. в 17-28, 14.06.2012 г. в 17-52, 15.06.2012 г. в 17-55 (в то время как рабочий день был увеличен на 01 час в связи с празднованием 12.06.2012 г. Дня России), 28.06.2012 г. в 17-53, что не оспаривалось истицей в суде первой инстанции» (апелляционное определение Красноярского краевого суда от 26 августа 2013 г. по делу № 33-7999А-10).

«Согласно Правилам внутреннего трудового распорядка ЗАО „Форд Мотор Компани“, с которыми истец ознакомлен под подпись, время окончания работы второй смены с понедельника по четверг установлено в 01:05 час...

...Согласно выписке из Системы контроля и управления доступом, отражающей перемещение работника по территории ЗАО „Форд Мотор Компани“, истец покинул территорию завода 28.08.2012 в 00 час. 58 мин. и 31.08.2012 – в 00 час. 58 мин...

...Поскольку факт нарушения истцом 28.08.2012 и 31.08.2012 трудовой дисциплины подтверждается представленными доказательствами, суд первой инстанции пришел к правильному и обоснованному выводу о том, что в соответствии со статьей 192 Трудового кодекса ответчик вправе был применить к истцу дисциплинарное взыскание за допущенный дисциплинарный проступок, выразившийся в двукратном оставлении рабочего места без уважительных причин ранее окончания рабочей смены без согласования с начальником участка или другим уполномоченным должностным лицом работодателя» (определение Ленинградского областного суда от 31 июля 2013 г. по делу № 33-3441/2013).

Однако неясно, как суду следует оценивать письменные доказательства, основой для которых послужили данные системы контроля и управления доступом, с точки зрения их достоверности и допустимости, если указанные документы предоставляются стороной работодателя и в их составлении работник не принимает участия. Этот чрезвычайно важный вопрос уже становился предметом рассмотрения в рамках возникшего трудового спора об увольнении работника.

В апелляционном определении Московского городского суда от 16 февраля 2015 г. по делу № 33-2439/2015 г. указано, что, исследовав данные автоматизированной системы контроля пропусков (АСПК), на которые ссылается ответчик, суд пришел к выводу о правомерности доводов ответчика об отсутствии истца на рабочем месте без уважительных причин в дни, указанные в приказе об увольнении истца. Доводы, изложенные в апелляционных жалобах истца о том, что данные АСПК необоснованно приняты в качестве доказательства по делу, так как у ответчика отсутствует сертификат соответствия АСПК, а также о том, что ответчик имел возможность внести изменения в показания системы, суд посчитал несостоятельными. Он указал, что у судебной коллегии нет оснований сомневаться в достоверности сведений системы АСПК, представленных ответчиком на бумажном носителе и подтверждающих факт отсутствия истца на рабочем месте в спорные периоды.

Остановимся на некоторых проблемах, возникающих при использовании системы контроля и управления доступом.

Первая касается применения СКУД в отношении работников, чья профессиональная деятельность носит разъездной или частично разъездной характер. Это, например, юристы, представляющие интересы работодателя в судебных, контролирующих и иных государственных и муниципальных органах. Такие работники в силу своих должностных обязанностей в течение рабочего дня неоднократно

но покидают рабочее место и возвращаются на него после выполнения очередного поручения работодателя. Каждая подобная отлучка фиксируется СКУД. Однако сотруднику не всегда удается документально подтвердить факт отсутствия на рабочем месте по уважительным причинам (например, работник подавал документы в суд, встречался без протокола с представителем контрагента и т. п.). К сожалению, в таких случаях работник, добросовестно относящийся к исполнению своих трудовых обязанностей, не застрахован от неблагоприятного стечения обстоятельств или произвола работодателя.

Не в пользу работника Челябинский областной суд разрешил дело № 11-8558/2014. В определении от 26 августа 2014 г. указано: «В ООО „Газпромнефть-Челябинск“ (работодатель) установлен пропускной режим в здании общества. В соответствии с п. 3.11 Инструкции о пропускном и внутриобъектовом режимах, утвержденной приказом ответчика от 02.03.2010 года, проход сотрудников осуществляется через главный вход здания. При входе и выходе необходимо поднести электронный пропуск к считывателю. Согласно данным соблюдения режима рабочего времени С. отсутствовал на рабочем месте 02.09.2013 года (02 ч 02 мин), 09.09.2013 г. (04 ч 59 мин), 12.09.2013 г. (01 ч 31 мин).

Свое отсутствие на рабочем месте 02.09.2013 года работник объяснил нахождением у эксперта-трасолога в НИИСЭ „СТЭЛС“, 12.09.2013 года – в Центральном районном суде г. Челябинска. Документов, обосновывающих причины отсутствия, работодателю не представил. Свое нахождение 12.09.2013 года в Центральном районном суде г. Челябинска по гражданскому делу, в котором он представлял интересы ООО „Газпромнефть-Челябинск“, последний мог подтвердить судебной повесткой, копией определения о назначении судебного заседания, однако таких документов не представлено. Более того, из материалов дела следует, что судебное заседание по вопросу о восстановлении срока для подачи частной жалобы по гражданскому делу проводилось 13.09.2013 года, а не 12.09.2013 года. Пояснения свидетеля о нахождении С. 12.09.2013 года в Центральном районном суде г. Челябинска сами по себе не свидетельствуют об уважительности причины отсутствия последнего на рабочем месте».

Вторая проблема использования СКУД касается работников, которые помимо собственно трудовых обязанностей обладают представительскими полномочиями, например профсоюзного инспектора труда. Последний согласно ст. 370 ТК РФ в установленном порядке имеет право беспрепятственно посещать любых работодателей (организации независимо от их организационно-правовых форм и форм собственности, а также работодателей-физических лиц), у которых работают члены данного профессионального союза или профсоюзов, входящих в объединение, для проведения проверок соблюдения трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, законодательства о профессиональных союзах, выполнения условий коллективных договоров, соглашений. Кроме того, такой работник может являться профсоюзным представителем и в силу ч. 5 ст. 11 Федерального закона от 12 января 1996 г. № 10-ФЗ «О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности»¹ вправе беспрепятственно посещать организации и рабочие места, где работают члены соответствующих профсоюзов, для реализации уставных задач и предоставленных профсоюзам прав.

¹ СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 148.

В такой ситуации может возникнуть практическая коллизия, когда одно и то же лицо является и работником организации, которому ограничен доступ на территорию работодателя путем блокировки его электронного пропуска, и профсоюзным инспектором труда, имеющим право беспрепятственно проверять деятельность работодателя на предмет соблюдения им норм трудового права. Будет ли нарушением прав такого лица блокировка его электронного пропуска?

Ответ на этот вопрос дан в апелляционном определении Красноярского краевого суда от 30 июня 2014 г. по делу № 33-6186/2014. В мотивировочной части решения об отказе в удовлетворении требования истца о разблокировке пропуска суд пояснил: «Довод истца о том, что он как представитель профсоюза в связи с изданием оспариваемого приказа лишен возможности посещать рабочие места членов профсоюза, а значит, приказ незаконен, является несостоятельным.

Положением о порядке выдачи, использования и учета пропусков на объекты работодателя предусмотрена выдача разовых, временных и постоянных электронных пропусков. Так, согласно п. 2.1 Положения разовые электронные пропуска работникам и посетителям общества выдает дежурный Бюро пропусков на основании заявления.

Судом установлено, что с заявлением о выдаче разового или временного пропуска работник к ответчику не обращался. *Блокирование электронного пропуска истца работодателем не связано с профсоюзной деятельностью истца, так как оспариваемый приказ касался К. А. как работника, а не как члена профсоюзной организации* (курсив наш. – А. Т.).

Доказательств того, что истец как член профсоюзной организации обращался к работодателю с заявлением о выдаче разового или временного пропуска с целью посещения рабочих мест членов профсоюза и ему было отказано, суду не представлено. Таким образом, суд верно указал, что права работника как заместителя председателя местного комитета первичной профсоюзной организации СОЦПРОФ „ПрофЛес“ работников работодателя изданием приказа не нарушены».

Подведем итоги.

Во-первых, взаимодействие работника и работодателя с помощью СКУД играет важную роль в поддержании и укреплении дисциплины труда. Недобросовестный работник, привыкший опаздывать, уходить с работы пораньше или при отсутствии руководителя вообще на нее не являться, тем самым нарушая установленный работодателем режим рабочего времени, должен осознавать, что его дисциплинарные проступки будут зафиксированы объективным и беспристрастным очевидцем – системой контроля доступа. Работник, который ответственно относится к выполнению должностных обязанностей, всегда будет уверен в том, что работодатель не сможет обвинить его в нарушении трудовой дисциплины и необоснованно применить к нему меры ответственности. Более того, отсутствие нарушений режима рабочего времени, подтвержденное данными СКУД, может послужить основанием для премирования работника в порядке ст. 191 ТК РФ.

Во-вторых, судебная практика свидетельствует о том, что доказательства, полученные с помощью СКУД, имеют большое, порой даже решающее значение при вынесении судом того или иного решения.

Итак, система контроля и управления доступом сегодня – это эффективное электронное средство взаимодействия работника и работодателя, которое продолжает

активно развиваться и использоваться в трудовых отношениях. Из простого «турникета», «электронной проходной» или «пункта досмотра» СКУД превращается в важное средство поддержания трудовых отношений в современных экономических условиях.

Библиография

Бюллетень № 4. Практика по трудовым спорам. Специализированное юридическое бюро по трудовому праву «ТКонсалтинг» // URL: <http://www.trud-consulting.ru/scripts/files/v4.pdf>.

Казанцев Д. Переработки: закон и реальность // ЭЖ-Юрист. 2011. № 11.

О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности: Федеральный закон от 12 января 1996 г. № 10-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 148.

Орлова Е. П. Гражданско-правовые договоры, фактически регулирующие трудовые отношения: анализ изменений, внесенных в Трудовой кодекс Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона от 28.12.2013 № 421-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона „О специальной оценке условий труда“» // Современные научные исследования и инновации. 2014. № 4; URL: <http://web.snauka.ru/issues/2014/04/33730>.

Решение Первомайского районного суда Омска от 13 августа 2012 г. по делу № 2-2266/2012 // СПС «КонсультантПлюс».

Средства и системы контроля и управления доступом. Классификация. Общие технические требования. Методы испытаний: ГОСТ Р 51241-98 (утв. постановлением Госстандарта России от 29 декабря 1998 г. № 472) // URL: <http://vsegost.com/Catalog/40/4050.shtml>.

Bibliography

Byulleten' № 4. Praktika po trudovym sporam. Specializirovannoe yuridicheskoe byuro po trudovomu pravu «TKonsalting» // URL: <http://www.trud-consulting.ru/scripts/files/v4.pdf>.

Kazancev D. Pererabotki: zakon i real'nost' // EhZh-Yurist. 2011. № 11.

O professional'nyx soyuzax, ix pravax i garantiyax deyatel'nosti: Federal'nyj zakon ot 12 yanvarya 1996 g. № 10-FZ // SZ RF. 1996. № 3. St. 148.

Orlova E. P. Grazhdansko-pravovye dogovory, fakticheski reguliruyushhie trudovye otnosheniya: analiz izmenenij, vnesennyx v Trudovoj kodeks Rossijskoj Federacii v svyazi s prinyatiem Federal'nogo zakona ot 28.12.2013 № 421-FZ «O vnesenii izmenenij v otdel'nye zakonodatel'nye akty Rossijskoj Federacii v svyazi s prinyatiem Federal'nogo zakona „O special'noj ocenke uslovij truda“» // Sovremennye nauchnye issledovaniya i innovacii. 2014. № 4; URL: <http://web.snauka.ru/issues/2014/04/33730>.

Reshenie Pervomajского rajonnogo suda Omska ot 13 avgusta 2012 g. po delu № 2-2266/2012 // SPS «Konsul'tantPlyus».

Sredstva i sistemy kontrolya i upravleniya dostupom. Klassifikaciya. Obshhie texnicheskie trebovaniya. Metody ispytaniy: GOST R 51241-98 (utv. postanovleniem Gosstandarta Rossii ot 29 dekabrya 1998 g. № 472) // URL: <http://vsegost.com/Catalog/40/4050.shtml>.

РАЗВИТИЕ ТРУДОПРАВОВОЙ КОНСТРУКЦИИ ПЕРЕВОДА РАБОТНИКА НА ДРУГУЮ РАБОТУ

Балицкий Кирилл Степанович

Преподаватель кафедры трудового права
Уральского государственного юридического университета (Екатеринбург),
e-mail: kirill-master@list.ru

Рассматриваются вопросы эволюции отечественного правового регулирования перевода работника на другую работу с конца XIX до начала XXI в. Проанализированы сходство и различия в этой части дореволюционного законодательства и всех кодифицированных актов о труде, включая Трудовой кодекс РФ.

Ключевые слова: трудовой договор, перевод на другую работу, работник, работодатель, трудовое законодательство

THE EVOLUTION OF A LABOUR-LAW FRAMEWORK OF TRANSFERRING THE EMPLOYEE TO ANOTHER JOB

Balitskiy Kirill

Urals State Law University (Yekaterinburg),
e-mail: kirill-master@list.ru

The article is devoted to the evolution of the domestic legal regulation of transferring the employee to another job since the end of 19th to the beginning of the 21st century. The similarities and differences of the relevant provisions in the pre-revolutionary legislation and all codified acts on labor, including the current RF Labour Code, are analyzed.

Key words: employment contract, transfer to another job, employee, employer, labor legislation

Отечественное трудовое законодательство прошло долгий путь развития от фрагментарных норм, регулирующих правоотношения в сфере труда, часто выдержанных в строго идеологическом ключе, до подробных нормативных предписаний, отвечающих потребностям современного общества. Не стали исключением и нормы трудового права, регламентирующие изменение трудового договора, заключаемого между работником и работодателем, в частности нормы о переводе работника на другую работу.

Одним из первых российских нормативных правовых актов, регулирующих отношения между работником и работодателем, были Правила о надзоре за заведениями фабричной промышленности и о взаимных отношениях фабрикантов и рабочих от 3 июня 1886 г. (далее – Правила 1886 г.)¹, которые имели статус закона. Согласно ст. 21 Правил отношения между работником и работодателем (в то время – между рабочим и фабрикой) оформлялись выдачей работнику расчетной книжки. В ст. 24 Правил были закреплены условия, которые обязательно нужно было включить в расчетную книжку. Интересно, что в числе условий не назывались должность работника или вид деятельности, для выполнения которой он поступает на фабрику.

¹ URL: <http://www.hist.msu.ru/Labour/Law/1886.pdf>.

Вместе с тем в соответствии с п. «д» ст. 24 Правил 1886 г. в расчетную книжку могли быть включены прочие условия найма, которые договаривающиеся стороны считали важными. Таким образом, данные Правила, по сути, ввели письменную форму заключения договора личного найма¹.

В Правилах 1886 г. напрямую не говорилось о том, что изменение условий найма должно оформляться внесением соответствующих изменений в расчетную книжку работника. Однако это следует из формулировок ст. 21, 24 Правил. Кроме того, данные Правила не содержали требований о необходимости получения согласия работника на такие изменения, исходя из чего можно сделать вывод, что для этого было достаточно волеизъявления работодателя.

В первом систематизированном отечественном нормативном правовом акте, регулирующем правоотношения в сфере труда, – Уставе о промышленном труде 1913 г. (далее – Устав 1913 г.)² – отсутствовал термин «перевод на другую работу», однако был впервые закреплен более широкий термин «изменение в условиях договора найма». Так, в соответствии со ст. 53 Устава 1913 г. запрещалось вносить какие-либо изменения в данный договор («понижать заработную плату», «изменять правила урочной работы» и т. д.) в одностороннем порядке по инициативе как работника, так и работодателя (рабочего и предприятия).

Исключение составлял случай, когда работник был нанят на неопределенный срок. Условия заключенного с ним договора могли быть скорректированы работодателем после предупреждения работника об этом за две недели. Вместе с тем, как отмечают А. М. Лушников и М. В. Лушникова, договор найма мог быть изменен в любой момент по соглашению работника и работодателя, так как Устав 1913 г. не содержал прямого запрета на это³.

Важно указать, что в соответствии с Уставом 1913 г. (как и согласно Правилам 1886 г.) заключение договора найма должно было происходить путем выдачи рабочему расчетной книжки, в которой «означались условия найма, а также отмечались все производимые с рабочим расчеты и делаемые с него денежные взыскания за прогул и неисправную работу» (ст. 48, 95). В ст. 98 Устава 1913 г. перечислялись условия, которые следовало обязательно включить в расчетную книжку (в частности, срок найма и вида на жительство, размер заработной платы, основания ее исчисления и сроки платежей и т. д.). В этом нормативном акте, как и в его предшественнике, прямо не говорилось, что изменение условий найма должно было оформляться внесением соответствующих поправок в расчетную книжку работника, однако такой вывод можно сделать на основе положений ст. 48, 95, 98 Устава.

В Кодексе законов о труде РСФСР от 10 декабря 1918 г. (далее – КЗоТ 1918 г.)⁴ был впервые закреплен термин «перевод на другую работу». В соответствии со ст. 41, 42 КЗоТ 1918 г. трудящийся мог быть переведен:

на другую работу в пределах предприятия, учреждения или хозяйства, где трудящийся работал;

в другое предприятие, учреждение или хозяйство, расположенное в той же или иной местности. Данный вид перевода назывался «переводом, сопровождающимся

¹ Бугров Л. Ю. Трудовой договор в России и за рубежом. Пермь, 2013. С. 22; Хохлов Е. Б. Очерки истории правового регулирования труда в России. СПб., 2000. С. 130.

² URL: <http://www.hist.msu.ru/Labour/Law/ustav.htm#1>.

³ Лушников А. М., Лушникова М. В. Курс трудового права: учеб. в 2 т. М., 2009. Т. 2. С. 227.

⁴ Собрание узаконений РСФСР. 1918. № 87–88. Ст. 905.

перемещением трудящегося в другое учреждение, предприятие или хозяйство». Таким образом, в КЗоТ 1918 г. был впервые зафиксирован и термин «перемещение».

Для перевода работника предприятию, учреждению или хозяйству было достаточно издать постановление (аналог современного приказа о переводе работника на другую работу). Получения согласия трудящегося на перевод по КЗоТ 1918 г. не требовалось. Это объясняется тем, что основанием возникновения трудовых отношений в тот период выступал не трудовой договор, а трудовая повинность (точнее, направление на работу Отдела распределения рабочей силы), которая устанавливалась для всех граждан РСФСР (ст. 1 КЗоТ 1918 г.) за исключением отдельных категорий граждан, которые не подлежали трудовой повинности или временно от нее освобождались (ст. 2–4 КЗоТ 1918 г.).

Некоторой гарантией для работника при переводе выступало условие ст. 40 КЗоТ 1918 г., согласно которой перевод трудящихся был возможен только «в интересах дела». Кроме того, постановление о переводе могло быть обжаловано заинтересованными лицами или организациями (сторонами) сначала в местный или областной отдел труда, а затем в Народный комиссариат труда (ст. 43, 44 КЗоТ 1918 г.). Можно сделать вывод, что при возникновении спора о правомерности перевода работника работодателю надлежало доказать наличие объективной производственной необходимости такого перевода. Работодатель также был обязан уведомить Отдел распределения рабочей силы о переводе работника на работу в другую организацию, расположенную в той же или иной местности.

Если не хватало добровольцев для исполнения срочных общественно необходимых работ, областной отдел труда по соглашению с соответствующим профессиональным объединением и с утверждения Народного комиссариата труда был вправе перевести требуемое количество работников из их организации в другую организацию, расположенную в той же или иной местности (ст. 45 КЗоТ 1918 г.).

Кодекс законов о труде РСФСР от 9 ноября 1922 г. (далее – КЗоТ 1922 г.)¹ в отличие от КЗоТ 1918 г. в качестве основания возникновения трудовых отношений (именно в данном кодексе в ст. 45 был впервые законодательно закреплен термин «трудовое отношение») устанавливал трудовой договор, а не трудовую повинность (ст. 27).

Под переводом в КЗоТ 1922 г. понималось изменение рода работы, для которой был принят работник, или его места работы. В силу ст. 36 КЗоТ 1922 г. наниматель не мог требовать от нанявшегося выполнения работы, не относившейся к тому роду деятельности, для которой последний был нанят, а также работы, сопряженной с явной опасностью для жизни или не соответствующей законам о труде. Таким образом, по общему правилу перевод работника на другую работу у одного и того же работодателя был возможен только с согласия работника. Данное положение впоследствии нашло отражение и в постановлении Народного комиссариата труда СССР от 10 апреля 1930 г. «О переводе на другую работу».

В ряде статей КЗоТ 1922 г. предусматривались исключения из правила о запрете поручения работнику работы, не обусловленной его трудовым договором. Именно они и составляли содержание понятия «перевод на другую работу». К их числу относились:

1) перевод работника (нанявшегося, трудящегося, рабочего, служащего) на другую работу в рамках того же предприятия, если временно отсутствовала работа, для

¹ Собрание узаконений РСФСР. 1922. № 70. Ст. 903.

которой он был приглашен. Поручаемая работнику работа должна была соответствовать его квалификации. Получения согласия на перевод не требовалось, однако при отказе работника от выполнения этой работы наниматель обладал правом уволить его с выплатой выходного пособия в размере двухнедельного заработка (ст. 36 КЗоТ 1922 г.). По смыслу абз. 2 ст. 36 КЗоТ 1922 г. подобный перевод мог быть только временным, пока на предприятии не появлялась работа, для выполнения которой был принят работник;

2) перевод работника из одного предприятия в другое, в том числе расположенное в иной местности. Такой перевод был возможен только с согласия работника, в противном случае трудовой договор расторгался с выплатой работнику выходного пособия в размере двухнедельного заработка (ст. 37 КЗоТ 1922 г.);

3) перемещение из одной местности в другую, в том числе вместе с предприятием. Указанный перевод тоже был возможен только с согласия работника, иначе трудовой договор расторгался с выплатой работнику выходного пособия в размере двухнедельного заработка (ст. 37 КЗоТ 1922 г.). Как видим, в КЗоТ 1922 г. под перемещением работника понималось изменение местности, в которой он работал, в том числе вместе с работодателем;

4) в исключительных случаях для предотвращения угрожающей опасности допускался временный перевод работника на другую работу, в том числе не соответствующую его квалификации. Сроки перевода в КЗоТ 1922 г. установлены не были, согласия работника не требовалось. Однако если временная работа оплачивалась выше, чем та, на которую был приглашен нанявшийся, то оплата производилась по высшей ставке (ст. 36 КЗоТ 1922 г.).

Важной гарантией для работников была норма ст. 64 КЗоТ 1922 г., по которой, если нанявшийся переводился на работу, оплачивавшуюся ниже, за ним сохранялся его прежний заработок в течение двух недель со дня перевода. Кодекс также закреплял ряд гарантий работникам в случае изменения их места жительства в связи с переводом на работу в другую местность. Согласно ст. 82 работнику должны были возмещаться расходы по переезду на новое место жительства, выдаваться суточные за время переезда и дополнительно за шесть дней в размере не ниже 1/24 месячного заработка в день, единовременное пособие в размере его месячного оклада по месту прежней службы, а в случае переезда с ним его семьи – дополнительное единовременное пособие в размере не ниже 1/4 его месячного заработка на каждого члена семьи.

Норма ст. 82 КЗоТ 1922 г. была скорректирована постановлением ВЦИК и СНК РСФСР от 5 марта 1928 г.¹, в соответствии с которым за перемещаемым сохранялся фактический заработок, ему возмещались расходы по переезду, выплачивались суточные из расчета 1/30 месячного заработка за время пребывания в пути и дополнительно за шесть дней, единовременное пособие в размере месячного заработка по месту прежней работы, а в случае переезда семьи – дополнительное единовременное пособие на каждого члена семьи в размере 1/4 пособия самого перемещаемого.

В постановлении ЦИК СССР и СНК СССР от 9 ноября 1927 г. «О компенсациях при переводах и при найме на работу в другие местности»² были определены условия и порядок оплаты пособий и расходов по переезду, а также некоторые исключения из общих правил. Так, работнику, переводимому по распоряжению работодателя на

¹ Собрание узаконений РСФСР. 1928. № 31. Ст. 228.

² Собрание законов СССР. 1927. № 65. Ст. 660.

иное место работы, в частности если перевод был связан с необходимостью перемещения постоянного места жительства, выплачивалось единовременное пособие в размере месячного фактического заработка по месту прежней работы к моменту выезда, а в случае переезда членов его семьи – также единовременное пособие в размере 1/4 пособия самого переводимого на каждого члена семьи (п. «г» ст. 2).

В примечании к ст. 114 КЗоТ 1922 г. было указано, что непрерывность работы, дававшая право на очередной отпуск, не нарушалась в случае перевода трудящегося по распоряжению администрации из одного предприятия или учреждения в другое или при его переходе из одного государственного учреждения или предприятия в другое без перерыва в работе.

В первоначальной редакции Кодекса законов о труде РСФСР от 9 декабря 1971 г.¹ (далее – КЗоТ 1971 г.) был закреплен термин «перевод на другую работу», под которым в соответствии с ч. 1 ст. 25 понимался:

- 1) перевод работника (рабочего и служащего) на другую работу у того же работодателя (на том же предприятии, в учреждении, организации), т. е. перевод на другую работу, не обусловленную трудовым договором;
- 2) перевод работника к другому работодателю;
- 3) перевод работника в другую местность, в том числе с прежним работодателем.

В КЗоТ 1971 г. понятие «перемещение» впервые приобрело современное значение. Оно подразумевало не вид перевода работника на другое предприятие, в учреждение или хозяйство, расположенное в той же или иной местности (КЗоТ 1918 г.), либо из одной местности в другую, в том числе вместе с предприятием (КЗоТ 1922 г.), а изменение рабочего места работника в рамках одного работодателя без изменения существенных условий труда (ч. 2 ст. 25 КЗоТ 1971 г.). В силу ч. 1 ст. 25 КЗоТ 1971 г. перевод на другую работу допускался только с согласия работника, за исключением трех случаев временного перевода на другую работу (в смысле изменения работы, обусловленной трудовым договором), когда получения такого согласия не требовалось.

1. Работник временно переводился на другую работу в случае производственной необходимости (при этом оплата соответствовала выполняемой работе, но не должна была быть ниже среднего заработка на прежней работе) (ст. 26 КЗоТ 1971 г.):

для предотвращения или ликвидации стихийного бедствия, производственной аварии или немедленного устранения их последствий (на срок, не превышающий одного месяца);

для предотвращения несчастных случаев, простоя, гибели или порчи государственного или общественного имущества и в других исключительных случаях (на срок, не превышающий одного месяца);

для замещения отсутствующего работника (на срок, не превышающий одного месяца в течение календарного года).

2. В случае простоя работники могли быть переведены с учетом их специальности и квалификации на другую работу у того же работодателя или к другому работодателю, расположенному в той же местности. Срок перевода не мог превышать одного месяца. При переводе работников на нижеоплачиваемую работу вследствие простоя за рабочими и служащими, выполнявшими нормы выработки, сохранялся средний заработок по прежней работе, а за рабочими и служащими,

¹ Ведомости ВС РСФСР. 1971. № 50. Ст. 1007.

не выполнявшими нормы или переведенными на повременно оплачиваемую работу, сохранялась тарифная ставка (оклад) (ст. 27 КЗоТ 1971 г.).

3. В качестве дисциплинарного взыскания за нарушение работником трудовой дисциплины его могли перевести на нижеоплачиваемую работу на срок до трех месяцев или сместить на низшую должность на тот же срок (п. 4 ч. 1 ст. 135 КЗоТ 1971 г.). Данное дисциплинарное взыскание было исключено из кодекса Законом РФ от 25 сентября 1992 г. № 3543-1¹.

Необходимо отметить, что согласно ст. 28 КЗоТ 1971 г. при простое и в случае временного замещения отсутствующего работника не допускался перевод квалифицированных рабочих и служащих на неквалифицированные работы.

Впоследствии указом Президиума Верховного Совета РСФСР от 5 февраля 1988 г.² в КЗоТ 1971 г. были внесены изменения. В частности, ст. 25 была дополнена ч. 3 следующего содержания: «В связи с изменениями в организации производства и труда допускается изменение существенных условий труда при продолжении работы по той же специальности, квалификации или должности. Об изменении существенных условий труда – систем и размеров оплаты труда, льгот, режима работы, установлении или отмене неполного рабочего времени, совмещения профессий, изменении разрядов и наименования должностей и других – работник должен быть поставлен в известность не позднее чем за два месяца». При этом если прежние существенные условия труда не могли быть сохранены, а работник не соглашался на продолжение работы в новых условиях, то трудовой договор прекращался по п. 6 ст. 29 КЗоТ 1971 г.

В остальном рассмотренные положения КЗоТ 1971 г. относительно перевода работников на другую работу за 30 лет действия кодекса изменений не претерпели.

В первоначальной редакции Трудового кодекса РФ от 30 декабря 2001 г. был закреплен термин «перевод на другую постоянную работу», под которым в соответствии с ч. 1 ст. 72 понимались:

- 1) изменение трудовой функции работника;
- 2) изменение существенных условий трудового договора;
- 3) перевод на постоянную работу в другую организацию;
- 4) перевод в другую местность вместе с организацией.

Такие формулировки обладали рядом недостатков с точки зрения юридической техники. Например, употребление словосочетаний «изменение трудовой функции работника» или «изменение существенных условий трудового договора» нарушают логическое правило деления понятий, поскольку понятие «существенные условия трудового договора» шире понятия «трудовая функция». Согласно абз. 3 ч. 2 ст. 57 ТК РФ в прежней редакции, действовавшей до 6 октября 2006 г., одним из существенных условий трудового договора было условие о наименовании должности, специальности, профессии с указанием квалификации в соответствии со штатным расписанием организации, т. е. трудовая функция. Кроме того, представляется нецелесообразным использование конструкции «перевод на другую постоянную работу в той же организации по инициативе работодателя», поскольку очевидно, что в ряде случаев инициатором перевода (например, изменения трудовой функции) может выступить и работник.

Перевод работника на другую постоянную работу в виде изменения существенных условий трудового договора был конкретизирован в чч. 1–4 ст. 73 ТК РФ:

¹ Рос. газ. 1992. 6 окт.

² Ведомости ВС РСФСР. 1988. № 6. Ст. 168.

«По причинам, связанным с изменением организационных или технологических условий труда, допускается изменение определенных сторонами существенных условий трудового договора по инициативе работодателя при продолжении работником работы без изменения трудовой функции». Работодатель обязан был уведомить работника об изменениях не менее чем за два месяца до их введения. «Если работник не согласен на продолжение работы в новых условиях, то работодатель обязан в письменной форме предложить ему иную имеющуюся в организации работу, соответствующую его квалификации и состоянию здоровья, а при отсутствии такой работы – вакантную нижестоящую должность или нижеоплачиваемую работу, которую работник может выполнять с учетом его квалификации и состояния здоровья». При отсутствии указанной работы, а также в случае отказа работника от нее трудовой договор прекращался в соответствии с п. 7 ст. 77 ТК РФ.

При этом временный перевод работника по инициативе работодателя на работу, не обусловленную трудовым договором, согласно ст. 74 ТК РФ в прежней редакции был возможен только в случае производственной необходимости, к которой относились:

- 1) предотвращение катастрофы, производственной аварии или устранение последствий катастрофы, аварии или стихийного бедствия;
- 2) предотвращение несчастных случаев;
- 3) предотвращение простоя (временной приостановки работы по причинам экономического, технологического, технического или организационного характера, а также в случаях приостановления деятельности в порядке, предусмотренном законом);
- 4) предотвращение уничтожения или порчи имущества;
- 5) замещение отсутствующего работника.

Продолжительность перевода для замещения отсутствующего работника не могла превышать одного месяца в течение календарного года (с 1 января по 31 декабря) (ч. 2 ст. 74 ТК РФ), во всех остальных случаях – одного месяца (ч. 1 ст. 74 ТК РФ). При этом работник мог быть переведен на работу, требующую более низкой квалификации, только с его письменного согласия (ч. 3 ст. 74 ТК РФ). В силу ч. 1 ст. 74 ТК РФ работника нельзя было перевести на работу, противопоказанную ему по состоянию здоровья.

Сегодня в соответствии с ч. 1 ст. 72 ТК РФ одной из форм изменения определенных сторонами условий трудового договора является перевод работника на другую работу. При этом в чч. 1, 2 ст. 72¹ ТК РФ выделяется четыре формы перевода:

- 1) постоянное или временное изменение трудовой функции работника;
- 2) постоянное или временное изменение структурного подразделения, в котором работает работник (если структурное подразделение было указано в трудовом договоре);
- 3) перевод работника в другую местность вместе с работодателем;
- 4) перевод работника на постоянную работу к другому работодателю.

Таким образом, в трудовом законодательстве зафиксированы следующие виды перевода работника на другую работу: 1) в зависимости от срока перевода: постоянный или временный; 2) в зависимости от содержания правовой связи работника и работодателя: перевод работника в рамках прежнего работодателя или к другому работодателю. Положение, согласно которому запрещается переводить работника на работу, противопоказанную ему по состоянию здоровья, в настоящее время закреплено в ч. 4 ст. 72¹ ТК РФ.

В действующей редакции ТК РФ предусмотрены случаи временного перевода работников на другую работу у того же работодателя:

1) в связи с изменением трудовой функции работника по соглашению между ним и работодателем на срок не более одного года (ч. 1 ст. 72² ТК РФ);

2) для замещения временно отсутствующего работника, за которым в соответствии с законом сохраняется место работы. Этот перевод возможен по соглашению между работником и работодателем на любой срок до выхода отсутствующего работника на работу (ч. 1 ст. 72²);

3) для предотвращения или устранения последствий катастроф, аварий, несчастных случаев, пожаров, наводнений и других чрезвычайных обстоятельств. Согласия работника не требуется, срок не должен превышать одного месяца (ч. 2 ст. 72²). Работнику выплачивается заработная плата по выполняемой им работе, но не ниже среднего заработка по прежней работе (ч. 4 ст. 72²);

4) в случае простоя, необходимости предотвращения уничтожения или порчи имущества, замещения временно отсутствующего работника, если это вызвано указанными выше чрезвычайными обстоятельствами. Перевод возможен без согласия работника, только если другая работа не относится к работе, требующей более низкой квалификации, и только на срок, не превышающий одного месяца (ч. 3 ст. 72²). Работнику выплачивается заработная плата по выполняемой им работе, но не ниже среднего заработка по прежней работе (ч. 4 ст. 72²);

5) в соответствии с медицинским заключением, выданным работнику. При этом требуется письменное согласие работника на такой перевод. Если работник нуждается во временном переводе на другую работу на срок, не превышающий четырех месяцев, и отказывается от такого перевода или у работодателя нет подходящей работы, работодатель обязан отстранить работника от работы без выплаты ему в течение этого периода заработной платы. Если работник нуждается во временном переводе на другую работу на срок, превышающий четыре месяца, или в постоянном переводе, и отказывается от такого перевода либо если у работодателя нет подходящей работы, трудовой договор прекращается по п. 8 ч. 1 ст. 77 ТК РФ.

В первом и втором случаях, если по окончании срока перевода прежняя работа работнику не предоставлена, а он не потребовал ее предоставления и продолжает работать, то условие соглашения о временном характере перевода утрачивает силу и перевод считается постоянным (ч. 1 ст. 72² ТК РФ).

Важно отметить, что в настоящее время изменение определенных сторонами трудового договора условий по причинам, связанным с изменением организационных или технологических условий труда, по смыслу ст. 74 ТК РФ не является переводом. Единственное исключение из этого правила действует, если в результате таких изменений работник переводится в другое структурное подразделение организации (если оно указано в трудовом договоре).

Можно сделать вывод, что современное правовое регулирование перевода работников на другую работу во многом является логическим продолжением трудовозрастных конструкций, сформированных в законодательстве о труде конца XIX – начала XX в., а также в нормативных правовых актах советского периода.

Библиография

Бугров Л. Ю. Трудовой договор в России и за рубежом. Пермь, 2013.

Кодекс законов о труде РСФСР от 10 декабря 1918 г. // Собрание узаконений РСФСР. 1918. № 87–88. Ст. 905.

Кодекс законов о труде РСФСР от 9 декабря 1971 г. // Ведомости ВС РСФСР. 1971. № 50. Ст. 1007.
Кодекс законов о труде РСФСР от 9 ноября 1922 г. // Собрание узаконений РСФСР. 1922. № 70. Ст. 903.

Лушников А. М., Лушникова М. В. Курс трудового права: учеб.: в 2 т. М., 2009. Т. 2.

О внесении изменений и дополнений в Кодекс законов о труде РСФСР: Закон РФ от 25 сентября 1992 г. № 3543-I // Рос. газ. 1992. 6 окт.

О внесении изменений и дополнений в Кодекс законов о труде РСФСР: указ Президиума Верховного Совета РСФСР от 5 февраля 1988 г. // Ведомости ВС РСФСР. 1988. № 6. Ст. 168.

О компенсациях при переводах и при найме на работу в другие местности: постановление ЦИК СССР и СНК СССР от 9 ноября 1927 г. // Собрание законов СССР. 1927. № 65. Ст. 660.

Об изменении статьи 82 Кодекса законов о труде РСФСР.: постановление ВЦИК, СНК РСФСР от 5 марта 1928 г. // Собрание узаконений РСФСР. 1928. № 31. Ст. 228.

Правила о надзоре за заведениями фабричной промышленности и о взаимных отношениях фабрикантов и рабочих от 3 июня 1886 г. // URL: <http://www.hist.msu.ru/Labour/Law/1886.pdf>.

Устав о промышленном труде 1913 г. // URL: <http://www.hist.msu.ru/Labour/Law/ustav.htm№1>.

Хохлов Е. В. Очерки истории правового регулирования труда в России. СПб., 2000.

Bibliography

Bugrov L. Yu. *Trudovoj dogovor v Rossii i za rubezhom*. Perm', 2013.

Кодекс законов о труде РСФСР от 10 декабря 1918 г. // Собрание узаконений РСФСР. 1918. № 87–88. Ст. 905.

Кодекс законов о труде РСФСР от 9 декабря 1971 г. // Ведомости ВС РСФСР. 1971. № 50. Ст. 1007.

Кодекс законов о труде РСФСР от 9 ноября 1922 г. // Собрание узаконений РСФСР. 1922. № 70. Ст. 903.

Лушников А. М., Лушникова М. В. Курс трудового права: учеб.: в 2 т. М., 2009. Т. 2.

О компенсациях при переводах и при найме на работу в другие местности: постановление ЦИК СССР и СНК СССР от 9 ноября 1927 г. // Собрание законов СССР. 1927. № 65. Ст. 660.

О внесении изменений и дополнений в Кодекс законов о труде РСФСР: Закон РФ от 25 сентября 1992 г. № 3543-I // Рос. газ. 1992. 6 окт.

О внесении изменений и дополнений в Кодекс законов о труде РСФСР: указ Президиума Верховного Совета РСФСР от 5 февраля 1988 г. // Ведомости ВС РСФСР. 1988. № 6. Ст. 168.

Об изменении статьи 82 Кодекса законов о труде РСФСР.: постановление ВЦИК, СНК РСФСР от 5 марта 1928 г. // Собрание узаконений РСФСР. 1928. № 31. Ст. 228.

Правила о надзоре за заведениями фабричной промышленности и о взаимных отношениях фабрикантов и рабочих от 3 июня 1886 г. // URL: <http://www.hist.msu.ru/Labour/Law/1886.pdf>.

Устав о промышленном труде 1913 г. // URL: <http://www.hist.msu.ru/Labour/Law/ustav.htm№1>.

Хохлов Е. В. Очерки истории правового регулирования труда в России. СПб., 2000.

ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ ГОСУДАРСТВЕННО-ЧАСТНОГО ПАРТНЕРСТВА В ОБЛАСТИ ПРАВОВОЙ ОХРАНЫ ОКРУЖАЮЩЕЙ СРЕДЫ И РАЦИОНАЛЬНОГО ПРИРОДОПОЛЬЗОВАНИЯ

Маслова Екатерина Михайловна

Старший преподаватель кафедры земельного и экологического права
Уральского государственного юридического университета (Екатеринбург),
e-mail: Katerina_m05@mail.ru

Обозначены перспективы и направления развития механизмов государственно-частного партнерства (ГЧП) в области правовой охраны окружающей среды, обеспечения рационального природопользования и экологической безопасности. Анализируется понятие государственно-частного партнерства в сфере охраны окружающей среды. Критически оцениваются положения Федерального закона о ГЧП, которые ограничивают возможность отнесения природных ресурсов к объектам соглашений, не обеспечивая применение ГЧП как рыночного инструмента охраны окружающей среды.

Ключевые слова: государственно-частное партнерство, правовая охрана окружающей среды, рациональное природопользование, экологические проекты

PROSPECTS FOR THE DEVELOPMENT OF PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP IN THE FIELD OF LEGAL ENVIRONMENTAL PROTECTION AND ENVIRONMENTAL MANAGEMENT

Maslova Ekaterina

Urals State Law University (Yekaterinburg),
e-mail: Katerina_m05@mail.ru

The article touches upon prospects for the development of public-private partnership in the field of legal environmental protection, environmental management, and ecological safety. The concept of public-private partnership in the field of environmental protection is analyzed. The author critically estimates the provisions of the Federal Law on Public Private Partnerships that would limit the possibility to refer to the objects of the natural resources agreements and wouldn't provide the use of public-private partnerships as a marketing instrument of environmental protection.

Key words: public-private partnership, legal protection of the environment, environmental management, environmental projects

30 апреля 2012 г. Президентом РФ утверждены Основы государственной политики в области экологического развития Российской Федерации до 2030 года (далее – Основы)¹. Принятие этого нормативного правового акта является важным этапом на пути развития российского экологического законодательства. Основы определяют стратегическую цель, ключевые задачи государства в области охраны окружающей среды и обеспечения экологической безопасности и механизмы их реализации. В качестве одного из главных механизмов решения задач развития экономического регулирования и рыночных инструментов охраны окружающей среды Основы закреп-

¹ СПС «КонсультантПлюс».

плюют широкое применение государственно-частного партнерства (ГЧП) при государственном финансировании (софинансировании) мероприятий по оздоровлению экологически неблагополучных территорий, ликвидации экологического ущерба, связанного с прошлой экономической и иной деятельностью.

В свою очередь Федеральный закон от 13 июля 2015 г. № 224-ФЗ «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»¹ (далее – Закон) определяет основы государственного регулирования ГЧП, полномочия Российской Федерации, субъектов РФ и муниципальных образований при реализации соглашений о государственно-частном партнерстве. Его целями являются создание правовых условий для привлечения в экономику Российской Федерации инвестиций повышения качества товаров, работ и услуг, обеспечение которыми потребителей относится к ведению органов государственной власти и органов местного самоуправления. Под государственно-частным партнерством в Законе понимается юридически оформленное на определенный срок и основанное на объединении ресурсов, распределении рисков сотрудничество публичного партнера, с одной стороны, и частного партнера – с другой, которое осуществляется на основании соглашения о государственно-частном партнерстве, соглашения о муниципально-частном партнерстве, заключенных в соответствии с Законом в целях привлечения в экономику частных инвестиций, обеспечения органами государственной власти и органами местного самоуправления доступности товаров, работ, услуг и повышения их качества.

Как видно, цели реализации государственно-частного партнерства не охватывают экологическую сферу, несмотря на то что обеспечение благоприятной окружающей среды является первостепенной задачей государства. Необходимо понимать цели ГЧП более широко, а реализация проектов ГЧП должна быть направлена на достижение таких задач социально-экономического характера, как охрана окружающей среды, обеспечение экологической безопасности и рационального природопользования.

В ч. 1 ст. 7 Закона перечислены объекты соглашения о ГЧП, среди которых к числу экологически значимых можно отнести объекты, используемые для отдыха граждан и туризма (например, природные или дендрологические парки, санаторно-курортные местности и др.) (п. 12); объекты благоустройства территории (включая озеленение городских территорий) (п. 14); объекты, на которых осуществляется обработка, утилизация, обезвреживание, размещение твердых коммунальных отходов (п. 13); мелиоративные системы и объекты их инженерной инфраструктуры (п. 15). В ч. 2 ст. 7 Закона установлен запрет на использование имущества, находящегося в исключительной государственной или муниципальной собственности в качестве объекта соглашения о ГЧП.

Все это значительно сужает сферу применения механизмов ГЧП в области охраны окружающей среды и рационального природопользования, так как, во-первых, практически все природные объекты находятся в государственной собственности и в той или иной степени ограничены в обороте, что обусловлено их особой значимостью для жизни общества и экологии в целом; во-вторых, государственно-частное партнерство должно быть одним из главных механизмов оздоровления экологической

¹ СЗ РФ. 2015. № 29 (Ч. 1). Ст. 4350. Закон вступает в силу 1 января 2016 г. за исключением ст. 46, которая вступает в силу со дня официального опубликования.

гически неблагоприятных территорий, основным источником загрязнения которых являются отходы промышленного производства. Таким образом, Закон не отражает экологических приоритетов деятельности государства, установленных Основами, и не позволяет использовать ГЧП в качестве механизма рыночного стимулирования охраны окружающей среды и рационального природопользования. В связи с этим считаем, что в Законе необходимо учесть экологические направления развития государственно-частного партнерства, а в ст. 7 внести перечень исключительных случаев, когда ограниченные или изъятые из оборота объекты природы могут быть объектом соглашения.

За рубежом применение ГЧП имеет давнюю историю и широко распространено, например, во Франции, Великобритании, США, Канаде, Австрии, Бельгии. В нашей стране государственно-частное партнерство является предметом пристального внимания ученых-экономистов, однако в юридической науке исследований по данному вопросу достаточно мало¹. Работ, посвященных выявлению и систематизации особенностей, инструментов и механизмов государственно-частного партнерства в сфере правового обеспечения охраны окружающей среды, рационального природопользования, обеспечения экологической безопасности, пока нет, несмотря на то что такая модель взаимодействия государства и частного сектора представляется весьма востребованной.

Вместе с тем реализация принципов ГЧП в сфере экологии является одной из важнейших задач ряда государственных программных и плановых документов. В пример можно привести Государственную программу РФ «Охрана окружающей среды» на 2012–2020 годы², федеральную целевую программу «Чистая вода» на 2011–2017 годы³, Стратегию развития лесного комплекса Российской Федерации на период до 2020 года⁴, Основы государственной политики в области охраны защиты и воспроизводства лесов в Российской Федерации на период до 2030 года⁵, комплексную стратегию обращения с твердыми коммунальными (бытовыми) отходами в Российской Федерации⁶ и др.

В настоящее время основными сферами развития ГЧП в России являются строительство объектов инфраструктуры, детских садов, школ, спортивных объектов, программы комплексной жилой застройки. Экологическим проектам надлежащего внимания пока не уделяется, хотя, на наш взгляд, они должны быть в числе приоритетных. Как справедливо отмечает Т. В. Петрова, к социально значимым и капиталоемким нужно отнести инвестиционные проекты, направленные на снижение не-

¹ См., например: *Губанов И. А.* Государственно-частное партнерство в реализации функций Российского государства (вопросы теории и практики): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб, 2010; *Родин А. А.* Взаимодействие международного и внутригосударственного права в правовом регулировании государственно-частного партнерства: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010; *Белицкая А. В.* Государственно-частное партнерство: понятие, содержание, правовое регулирование: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011; *Сазонов В. Е.* Государственно-частное партнерство в России и за рубежом: административно-правовое исследование: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2013; *Ходырев А. А.* Административно-правовое регулирование государственно-частного партнерства на современном этапе: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013.

² О федеральном бюджете на 2015 год и на плановый период 2016 и 2017 годов: Федеральный закон от 1 декабря 2014 г. № 384-ФЗ (ред. от 20 апреля 2015 г.) // URL: <http://www.pravo.gov.ru>.

³ Постановление Правительства РФ от 22 декабря 2010 г. № 1092 (ред. от 2 мая 2013 г.) // СЗ РФ. 2011. № 4. Ст. 603.

⁴ Приказ Минпромторга РФ, Минсельхоза РФ от 31 октября 2008 г. № 248/482 // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ Распоряжение Правительства РФ от 26 сентября 2013 г. № 1724-р // СЗ РФ. 2013. № 40 (Ч. 3). Ст. 5096.

⁶ Приказ Минприроды РФ от 14 августа 2013 г. № 298 // Нормирование в строительстве и ЖКХ. 2013. № 4.

гативного воздействия хозяйственной деятельности и восстановление нарушенного состояния окружающей среды (земель, водных объектов и пр.). «Такие проекты зачастую невыполнимы без решения задач по реконструкции и модернизации как собственно производственных объектов, так и объектов инфраструктуры, находящихся в государственной или муниципальной собственности»¹.

Данные проекты позволяют определить приоритеты в выборе наиболее эффективного и ресурсосберегающего способа вложения инвестиций, оценить эколого-экономическую пользу планируемых мероприятий для их участников, включая государство. Они также выступают способом привлечения к сотрудничеству различных организаций и специалистов по экологии, экономике, праву и градостроительству, существенно повышают эффективность управления эколого-экономическими рисками, облегчают контроль за реализацией природоохранных мероприятий, служат основой для системного анализа информации в рассматриваемой области².

Экологические направления развития государственно-частного партнерства можно условно разделить на три группы.

1. Проекты в сфере охраны окружающей среды и обеспечения экологической безопасности. К ним относятся:

переработка и утилизация твердых бытовых отходов (создание межмуниципальных объектов инженерной инфраструктуры, в том числе размещение станций перегрузки, сортировки объектов, их переработки, обезвреживания и захоронения ТБО с привлечением механизмов ГЧП);

реабилитация территорий, загрязненных в результате прошлой хозяйственной деятельности промышленных предприятий;

предотвращение загрязнения водных объектов сточными водами (путем совершенствования систем водоснабжения, водоотведения и очистки сточных вод);

экологизация градостроительной деятельности по средствам учета экологических требований в процессе реализации проектов государственно-частного партнерства при застройке городских территорий.

2. Проекты, направленные на комплексное и рациональное использование природных ресурсов:

освоение новых лесных территорий (строительство лесохозяйственной инфраструктуры);

вовлечение в оборот техногенных месторождений полезных ископаемых.

3. Проекты по созданию особо охраняемых природных территорий и объектов и поддержание их режима.

Наиболее распространенными в настоящее время являются проекты, направленные на благоустройство особо охраняемых природных территорий и городских парков.

Особенно важным видится развитие сотрудничества государства и частного сектора в промышленных центрах. Экологическая обстановка здесь зачастую критическая, наблюдаются устойчивые тенденции к деградации почв, загрязнению водных объектов сточными водами, высокая загазованность атмосферного воздуха. В свете представленной концепции крупные промышленные предприятия – основные загрязнители окружающей среды – могут стать главной движущей силой в реализации и социально значимых инвестиционных проектов.

¹ Петрова Т. В. Финансирование в сфере охраны окружающей среды: новые и традиционные подходы // Экологическое право. 2010. № 6. С. 28–33.

² Лукьянчиков Н. Н., Потравный И. М. Экономика и организация природопользования. М., 2002. С. 448.

Сегодня 30 предприятий оказывают наибольшее негативное воздействие на окружающую среду Свердловской области. Соглашения о взаимодействии в сфере охраны окружающей среды заключены с девятью из них: Рефтинской ГРЭС, ОАО «Среднеуральский медеплавильный завод», «Святогор», «Металлургический завод имени Серова», комбинатом «Ураласбест», Первоуральским рудоуправлением, Высокогорским ГОКом, предприятиями «Водоканал» Екатеринбурга и Нижнего Тагила. Эти организации взяли на себя обязательства по поэтапному снижению выбросов вредных веществ в атмосферный воздух, сбросов загрязненных сточных вод в водные объекты, объемов размещения отходов производства и потребления до уровня, соответствующего нормативным показателям. Кроме того, в соглашениях предусмотрены совместные действия по выполнению комплекса мероприятий по охране и воспроизводству природных ресурсов, благоустройству санитарно-защитных зон и территорий городов присутствия предприятий. В настоящее время в процессе подписания находятся еще шесть соглашений, более десяти – на стадии согласования, поиска эффективных решений и доработки.

Формируется социальное партнерство в сфере экологического туризма в природных парках Свердловской области. Природные парки «Река Чусовая», «Оленьи ручьи», «Бажовские места», на территориях которых расположены памятники природы, исторические объекты, становятся все более популярными объектами туризма и отдыха жителей области¹.

В промышленных регионах применение механизмов государственно-частного партнерства является одним из самых перспективных направлений природоохранной деятельности. Правовое регулирование охраны окружающей среды в регионе должно осуществляться с учетом природно-климатических особенностей и основного вида хозяйственной деятельности, развивающегося на данной территории, а законодательство субъектов РФ – отражать специфику экологических, социальных и экономических условий соответствующего субъекта РФ. В настоящее время региональные законы о ГЧП приняты более чем в 60 субъектах РФ².

Идею такого партнерства в сфере охраны окружающей среды следует понимать шире, а не сводить исключительно к реализации совместных инвестиционных проектов. Любые формы государственной поддержки субъектов хозяйственной деятельности при решении ими собственных или иных экологических проблем в известном смысле представляют собой государственно-частное партнерство³. По справедливому суждению С. П. Калашниковой, ГЧП означает не только привлечение частного сектора для финансирования инвестиционных проектов на основе доходов, полученных от эксплуатации объектов инфраструктуры, но и применение знаний и опыта управления частного сектора для более эффективной реализации государственных проектов⁴.

В мировой практике государственно-частное партнерство понимается, как правило, в двух смыслах. «Во-первых, это система отношений государства и бизнеса

¹ Пахальчак Г. Ю. О перспективах развития механизмов государственно-частного партнерства в экологической сфере // Дискуссия. 2013. Вып. 9; URL: <http://www.journal-discussion.ru/publication.php?id=15>.

² Об участии Свердловской области в государственно-частном партнерстве: Закон Свердловской области от 23 мая 2011 г. № 28-ОЗ // Обл. газ. 2011. 25 мая; см. также: Об участии Санкт-Петербурга в государственно-частных партнерствах: Закон Санкт-Петербурга от 25 декабря 2006 г. № 627-100; Об участии Московской области в государственно-частном партнерстве: Закон Московской области от 8 июня 2011 г. № 80/2011-ОЗ.

³ Там же.

⁴ Калашникова С. П. Государственно-частное партнерство в целях устойчивого эколого-экономического развития на основе маркетингового подхода // Науч. вестн. МГТУ. 2013. № 11. С. 69.

в договорной форме, которая широко используется в качестве инструмента международного, регионального, муниципального, экономического и социального развития. Во-вторых, это конкретные проекты, реализуемые различными государственными органами и бизнесом совместно или только частными компаниями на объектах государственной и муниципальной собственности. За рубежом государственно-частным партнерством принято называть очень широкий спектр бизнес-моделей и отношений. В самом общем смысле этот термин применяется при любом использовании ресурсов частного сектора для удовлетворения общественных потребностей. Сферы применения государственно-частного партнерства в развитых зарубежных странах очень разнообразны. Сотрудничество между партнерами может проходить в рамках различных законодательных структур, с разнообразным диапазоном задач и компетенций»¹.

Несмотря на острую необходимость и преимущества использования государственно-частного партнерства в сфере экологии, инвесторы заинтересованы в экологически ориентированном инвестировании лишь формально. «Анализ реализации многих инвестиционных проектов показывает, что в основном они ориентированы на экономическую эффективность без должной разработки и применения системы мер по обеспечению учета публичных экологических интересов»². Таким образом, приоритетной задачей государства в этой области должна стать выработка механизмов повышения инвестиционной привлекательности и контроля за исполнением экологических требований на всех стадиях реализации проектов государственно-частного партнерства. К сожалению, на данный момент имеющиеся в России экономико- и организационно-правовые механизмы не позволяют эффективно осуществлять мероприятия в указанном направлении.

Библиография

Белицкая А. В. Государственно-частное партнерство: понятие, содержание, правовое регулирование: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011.

Гаипова Т. Ф. Особенности ГЧП в России // URL: http://vestnik-es.vlsu.ru/fileadmin/_temp_/Gaipova_T.F._Osobennosti_gosudarstvennochastnogo_partnerstva_v_Rossii.pdf.

Губанов И. А. Государственно-частное партнерство в реализации функций Российского государства (вопросы теории и практики): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2010.

Калашиникова С. П. Государственно-частное партнерство в целях устойчивого эколого-экономического развития на основе маркетингового подхода // Науч. вестн. МГУ. 2013. № 11.

Лукьянчиков Н. Н., Потравный И. М. Экономика и организация природопользования. М., 2002.

О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации // СЗ РФ. 2015. № 29 (Ч. I). Ст. 4350.

О федеральной целевой программе «Чистая вода» на 2011–2017 годы: постановление Правительства РФ от 22 декабря 2010 г. № 1092 (ред. от 2 мая 2013 г.) // СЗ РФ. 2011. № 4. Ст. 603.

О федеральном бюджете на 2015 год и на плановый период 2016 и 2017 годов: Федеральный закон от 1 декабря 2014 г. № 384-ФЗ (ред. от 20 апреля 2015 г.) // URL: <http://www.pravo.gov.ru>.

Об утверждении комплексной стратегии обращения с твердыми коммунальными (бытовыми) отходами в Российской Федерации: приказ Минприроды РФ от 14 августа 2013 г. № 298 // Нормирование в строительстве и ЖКХ. 2013. № 4.

¹ Гаипова Т. Ф. Особенности ГЧП в России // URL: http://vestnik-es.vlsu.ru/fileadmin/_temp_/Gaipova_T.F._Osobennosti_gosudarstvennochastnogo_partnerstva_v_Rossii.pdf.

² Шаврина Е. В. Правовое обеспечение учета публичных экологических интересов при инвестиционном проектировании // СПС «КонсультантПлюс».

Об утверждении Основ государственной политики в области использования, охраны, защиты и воспроизводства лесов в Российской Федерации на период до 2030 года: распоряжение Правительства РФ от 26 сентября 2013 г. № 1724-р // СЗ РФ. 2013. № 40 (Ч. 3). Ст. 5096.

Об утверждении Стратегии развития лесного комплекса Российской Федерации на период до 2020 года: приказ Минпромторга РФ, Минсельхоза РФ от 31 октября 2008 г. № 248/482 // СПС «КонсультантПлюс».

Об участии Московской области в государственно-частном партнерстве: Закон Московской области от 8 июня 2011 г. № 80/2011-ОЗ // URL: <http://www.gosbook.ru/node/59642>.

Об участии Санкт-Петербурга в государственно-частных партнерствах: Закон Санкт-Петербурга от 25 декабря 2006 г. № 627-100 // URL: <https://gov.spb.ru/law?d&nd=8442332&prevDoc=891808830>.

Об участии Свердловской области в государственно-частном партнерстве: Закон Свердловской области от 23 мая 2011 г. № 28-ОЗ (в ред. от 3 декабря 2014 г.) // Обл. газ. 2011. 25 мая.

Основы государственной политики в области экологического развития Российской Федерации до 2030 года: утв. Президентом РФ 30 апреля 2012 г. // СПС «КонсультантПлюс».

Пахальчак Г. Ю. О перспективах развития механизмов государственно-частного партнерства в экологической сфере // *Дискуссия*. 2013. Вып. 9; URL: <http://www.journal-discussion.ru/publication.php?id=15>.

Петрова Т. В. Финансирование в сфере охраны окружающей среды: новые и традиционные подходы // *Экологическое право*. 2010. № 6.

Родин А. А. Взаимодействие международного и внутригосударственного права в правовом регулировании государственно-частного партнерства: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010.

Сазонов В. Е. Государственно-частное партнерство в России и за рубежом: административно-правовое исследование: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2013.

Ходырев А. А. Административно-правовое регулирование государственно-частного партнерства на современном этапе: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013.

Шаврина Е. В. Правовое обеспечение учета публичных экологических интересов при инвестиционном проектировании // СПС «КонсультантПлюс».

Bibliography

Belickaya A. V. Gosudarstvenno-chastnoe partnerstvo: ponyatie, sodержание, pravovoe regulirovanie: avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk. M., 2011.

Gaipova T. F. Osobennosti GChP v Rossii // URL: http://vestnik-es.vlsu.ru/fileadmin/_temp_/Gaipova_T.F._Osobennosti_gosudarstvennochastnogo_partnerstva_v_Rossii.pdf.

Gubanov I. A. Gosudarstvenno-chastnoe partnerstvo v realizacii funkcij Rossijskogo gosudarstva (voprosy teorii i praktiki): avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk. SPb., 2010.

Kalashnikova S. P. Gosudarstvenno-chastnoe partnerstvo v celyax ustojchivogo ehkologo-ehkonomicheskogo razvitiya na osnove marketingovogo podxoda // *Nauch. vestn. MGGU*. 2013. № 11.

Luk'yanchikov N. N., Potravnyj I. M. Ehkonomika i organizaciya prirodopol'zovaniya. M., 2002.

О государственном-частном партнерстве, муниципальном-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации // *SZ RF*. 2015. № 29 (Ч. 1). Ст. 4350.

О федеральной целевой программе «Чистая вода» на 2011–2017 годы: постановление Правительства РФ от 22 декабря 2010 г. № 1092 (ред. от 2 мая 2013 г.) // *SZ RF*. 2011. № 4. Ст. 603.

О федеральном бюджете на 2015 год и на плановый период 2016 и 2017 годов: Федеральный закон от 1 декабря 2014 г. № 384-FZ (ред. от 20 апреля 2015 г.) // URL: <http://www.pravo.gov.ru>.

Об участии Московской области в государственно-частном партнерстве: Закон Московской области от 8 июня 2011 г. № 80/2011-ОЗ // URL: <http://www.gosbook.ru/node/59642>.

Об участии Санкт-Петербурга в государственно-частных партнерствах: Закон Санкт-Петербурга от 25 декабря 2006 г. № 627-100 // URL: <https://gov.spb.ru/law?d&nd=8442332&prevDoc=891808830>.

Об участии Свердловской области в государственно-частном партнерстве: Закон Свердловской области от 23 мая 2011 г. № 28-ОЗ (в ред. от 3 декабря 2014 г.) // *Обл. газ*. 2011. 25 мая.



Ob utverzhdenii kompleksnoj strategii obrashheniya s tverdymi kommunal'nymi (bytovymi) otkodami v Rossijskoj Federacii: prikaz Minprirody RF ot 14 avgusta 2013 g. № 298 // Normirovanie v stroitel'stve i ZhKX. 2013. № 4.

Ob utverzhdenii Osnov gosudarstvennoj politiki v oblasti ispol'zovaniya, ohrany, zashhity i vosproizvodstva lesov v Rossijskoj Federacii na period do 2030 goda: rasporyazhenie Pravitel'stva RF ot 26 sentyabrya 2013 g. № 1724-r // SZ RF. 2013. № 40 (Ch. 3). St. 5096.

Ob utverzhdenii Strategii razvitiya lesnogo kompleksa Rossijskoj Federacii na period do 2020 goda: prikaz Minpromtorga RF, Minsel'xoza RF ot 31 oktyabrya 2008 g. № 248/482 // SPS «Konsul'tantPlyus».

Osnovy gosudarstvennoj politiki v oblasti ehkologicheskogo razvitiya Rossijskoj Federacii do 2030 goda: utv. Prezidentom RF 30 aprelya 2012 g. // SPS «Konsul'tantPlyus».

Paxal'chak G. Yu. O perspektivax razvitiya mexanizmov gosudarstvenno-chastnogo partnerstva v ehkologicheskoy sfere // Diskussiya. 2013. Vyp. 9; URL: <http://www.journal-discussion.ru/publication.php?id=15>.

Petrova T. V. Finansirovanie v sfere ohrany okruzhayushhej sredy: novye i tradicionnye podxody // Ehkologicheskoe pravo. 2010. № 6.

Rodin A. A. Vzaimodejstvie mezhdunarodnogo i vnutrigosudarstvennogo prava v pravovom regulirovanii gosudarstvenno-chastnogo partnerstva: avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. M., 2010.

Sazonov V. E. Gosudarstvenno-chastnoe partnerstvo v Rossii i za rubezhom: administrativno-pravovoe issledovanie: avtoref. dis. ... d-ra jurid. nauk. M., 2013.

Shavrina E. V. Pravovoe obespechenie ucheta publicznyx ehkologicheskix interesov pri investicionnom proektirovanii // SPS «Konsul'tantPlyus».

Xodyrev A. A. Administrativno-pravovoe regulirovanie gosudarstvenno-chastnogo partnerstva na sovremennom ehtape: dis. ... kand. jurid. nauk. M., 2013.

О ПРАВОВЫХ ПОСЛЕДСТВИЯХ СОВЕРШЕНИЯ СУБЪЕКТОМ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ СДЕЛОК БЕЗ НЕОБХОДИМОЙ ДЛЯ ЭТОГО ЛИЦЕНЗИИ

Химков Алексей Евгеньевич

Магистрант Уральского государственного юридического университета (Екатеринбург),
e-mail: himalex1990@yandex.ru

Статья посвящена одной из правовых проблем лицензирования предпринимательской деятельности – проблеме правовых последствий совершения сделок субъектом предпринимательской деятельности без необходимой для этого лицензии, которая связана преимущественно с пробелом в регулировании ГК РФ данного вопроса. В результате автор излагает собственное видение возможного решения данной проблемы.

Ключевые слова: лицензирование, оспаривание сделок, недействительные сделки

ON THE LEGAL CONSEQUENCES OF ENTREPRENEUR'S DEALS CONCLUDED WITHOUT A LICENSE

Khimkov Alexey

Urals State Law University (Yekaterinburg),
e-mail: himalex1990@yandex.ru

The article is devoted to one of the crucial issues of licensing of entrepreneurial activities – the problem of the legal consequences of the entrepreneur's deals concluded without a license. This problem is mainly caused by a legal gap in the RF Civil Code's regulation of the matter. In the conclusion the author suggests his own approach to solving the mentioned problem.

Key word: licensing, challenging of the deals, invalid deals

Исследователи справедливо отмечают, что «любой юридический факт, совершенный с нарушением условий установленных законодательством, является недействительным. Вместе с тем вид и порядок наступления тех или иных последствий недействительности, а равно сам порядок установления недействительности правового основания действующему законодательству, зависят от природы конкретного юридического факта»¹. В юридической науке незаконные сделки, исходя из норм ГК РФ, делятся на оспоримые и ничтожные. Причем традиционно соотношение норм о ничтожности и оспоримости рассматривается как «соотношение норм общих (нормы о ничтожных основаниях) и специальных (нормы об оспоримых сделках)...»².

В 2013 г. началась очередная реформа ГК РФ, в результате которой изменению подверглось большинство положений о сделках и их недействительности. Поэтому сложность рассмотрения данного вопроса состоит в том, что многие юридические исследования и судебная практика, касающиеся вопросов недействительности сделок, в том числе сделок, совершенных в отсутствие лицензии, потеряли свою акту-

¹ *Сергеев А. П.* Гражданско-правовые последствия аннулирования лицензии на недропользование // Закон. 2011. № 11. С. 101.

² *Илюшина М. Н.* Реформа отечественного гражданского законодательства о недействительности сделок: цели и актуальное состояние // СПС «КонсультантПлюс».

альность. А значит, придется опираться в первую очередь на исследования последних двух лет.

В силу ранее действовавшей редакции ст. 173 ГК РФ «сделка, совершенная юридическим лицом... не имеющим лицензию на занятие соответствующей деятельностью, может быть признана судом недействительной по иску этого юридического лица, его учредителя (участника) или государственного органа, осуществляющего контроль или надзор за деятельностью юридического лица, если доказано, что другая сторона в сделке знала или заведомо должна была знать о ее незаконности». Таким образом, если выявлялся факт совершения сделки без лицензии, наступали вполне определенные юридические последствия. Указанная сделка могла быть признана судом недействительной по иску строго конкретных субъектов при одном условии: в суде доказана осведомленность другой стороны сделки о ее незаконности (иными словами, существовал комплекс условий признания сделки недействительной). Соответственно большую роль играло обоснование в суде недействительности таких сделок. Важно, что сделки, хотя и совершались с нарушением требования законодательства, не признавались законом недействительными автоматически.

В результате принятия Федерального закона от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ «О внесении изменений в подразделы 4 и 5 раздела I части первой и статью 1153 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации» ст. 173 ГК РФ претерпела изменения: стала иной сфера ее действия. Теперь она регулирует режим сделок, совершенных юридическим лицом в противоречии с целями деятельности, определенно ограниченными в его учредительных документах. Как можно заметить, в текущей редакции ст. 173 ГК РФ речь не идет о наличии лицензии как условия совершения сделки, термин «лицензия» вообще не употребляется. Следовательно, вопрос о недействительности сделок, совершенных в отсутствие лицензии, больше не охватывается указанной статьей. Более того, иные статьи ГК РФ, посвященные сделкам, также напрямую его не регламентируют.

Таким образом, можно утверждать, что возникла правовая проблема, связанная с отсутствием прямого законодательного регулирования сделок, совершенных в отсутствие лицензии. Не совсем понятно, во-первых, к какому виду сделок относить сделки, совершенные в отсутствие лицензии; во-вторых, какой нормой в первую очередь следует руководствоваться для признания такой сделки недействительной; в-третьих, каковы последствия ее недействительности.

Правовые основы деления недействительных сделок на ничтожные и оспоримые заложены в п. 1 ст. 166 ГК РФ: «Сделка недействительна по основаниям, установленным законом, в силу признания ее таковой судом (оспоримая сделка) либо независимо от такого признания (ничтожная сделка)». В юридической литературе отмечается, что «нормы о недействительности сделок прежней редакции ГК РФ перестали решать насущные задачи гражданского оборота, например данный институт не участвовал в создании гражданско-правового механизма защиты публичных интересов»¹. «Ничтожность имеет по общему правилу необратимый характер: сделка... не может быть „исцелена“ ни давностью, ни последующим устранением пороков или восполнением недостающих элементов состава»². При этом сутью «исцеления» называют «придание ничтожной сделке юридической силы с момента ее совершения. Последствием

¹ Илюшина М. Н. Указ. соч.

² Тузов Д. О. Ничтожность и оспоримость юридической сделки: пандектное учение и современное право. М., 2006. С. 72.

исцеления оспоримости выступает... отпадение у подтвердившего сделку лица права на ее дальнейшее оспаривание»¹. Следовательно, для установления ничтожности сделки достаточно зафиксировать конкретные основания в федеральном законе, что не зависит от того, признает ее суд недействительной или нет. «Решение суда, вынесенное по иску о ничтожности... ничего не меняет в материально-правовых отношениях сторон и третьих лиц: сделка как была, так и остается недействительной»². Как уже было сказано, в прежнем подходе законодателя к недействительности сделок, совершенных в отсутствие лицензии, ясно прослеживалась оспоримость таких сделок, а не ничтожность в силу необходимости признания их недействительными на основании решения суда.

В литературе справедливо подчеркивается, что «относительная недействительность (оспоримость) сделки означает, что действия, совершенные в форме сделки, признаются судом при наличии предусмотренных законом оснований недействительными по иску заинтересованных лиц»³. На самом деле, если сравнивать ничтожные и оспоримые сделки, то ключевое различие между ними – правовое средство признания их недействительными в силу закона (ничтожные сделки) либо в силу решения суда (оспоримые сделки).

Ни в одной норме ГК РФ не упоминается об отсутствии лицензии как основании для признания недействительности сделки. Можно ли в данном случае говорить о пробеле в законе? В силу п. 1 ст. 6 ГК РФ «в случаях, когда предусмотренные пунктами 1 и 2 статьи 2 настоящего Кодекса отношения прямо не урегулированы законодательством или соглашением сторон и отсутствует применимый к ним обычай, к таким отношениям, если это не противоречит их существу, применяется гражданское законодательство, регулирующее сходные отношения (аналогия закона)». Несомненно, что отношения, связанные с совершением сделок без лицензии, составляют предмет гражданского права и прямо не урегулированы нормами ГК РФ. Следовательно, можно вести речь о пробеле в праве и применять к этим отношениям гражданское законодательство, регулирующее сходные отношения. Из приведенной нормы вытекает, что это может быть и ГК РФ.

Итак, необходимо определить общую правовую норму, которая регламентирует недействительность сделок, в том числе совершенных в отсутствие лицензии. Такую норму, как представляется, содержит ст. 168 ГК РФ («Недействительность сделки, нарушающей требования закона или иного правового акта»). Общее требование сформулировано в п. 1 данной статьи: «За исключением случаев, предусмотренных пунктом 2 настоящей статьи или иным законом, сделка, нарушающая требования закона или иного правового акта, является оспоримой, если из закона не следует, что должны применяться другие последствия нарушения, не связанные с недействительностью сделки». Поэтому, если учитывать, что совершение сделки субъектом предпринимательской деятельности без лицензии нарушает требование закона, можно предположить, что такие сделки относятся к оспоримым. Однако в силу п. 2 ст. 168 ГК РФ «сделка, нарушающая требования закона или иного правового акта и при этом посягающая на публичные интересы либо права и охраняемые законом интересы третьих лиц, ничтожна, если из закона не следует, что такая сделка оспорима или

¹ Тузов Д. О. Указ. соч. С. 169.

² Там же. С. 71.

³ Семкина Е. М. Недействительность сделок в гражданском законодательстве Российской Федерации // URL: <http://www.k-press.ru/bh/2001/1/siomkina/siomkina.asp>.

должны применяться другие последствия нарушения, не связанные с недействительностью сделки».

Можно утверждать, что сделки, совершенные без лицензии, посягают на публичные интересы, а значит, их следует отнести к сфере действия п. 2 ст. 168 ГК РФ. Такую позицию разделяет ряд исследователей. Например, отмечается: «Поскольку институт лицензирования призван охранять публичные интересы, жизнь и здоровье граждан, совершение сделки в отсутствие необходимой лицензии является действием, нарушающим требования нормативного правового акта и посягающим на публичные интересы либо права и законные интересы третьих лиц. Поэтому такая сделка является ничтожной, если иные последствия не предусмотрены законом»¹. «При системной оценке всех оснований недействительности можно сделать вывод, что данная сделка, по нашему мнению, может возвратиться в категорию незаконных сделок как нарушающая требования ФЗ от 4 мая 2011 г. № 99-ФЗ „О лицензировании отдельных видов деятельности“... и соответственно публичные интересы. В законодательстве о лицензировании гражданско-правовые последствия совершения таких сделок не установлены, указаны лишь административно-правовые последствия»². Изложенное позволяет говорить о том, что в случае совершения субъектами предпринимательской деятельности сделок без необходимой для этого лицензии или с нарушениями ее условий эти сделки должны считаться ничтожными независимо от признания их таковыми судом.

Вопрос о признании сделок субъектов предпринимательской деятельности, совершенных без лицензии, недействительными становился предметом судебных споров. Так, выдвигалось требование о признании договора оказания аудиторских услуг ничтожной сделкой. Но Арбитражный суд Уральского округа посчитал такую сделку оспоримой: «Суды верно указали, что в данном случае оспариваемая сделка является оспоримой, а не ничтожной. При этом оспоримая сделка может быть признана недействительной судом лишь по иску лица, которому право на предъявление такого иска предоставлено законом»³.

Взаимосвязь рассмотренной ст. 168 ГК РФ с положениями Конституции РФ и Законом о лицензировании верно подчеркивается в одном из определений Конституционного Суда РФ: «Статья 168 ГК Российской Федерации... развивает положения статьи 15 (часть 2) Конституции Российской Федерации, закрепляющей обязанность граждан и их объединений соблюдать Конституцию Российской Федерации и законы, является способом защиты прав участников правоотношений и... какой-либо неопределенности не содержит»⁴. Важно отметить, что по смыслу данного определения отдельные статьи Закона РФ «О недрах», посвященные лицензии на пользование недрами и организационному обеспечению государственной системы лицензирования, также развивают положения ч. 2 ст. 15 Конституции РФ.

Встречаются и другие решения судов, в которых сделки, совершенные без лицензии, признаются оспоримыми, а не ничтожными: «Поскольку наличие заинтересованности в оспаривании сделок истцом не доказано, оспариваемые договоры не мо-

¹ Козлова Н. В. Гражданская правосубъектность юридического лица: комментарий новелл Гражданского кодекса РФ // ИПС «Гарант».

² Илюшина М. Н. Указ. соч.

³ Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 19 августа 2014 г. № Ф09-4121/14 по делу № А34-6156/2013 // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Определение Конституционного Суда РФ от 26 мая 2011 г. № 769-О-О // СПС «КонсультантПлюс».

гут быть квалифицированы судом как ничтожные сделки на основании статьи 168 ГК РФ. В связи с чем иск ООО „Гидроводсервис“ удовлетворению не подлежит»¹. Представляется, что в данном случае суды не учитывают или неверно толкуют категорию публичных интересов, в силу нарушения которых сделки без лицензии должны признаваться ничтожными.

Находим также решения судов, в которых подчеркивается необходимость установления права субъекта на обращение в суд с целью признания сделки, совершенной без лицензии, незаконной. «Налоговым органам не предоставлено право осуществления контроля в области недропользования, и, как следствие, у истца отсутствует право для предъявления требований о признании сделки недействительной как заключенной в нарушение правил недропользования, не в соответствии с выданной лицензией»².

Кроме того, суды указывают на отсутствие правовой взаимосвязи между сроками действия предпринимательского договора и лицензии, которая дает возможность заключать такие договоры. «Срок действия договора аренды лесного участка действующим законодательством не поставлен в зависимость от срока действия лицензии на право пользования недрами. Несовпадение таких сроков не может повлечь ничтожность договора аренды»³.

У рассматриваемой проблемы есть и другой аспект. Не так давно вступил в силу Федеральный закон от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ⁴, предусматривающий важное положение, прямо касающееся вопроса о сделках, совершенных без лицензии. Закон дополнил ст. 450¹ ГК пунктом 3 следующего содержания: «В случае отсутствия у одной из сторон договора лицензии на осуществление деятельности или членства в саморегулируемой организации, необходимых для исполнения обязательства по договору, другая сторона вправе отказаться от договора (исполнения договора) и потребовать возмещения убытков». Здесь можно говорить о правовой гарантии, которая предоставляет стороне сделки возможность защитить свое субъективное право путем отказа от исполнения договора. А значит, в данном случае будет применяться п. 3 ст. 450¹ ГК РФ (правда, для этого все сделки, совершаемые без лицензии, надо признать гражданско-правовыми договорами). По этому поводу в п. 89 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» отмечено: «Если законом прямо не установлено иное, совершение сделки лицом, не имеющим лицензии на занятие соответствующей деятельностью, не влечет ее недействительности. В таком случае другая сторона сделки вправе отказаться от договора и потребовать возмещения причиненных убытков (статья 15, пункт 3 статьи 450¹ ГК РФ)»⁵. Однако если субъект предпринимательской деятельности осуществляет сделки, не являющиеся договорами, то следует исходить из положений п. 2 ст. 168 ГК РФ и признавать такие сделки ничтожными.

¹ Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 11 октября 2012 г. по делу № А75-2653/2012 // СПС «КонсультантПлюс».

² Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 30 марта 2012 г. по делу № А33-11371/2011 // СПС «КонсультантПлюс».

³ Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 12 мая 2012 г. по делу № А75-7875/2011 // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации: Федеральный закон от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ СПС «КонсультантПлюс».

Итак, еще раз подчеркнем, что после очередной реформы гражданского законодательства возникла правовая неопределенность в сфере применения правовых последствий совершения субъектом предпринимательской деятельности сделки без необходимой лицензии. Указанная проблема отчасти была устранена после вступления в силу изменений, внесенных в ГК РФ Федеральным законом № 42-ФЗ. Как отмечалось, установлена возможность одностороннего отказа от исполнения договора. Однако при таком подходе законодателя сохраняется правовая неопределенность в отношении сделок, не являющихся договорами, в связи с чем в этом случае было предложено руководствоваться нормами п. 2 ст. 168 ГК РФ.

Судебная практика по-разному решает рассматриваемый вопрос, акцентируя внимание в основном на оспоримости сделок, совершенных в отсутствие лицензии, и необходимости установления права субъекта на обращение в суд с целью признания таких сделок недействительными. Возможно, в ст. 168 ГК РФ следовало бы закрепить общее для всех сделок правило, прямо указав, что сделки, совершенные без необходимой лицензии, ничтожны вне зависимости от того, какое лицо предъявит требование о признании такой сделки ничтожной или какое решение вынесет суд.

Библиография

Илюшина М. Н. Реформа отечественного гражданского законодательства о недействительности сделок: цели и актуальное состояние // СПС «КонсультантПлюс».

Козлова Н. В. Гражданская правосубъектность юридического лица: комментарий новелл Гражданского кодекса РФ // ИПС «Гарант».

Мрясова Ю. А. О проблемах квалификации сделок, совершенных в отсутствие лицензии, членства в саморегулируемой организации, свидетельства саморегулируемой организации о допуске к определенным видам работ, в проекте Гражданского кодекса Российской Федерации // СПС «КонсультантПлюс».

О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации: Федеральный закон от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ // СПС «КонсультантПлюс».

О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 // СПС «КонсультантПлюс».

Определение Конституционного Суда РФ от 26 мая 2011 г. № 769-О-О // СПС «КонсультантПлюс».

Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 19 августа 2014 г. № Ф09-4121/14 по делу № А34-6156/2013 // СПС «КонсультантПлюс».

Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 11 октября 2012 г. по делу № А75-2653/2012 // СПС «КонсультантПлюс».

Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 30 марта 2012 г. по делу № А33-11371/2011 // СПС «КонсультантПлюс».

Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 12 мая 2012 г. по делу № А75-7875/2011 // СПС «КонсультантПлюс».

Семкина Е. М. Недействительность сделок в гражданском законодательстве Российской Федерации // URL: <http://www.k-press.ru/bh/2001/1/siomkina/siomkina.asp>.

Сергеев А. П. Гражданско-правовые последствия аннулирования лицензии на недропользования // Закон. 2011. № 11.

Тузов Д. О. Ничтожность и оспоримость юридической сделки: пандектное учение и современное право. М., 2006.

Bibliography

Iljushina M. N. Reforma otechestvennogo grazhdanskogo zakonodatel'stva o nedejstvitel'nosti sdelok: celi i aktual'noe sostojanie // SPS «Konsul'tantPljus».

Kozlova N. V. Grazhdanskaja pravosub"ektnost' juridicheskogo lica: kommentarij novell Grazhdanskogo kodeksa RF // IPS «Garant».

Mrjasova Ju. A. O problemah kvalifikacii sdelok, sovershennyh v otsutstvie licenzii, chlenstva v samoreguliruemoj organizacii, svidetel'stva samoreguliruemoj organizacii o dopuske k opredelennym vidam rabot, v proekte Grazhdanskogo kodeksa Rossijskoj Federacii // SPS «Konsul'tantPljus».

O primenenii sudami nekotoryx polozenij razdela I chasti pervoj Grazhdanskogo kodeksa Rossijskoj Federacii: postanovlenie Plenuma Verhovnogo Suda RF ot 23 iyunya 2015 g. № 25 // SPS «Konsul'tantPljus».

O vnesenii izmenenij v chast' pervuju Grazhdanskogo kodeksa Rossijskoj Federacii: Federal'nyj zakon ot 8 marta 2015 g. № 42-FZ // SPS «Konsul'tantPljus».

Opredelenie Konstitucionnogo Suda RF ot 26 maja 2011 g. № 769-O-O // SPS «Konsul'tantPljus».

Postanovlenie Arbitrazhnogo suda Ural'skogo okruga ot 19 avgusta 2014 g. № F09-4121/14 po delu № A34-6156/2013 // SPS «Konsul'tantPljus».

Postanovlenie FAS Vostochno-Sibirskogo okruga ot 30 marta 2012 g. po delu № A33-11371/2011 // SPS «Konsul'tantPljus».

Postanovlenie FAS Zapadno-Sibirskogo okruga ot 12 maja 2012 g. po delu № A75-7875/2011 // SPS «Konsul'tantPljus».

Postanovlenie Vos'mogo arbitrazhnogo apelljacionnogo suda ot 11 oktjabrja 2012 g. po delu № A75-2653/2012 // SPS «Konsul'tantPljus».

Semkina E. M. Nedejstvitel'nost' sdelok v grazhdanskom zakonodatel'stve Rossijskoj Federacii // URL: <http://www.k-press.ru/bh/2001/1/siomkina/siomkina.asp>.

Sergeev A. P. Grazhdansko-pravovye posledstvija annullirovanija licenzii na nedropol'zovanii // Zakon. 2011. № 11.

Tuzov D. O. Nichtozhnost' i ospirimost' juridicheskoi sdelki: pandektnoe uchenie i sovremennoe pravo. M., 2006.



**ЭЛЕКТРОННОЕ ПРИЛОЖЕНИЕ
К «РОССИЙСКОМУ ЮРИДИЧЕСКОМУ ЖУРНАЛУ»**

Главный редактор Издательского дома
Уральского государственного юридического университета
А. Н. Митин

Редакторы *Н. Н. Рассохина, К. С. Путушкина*
Дизайн обложки *И. М. Митрофанова*
Компьютерная вёрстка *А. А. Холодилова*

Подписано к использованию 11.12.15.
Уч.-изд. л. 7,10.
Объем 0,95 МВ

Согласно п. 1 ч. 2 ст. 1, п. 1 ч. 4 ст. 11
Федерального закона от 29 декабря 2010 г. № 436-ФЗ
маркировке не подлежит

Издательский дом
Уральского государственного юридического университета.
620137, Екатеринбург, ул. Комсомольская, 23.
Тел.: 375-58-31, 374-32-35. E-mail: idom@list.ru