

Национальный исследовательский университет
ВЫСШАЯ ШКОЛА ЭКОНОМИКИ
Санкт-Петербург
Лаборатория сравнительно-правовых исследований

**СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ
В ИССЛЕДОВАНИЯХ
ПРАВОВЫХ ИНСТИТУТОВ И ЯВЛЕНИЙ
В ОТРАСЛЕВОМ, СТРАНОВЕДЧЕСКОМ
И ВРЕМЕННОМ АСПЕКТАХ**

*Труды Лаборатории
сравнительно-правовых исследований*

*Санкт-Петербург
Издательство Политехнического университета
2011*

Сравнительно-правовой анализ в исследованиях правовых институтов и явлений в отраслевом, страноведческом и временном аспектах : труды Лаборатории сравнительно-правовых исследований / редкол.: Т.А. Алексеева (отв. ред.), А.В. Ильин : Лаборатория сравнительно-правовых исследований НИУ ВШЭ. — СПб.: Изд-во Политехн. ун-та, 2011. — 224 с.

© Юридический факультет НИУ ВШЭ,
Санкт-Петербург, 2011
© СПбГПУ, 2011

ISBN 978-5-7422-3321-3

СОДЕРЖАНИЕ

ПРЕДИСЛОВИЕ

ТАТЬЯНА ИГОРЕВНА АКУЛИНА

Право на охрану здоровья как элемент государственно-правового института организации здравоохранения в Европе и России: становление, развитие, сравнительно-правовой анализ

Право на наивысший достижимый уровень физического и психического здоровья: официальное толкование Комитета по экономическим, социальным и культурным правам номер 14 (2000 г., Женева) ст. 12 Международного Пакта об экономических, социальных и культурных правах (1966 г.) относительно охраны здоровья (перевод с английского яз.)

ТАТЬЯНА АНАТОЛЬЕВНА АЛЕКСЕЕВА

Институт моральной власти в конституционных проектах Симона Боливара Моральная власть, предложенная Боливаром (приложение к Конституции Венесуэлы 1819 г.); Декрет Генерального конгресса, 15 августа 1819 г., девятого г. независимости (приложение); Проект конституции для Боливийской Республики 1826 г. (извлечение) (перевод с испанского яз.)

МИХАИЛ ВАЛЕРЬЕВИЧ АНТОНОВ

Толкование права как основной путь к изучению правовых институтов и явлений (на примере реалистской правовой теории М. Тропера)

АЛЕКСАНДР КОНСТАНТИНОВИЧ ВОЛКОВ

Правовое регулирование транспортировки природного газа по магистральным трубопроводам в Европейском Союзе и Российской Федерации Директива 2009/73/ЕС Европейского Парламента и Совета от 13 июля 2009 г. «Об общих принципах внутреннего рынка природного газа и об отмене Директивы 2003/55/ЕС» (перевод с английского яз.)

ДАМИТРИЙ ВИКТОРОВИЧ НЕФЁДОВ

Сравнительно-правовой анализ общего и специального характера банковской правосубъектности

ПОЛИНА ГЕННАДЬЕВНА РЯБИНЧУК

Институт освобождения от ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по договору на выполнение строительных работ по праву Великобритании и России Акт делегированного законодательства 2011 № 2333: Схема для строительных контрактов (Англия и Уэльс) Регламент 1998 (Поправка) (Англия) Регламент 2011 (перевод с английского яз.)

СВЕТЛАНА АЛЕКСАНДРОВНА СОЛОМОНОВА

Правовое регулирование института брачного договора в России и Германии Решение Верховного Федерального Суда XII ZB 94/06 от 18 марта 2009 г. по семейным делам (перевод с немецкого яз.)

CONTENTS

ПРЕДИСЛОВИЕ	3
ТАТЬЯНА ИГОРЕВНА АКУЛИНА	
Право на охрану здоровья как элемент государственно-правового института организации здравоохранения в Европе и России: становление, развитие, сравнительно-правовой анализ	5
Право на наивысший достижимый уровень физического и психического здоровья: официальное толкование Комитета по экономическим, социальным и культурным правам номер 14 (2000 г., Женева) ст. 12 Международного Пакта об экономических, социальных и культурных правах (1966 г.) относительно охраны здоровья (перевод с английского яз.)	25
ТАТЬЯНА АНАТОЛЬЕВНА АЛЕКСЕЕВА	
Институт моральной власти в конституционных проектах Симона Боливара Моральная власть, предложенная Боливаром (приложение к Конституции Венесуэлы 1819 г.); Декрет Генерального конгресса, 15 августа 1819 г., девятого г. независимости (приложение); Проект конституции для Боливийской Республики 1826 г. (извлечение) (перевод с испанского яз.)	36
МИХАИЛ ВАЛЕРЬЕВИЧ АНТОНОВ	
Толкование права как основной путь к изучению правовых институтов и явлений (на примере реалистской правовой теории М. Тропера)	63
АЛЕКСАНДР КОНСТАНТИНОВИЧ ВОЛКОВ	
Правовое регулирование транспортировки природного газа по магистральным трубопроводам в Европейском Союзе и Российской Федерации Директива 2009/73/ЕС Европейского Парламента и Совета от 13 июля 2009 г. «Об общих принципах внутреннего рынка природного газа и об отмене Директивы 2003/55/ЕС» (перевод с английского яз.)	74
ДАМИТРИЙ ВИКТОРОВИЧ НЕФЁДОВ	
Сравнительно-правовой анализ общего и специального характера банковской правосубъектности	92
ПОЛИНА ГЕННАДЬЕВНА РЯБИНЧУК	
Институт освобождения от ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по договору на выполнение строительных работ по праву Великобритании и России	159
Акт делегированного законодательства 2011 № 2333: Схема для строительных контрактов (Англия и Уэльс) Регламент 1998 (Поправка) (Англия) Регламент 2011 (перевод с английского яз.)	173
СВЕТЛАНА АЛЕКСАНДРОВНА СОЛОМОНОВА	
Правовое регулирование института брачного договора в России и Германии	186
Решение Верховного Федерального Суда XII ZB 94/06 от 18 марта 2009 г. по семейным делам (перевод с немецкого яз.)	199
CONTENTS	215
	223

ПРЕДИСЛОВИЕ

Представляемый сборник трудов является результатом исследований, проведенных в 2011 г. сотрудниками Лаборатории сравнительно-правовых исследований Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург). Основная цель данных исследований заключалась в том, чтобы выявить значимость и возможности использования сравнительно-правового анализа для изучения правовых институтов и явлений в трех аспектах: отраслевом, страноведческом и темпоральном.

Сотрудники ЛСПИ должны были решить следующие задачи: содействие разработке теоретических оснований для использования сравнительно-правового анализа правовых институтов и явлений; изучение институтов публичного права с использованием сравнительно-правового анализа; исследование институтов частного права с использованием сравнительно-правового анализа; характеристика актуальных международно-правовых и европейско-правовых институтов и явлений с использованием сравнительно-правового анализа (в отраслевом, страноведческом и темпоральном аспектах); введение в научный оборот новых зарубежных источников права и научной литературы путем перевода на русский язык.

Основные научные исследования Лаборатории сравнительно-правовых исследований в 2011 г. осуществлялись по таким направлениям, как: разработка теоретических основ для использования сравнительно-правового анализа в исследованиях правовых институтов и явлений в отраслевом, страноведческом и темпоральном аспектах; использование сравнительно-правового анализа в исследованиях публично-правовых и частноправовых институтов и явлений в трех указанных аспектах; использование сравнительно-правового анализа в исследованиях международно-правовых и европейско-правовых институтов и явлений.

В представляемом второй выпуск трудов ЛСПИ помещены отдельные результаты исследований, проведенных сотрудниками Лаборатории с учетом их научной специализации и «рабочих» иностранных языков.

В сборнике также публикуется несколько актуальных для отечественной юриспруденции зарубежных источников права, которые впервые переведены на русский язык авторами соответствующих статей.

Все ст. подготовлены в рамках программы фундаментальных исследований НИУ ВШЭ в 2011 г.

Татьяна Анатольевна Алексеева,
заведующая ЛСПИ НИУ ВШЭ — Санкт-Петербург

ПРАВО НА ОХРАНУ ЗДОРОВЬЯ КАК ЭЛЕМЕНТ ГОСУДАРСТВЕННО-ПРАВОВОГО ИНСТИТУТА ОРГАНИЗАЦИИ ЗДРАВООХРАНЕНИЯ В ЕВРОПЕ И РОССИИ: СТАНОВЛЕНИЕ, РАЗВИТИЕ, СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ

В соответствии со ст. 2, 7 Конституции РФ Российская Федерация является социальным государством, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека; человек, его права и свободы являются высшей ценностью.

Право на охрану здоровья — одно из важнейших конституционных прав граждан Российской Федерации. Его реализация приобретает особую актуальность в условиях современных социально-экономических реформ в России.¹

Жизнь и здоровье человека — высшие ценности, относительно которых определяются другие ценности и блага.² Здоровье занимает «самую верхнюю ступеньку в системе категорий человеческого бытия — среди интересов, идеалов, гармонии, красоты, смысла и счастья жизни, творческого труда, программы и ритма жизнедеятельности».³

Такое благо, как здоровье, было предметом рассмотрения ученых еще издревле. Философы, натуралисты, врачи Древнего мира (Китай, Греция, Индия, Рим) считали природу человека подобием космоса. Согласно их учению, человек как «микрокосмос» состоит из тех же элементов, что и сам космос — воды, воздуха, огня, дерева и других твердых и жидких тел и элементов. Такие представления стали основой учений о сущности болезней и здоровья. Так, Гиппократ определял здоровье как изомолию, равновесие, гармонию жидкостей, а болезнь — как дисгармонию жидкостей. Демокрит и Левкипп рассматривали здоровье как гармонию, равновесие твердых частиц организма, а болезнь как нарушение их гармонии и равновесия.

Однако уже в древности, особенно у некоторых античных мыслителей и врачей, складывались убеждения и о роли поведенческих факторов, влияющих на болезнь и здоровье. Человек, его жизнь, природа, способности и свойства становились все больше предметом внимания, размышлений и наблюдений. Постепенно делаются попытки различать специфику заболеваний в зависимости от

¹ Федорова М.Ю. Медицинское право: Учеб. пособие. М., 2003. С. 7.

² Михов А.А. Сочетание частных и публичных интересов при правовом регулировании медицинской деятельности. СПб., 2003. С. 8.

³ Петров В.И., Седова Н.И. Проблема качества жизни в биотехнике. Волгоград, 2001. С. 28.

характера труда и занятий, социального статуса, условий и образа жизни. Данные земской и фабрично-заводской статистики, обследований условий труда и быта, которые проводили отечественные медики — Ф. Эрисман, Д.Н. Жбанков, Н.И. Тезяков, Е.М. Дементьев и другие, представляли тысячи доказательств неблагоприятного влияния условий труда, быта, образа жизни в дореволюционной России на здоровье рабочих, крестьян, ремесленников. Первостепенная значимость социальных условий в формировании здоровья населения стала специальным предметом внимания и исследования представителей социальной гигиены за рубежом и в нашей стране. Таким образом, учеными признавалось, что в человеке социальное опосредует биологическое, преобразует его, следовательно, все состояние человека, в том числе состояние здоровья и болезни, нельзя понять, оценить лишь на основе биологических (естественнонаучных) знаний, без учета его социальных свойств и качеств.⁴

Поскольку понятие «здоровье» традиционно определяли через понятие «болезнь», т. е. ее отсутствие, учеными приводились различные определения не только здоровья, но и болезни, как категории, тесно связанной со здоровьем. Болезнь определялась как нарушение, поломка, дефект физических и (или) психических функций. Весьма распространены представления о болезни как о нарушении физиологической нормы. Болезнь определяется (опять повтор — болезнь дается определение, болезнь характеризуется как) также и как нарушение связей, взаимодействия организма с внешней средой, нарушения адаптации к среде обитания (дизадаптация). Известный патологоанатом И.В. Давыдовский утверждал, что болезнь — это приспособление организма, характеризующееся специфическими видовыми формами и уровнями приспособительных актов. Существуют определения болезни, в которых отмечены биологизаторские, психологизаторские, социологизаторские, кибернизаторские и энергизаторские характеристики.

Однако, как указывает академик Ю.П. Лисицын, многообразие множественность определений болезни указывает на ограниченность, недостаточность какого либо одного из них. Таким образом, требуется системный подход, учет, комплекс характеристик болезни. А так как здоровье понимается обычно через понятие болезни, то и его нельзя определять только лишь биологическими, зоологическими или абстрактно-социальными мерками. Здоровье человека определяется процессами, которые требуют определенных условий — гармонии, уравновешенности как внутри организма (органов, систем, биохимических процессов), так и гармонии с окружающей средой, обеспечения четкой работы систем управления деятельностью организма. С биологических

⁴ Лисицын Ю. П. Общественное здоровье и здравоохранение: Учебник. 2-е изд. М., 2010. С. 33–37.

позиций здоровье — отсутствие болезней (соматических и психических), дефектов, поломок в организме, а также патологических явлений (нарушения адаптации, управления деятельностью организма, изменения энергетического баланса и т. д.). Однако, эти определения недостаточны, поскольку здоровье является гармоническим соединением биологических и социальных качеств, это состояние, которое позволяет человеку жить в условиях естественной свободы, здорового образа жизни, то есть испытывать душевное, физическое и социальное благополучие.⁵

Такое определение здоровья наиболее соответствует дефиниции, данной в Уставе Всемирной организации здравоохранения, согласно которой здоровье — это состояние полного физического, душевного и социального благополучия, а не только отсутствие болезней и физических дефектов. Обладание высшим достижимым уровнем здоровья является одним из основных прав всякого человека без различия расы, религии, политических убеждений, экономического и социального положения.⁶ Данное определение часто используется в правовой теории, законодательской деятельности и правоприменительной практике. Однако по мнению правоведов оно является достаточно формальным и оставляет в стороне многие содержательные стороны понятия «здоровье».

Так, М.А. Ковалевский полагает, что здоровье — это характеристика жизненного процесса, определяющая тот уровень реагирования и адаптации, который обеспечивает «гашение» отрицательных воздействий внешней среды на организм.⁷ Данный подход изложен и в доктринальном определении А. Кэмпбелла, в соответствии с которым здоровье — это автономность, достаточная для адаптации человека к меняющимся условиям человеческой жизни и обучения тому, как справляться с реальностью страдания и смерти.⁸

Необходимо согласиться с М.А. Ковалевским, по мнению которого содержательные определения понятия «здоровье», раскрывающее конструкцию понятия «здоровье», предложенную Всемирной организацией здравоохранения, создаются и исследуются в рамках специальных наук. Первой из них является медицина. Право же не может игнорировать и на практике не игнорирует подходов медицинской науки к определению содержания понятия «здоровье», используя их как непосредственно — для установления в ходе законодательства тех общих направлений, в которых должна осуществляться охрана здоровья, так и опосредованно — путем привлечения при рассмотрении дел в судах экспертов в

⁵ Там же С. 38–42.

⁶ Устав (Конституция) Всемирной организации здравоохранения / Всемирная организация здравоохранения. Основные документы. Женева, 1977. С. 5.

⁷ Ковалевский М. А. Блага «жизни» и «здоровья»: конституционно-правовое значение и элементы правовой охраны // Юридическая информация. № 1–2. 2003. С. 91.

⁸ Campbell A. V. Defining Core Health Services. The New Zealand Experience / Bioethics. 1995. Vol. 9, N 3/4. P. 252–258.

области медицины, которые прежде всего ориентируются не на формальные, а на содержательные определения понятия «здоровья». Место здоровья в системе тех благ, которыми обладает человек, закреплено, в частности, в абз. 2 п. 2 определения Конституционного суда РФ «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Мартыновой Евгении Захаровны на нарушение ее конституционных прав пунктом 2 ст. 779 и пунктом 2 ст. 782 Гражданского кодекса Российской Федерации» от 6 июня 2002 г. № 115-ТО.⁹ Согласно которому здоровье человека — высшее неотчуждаемое благо, без которого утрачивают свое значение многие другие блага и ценности. Конституционный Суд РФ, фактически цитируя нормы действующего законодательства,¹⁰ также говорит и о признании основополагающей роли охраны здоровья граждан как неотъемлемого условия жизни общества. Таким образом, неоспоримым является тот факт, что здоровье является благом, наделенным конституционной охраной. Это видно также из статей 7 и 41 Конституции РФ.¹²

Несмотря на социальную значимость здоровья, признаваемую и защищаемую конституционными нормами, законодательное определение понятия здоровья отсутствует. Однако в нормативных правовых актах активно используется такой термин как «охрана здоровья». Согласно ст. 1 Закона РФ «Основы законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан»¹³ (далее — Основы) охрана здоровья граждан — это совокупность мер политического, экономического, правового, социального, культурного, научного, медицинского, санитарно-гигиенического и противоэпидемического характера, направленных на сохранение и укрепление физического и психического здоровья каждого человека, поддержание его долготелетней активной жизни, предоставление ему медицинской помощи в случае утраты здоровья. Статья вторая Основ устанавливает основные принципы охраны здоровья граждан, которыми являются:

- 1) соблюдение прав человека и гражданина в области охраны здоровья и обеспечение связанных с этими правами государственных гарантий;
- 2) приоритет профилактических мер в области охраны здоровья граждан;
- 3) доступность медико-социальной помощи;
- 4) социальная защищенность граждан в случае утраты здоровья;

⁹ Вестник Конституционного Суда РФ, 2003, № 1.

¹⁰ См.: преамбулу Закона РФ «Основы законодательства РФ об охране здоровья граждан» (Вестник Верховного Совета РФ, 1993, № 33, Ст. 1318).

¹¹ См. абз. 3 пункта 2 определения Конституционного суда РФ «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Мартыновой Евгении Захаровны на нарушение ее конституционных прав пунктом 2 ст. 779 и пунктом 2 ст. 782 Гражданского кодекса Российской Федерации» от 6 июня 2002 г. № 115-ТО (Вестник Конституционного Суда РФ, 2003, № 1).

¹² Ковалевский М. А. Блага (жизни) и «здоровье»: конституционно-правовое значение и элементы правовой охраны. С. 92.

¹³ Вестник Верховного Совета РФ, 1993, № 33, С. 1318.

5) ответственность органов государственной власти и органов местного самоуправления, предприятий, учреждений и организаций независимо от формы собственности, должностных лиц за обеспечение прав граждан в области охраны здоровья.

Следует отметить, что право на охрану здоровья в конституциях многих стран мира появилось сравнительно недавно. В XIX–XX в. право на охрану здоровья в основных законах государств не упоминалось, несмотря на то, что другие права человека провозглашались.¹⁴

История развития международно-правовых норм в области охраны здоровья граждан включает несколько этапов. Первыми правовыми нормами, направленными на охрану здоровья людей, были нормы внутригосударственного права, связанные с попытками поставить преграду на пути распространения эпидемий инфекционных болезней. Международно-правовые нормы появились позднее. Их возникновение стало необходимостью в связи с тем, что отдельные государства не в состоянии были вести эффективную борьбу против эпидемий. К XIV в. в большинстве стран Европы для борьбы с эпидемиями применяли 40-дневную изоляцию — карантин. Постепенно в европейских странах стали создаваться специальные санитарные органы — например, в 1348 г. в Венеции был создан санитарный совет, в 1448 г. преобразованный в Санитарное бюро, как орган, действовавший в период эпидемий. В 1485 г. создается постоянный магистрат здравоохранения, получивший в 1504 г. право карать смертью лиц, нарушающих установленные правила карантина.

К девятнадцатому веку в большинстве стран мира издаются специальные законы, устанавливающие санитарные (карантинные) правила, а также учреждаются специальные карантинные органы. Начало XX в. отмечено важным шагом в области международного сотрудничества в сфере охраны здоровья. В 1903 г. в Париже проходит международная санитарная конференция, принявшая принципиальное решение о создании Международного бюро общественной гигиены. Затем структура международных органов по охране здоровья неоднократно совершенствуется: создается Организация здравоохранения Лиги наций, Отдел здравоохранения администрации помощи и восстановления Организации Объединенных наций, а 22 июля 1946 г. делегации 46 государств подписывают Устав Всемирной организации здравоохранения (далее — ВОЗ).¹⁵

ВОЗ представляет собой специализированное учреждение Организации Объединенных наций (далее — ООН), основной целью которой является достижение всеми народами возможно высшего уровня здоровья. С момента ее

¹⁴ Мазани М. Н. Человек и медицина в современном праве. Учебное и практическое пособие. М., 1995, С. 1.

¹⁵ См. подробнее: Мазани В. С. История международного здравоохранительного права. Владивосток, 1984, С. 13.

создания в структуре ВОЗ формируются самостоятельные специализированные учреждения. Например, в 1956 г. было создано Международное агентство по изучению рака, целью которого является активизация и координация научных исследований в этой области медицины, создание аналогичных структур в области ВИЧ-инфекции.¹⁶

В России развитие права на охрану здоровья в составе правовой регламентации осуществления медицинской деятельности также насчитывает несколько этапов. Представляется целесообразным выделить 4 основных периода правового регулирования медицинской деятельности:

- 1) регламентация врачевания в Древней Руси и Московском государстве (X–XVII в.);
- 2) регулирование оказания медицинской помощи во времена правления Петра I (конец XVII — первая четверть XVIII в.);
- 3) правовое обеспечение медицинской деятельности в период Российской империи (вторая четверть XVIII в. — 1917 г.);
- 4) юридическая регламентация здравоохранения в советский период (1917–1991 гг.).

Выбор 10 века в качестве точки отсчета связан с рядом обстоятельств, основным из которых представляется появление в X в. Русской Правды — первого писанного свода русского права. Комплексный анализ медицинского дела в Древней Руси свидетельствует о наличии в этот период трех принципиальных организационно-правовых вариантов оказания медицинской помощи: 1) народная медицина, 2) монастырская медицина, 3) светская (городская) медицина. Основные положения, регулирующие врачевание, содержались в Церковном уставе Владимира Святославовича и Русской Правде. В 1581 г. создается Аптекарский приказ, как орган осуществляющий управление здравоохранением, с целью централизации государственного управления в данной сфере. Аптекарский приказ регулировал организацию медицинского обеспечения, в том числе лекарственного обеспечения, выдачу разрешений на право заниматься медицинской деятельностью, медицинскую экспертизу больных и увечных и другие вопросы. С этого момента следует отметить начало государственного подхода к вопросам организации и регламентации оказания медицинской помощи, регулирования права на охрану здоровья в большей степени именно правовыми нормами.

В правление Петра I происходит становление механизма правового регулирования медицинской деятельности, расширяется регулирующая функция права в регламентации сферы охраны здоровья, развивается аптечное дело, происходят изменения организации военно-медицинской службы. Деятельность в

¹⁶ Федорова М. Ю. Медицинское право. С. 20–22.

сфере медицины регулируется Воинским Уставом 1716 г., Морским Уставом 1720 г., Указом Петра I от 14 августа 1721 г. «Об учреждении в городах аптек под смотрением Медицинской коллегии, о родовспоможении приискивающим медикаментам в Губерниях, и о бытии под надзором помянутой Коллегии госпиталем». Аптекарский приказ в 1721 г. преобразуется в Медицинскую коллегию, а с 1725 г. — в Медицинскую канцелярию. В функции последней входило осуществление надзора за деятельностью госпиталей и аптек, регламентация деятельности докторов, лекарей, аптекарей, организация и контроль за выполнением противозидемических мероприятий, выдача разрешений на право заниматься медицинской деятельностью.

Период с середины XVIII в. до 1917 г. характеризуется существенными изменениями в сфере регламентации оказания медицинской помощи. В целях управления здравоохранением, организации оказания медицинской помощи Медицинскую канцелярию сменяет Медицинская коллегия, а затем Медицинский департамент при Министерстве внутренних дел. Меры, принимаемые в сфере здравоохранения, носят ярко выраженный государственный характер и проявляются в стремлении со стороны власти в максимальной степени участвовать в регулировании медицинской деятельности. Со стороны государства усиливаются защитные механизмы права на охрану здоровья граждан. В функции Медицинской коллегии входили организация лечебно-профилактической помощи населению, осуществление подготовки отечественных медицинских кадров, выдача разрешений на право занятия медицинской практикой, контроль за деятельностью аптек и обеспечением населения лекарствами. Основными функциями созданного при Министерстве внутренних дел Медицинского совета являлись рассмотрение и исследование новых открытий в области практической медицины и фармации, экспертиза особо важных случаев в области судебной медицины, экзаменование иностранных врачей, цензура медицинских книг и другие. Особое значение в правовой регламентации права на охрану здоровья имеет появление Врачебного устава — первого систематизированного документа, определявшего правовое обеспечение медицинской деятельности в России. Развитие земской медицины, как одной из форм охраны здоровья граждан, сыграло значительную роль, как в систематизации медицинской деятельности, так и в общих вопросах государственного управления здравоохранением. Уникальная особенность земской медицины заключалась в комплексном и параллельном осуществлении клинической и профилактической направленности медицинской деятельности. Крайне важной также характеристикой был бесплатный характер оказания медицинской помощи.

Правовая регламентация медицинской деятельности в советский период характеризовалась преимущественным регулированием посредством подзаконных

правовых актов, разработанных в развитие Декрета (Положения) ВЦИК и СНК РСФСР «О профессиональной работе и правах медицинских работников», в дальнейшем — Основ законодательства Союза ССР и союзных республик о здравоохранении. Право человека на охрану здоровья находило свое отражение в вышеназванных нормативных правовых актах и декларировалось в Конституции СССР. Руководство здравоохранением в стране осуществлялось посредством Министерства здравоохранения СССР и подчиненных ему министерств здравоохранения союзных республик, других предприятий, учреждений, организаций, что обеспечивало единые подходы к организации оказания медицинской помощи и способствовало укреплению ее вертикального управления. Здравоохранение обеспечивало доступ граждан к программам оказания медицинской помощи на бесплатной основе, вне зависимости от социальных и финансовых возможностей человека. При этом существующая система диагностических, лечебно-профилактических и реабилитационных мероприятий характеризовалась продуманностью, системным подходом и была подкреплена гарантиями со стороны государства.

Постсоветский период существования России, берущий свое начало с 1991 г., существенно видоизменил сферу здравоохранения. Наряду с государственными и муниципальными, появляются частные лечебно-профилактические учреждения, оказывающие медицинскую помощь на возмездной основе. Вместе с тем государственные и муниципальные лечебные учреждения получают легальную возможность в качестве дополнительных по отношению к основным оказывать и платные медицинские услуги. Здравоохранение по своему статусу выходит на уровень фактора обеспечения национальной безопасности.¹⁷

Статья 41 Конституции РФ провозглашает право на охрану здоровья и бесплатную медицинскую помощь в государственных и муниципальных учреждениях здравоохранения. Закрепление этого права находит отражение в п. 2 ст. 7, п. 2 ст. 21, п. 1 ст. 42, п. 3 ст. 55, ч. «ж» п. 1 ст. 72, п. 2 ст. 74, п. 2 ст. 92, ч. «в» п. 1 ст. 114 и ряде других норм Конституции РФ. В развитие конституционных положений принимается целый ряд федеральных законов, а также подзаконных нормативных правовых актов.

Первым, основополагающим федеральным законом в сфере правового регулирования отношений по охране здоровья граждан становится Основы. Принимается также еще один базовый закон — Закон РФ от 28 июня 1991 г. № 1499-1 «О медицинском страховании граждан в Российской Федерации»,¹⁸ на

¹⁷ См. подробнее: *Смирнов С. Г.* 1) Медицинское право: учебник. СПб., 2004. С. 84–134; 2) *Право и медицина: проблемы соотношения*. Монография. М., 2002. С. 7–58; *Приставакова Н. И.* Правовое регулирование врачебно-санитарной деятельности в Российской империи (XIX — начало XX вв.): Автореф. дис. ... к.ю.н. 2007. 21 с. и др.

¹⁸ Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного совета РСФСР, 1991. № 27. Ст. 920.

смену которому в настоящий момент пришел Федеральный закон от 29 ноября 2010 г. «Об обязательном медицинском страховании в Российской Федерации».¹⁹ Этот закон является основополагающим федеральным актом в сфере правового регулирования отношений по обязательному медицинскому страхованию, с помощью которого практически реализуется право на охрану здоровья.

Гражданский кодекс РФ в ст. 1084–1094 закрепляет порядок возмещения вреда, причиненного здоровью гражданина, что является охранительными нормами в сфере охраны здоровья гражданина. Ряд охранительных норм содержит также Уголовный кодекс РФ (ст. 109, 118, 120, 122, 124, 128, 235, 236, 248 и др.), а также Кодекс РФ об административных правонарушениях (ст. 6.2, 6.3, 6.8, 5.39, 17.9 и др.). Данные положения гарантируют беспрепятственную реализацию права гражданина на охрану здоровья в различных сферах медицинской деятельности.

Право на охрану здоровья трансформируется и приобретает дополнительную охрану в специальных законах, посвященных отдельным видам медицинской деятельности, таких как Закон Российской Федерации от 22 декабря 1992 г. № 4180-1 «О трансплантации органов и (или) тканей человека»,²⁰ Закон РФ от 2 июля 1992 г. № 3185-1 «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании»,²¹ Закон РФ от 9 июня 1993 г. № 5142-1 «О донорстве крови и ее компонентах»,²² Федеральный закон от 30 марта 1995 г. № 38-ФЗ «О предупреждении распространения в РФ заболеваний, вызываемого вирусом иммунодефицита человека (ВИЧ-инфекции)»,²³ Федеральный закон от 23 февраля 1995 г. № 26-ФЗ «О природных лечебных ресурсах, лечебно-оздоровительных местностях и курортах»,²⁴ Федеральный закон от 9 января 1996 г. № 3-ФЗ «О радиационной безопасности населения»,²⁵ Федеральный закон от 8 января 1998 г. № 3-ФЗ «О наркотических средствах и психотропных веществах»,²⁶ Федеральный закон от 17 сентября 1998 г. № 157-ФЗ «Об иммунопрофилактике инфекционных болезней»,²⁷ Федеральный закон от 30 марта 1999 г. № 52-ФЗ «О санитарно-эпидемиологическом благополучии населения»,²⁸ Федеральный закон от 12 апреля 2010 г. № 61-ФЗ «Об обращении лекарственных средств»²⁹ и других законах. В развитие данных и иных законов в области обеспечения граждан право на охрану здоровья принимаются соответствующие подзаконные

¹⁹ Российская газета. 2010. 3 дек.

²⁰ Ведомости СНД и ВС РФ, 1993. № 2. Ст. 62.

²¹ Ведомости СНД и ВС РФ, 1992. № 33. Ст. 1913.

²² Ведомости СНД и ВС РФ, 1993. № 28. Ст. 1064.

²³ СЗ РФ, 1995. № 14. Ст. 1212.

²⁴ СЗ РФ, 1995. № 9. Ст. 713.

²⁵ СЗ РФ, 1996. № 3. Ст. 141.

²⁶ Российская газета. 1998. 15 янв.

²⁷ Российская газета. 1998. 22 сент.

²⁸ СЗ РФ, 1999. № 14. Ст. 1650.

²⁹ Российская газета. Федеральный выпуск. 2010 г. 14 апр.

нормативные правовые акты — Указы Президента РФ, Постановления Правительства РФ, акты федеральных органов исполнительной власти, а также иные подзаконные нормативные правовые акты.

Поскольку в соответствии с п. 4 ст. 15 Конституции РФ общепризнанные нормы и принципы международного права и международные договоры являются составной частью правовой системы Российской Федерации, то международное законодательство имеет непосредственное влияние на внутрисудебные нормы права, касающиеся охраны здоровья граждан. Более того, некоторые из них прямо заимствуются или основаны на этих принципах и нормах ввиду ратификации Россией международно-правовых документов в этой сфере.

Международные нормы права, касающиеся охраны здоровья граждан содержатся в следующих документах: Всеобщей декларации прав человека (принята Генеральной Ассамблеей ООН 10 декабря 1948 г.),³⁰ Конвенции о защите прав человека и основных свобод (заключенной в г. Риме 4 ноября 1950 г.),³¹ Международном пакте от 16 декабря 1966 г. «Об экономических, социальных и культурных правах» (далее Пакт 1966 года),³² Европейском соглашении о предоставлении медицинского обслуживания лицам, временно находящимся на территории другой страны (заключено в Женеве, 17 октября 1980 г.),³³ Европейской социальной хартии (принята в г. Страсбурге 3 мая 1996 г.),³⁴ Конвенции Содружества Независимых государств о правах и основных свободах человека (принята в Минске 26 мая 1995 г.),³⁵ Соглашении Правительств государств — участников стран СНГ от 27 марта 1997 г. «Об оказании медицинской помощи гражданам государств — участников Содружества Независимых Государств»³⁶ и других.

Право на охрану здоровья, начиная с принятия Всеобщей декларации прав человека 1948 г., в той или иной степени присутствует во всех значимых международно-правовых документах, посвященных медицине и социальному обеспечению граждан. Положение декларации о том, что «каждый человек имеет право на такой жизненный уровень, включая пищу, одежду, жилище, медицинский уход и необходимое социальное обслуживание, который необходим для поддержания здоровья и благосостояния...», стало правилом и образцом для составления национальных правовых норм.³⁷

³⁰ Российская газета. 1995. 5 апр.

³¹ Бюллетень международных договоров. 2001. № 3.

³² Бюллетень Верховного Суда РФ. 1994. № 12.

³³ Сборник международных договоров СССР и Российской Федерации. Вып. XLVII. М., 1994. С. 175-182.

³⁴ Бюллетень международных договоров. 2010. № 4.

³⁵ Российская газета. 1995. 23 июня.

³⁶ Российская газета. 1997. 12 мая.

³⁷ Спеченко С. Г. Медицинское право. С. 344.

Еще более глубокое значение имеет ст. 12 Пакта 1966 г., которая гласит, что «участвующие в данном Пакте государства признают право каждого человека на наивысший достижимый уровень физического и психического здоровья. Меры, которые должны быть приняты участвующими в настоящем Пакте государствами для полного осуществления этого права, включают мероприятия, необходимые для: 1) обеспечения сокращения смертности, инвалидности и детской смертности и здорового развития ребенка; 2) улучшения всех аспектов гигиены внешней среды и гигиены труда в промышленности; 3) предупреждения и лечения эпидемических, эндемических, профессиональных и иных болезней и борьбы с ними; 4) создания условий, которые обеспечивали бы всем медицинскую помощь и медицинский уход в случае болезни».

Правовое значение и обязательную силу для России имеет также официальное толкование Комитета по экономическим, социальным и культурным правам номер 14 (2000 г., Женева) ст. 12 данного Пакта 1966 г. относительно охраны здоровья.³⁸ Данное толкование всесторонне разъясняет нормативный смысл и конкретное содержание всех положений ст. 12, устанавливает специальные правила для воплощения их в национальное законодательство, а именно, делает акцент на антидискриминационном и равном лечении, гендерном равенстве, защите прав женщин, детей и подростков, пенсионеров, инвалидов и коренных жителей на охрану здоровья. При этом разъясняется, что понимается под ограничениями права на здоровье в рамках смысла ст. 12 и предписывается необходимость серьезного обоснования таких ограничений. Толкование Комитета устанавливает обязательства государств — участников, дифференцируя их на общие правовые обязательства, конкретные правовые обязательства, международные обязательства, и основные обязательства. Толкование обозначает распространенные виды нарушений, которые могут совершаться государствами — участниками, при этом выделяются нарушения обязательств по соблюдению, защите, а также выполнению ст. 12. Толкование устанавливает порядок имплементации норм ст. 12 на национальный уровень, при этом указывается на расширение законодательных рамок национального права для реализации права на охрану здоровья в том объеме, в котором это предусмотрено Пактом 1966 г., обязательное формулирование показателей по реализации данного права в стране, а также ориентиров, которые необходимо достигнуть впоследствии. Указывается на поощрение действий адвокатов и иных представителей пострадавших от нарушения их права на охрану здоровья, провозглашается свободный доступ пострадавших в любым средствам правовой защиты.

³⁸ *International Health Law and Ethics. Basic Documents* / Edited by Andre den Exter. Arpleidorn: Antwerpen; Portland; Maklu; 2009. P. 18-37.

Чрезвычайно важным является данное толкование для Российской Федерации, в связи с тем, что право на здоровье в нашей стране до сих пор не имеет надлежащей правовой защиты со стороны государства именно на таком уровне, какой предписывают международно-правовые акты. Имеющиеся государственные гарантии реализации данного права не всегда соблюдаются и воплощаются в жизнь, существуют де-юре, но не всегда существуют де-факто. Необходимо согласиться с С.А. Бсловым, что право человека на охрану здоровья предполагает общую конституционно-правовую обязанность государства содействовать его реализации и обеспечению. Традиционная трактовка этого прав в отечественной конституционно-правовой литературе сводится к его характеристике как социального права, то есть права, требующего со стороны государства оказания помощи, в том числе медицинской помощи, а также другой «позитивной» деятельности.³⁹ При этом право на охрану здоровья требует со стороны государства защиты и пресечения любых попыток вторжения и нарушения этого права. Принцип социального государства предполагает контроль за сферой здравоохранения со стороны государственных органов и значительное вмешательство государства в обеспечение оказания медицинских услуг.⁴⁰

Эта позиция поддерживается и иными учеными в области медицины и права, в частности, С. Г. Стеценко указывает на то, что право на охрану здоровья важно воспринимать как частный случай ответственности государства перед человеком, как проявление социальной функции государства. Здесь имеется как собственно медицинский компонент — наличие и функционирование лечебно-профилактических учреждений, так и государственный — создание в рамках государства условий, при которых здоровье человека, его право на охрану здоровья будут обеспечены в наибольшей степени. Ввиду этого под правом на охрану здоровья С. Г. Стеценко совершенно справедливо предлагает понимать конституционно закрепленное право каждого человека на создание со стороны государства таких условий, при которых в максимальной степени возможна реализация социальных и экологических прав, юридических гарантий в сфере здравоохранения, права получения бесплатной медико-социальной помощи в государственных и муниципальных учреждениях здравоохранения, а также иных факторов, способствующих укреплению и охране здоровья населения.⁴¹

Согласно Толкованию Комитета заключенный Пакт 1966 г. налагает на государства-участники различные обязательства, которые имеют прямое действие,

³⁹ См., напр.: Авакян С.А. Конституционное право России: Учеб. Курс: в 2 т. 4-е изд. Т. 1. М., 2010. С. 773; Савостьянова Н.В. Конституционное право на охрану здоровья: понятие и структура // Конституционные и муниципальное право. 2005. № 3.

⁴⁰ Бслов С.А. Право на охрану здоровья и конституционные ценности правового и социального государства // Медицина и право Материалы научно-практической конференции «Медицина и право в XXI веке» (Санкт-Петербург, 1 июля 2010 года). СПб., 2011. С. 29.

⁴¹ Стеценко С. Г. Медицинское право. С. 343-344.

это, например, установление различных гарантий реализации права на охрану здоровья без какой-либо дискриминации, обязательство предпринять предпринятые, конкретные шаги к полной реализации ст. 12. Провозглашается, что у государств-участников есть конкретные и постоянные обязательства — максимально безотлагательно и максимально эффективно осуществлять полноценную реализацию ст. 12. Это означает, что принятие регрессирующих мер в отношении права на здоровье, недопустимо. Право на здоровье, как и все остальные права человека, налагает на государства-участники три типа или уровня обязательств: обязательство уважать, защищать и выполнять. В свою очередь, обязательство выполнения включает обязательство облегчать, обеспечивать и продвигать. Обязательство соблюдать требует от государства, чтобы оно воздержалось от прямого или косвенного вмешательства в обладание правом на здоровье. Обязательство защищать требует, чтобы государство приняло меры, которые не позволят третьим лицам вмешиваться в ст. 12 гарантий. Наконец, обязательство по выполнению требует от государств принятия соответствующих законодательных, административных, бюджетных, судебных, стимулирующих и других мер, направленных на полноценную реализацию права на здоровье.

Что касается данных обязательств, необходимо отметить, что нормы российского законодательства предусматривают гарантии защиты и реализации права на охрану здоровья граждан. Как известно, существуют различные механизмы защиты и охраны блага «здоровье». Наиболее известными из них является гражданско-правовой механизм возмещения вреда, причиненного здоровью, в рамках деликтных отношений (ст. 1084-1094 Гражданского кодекса РФ).

Наряду с этим существует все расширяющееся в различных странах механизм страхования гражданской ответственности, позволяющий, в отличие от деликтной ответственности, максимально уменьшить отрицательные последствия для гражданина рисков несчастных случаев, освободив его прежде всего от бремени доказывания.⁴² Однако в Российской Федерации данный механизм пока практически не используется, однако, вероятно, скоро будет введен в действие в обязательном порядке, поскольку предусматривается рядом законопроектов.⁴³

В настоящий момент основным механизмом защиты права на охрану здоровья является механизм обязательного и добровольного медицинского страхования. В связи с этим наибольший вес в реализации и защите права на охрану здоровья имеют гарантии, связанные с обязательным медицинским

⁴² Ковалевский М.А. Блага «жизни» и «здоровья»: конституционно-правовое значение и элементы правовой охраны. С. 93.

⁴³ Проект закона «Об основах охраны здоровья граждан в РФ» / Консультант плюс: Проект федерального закона «Об обязательном страховании гражданской ответственности медицинских организаций перед пациентами» / <http://www.organsite-visus.com/2010-02-26-23-16-35-2/861-medical-law.html> на 25 августа 2011 г.

страхованием, как одним из видов обязательного социального страхования.⁴⁴ По форме закрепления данные гарантии можно классифицировать на конституционные гарантии, гарантии, закрепленные в федеральных нормативных правовых актах, гарантии, закрепленные в федеральных конституционных законах, гарантии, закрепленные в федеральных законах и т.д. По содержанию такие гарантии можно подразделить на материальные, то есть относящиеся к уточнению содержания гарантируемого субъективного права, в том числе путем юрисдикционных действий, и процедурные (процессуально организационные) как необходимое условие реализации гарантируемого права. Среди последних выделяют гарантии, связанные с процедурой реализации не нарушенного субъективного права, гарантии, связанные с процедурой контроля за соблюдением вышеназванной процедуры, гарантии, связанные с процедурой обеспечения защиты нарушенных прав и законных интересов третьих лиц либо определенного в законе социального интереса, гарантии, связанные с возможностью реализации гарантируемых прав только путем предоставления особых (государственных или государственных) услуг, использования определенных учреждений, осуществления иных процедур.⁴⁵

Таким образом, наибольшая охрана здоровья граждан, а также его защита, выполнение и уважение достигается путем применения страховой модели организации здравоохранения. Обоснованность и эффективность применения данной модели подтверждается ее использованием развитыми странами Европы, такими как Германия и Франция.⁴⁶

Особое внимание в Толковании Комитета уделяется основным обязательствам государств. По мнению комитета, основные обязательства включают в себя, по меньшей мере, следующие:

- 1) гарантировать право доступа к помещениям и оборудованию медицинских учреждений, товарам и услугам на недискриминационной основе, в особенности для социально уязвимых или маргинализированных групп;
- 2) гарантировать доступ к минимально необходимой пище, которая должна быть адекватной и безопасной в питательном отношении, чтобы гарантировать всем свободу от голода;
- 3) гарантировать доступ к базовым убежищам, жилью, канализационным системам, а также к адекватному источнику безопасной и пригодной для питья воды;

⁴⁴ Федеральный закон № 165-ФЗ от 16 июля 1999 г. «Об основах обязательного социального страхования» // Российская газета. 1999. 21 июля.

⁴⁵ См. подробнее: *Найденшта Н. Б., Ковалевский М. А.* Система здравоохранения в Российской Федерации: организационно-правовые аспекты. М., 1999. С. 121–130.

⁴⁶ См. подробнее: *Лиситца Ю. П.* Общественное здоровье и здравоохранение: учебник. 2-е изд. М., 2010. С. 117–119; *Леонтьев О. В.* Юридические основы медицинской деятельности / О. В. Леонтьев. 2-е изд. СПб., 2006. С. 94–100.

- 4) обеспечить необходимые лекарственные препараты;
- 5) гарантировать равномерное распределение всех помещений и оборудования медицинских учреждений, товаров и услуг;
- 6) принимать и реализовывать стратегию национального здравоохранения, а также план действий, на основе эпидемиологических доказательств, обращаясь к проблемам здоровья всего населения.

В Толковании Комитет делает также акцент на следующих обязательствах:

- а) гарантировать медицинскую помощь в отношении репродукции, материнства (препартальную и постнатальную) и здоровья детей;
- б) обеспечить иммунизацию против основных инфекционных болезней, которые имеют место в сообществе;
- в) принять меры по профилактике, лечению и контролю над эпидемическими и эндемическими заболеваниями;
- г) обеспечить образование и доступ к информации по основным проблемам со здоровьем в сообществе, включая методы профилактики и контроля над ними;
- д) обеспечить соответствующее обучение персонала здравоохранения, включая обучение в области здоровья и прав человека.

Анализируя практику применения действующего российского законодательства в области охраны здоровья, необходимо прийти к выводу о том, что многие из данных обязательств трудно реализуемы или периодически нарушаются более сильными субъектами государственно-правовых отношений в сфере медицины, а именно — лечебно-профилактическими учреждениями, органами управления здравоохранением.

Так обязательство гарантировать право доступа к помещениям и оборудованию медицинских учреждений, товарам и услугам на недискриминационной основе, в особенности для социально уязвимых или маргинализированных групп трудно реализуемо для лиц, не имеющих при себе документов, удостоверяющих личность, многие из которых являются малолетними, бездомными или одиночками. На практике количество данных лиц, попадающих в лечебно-профилактические учреждения в состояниях с различной степенью тяжести, достаточно велико. Зачастую медицинская услуга данным лицам в силу их состояния должна быть оказана немедленно или в кратчайшие сроки, однако этому препятствует оформление документов, которое может растянуться на срок более 10-ти дней. В результате отказа таким пациентам в медицинской помощи, они остаются беззащитными и уязвимыми, нарушается их право на охрану здоровья.⁴⁷ Однако, действия медицинских работников в

⁴⁷ См.: *Крюкова А. А.* Проблема предоставления в лечебно-профилактических учреждениях пациентов, не имеющих документов, удостоверяющих личность. Институт российского законодательства / Медицинское право Украины: обеспечение сферы здравоохранения (тезисы, международные

указанной ситуации противоречат не только статье 12 Пакта 1966 г., его Толкованию Комитетом, но и ст. 41 Конституции, ст. 1, 17, 30, и другим статьям Основ.

Обязательство гарантировать медицинскую помощь в отношении репродукции, материнства и детства также не всегда исполняется. Примером может служить приказ Руководителя Департамента здравоохранения г. Москвы от 06.02.2009 г. № 108 «Об упорядочении организации оказания платных медицинских услуг в акушерских стационарах Департамента здравоохранения города Москвы»,⁴⁸ которым утверждено Положение об оказании в акушерских стационарах медицинских услуг за плату женщинам в период беременности, родов и в послеродовом периоде. Согласно п. 10 данного Положения сверх программы государственных гарантий беременным, роженицам и родильницам могут быть предоставлены следующие платные медицинские услуги:

- пребывание в палатах повышенной комфортности;
- индивидуальный уход за беременной и акушеркой;
- наблюдение и дополнительное динамическое обследование беременной при выбранном родильном доме с 36 недель беременности индивидуальным врачом;
- круглосуточная консультативная помощь пациентке индивидуальным врачом;

- дополнительные занятия по психофизиологической подготовке беременной к родам и уходу за ребенком.

Многие из вышеперечисленных мероприятий должны оказываться бесплатно для любой женщины — пациентки, обратившейся в роддом за получением медицинской помощи. Так, например, если существуют показания, то любая роженица должна находиться бесплатно в комфортной палате и в этом случае такая услуга не может быть дополнительной платной медицинской услугой, как указано в ст. 20 Основ. Индивидуальное ведение родов платной пациентке означает осуществление данных мероприятий врачом и акушером-гинекологом в свое рабочее время, поскольку данные мероприятия осуществляются штатным персоналом учреждения (без привлечения медицинских работников других лечебно-профилактических учреждений). Из этого следует, что оказывая данную услугу, врач и акушер-гинеколог не смогут одновременно оказывать в полном объеме необходимую медицинскую помощь надлежащего качества другим пациенткам, получающим помощь на бесплатной основе. В результате будет страдать качество медицинской помощи, оказываемой «бесплатным» пациентам. Существуют и

стандарты, тенденции развития и совершенствования): материалы V Всероссийской (IV Международной) научно-практической конференции (19-21 мая 2011 г., г. Одесса) / под ред. клон., доц. И. Я. Сенина, Х. Я. Терешко. Львов, 2011. С. 152.

⁴⁸ Нормативные документы в фармации и здравоохранении. 2009. № 3.

другие противоречия международным и внутригосударственным нормам в этой связи.⁴⁹

В настоящий момент присутствуют также и проблемы в области обеспечения надлежащей охраны здоровья детей, связанные с ненадлежащим осуществлением медицинской помощи, санитарно-эпидемиологической обстановкой в детских дошкольных учреждениях и школах, отсутствием надлежащего медицинского транспорта, необходимого для выезда к больному ребенку.⁵⁰

В свете положения Толкования Комитета о гарантированности равномерного распределения медицинских услуг всем гражданам страны, необходимо отметить, что сами российские федеральные органы государственной власти в официальном письме подтверждают высокий уровень нарушений конституционного права на бесплатную медицинскую помощь в лечебно-профилактической учреждениях.⁵¹ Так при проведении проверки были выявлены многочисленные случаи предоставления за счет личных средств граждан услуг, входящих в Программу государственных гарантий оказания гражданам Российской Федерации бесплатной медицинской помощи. Социологические опросы населения также свидетельствуют зачастую о декларативности конституционных положений о бесплатной медицинской помощи. Так, согласно проведенным исследованиям в Мурманской области 58,2 % пациентов самостоятельно покупали медикаменты и перевязочные материалы, а 46,5 % полностью за счет личных средств оплаты обследования и лечение в стационаре государственной системы здравоохранения.⁵²

Нарушается равномерность и по территориальному признаку. Ввиду отдаленности некоторых субъектов РФ, а также труднодоступности данных территорий, оказание медицинской помощи в некоторые сезонные периоды возможно лишь с помощью вертолетов. Кроме того, чтобы обеспечить надлежащее медицинское обеспечение требуются дополнительные ставки медицинских работников, что связано с дополнительным финансированием из бюджета. В связи с имеющимися сложностями обязанность по оказанию медицинской помощи ложится на фельдшеров близлежащих фельдшерско-акушерских пунктов, имеющих, как правило, 8-часовой рабочий день и фактически не справляющихся с

⁴⁹ См. подробнее: Спирченко А. А., Фурманов М. Ю., Рыкова И. В. Решение Общественного совета по защите прав пациентов Росздравнадзора и строкишников по вопросу права на бесплатную медицинскую помощь в государственных и муниципальных учреждениях здравоохранения // Управление ЛПУ в современных условиях: 2009-2010 гг. / Под ред. В. И. Стародубова. М., 2009. С. 93-105.

⁵⁰ См. подробнее: Ушаков Е. В. Ребенок и медицина: правовые вопросы. Пособие для родителей и врачей. М., 2004. С. 238-263; Акулина Т. И. Правовое регулирование труда врача-педиатра // Педиатрия: из XIX в XXI век: Материалы конференции. СПб., 2005. С. 19.

⁵¹ Письмо Росздравнадзора от 11.06.2009 N 0111-331/0 «О мероприятиях по обеспечению соблюдения Постановления Правительства Российской Федерации от 13 января 1996 г. № 27» // Управление ЛПУ в современных условиях: 2009-2010 гг. С. 123-126.

⁵² Юрсов В. К., Беллинская В. Г., Мирский В. Е., Нартова А. А. Бесплатная медицинская помощь: теория и реальность // Проблемы человека: гуманитарные аспекты: Сборник научных трудов. Ч. 2. СПб., 2003. С. 94.

данными обязанностями ввиду необходимости их исполнения за рамками нормального рабочего времени.⁵³

Обязательства по обеспечению необходимыми лекарственными препаратами, необходимым медицинским оборудованием также в некоторых субъектах Российской Федерации трудно реализуемо ввиду нехватки лекарств в стационарах, неравномерности цен на одни и те же лекарства, дезинформирования врачами пациентов относительно необходимости покупки дорогих, а не дешевых лекарств с одинаковыми свойствами, повсеместного использования устаревшего медицинского оборудования, подлежащего списанию.⁵⁴

Согласно Толкованию Комитета государства должны гарантировать соответствующее обучение врачей и другого медицинского персонала, выполнение ими требований соответствующих стандартов образования, навыков и норм нравственного поведения.

В этой связи следует отметить, что в медицинской и юридической литературе отмечается в последнее время ухудшение качества медицинской помощи ввиду низкой квалификации медицинских работников. Низкая квалификация медицинских кадров обусловлена несовершенством системы базового и последипломного медицинского образования, а также недостаточной информационной обеспеченностью на рабочих местах. Так, например, в сравнении с развитыми странами (Чехией, Австрией, Германией и др.) качество медицинской помощи в России значительно ниже, несмотря на то, что врачи на душу населения в Российской Федерации больше. Недостаточная квалификация медицинских кадров проявляется и в том, что более 60 % пациентов неудовлетворены качеством медицинской помощи.⁵⁵

Комитет в своем Толковании призывает государства предпринять предпринятые и конкретные шаги к полной реализации ст. 12. Прогрессивная

⁵³ См.: *Колесников Ю. Н.* Проблемы регулирования трудовых отношений в медицине // «Международное, российское и зарубежное законодательство о труде и социальном обеспечении: современное состояние (сравнительный анализ)»; материалы VII международной научно-практической конференции / под ред. Гусова К. Н. М., 2011. С. 607–611.

⁵⁴ См. подробнее: *Акулина Т. И.* Некоторые принципы и юридически значимые особенности повеления медицинского работника при контактах с фармадистрибуторами // *Анф. Здоровье. Лекарственное обеспечение*. № 7, 2010. С. 14–15; *Кадыров Ф. И.* Оптимизация использования медикаментов и расходных материалов // *Управление ЛПУ в современных условиях*: 2009–2010 гг. С. 379–392; *Пивень Л. В., Дудин П. Е., Федосеева М. В.* Организация лекарственного обеспечения многопрофильного стационара в условиях кризиса: проблемы и возможные решения / Управление ЛПУ в современных условиях: 2009–2010 гг. под ред. Акад. РАМН В. И. Стародубова. М., 2009. С. 393–398; *Васильева Е. В., Кудрявцев Ю. С.* Анализ состояния медицинского оборудования в государственных учреждениях здравоохранения в свете экономического кризиса // *Управление ЛПУ в современных условиях*: 2009–2010 гг. С. 399–408.

⁵⁵ *Удальцова Г. Э.* Здравоохранение России. Что надо делать: научное обоснование «Стратегии развития здравоохранения РФ до 2020 года». М., 2010. С. 111–112; *Более 31 тысячи врачей и провизоров получили в 2008 г. образовательные сертификаты Минздрава России* // <http://www.1744ch.ru/news/5232118/> на 5 октября 2011 г.; *Татьяна Галикова* выступила с докладом на расширенном заседании Коллегии Министерства здравоохранения и социального развития РФ // <http://www.minzdravsoz.ru/videoank/79/6> от 20 марта 2009 г.; *Новая медицинская история* // <http://www.minzdravsoz.ru/health/high-tech/> на 5 октября 2011 г. и др.

реализация права на здоровье, по мнению Комитета, означает, что у государственных участников есть конкретные и постоянные обязательства — максимально безотлагательно и максимально эффективно двигаться по направлению к полноценной реализации ст. 12. В такой интерпретации ст. 12, стоит полагать, имеется ввиду принятие государствами мер по сокращению смертности и увеличению рождаемости, сокращения заболеваемости населения, сокращение производственного травматизма и профессиональных заболеваний, увеличение продолжительности жизни.

В этой связи необходимо отметить, что ожидаемая продолжительность жизни в России начала заметно расти и в 2007 г. составила 67, 5 г. Тем не менее она продолжает оставаться достаточно низкой и на семь лет меньше, чем в «новых» странах Евросоюза (далее — ЕС) (Болгария, Польша, Словения и т. д.), на 13 лет меньше, чем в «старых» странах ЕС (Германия, Великобритания, Франция, Италия, Швеция и другие).

Общий коэффициент смертности в 2008 г. составил 14, 7, что в 1,3 раза выше, чем в «новых» странах ЕС и в 1,6 раз выше, чем в «старых» странах ЕС. Суммарный коэффициент рождаемости в 2006 г. составлял 1,3, тогда как в «старых» странах он был 1,56, а в «новых» — 1,3. Во Франции за счет эффективной демографической политики он повысился до 1,92, а в США равен 2,1.

В последние 16 лет постоянно растет общая заболеваемость населения России, что объясняется среди прочих причин неэффективностью системы профилактики и лечения заболеваний. С 1990 г. по 2007 г. возросла первичная заболеваемость туберкулезом и некоторыми заболеваниями, передающимися половым путем. Рост распространенности этих заболеваний свидетельствует как о социально-экономическом неблагополучии в обществе, так и о низкой эффективности профилактических программ.

Российский показатель травматизма на производстве со смертельным исходом в 1,8 раза превышает аналогичный показатель в «старых» странах ЕС и в 1,3 раза — в «новых» странах.⁵⁶

Таким образом, необходимо отметить, что проведенный анализ воплощения международно-правовых норм Пакта 1966 г., а также Толкования к его ст. 12 Комитета по экономическим, социальным и культурным правам в российском законодательстве и их фактической реализации в России свидетельствует о наличии сложностей в обеспечении реальной охраны и защиты права на охрану здоровья. Период социально-экономических преобразований, происходящих в России на протяжении последних десятилетий, в основном негативно сказался на обеспечении равных возможностей доступа к ресурсам здравоохранения.

⁵⁶ *Удальцова Г. Э.* Здравоохранение России. Что надо делать: научное обоснование «Стратегии развития здравоохранения РФ до 2020 года». М., 2010. С. 24–45.

ПРАВО НА НАИВЫСШИЙ ДОСТИЖИМЫЙ УРОВЕНЬ ФИЗИЧЕСКОГО
И ПСИХИЧЕСКОГО ЗДОРОВЬЯ: ОФИЦИАЛЬНОЕ ТОЛКОВАНИЕ
КОМИТЕТА ПО ЭКОНОМИЧЕСКИМ, СОЦИАЛЬНЫМ И КУЛЬТУРНЫМ
ПРАВАМ НОМЕР 14 (2000 Г., ЖЕНЕВА)
СТАТЬИ 12 МЕЖДУНАРОДНОГО ПАКТА ОБ ЭКОНОМИЧЕСКИХ,
СОЦИАЛЬНЫХ И КУЛЬТУРНЫХ ПРАВАХ (1966 Г.)
ОТНОСИТЕЛЬНО ОХРАНЫ ЗДОРОВЬЯ⁶⁰

Извлечение

Ограничения

28. В некоторых случаях проблемы здравоохранения используются государствами в качестве основы для того, чтобы ограничить реализацию других фундаментальных прав. Комитет хочет подчеркнуть, что основная цель раздела об ограничениях данного Соглашения, ст. 4, заключается в защите прав людей, а не в том, чтобы разрешить наложение ограничений государствами. Следовательно, государство-участник, которое, например, ограничивает пересечение или включает в торьму людей с трансмиссивными болезнями, такими как ВИЧ/СПИД, не позволяет врачам лечить людей, которые, как полагают, были настроены против правительства, или не в состоянии обеспечить вакцинацию против основных инфекционных заболеваний данного сообщества, руководствуясь при этом вопросами национальной безопасности или поддержания общественного порядка, должно обосновать такие серьезные меры по отношению к каждому из элементов, указанных в ст. 4. Такие ограничения должны соответствовать закону, включая международные стандарты прав человека, они должны соответствовать природе прав, которые защищает данное Соглашение, в интересах преследуемых законных целей, и строго необходимы для формирования всеобщего благосостояния в демократическом обществе.

29. В соответствии со ст. 5.1, такие ограничения должны быть пропорциональными, то есть при наличии нескольких типов ограничений должен использоваться наименее ограничительный вариант. Даже там, где такие ограничения из соображений защиты здравоохранения в основном были разрешены, они должны иметь ограниченную продолжительность и подлежать пересмотру.

⁶⁰ The right to the Highest Attainable Standard of Health: General Comment no. 14 (2000) on Health: 11/08/2000, T/C.12/2000/4, Committee on Economic, Social and Cultural Rights Twenty-second session Geneva, 25 April — 12 May 2000 // International Health Law and Ethics. Basic Documents / Edited by Andre den Exter, Apeldoorn; Antwerpen; Portland; Maklu; 2009.

Реализация права на охрану здоровья как отдельной личности (субъективное право), так и в масштабах государства (объективное право), несмотря на равные потенциальные возможности, безусловно, далека от оптимальной.⁵⁷ Такое положение усугубляется трудностями в проведении диспансеризации, тенденцией к распространению инфекционных и паразитарных заболеваний, коррупционности органов управления здравоохранением и другими факторами.

Право на охрану здоровья как частный фактор взаимосвязи и взаимообеспеченности права на жизнь и медицинской помощи — комплексное образование, свидетельствующее о необходимости создания в масштабах государства целого ряда условий для его полноценной реализации.⁵⁸ Из сопоставительного анализа норм внутригосударственного права и международных правовых стандартов в области охраны здоровья можно сделать вывод о том, что российский законодатель приближает внутренние нормативные акты к международно-правовым стандартам в данной сфере.⁵⁹ Это касается стандартов, регламентирующих основные принципы охраны здоровья, оказания медицинской помощи, применения охранительных норм, установление государственных гарантий по его обеспечению и других.

Однако трудности вызывает практическая реализация данных стандартов, то есть реальное воплощение их в жизнь. Помимо вышеуказанных причин необходимо обратить внимание и на стремительное развитие медицинской науки, повсеместное ухудшение экологии, развитие все новых форм заболеваний, что также является причинами затрудняющее прогрессивную реализацию ст. 12 Пакта 1966 г. и иных международно-правовых норм в области охраны здоровья. Неоспоримым является тот фат, что непосредственная реализация международных стандартов в нынешних социально-экономических условиях России является основной целью всего населения Российской Федерации как обладателя конституционных прав. Однако, представляется что реформирование здравоохранения с учетом применения международно-правовых норм будет более успешным с применением достижений медико-правовой науки, теоретико-правовых и отраслевых исследований, с учетом российского национального менталитета, особенностей психологии, культуры, традиций и духовности русского народа.

⁵⁷ Стеценко С. Г. Медицинское право. С. 344-345.

⁵⁸ Там же

⁵⁹ Дюжиков С. А. Международно-правовые стандарты в области охраны здоровья человека и их реализации в Конституции РФ / Медицинское право Украины: законодательное обеспечение сферы здравоохранения (тезисы, международные стандарты, тенденции развития и совершенствования): материалы V Всеукраинской (IV Международной) научно-практической конференции (19-21 мая 2011г., г. Одесса) / под ред. Н.Я. Сенюта, Х.Я. Терешко. Львов, 2011. С. 79.

II. Обязательства государств-участников

Общие правовые обязательства

30. В то время как Соглашение обеспечивает прогрессивную реализацию и признает ограничения, вызванные недостатком доступных ресурсов, оно также налагает на государства-участники различные обязательства, которые имеют прямое действие. У государств-участников есть прямые обязательства относительно права на здоровье, например, гарантия того, что данное право будет реализовано без дискриминации любого вида (ст. 2.2), а также обязательство предпринять шаги (ст. 2.1) к полной реализации ст. 12. Такие шаги должны быть преднамеренными, конкретными, и нацелены на полноценную реализацию права на здоровье.⁶¹

31. Прогрессивная реализация права на здоровье с течением времени не должна интерпретироваться как лишение обязательствами государств-участников их значимого содержания. Прогрессивная реализация скорее означает, что у государств-участников есть конкретные и постоянные обязательства — максимально безотлагательно и максимально эффективно двигаться по направлению к полноценной реализации ст. 12.⁶²

32. В отношении этого и всех остальных прав в Соглашении, есть твердая презумпция относительного того, что регрессирующие меры, принятые в отношении права на здоровье, недопустимы. В том случае, если предпринимаются какие-нибудь преднамеренно регрессирующие меры, на государство-участника возлагается бремя доказательства того, что они были представлены после самого тщательного рассмотрения всех альтернативных вариантов, а также того, что они были должным образом обоснованы в отношении всей совокупности прав, предусмотренных в Соглашении в контексте полноценного использования максимально доступных ресурсов государства-участника.⁶³

33. Право на здоровье, как и все остальные права человека, налагает на государства-участники три типа или уровня обязательства: обязательство уважать, защищать и выполнять. В свою очередь, обязательство выполнения включает обязательство облегчать, обеспечивать и продвигать. Обязательство соблюдать требует от государства, чтобы оно воздержалось от прямого или косвенного вмешательства в обладание правом на здоровье.⁶⁴ Обязательство защищать требует, чтобы государства приняли меры, которые не позволяют третьим лицам вмешиваться

⁶¹ См.: Официальное толкование № 13, параграф 44.

⁶² См.: Официальное толкование № 3, параграф 9; Официальное толкование № 13, параграф 44.

⁶³ См.: Официальное толкование № 3, параграф 9; Официальное толкование № 13, параграф 45.

⁶⁴ В соответствии с Официальными комментариями № 12 и 13 выполнение данного обязательства включает в себя обязательства облегчать и обеспечивать. В настоящем официальном комментарии выполнение данного обязательства также предполагает обязательство по продвижению в связи с серьезным влиянием принципа поддержания здоровья в работе ВОЗ, а также и в других международных организациях.

в ст. 12 гарантий. Наконец, обязательство по выполнению требует от государств принятия соответствующих законодательных, административных, бюджетных, судебных, стимулирующих и других мер, направленных на полноценную реализацию права на здоровье.

Конкретные правовые обязательства

34. В частности, государства обязаны уважать право на здоровье, среди прочего, воздерживаясь от отрицания или ограничения равного доступа для всех людей, включая заключенных или задержанных, меньшинств, претендентов на получение политического убежища и незаконных иммигрантов, на профилактическое, терапевтическое и паллиативное медицинское обслуживание; отказ от реализации дискриминационных методов в виде государственной политики; и отказ от использования дискриминационных методов в отношении женского здоровья и нужд. Кроме того, обязательства по соблюдению включают обязательство государства воздержаться от запрета или воспрепятствования традиционным методам профилактики и лечения, а также традиционным лекарствам, воздержаться от маркетинга опасных лекарственных препаратов и от применения принудительных методов лечения, кроме исключительных случаев для лечения психических заболеваний, а также для профилактики и контроля над распространением инфекционных заболеваний. Такие исключительные случаи должны регламентироваться конкретными и ограниченными условиями с соблюдением наилучших методов и действующих международных стандартов, включая Принципы защиты людей с психическими заболеваниями и совершенствования охраны психического здоровья.⁶⁵

Помимо этого, государства должны отказаться от ограничения доступа к противозачаточным средствам и к другим средствам поддержания сексуального и репродуктивного здоровья, от цензуры, сокрытия или преднамеренного искажения информации о здоровье, включая сексуальное образование и информацию, а также предотвращение участия людей в медицинских процедурах. Государствам также следует воздержаться от незаконного загрязнения воздуха, воды и почвы, например, через промышленные отходы от принадлежащих государствам учреждений, от использования или тестирования ядерного, биологического или химического оружия, если такое тестирование приводит к выбросу веществ, вредных для здоровья человека, а также следует воздержаться от ограничения доступа к медицинскому обслуживанию в качестве карательной меры, например, во время вооруженных конфликтов в нарушение международного гуманитарного права.

⁶⁵ Официальная Резолюция Ассамблеи 46/119 (1991 г.).

35. Обязательства по защите включают, помимо прочего, обязанности государства изменять законодательство или принимать другие меры, гарантирующие равный доступ к здравоохранению и медицинским услугам, оказанным третьими лицами; гарантировать, чтобы приватизация медицинского сектора не стала угрозой наличия, доступности, приемлемости и качества помещений и оборудования медицинских учреждений, товаров и услуг; контролировать маркетинг медицинского оборудования и лекарств третьими лицами; а также гарантировать выполнение врачами и другими работниками здравоохранения требований соответствующих стандартов образования, навыков и норм нравственного поведения. Государства также обязаны гарантировать отсутствие влияния вредных общественных или традиционных обычаев на доступ к медицинскому уходу в период беременности и в послеродовой период, а также на доступ к средствам планирования семьи; они должны препятствовать третьим лицам, принуждающим женщин к исполнению установившихся обычаев, например, калечащее повреждение женских половых органов; а также принимать меры для защиты всех социально уязвимых или маргинализированных групп общества, в частности женщин и детей, подростков и пожилых людей в свете проявлений насилия по половому признаку. Государства также должны гарантировать, что третьи лица не ограничивают доступ людей к медицинской информации и услугам.

36. Обязательство по выполнению требует, чтобы государства-участники, помимо прочего, в достаточной мере признали право на здоровье в национальных политических и правовых системах, предпочтительно в виде проведения через законодательный орган, и приняли политику общественного здравоохранения с детальным планом реализации права на здоровье. Государства должны гарантировать предоставление медицинских услуг, включая программы иммунизации против основных инфекционных заболеваний, а также гарантировать равный доступ для всех к основным детерминантам здоровья, таким, как безопасная пища и питьевая вода, основные санитарно-профилактические мероприятия и надлежащие жилищные условия и условия жизни. Инфраструктура здравоохранения должна включать обслуживание в сфере сексуального и репродуктивного здоровья, включая безопасное материнство, особенно в сельских районах. Государства должны гарантировать соответствующее обучение врачей и другого медицинского персонала, предоставление достаточного числа больниц, клиник и других медицинских служб, а также поощрение и поддержку учреждений, оказывающих консультационные услуги и услуги в области психического здоровья, с должным вниманием к равномерному распределению по всей стране. Среди других обязательств можно назвать предоставление общественной, частной или смешанной системы страхования на случай болезни, которая будет доступной для

всех, продвижение медицинских исследований и санитарного просвещения, а также проведение информационных кампаний, в особенности касающихся ВИЧ/СПИД, сексуального и репродуктивного здоровья, установившихся обычаев, насилия в семье, злоупотребления алкоголем и использования сигарет, наркотиков и других вредных веществ. Государства также обязаны принимать меры против вредных экологических условий и вредных условий производства, а также против любых других угроз, что продемонстрировано эпидемиологическими данными. С этой целью они должны сформулировать и внедрить национальную политику, нацеленную на сокращение и устранение загрязнения воздуха, воды и почвы, включая загрязнение тяжелыми металлами, такими, как свинец из бензина. Помимо этого государства-участники обязаны сформулировать, внедрить и периодически пересматривать последовательную национальную политику, чтобы минимизировать риск несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний, а также обеспечить последовательную национальную политику в отношении служб по охране труда и технике безопасности.⁶⁶

37. Обязательство по выполнению (облегчению), требует, чтобы государства, помимо прочего, приняли положительные меры, которые позволяют и помогают людям и сообществам иметь право на здоровье. Государства-участники также обязаны выполнить (обеспечить выполнение) конкретное право, содержащееся в Соглашении, в том случае, когда отдельные люди или группа людей не может, по причинам, которые ею не контролируются, реализовывать это право самостоятельно, используя для этого средства, имеющиеся в их распоряжении. Обязательство по выполнению (обеспечению реализации) права на здоровье требует, чтобы государства предприняли те действия, которые формируют, поддерживают и восстанавливают здоровье населения. Такие обязательства включают: (i) способствовать признанию факторов, которые оказывают положительное влияние на результаты в отношении здоровья, например, поиск и предоставление информации; (ii) сделать так, чтобы медицинское обслуживание соответствовало требованиям в культурном смысле, а сотрудники здравоохранения прошли соответствующее обучение и были способны распознавать конкретные нужды социально уязвимых или маргинализированных групп, а также реагировать

⁶⁶ Элементами такой политики являются идентификация, определение, разрешение и контроль опасных материалов, оборудования, веществ, агентов и процессов с их участием; обеспечение информацией об охране здоровья работающих граждан, и обеспечение, в случае необходимости, адекватной защитной одеждой и оборудованием; усиление законов и регулирование данного вопроса посредством проведения адекватных проверок; требование уведомлять о прогнозируемых несчастных случаях на производстве и профессиональных заболеваниях, проводить расследование серьезных несчастных случаев и заболеваний и публиковать ежегодные статистические данные; защита работающих граждан и их представителей от мер дисциплинарного воздействия за действия надлежащим образом предпринятые в связи с такой политикой; и обеспечение работы органов особенно по предупреждению несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний. См.: ИЛО Конвенцию по безопасности и здоровью, 1981 г. (№ 155) и Конвенцию о службах поддержания здоровья на производстве, 1985 г. (№ 161).

на них; (iii) гарантировать выполнение государством своих обязательств по распространению соответствующей информации, касающейся здоровья образа жизни и здорового питания, вредных обычаев и доступности услуг; (iv) поддержка людей, которые на основе полученной информации делают выбор в отношении своего здоровья.

Международные обязательства

38. В своем Общем Комментарии Номер 3 Комитет привлек внимание к обязательству всех государств-участников предпринимать шаги как индивидуально, так и через международную помощь и сотрудничество, в частности экономическое и техническое, в направлении полноценной реализации прав, указанных в Соглашении, таких, как право на здоровье. В духе ст. 56 Устава Организации Объединенных Наций, конкретные условия Соглашения (ст. 1.2 и 2.3), и Алматинской декларации по первичному здравоохранению, государства-участники должны признать важную роль международного сотрудничества и выполнить свои обязательства в отношении принятия совместных и изолированных мер по достижению полноценной реализации права на здоровье. В этом отношении государства-участники отсылаются к Алматинской декларации, в которой говорится о том, что существующее грубое неравенство в отношении здоровья людей, особенно между развитыми и развивающимися странами, а также внутри стран, политически, социально и экономически недопустимо и поэтому вызывает общую озабоченность во всех странах.⁶⁷

39. Чтобы выполнить свои международные обязательства относительно ст. 12, государства-участники должны уважать наличие права на здоровье в других странах, и не допускать нарушения третьими лицами этого права в других странах, если они в состоянии повлиять на этих третьих лиц посредством юридических или политических средств, в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций и применимым международным правом. В зависимости от наличия ресурсов государства должны облегчить доступ к необходимым помещениям и оборудованию медицинских учреждений, товарам и услугам в других странах, везде, где это возможно, а также обеспечить необходимую помощь, когда это необходимо.⁶⁸ Государства-участники должны гарантировать, что праву на здоровье уделяется должное внимание в международных соглашениях, и с этой целью должны рассмотреть вариант разработки дальнейших юридических документов. Относительно заключения других международных соглашений государства-участники должны предпринять необходимые шаги и гарантировать,

⁶⁷ Статья II, Алматинская Декларация, Сообщение Международной конференции по первичному здравоохранению, Алма-Ата, 6-12 сентября 1978 г. // Всемирная организация здравоохранения. Серия «Здоровье для всех», Женева, 1978, № 1.

⁶⁸ См.: параграф 45 данного Официального комментария.

что эти документы не оказывают неблагоприятного влияния на данное право на здоровье. Точно также у государств-участников есть обязательство гарантировать, что их действия в качестве членов международных организаций осуществляются с учетом права на здоровье. Соответственно, государства-участники, которые являются членами международных финансовых учреждений, в особенности Международного Валютного Фонда, Всемирного банка и банков регионального развития, должны уделять больше внимания защите права на здоровье в рамках своего влияния на кредитную политику, кредитные соглашения и международные меры этих учреждений.

40. Государства-участники несут совокупную и раздельную ответственность, в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций и соответствующими резолюциями Генеральной Ассамблеи ООН и Всемирной Ассамблеи Здравоохранения, — они должны сотрудничать при предоставлении помощи в случае бедствия, а также гуманитарной помощи в случае чрезвычайной ситуации, включая помощь беженцам и внутренне перемещенным лицам. Каждое государство должно способствовать решению этой задачи, приложив для этого максимум усилий. Приоритет в предоставлении международной медицинской помощи, распределении и управлении ресурсами, такими, как безопасная и пригодная для питья вода, продукты питания и медицинское обеспечение, а также финансовая помощь, должен быть отдан самым социально уязвимым или маргинализированным группам населения. А учитывая то, что некоторые болезни могут быть легко перенесены за границы государства, международное сообщество несет коллективную ответственность за решение этой проблемы. Экономически развитые государства-участники несут особую специальную ответственность и заинтересованы в помощи более бедным развивающимся странам в этом отношении.

41. Государства-участники должны постоянно воздерживаться от наложения эмбарго или подобных мер, ограничивающих поставку в другое государство соответствующих лекарств и медицинского оборудования. Ограничения по таким товарам ни в коем случае не следует использовать как инструмент политического и экономического давления. В этом отношении Комитет вспоминает свою позицию, указанную в Общем Комментарии Номер 8, касательно отношений между экономическими санкциями и соблюдением экономических, социальных и культурных прав.

42. В то время, как только государства являются сторонами по данному Соглашению и таким образом в конечном счете несут ответственность за выполнение требований, все члены общества — люди, включая работников здравоохранения, семьи, местные сообщества, межправительственные и неправительственные организации, организации гражданского общества, а также

сектор частного предпринимательства — имеют определенные обязанности, касающиеся реализации права на здоровье. При этом государства-участники должны обеспечить создание среды, которая облегчает выполнение этих обязанностей.

Основные обязательства

43. В Общем Комментарии Номер 3 Комитет подтверждает, что государства-участники имеют основное обязательство — гарантировать удовлетворение по крайней мере минимально необходимых уровней каждого из прав, изложенных в Соглашении, включая необходимое первичное здравоохранение. Вместе с более современными документами, такими, как Программа действий Международной конференции по населению и развитию,⁶⁹ Алматинская Декларация предоставляет собой всестороннее методическое руководство по основным обязательствам, проистекающее из ст. 12. Соответственно, по мнению Комитета, эти основные обязательства включают, по крайней мере, следующие:

(а) Гарантировать право доступа к помещениям и оборудованию медицинских учреждений, товарам и услугам на недискриминационной основе, в особенности для социально уязвимых или маргинализированных групп;

(б) Гарантировать доступ к минимально необходимой пище, которая должна быть адекватной и безопасной в питательном отношении, чтобы гарантировать всем свободу от голода;

(с) Гарантировать доступ к базовым убежищам, жилью, канализационным системам, а также к адекватному источнику безопасной и пригодной для питья воды;

(д) Обеспечить необходимые лекарственные препараты, которые время от времени будут определяться Программой действий ВОЗ по необходимым лекарственным препаратам;

(е) Гарантировать равномерное распределение всех помещений и оборудования медицинских учреждений, товаров и услуг;

(ф) Принимать и реализовывать стратегию национального здравоохранения, а также план действий, на основе эпидемиологических доказательств, обращаясь к проблемам здоровья всего населения; стратегия и план действий должны быть разработаны, а также должны периодически пересматриваться с использованием совместного и прозрачного процесса; они должны включать такие методы, как индикаторы и контрольные точки права на здоровье, с помощью которых можно точно оценить прогресс; в процессе, по которому разрабатывается стратегия и план

⁶⁹ Сообщение международной конференции по населению и развитию, Каир, 5-13 сентября 1994 г. (Публикации Объединенных Наций. Вып. № E/95.XIII.18), глава I, решение 1, приложение, главы VII и VIII.

действий, а также в их содержании должно уделяться особое внимание всем социально уязвимым или маргинализированным группам.

44. Комитет также подтверждает, что ниже приведены обязательства с сопоставимой приоритетностью:

(а) Гарантировать медицинскую помощь в отношении репродукции, материнства (пренатальную и постнатальную) и здоровья детей;

(б) Обеспечить иммунизацию против основных инфекционных болезней, которые имеют место в сообществе;

(с) Принять меры по профилактике, лечению и контролю над эпидемическими и эндемическими заболеваниями;

(д) Обеспечить образование и доступ к информации по основным проблемам со здоровьем в сообществе, включая методы профилактики и контроля над ними;

(е) Обеспечить соответствующее обучение персонала здравоохранения, включая обучение в области здоровья и прав человека.

5. Во избежание недоразумений Комитет хочет подчеркнуть, что он возлагает особую надежду на государства-участники и другие субъекты, у которых есть возможность помочь, оказать международную помощь и обеспечить «международное сотрудничество, в особенности — экономическое и техническое»⁷⁰, что позволит развивающимся странам выполнить свои основные и другие обязательства, указанные в приведенных выше параграфах 43 и 44.

III. Нарушения

46. В том случае, когда нормативное содержание ст. 12 (ч. I) применяется к обязательствам государств-участников (ч. II), запускается динамический процесс, который облегчает идентификацию нарушений права на здоровье. В следующих параграфах приведены примеры нарушений ст. 12.

47. При определении того, какие действия или упущения составляют нарушение права на здоровье, важно отличать неспособность государства-участника от нежелания того же государства-участника выполнять свои обязательства в соответствии со ст. 12. Это следует из ст. 12.1, в которой говорится о максимально достижимом стандарте здоровья, а также из ст. 2.1 Соглашения, которая обязывает каждое государство-участник предпринимать необходимые шаги, используя для этого максимум доступных ему ресурсов. Государство, которое не хочет максимально использовать доступные ему ресурсы для реализации права на здоровье, нарушает свои обязательства в соответствии со ст. 12. Если ограничения ресурса делают невозможным для государства полноценное выполнение его обязательств по данному соглашению, оно должно

⁷⁰ Соглашение, ст. 2.1.

доказать, что несмотря на это, им были предприняты все возможные усилия, чтобы использовать все ресурсы, которые есть в его распоряжении, чтобы выполнить в первоочередном порядке все обязательства, в общих чертах описанные выше. При этом следует подчеркнуть, что государство-участник не может ни при каких обстоятельствах обосновать несоблюдение основных обязательств, изложенных в параграфе 43 выше, которые не подлежат ограничительному толкованию.

48. Нарушения права на здоровье могут иметь место через прямое влияние государств или других юридических лиц, недостаточно регулируемых государствами. Принятие любых регрессирующих мер, несовместимых с основными обязательствами в отношении права на здоровье, описанных в параграфе 43 выше, составляет нарушение права на здоровье. Нарушения в виде действий комиссии включают формальную отмену или приостановку действия законодательства, необходимого для длительного использования права на здоровье, или принятие законодательства или политики, которые явно несовместимы с существующими внутренними или международными правовыми обязательствами относительно права на здоровье.

49. Нарушения права на здоровье могут также быть вызваны бездействием или нежеланием государств принять необходимые меры, которые являются следствием правовых обязательств. Нарушения в виде бездействий включают нежелание сделать соответствующие шаги для реализации в полной мере всеобщего права на наличие самого высокого достижимого стандарта физического и умственного здоровья, отказ от национальной политики в области гигиены труда и техники безопасности, а также отказ от национальной политики в области охраны здоровья на производстве, и нежелание принимать соответствующие законы.

Нарушения обязательства по соблюдению

50. Нарушения обязательств по соблюдению представляют собой те действия государства, ту политику или те законы, которые нарушают стандарты, изложенные в ст. 12 данного Соглашения, и вероятно приведут к телесным повреждениям, ненужной заболеваемости и предотвратимой смертности. Примеры включают отказ в доступе к помещениям и оборудованию медицинских учреждений, товарам и услугам для конкретных лиц или групп лиц в результате дискриминации; предвзятой информации; предвзятой отказ в предоставлении или искажении информации, жизненно важной для защиты здоровья или для лечения; приостановка законодательства или принятия законов или политики, которые мешают использованию любого из компонентов права на здоровье; а также нежелание государства принимать во внимание его правовые обязательства относительно права на здоровье при вступлении в двусторонние или многосторонние соглашения с другими государствами, международными

организациями и другими юридическими лицами, такими, как транснациональные корпорации.

Нарушения обязательства по защите

51. Нарушения обязательства по защите следуют из нежелания государства принять все необходимые меры для защиты людей в пределах их юрисдикции от нарушений права на здоровье третьими лицами. Эта категория включает такие бездействия, как отказ регулировать действия людей, групп или корпораций, чтобы воспрепятствовать нарушению ими права на здоровье других; отказ защитить потребителей и рабочих от методов, вредных для здоровья, например, работодателей и изготовителей лекарств или продуктов питания; нежелание препятствовать производству, маркетингу и потреблению табака, наркотиков и других вредных веществ; нежелание защитить женщин от насилия или преследовать по суду преступников; нежелание препятствовать длительному соблюдению вредных традиционных медицинских или культурных обычаев; а также нежелание принять или провести в жизнь законы, направленные на предотвращение загрязнения воды, воздуха и почвы добывающей и обрабатывающей промышленностью.

Нарушения обязательства по выполнению

52. Нарушения обязательства по выполнению следуют из отказа государств-участников сделать все необходимые шаги, чтобы гарантировать реализацию права на здоровье. Примеры включают нежелание принимать или проводить политику общественного здравоохранения, нацеленную на то, чтобы гарантировать право на здоровье для всех; недостаточные расходы или нерациональное использование общественных ресурсов, которое приводит к нарушению использования права на здоровье людьми или группами, в особенности социально уязвимыми или маргинализированными; отсутствие контроля реализации права на здоровье на государственном уровне, например, путем идентификации индикаторов и контрольных точек права на здоровье, а также нежелание принять меры, чтобы уменьшить несправедливое распределение помещений и оборудования медицинских учреждений, товаров и услуг; нежелание принять гендерно направленный подход к здоровью; а также отсутствие снижения смертности среди детей и материнской смертности

ИНСТИТУТ МОРАЛЬНОЙ ВЛАСТИ В КОНСТИТУЦИОННЫХ ПРОЕКТАХ СИМОНА БОЛИВАРА

Проект Конституции Венесуэлы 1819 г. Общеизвестно, что концепция разделения властей с момента ее реализации в первых конституциях, принятых в Северной Америке и Европе в конце XVIII — начале XIX вв., претерпела существенные изменения. Одним из них является отказ отдельных законодателей от трехэлементной структуры государственной власти и введение ее новых ветвей. К таковым относятся Моральная власть, предложенная пламенным борцом за освобождение латиноамериканских колоний от испанского владычества, Освободителем⁷¹ Венесуэлы, Колумбии, Эквадора, Перу, Боливии, Симона Боливаром (1783–1830). Отечественный историк А.Ф. Шугльовский справедливо отметил, что С. Боливар «не раз ссылался на труды выдающегося мыслителя эпохи Просвещения Монтескье, однако в своих конституционных проектах Освободитель во многом, и притом по важным вопросам, отходил» от его идей.⁷²

Впервые институт Моральной власти нашел свое оформление в конституционном проекте Республики Венесуэла, представленном С. Боливаром Второму Генеральному конгрессу Венесуэлы, открывшему заседания 15 февраля 1819 г. в Ангостуре. Он был создан в условиях, когда освободительное движение колонистов, имевшее «очевидные успехи» в результате успешной кампании Освободителя на севере Южной Америки, ослабилось «отсутствием единства среди патриотов и разногласием между их руководителями». ⁷³ Поэтому возникла необходимость в создании «авторитетного политического органа, вокруг которого объединились бы все патриоты» на освобожденных от испанского господства провинций Венесуэлы.⁷⁴

⁷¹ С. Боливар был провозглашен «Освободителем Венесуэлы» в 1813 г. муниципалитетом Каракаса. В 1819 г. по вступлении в Боготу после легаттарного перехода через Анды летом 1819 г. и победы над испанцами в р. Бояке он был провозглашен «Освободителем» Новой Гранады.

⁷² Шугльовский А.Ф. Борьба за независимость и борьба за духовную и культурную самостоятельность молодых латиноамериканских государств (Боливар и идея американизма) // Симон Боливар: История и современность. М., 1985. С. 20.

⁷³ 5 июля 1811 г. была провозглашена первая Венесуэльская республика, просуществовавшая всего несколько месяцев. 21 декабря 1811 г. была принята первая венесуэльская Конституция. Вторая республика была создана после вступления войск Боливара в Каракас в начале августа 1813 г. Она просуществовала до декабря 1814 г. Второй генеральный конгресс, созванный в 1819 г. в Ангостуре — столице венесуэльских провинций, освобожденных от испанского владычества, — провозгласил независимость Венесуэлы и 15 августа 1819 г. принял новую Конституцию.

⁷⁴ Альперович М.С., Слегин Л.Ю. Образование независимых государств в Латинской Америке (1804–1903). М., 1966. С. 106.

В обращении к Конгрессу, произнесенном 15 февраля 1819 г., в день открытия заседаний, С. Боливар заявил, слагая с себя диктаторские полномочия и представляя конституционный проект: «Счастлив тот Гражданин, который при содействии воинства под своим началом смог созвать представителей верховной власти, дабы исполнять суверенную волю Народа. Посему я считаю себя одним из тех, кого в высшей мере облагодетельствовало Божественное Провидение, ибо имею честь объединить представителей Народа Венесуэлы в этом Государственном Конгрессе, который является источником законных прав, хранителем суверенитета и властителем судеб Народа. Вручая представителям Народа доверенные мне ранее бразды правления, я поступаю так по велению собственного сердца, согласно пожеланию моих Сопраждан и в интересах наших будущих поколений, которые столь многого ждут от вашей мудрости, справедливости и благоразумия». ⁷⁵ Следует отметить, что во время войны за независимость на С. Боливара несколько раз возлагались диктаторские полномочия. Это обосновывалось, как отмечал А.Ф. Шугльовский, характерным для того времени обращением «к временам древней Римской республики... Сам Боливар брал на себя бремя диктаторских полномочий во имя доведения войны за освобождение до победного конца, торжества дела патриотов». ⁷⁶

Проект конституции, предложенный С. Боливаром, включал положения о правах и свободах человека и гражданина, о гражданских обязанностях, об организации территории, о местном управлении, о законодательной, исполнительной и судебной властях, о пересмотре Конституции. ⁷⁷ Текст состоял из статей, объединенных в отделы, в рамках которых проводилась их нумерация, и затем в главы. Некоторые главы не содержали деления на отделы, а сквозная нумерация статей по всему тексту отсутствовала. Положения о Моральной власти были оформлены в виде Приложения к Конституции. ⁷⁸

Предложение о введении Моральной власти. Документ содержал положения о Моральной власти, реализуемой специализированным органом — Арсопагом и устанавливал его состав, порядок формирования, структуру, правила функционирования, полномочия и функции власти. ⁷⁹

⁷⁵ Боливар С. Речь в Ангостуре // Боливар С. Избр. произведения: Речь, статьи, письма, воззвания. 1812–1830. М., 1983. С. 76–77.

⁷⁶ Шугльовский А.Ф. Боливар и идея борьбы вокруг путей развития молодых латиноамериканских государств // Латинская Америка. 1983. № 7. С. 19.

⁷⁷ Текст конституционного проекта 1819 г. по ндл.: *Proyecto de Constitución para la República formado por el Jefe Supremo, y presentado al Segundo Congreso Constituyente para su examen* // Modelo Romano e formación del pensiero politico di Simon Bolivar. Vol. I. Testi costituzionali / A cura di M. Sassi y G. Lohrman. Napoli, 1995. P. 45–77.

⁷⁸ *El Poder Moral propuesto por Bolívar (Apéndice de la Constitución de Venezuela de 1819)* // Modelo Romano e formazione del pensiero politico di Simon Bolívar. P. 79–87. — Текст Конституции Венесуэлы 1819 г. см.: *Ibid.* P. 145–184.

⁷⁹ Документ в переводе автора данной ст. прилагается.

С. Боливар определил, что «сферой господства» «четвертой власти», станут дети и души людей, дух народа, добрые традиции и республиканская мораль». Автор проекта пояснил, что идея моральной власти «взята ею из глубины древности и тех забытых законов, которые действовали некоторое время, и добродетели греков и римлян».⁸⁰

Обращение к древним образцам не было случайностью. Известный венесуэльский конституционалист Р. Комбельяс обратил внимание на то, что С. Боливар как настоящий сын своего времени был воспитан на традициях унаследованной эпохой Просвещения из Древней Греции и республиканского Рима и предполагавшей заботу о гражданской добродетели. Однако он не был одинок еще ранее Миранда в своем проекте закрепил институт Цензоров с функцией надзора за публичным образованием и соблюдением добрых обычаев. Объявлялись наследниками просветителей Монтескье, Вольтера, Руссо и Дидро, для которых публичная этика составляла основной элемент успеха новых институтов.⁸¹ Действительно, Франсиско де Миранда, «Предвестник» независимости испанских колоний, в своих конституционных проектах 1798 и 1808 гг. предусмотрел введение магистерской должности Цензоров, на которых возлагалась обязанность, прежде всего, надзирать за нравственностью сенаторов и молодежи (1798), заботиться о публичном образовании и соблюдении добрых обычаев (1808).⁸² Кроме того, на С. Боливера, очевидно, повлиял и «импульс некоторых французских якобинцев, которые требовали введения власти Цензоров», будучи вдохновленными «предложением из раздела последней книги «Общественного договора» о гражданской религии».⁸³ С. Боливар, без сомнения, разделял римскую идею, которую выразил Цицерон в своем определении «народов» и «civitas» как объединения «с правом и общим интересом» (О республике. 1.39 и 6.13).⁸⁴ Моральная власть должна гарантировать этот интерес, путем участия в его формулировании и надзоре за его соблюдением. Следует принять во внимание замечание Сони Вейнгарт о том, что разрабатывая конституционную идею, С. Боливар учитывал накопленный опыт, включая римский, и анализировал социальную реальность Латинской Америки.⁸⁵ Объявляя принцип народного суверенитета («суверенитет принадлежит сообществу граждан»), Освободитель

⁸⁰ Боливар С. Речь в Апостолуре. С. 92.

⁸¹ Combellas R. Poder constituyente. Caracas, 2000. P. 175.

⁸² См. подробнее: Алексеев Т.А. Римское публичное право как источник конституционных проектов Франсиско де Миранда // Сравнительно-правовой подход при анализе источников права: Труды Лаборатории сравнительно-правовых исследований / Под ред. Т.А. Алексеевой. М.В. Антонова. СПб., 2010. С. 36.

⁸³ Catalano P. Principios constitucionales bolivarianos // Teoría del derecho e dello stato: Rivista Europea di cultura e scienza jurídica. 2007. N 2. P. 293.

⁸⁴ Цицерон М.Т. О республике // Цицерон М.Т. О государстве. О законах. О старости. О дружбе. Об обязанностях. Речь. Письма / Вступ. ст. Е.В. Лаврушина. М., 1999. С. 638.

⁸⁵ Weingart S. Observaciones en torno al constitucionalismo bolivariano // Asia, Africa, Latin America. Berlin. 1985. № 14. P. 51.

понимал необходимость образования граждан создаваемого государства и поддержания нравственного единства «общества», которое предстояло сформировать из весьма разнообразных социальных групп, имевшихся в то время в колониях.

С. Боливар определил три исторических источника создания Моральной власти: афинский ареопаг, римские цензоры и спартанская система воспитания. Он также выделил то главное, что может быть взято из них, и подчеркнул влияние каждого из трех образов на одну из трех частей проекта. Так, Освободитель предложил заимствовать «у Афин их ареопаг и их хранителей обычаев и законов», «у Рима его Цензоров и его суды».⁸⁶ Он призывал, «сотворив святой альянс из этих институтов нравственности», возродить «в мире на новой основе идею Народа, который не довольствуется только тем, что он свободен и могуществен, а хочет быть и высоконравственным». Третий источник — «суровая система воспитания» — воспринимается из Спарты для создания образовательной составляющей в деятельности Моральной власти. Освободитель призывал направить «упомянутые три источника в единое русло нравственных добродетелей».⁸⁷

Ареопаг. Представляя цель и задачи учреждения органа Моральной власти, С. Боливар призывал: «Создадим такой ареопаг, который ... очистил бы Республику от всякой скверны, пресекал проявления неблагодарности, эгоизма и равнодушия к Родине, леность и беспечности граждан, в зародыше искоренял бы коррупцию и пагубные задатки и, формируя добрые традиции, подвергал бы виновных нравственным наказаниям, подобно тому, как закон сурово карает преступников. Ибо наказывать следует не только за несоблюдение законов, но и за их извращение; не только за их подрыв, но и за их критику; не только за нарушение Конституции, но и за неуважение к обществу».⁸⁸

Моральная власть вручается коллегияльному Ареопагу (ст. 1.1), имеющему название древнего афинского аристократического органа. О последнем напоминает и весьма многочисленный состав Ареопага (41 человек), и его патриархальный характер по отношению к соотечественникам, выражавшийся в признании личности члена Ареопага «священной» и в закреплении за ними звания «отцы Отечества» (ст. 1.7), а за теми, кто является таковыми в течение 25 лет, — «заслуженные отцы Отечества» (ст. 1.6). Орган Моральной власти признается «судом по существу безупречным и священным» (ст. 1.12). Как и в Афинах, деятельность Ареопага должны сопровождать «сыновнее уважение» со стороны всех судов и корпораций (ст. 1.7), почести во время публичных мероприятий, знаки отличия и особое

⁸⁶ Боливар С. Речь в Апостолуре. С. 92.

⁸⁷ Там же.

⁸⁸ Там же.

облачение (ст. 1.9). Учреждение органа должно ознаменоваться «экстраординарным торжеством с церемониями и представлениями» (ст. 1.8).

Члены Ареопага избираются Генеральным конгрессом, осуществляющим законодательную власть. Кандидат должен отвечать особым требованиям: быть отцом семейства, давним образование своим собственным детям, отличиться проявлением публичной добродетели. Сформированный Ареопаг впоследствии кооптирует новых членов, которые занимают вакантные места, освобожденные в связи со смертью или исключением коллег, при этом, выбор делается из числа граждан, которые достигли 35 лет (ст. 1.3–1.5).

Глава Моральной власти — председатель Ареопага избирается Сенатом из числа «самых достойных граждан республики», представленных двумя списками: списком из 12 кандидатов, предложенных Палатой представителей, и списком из 12 кандидатов, предложенных Президентом Республики (ст. 1.14).

Звания председатели и членов Ареопага являются пожизненными, они утрачиваются лишь в случае смерти или исключения из его состава (ст. 1.10). Последнее возможно по решению исключительно самого Ареопага в случае совершения деяния, которое делает «отца отечества» «недостойным публичного почтения». Исключение из состава может иметь место по инициативе самого Ареопага или по решению Сената, строго обязательного для исполнения (ст. 1.1.13). Принятие Сенатом трех таких решений в течение 12 лет, влечет обязанность Конгресса осуществить выборы трех новых ареопагитов, а также переизбрать тех «отцов отечества», которые все три раза проголосовали против исключения недостойных членов из состава Ареопага (ст. 1.15).

Использование афинского образца не исключало римского влияния на первую часть приложения, что особенно проявляется в статьях, закрепляющих статус Моральной власти. Итальянский ученый П. Каваллари сделал вывод о том, что «постоянный характер состава Ареопага и пожизненное звание его членов также демонстрирует римское происхождение Моральной власти». ⁸⁹ Очевидно, исследователь имел в виду мнение Цицерона, отраженное в трактате «О законах» (3.XX.46), в котором римский юрист предложил «заботу о законах поручить Цензорам, так как мы желаем, чтобы они всегда существовали в государстве». ⁹⁰ Так, Цицерон предложил сделать эту магистратуру непрерывной и длящейся пять лет, а не 18 месяцев. ⁹¹ С. Боливар, опираясь на римский опыт и его осмысление знаменитым юристом и оратором, еще более усилил значение органа.

⁸⁹ Cavallari P. Modelli e precedenti del Consejo Moral Republicano // Teoría del diritto e dello stato. 2007. № 2. P. 344–345.

⁹⁰ Цицерон М.Т. О законах // Цицерон М.Т. О государстве. О законах. О старости. О дружбе. Об обязанностях. Рим. Письма. С. 222.

⁹¹ Catalano P. Principios constitucionales bolivarianos // Teoría del diritto e dello stato. 2007. N. 7. P. 292; Vallidians G. Attualità del pensiero politico di Cicerone // Cicerone e la politica. A cura di F. Salerno. Napoli. 2004. P. 113.

обеспечивающего стабильность нравственных устоев общества, поскольку считал, что эта деятельность никогда не должна прерываться.

По мнению исследователя Э. Росо Акунья, еще одним «замечательным свидетельством римского влияния» является характерная «священность» Ареопага, упоминание о публичных торжественных актах, которые, «подобно символическим литургиям в Риме», демонстрировали «мощную связь между Ареопагом и народом», как в древности между Цензоров и народом. ⁹² Однако наибольшее заимствование римского опыта имело место все же при закреплении компетенции органа Моральной власти.

Ареопаг действует как в полном составе, так и в составе двух палат. Компетенция Ареопага как единого органа была исчерпывающим образом определена ст. 1.16. Она включала организационные, поощрительные и порицательные полномочия. Комментируя компетенцию Моральной власти, исследователь Д. Валдитара объяснил ее «потребностью морализировать общественную жизнь и сделать правильным управление государством». ⁹³ Реализация первой группы полномочий (ст. 1.161–1.16.4) создает условия для функционирования Ареопага. К данной группе относятся следующие: обеспечение финансирования своей деятельности, формирование двух палат, назначение секретарей. Кроме того, выше отмечались права Ареопага замещать освободившиеся места, а также исключать из своего состава членов, совершивших проступки, которые делают их «недостойными общественного почтения». Последнее полномочие аналогично тому, что имели римские цензоры, наделенные правом исключать из числа сенаторов недостойных лиц. ⁹⁴ Информирование Ареопага о предосудительных деяниях объясняется обязанностью всякого гражданина, поскольку его характеристиками являются «безупречность и святость» (ст. 1.12). Признание необходимости заботы частных лиц о публичном интересе — древняя римская традиция.

Ареопаг наделяется правомочиями поощрять тех, кто отличился проявлением патриотизма и добродетели, и создавать представление о моделях должного поведения. Для достижения этой цели Ареопаг, во-первых, ежегодно должен вручать награды и гражданские отличия: во-вторых, объявлять достойных «героями» и «великими людьми»; в-третьих, оглашать «имена добродетельных граждан и деяния, служащие образцами морали и благовоспитанности»; в-четвертых, называть «для публичного почитания» имена учителей и воспитателей, достигших наибольших успехов в профессиональной деятельности (ст. 1.16.5–

⁹² Razo Acuña E. Estudio preliminar // Obra política y constitucional de Simón Bolívar / Estudio preliminar, analogía y notas de E. Razo Acuña. Madrid. 2007. P. LXXVI.

⁹³ Vallidians G. Attualità del pensiero politico di Cicerone. P. 112.

⁹⁴ Costa E. Storia del Diritto Romano Pubblico. Firenze. 1920. P. 151–152; Павловский И.А. История римского права. СПб. 1998. С. 112.

1.16.7). Ареопаг вправе наказывать граждан, допустивших нарушения норм морали (ст. 1.16.7) путем лишения ранее врученных им наград и гражданских отличий, также объявлением о бесчестии и позоре «порочных людей и актов развращенности и непристойного поведения». Как справедливо отметил итальянский исследователь А. Баттиста, Ареопаг, подобно римским цензурам, «не налагал санкции физического или экономического характера», но санкции, гораздо более серьезные с точки зрения Боливара: общественное порицание, наложение знака бесчестия, который мыслится как юридически значимый для исключения из списка кандидатов для занятия всякой публичной должности.⁹⁵

С. Боливар предусмотрел в структуре Ареопага две палаты с четкой закрепленной за ними компетенцией: Палату Образования и Палату Морали. Каждая из них состояла из 20 ареопагитов, один из которых назначал председателем палаты. В обращении к Генеральному конгрессу С. Боливар заявил: «Народное образование должно стать нашей первейшей заботой и пользоваться отеческой любовью конгресса. Мораль и просвещение — опоры Республики, мораль и просвещение — наша насущная необходимость».⁹⁶ Для обеспечения надежности первой основы Освободитель предложил учредить Палату Морали второй — Палату Образования.

Палата Морали. Основными «вдохновителями» автора конституционного проекта при оформлении полномочий палат стали римские цензуры и идеи Ж.-Ж. Руссо. Его огромное влияние на убеждения С. Боливара отмечают все исследователи. Так, отечественный историк А.Ф. Шульговский писал: «Жан-Жак Руссо стал верным спутником» всей жизни С. Боливара; с «Общественным договором» Боливар не расставался даже во время своих военных походов и кампаний».⁹⁷ Известно, что экземпляр «Общественного договора, который» пользовался Наполеон, принадлежал С. Боливару и по его завещанию был передан в Университет Каракаса, где хранится по сей день.⁹⁸

Римский опыт был использован С. Боливаром прежде всего в части закрепления компетенции Палаты. Подобно Цензорам, ей надлежало обеспечить стабильные основы общественной морали и нравственного состояния общества. Ее функции (или основные направления деятельности) могут быть разделены на три группы: формирование единого представления «о морали всей республики», поощрения достойного поведения граждан и наказания «пороков». Исследователи конституционной истории Латинской Америки обратили внимание на то, что большинство

⁹⁵ Batistia A.M. El poder moral: el modelo clásico de Bolívar // Constitucionalismo latino y liberalismo. Bogotá 1990. P. 41.

⁹⁶ Боливар С. Речь в Ангостуре. С. 92.

⁹⁷ Шульговский А.Ф. Борьба за независимость и борьба за духовную и культурную самостоятельность молодого латиноамериканского государства... С. 14.

⁹⁸ Catalano P. Principios constitucionales bolivianos: origen y actualidad // El nuevo derecho constitucional latinoamericano / Dir. por R. Conbellas. Caracas, 1996. Vol. II. P. 547.

влияние, которое оказала на проект С. Боливара глава VII книги 4 труда Ж.-Ж. Руссо «Об общественном договоре», на «созвучие» его предложений идеям, «дорогим политической педагогике якобинцев, занимававшим их ранее: об учреждении инстанций, контролирующей общественную мораль, которая действует от имени суверена и гарантирует чистоту, преемственность социальной практики».⁹⁹ Вслед за Ж.-Ж. Руссо, называвшего Цензоров «судом», Освободитель употребил термин «юрисдикция» в отношении деятельности Палаты Морали.

Юрисдикция, осуществляемая Палатой морали, очевидно, демонстрирует преемственность конституционного проекта 1819 г. с принципами и концепциями римского права. Предметами внимания палаты и ее изучения являются акты (действия и решения): во-первых, повторяемые, и поэтому формирующие «обычай или обыкновение», и, во-вторых, однократные, если они являются «настоящим экстраординарным», что могут повлиять «положительно или отрицательно на публичную мораль» (ст. 2.2), в-третьих, обнародованные произведения, в том числе опубликованные, декларируемые, исполняемые иным образом (ст. 2.6).

В сферу компетенции Палаты попадают акты не только физических лиц, включая женщин (ст. 2.13), их объединений (семей и корпораций), по и судов, административно-территориальных единиц (департаментов и провинций) и всей республики (очевидно, их властей), в том числе правительства (ст. 2.4.). С. Боливар казуистично сформулировал несколько положений, демонстрирующих примеры поднадзорной деятельности: нарушение правительством договоров и невыполнение им своих обязательств (ст. 2.4), объявление публичного поощрения, национальный долг, договоры и соглашения, честность при ведении торговли, качество продаваемых товаров (ст. 2.8), отношение к родителям, старшим по возрасту, учителям, должностным лицам (ст. 2.9). Палате предписано исследовать содеянное и выносить решение, которое не может быть обжаловано, поскольку над Палатой есть лишь две «вышестоящие инстанции» — «мнение», очевидно, общественное и потомки (ст. 2.3). В этом С. Боливар следовал завету Ж.-Ж. Руссо: «Общественное мнение есть своего рода Закон, служителем которого выступает Цензор».¹⁰⁰

Подобно актам римских магистратов и Ареопага в целом, решения Палаты не являются принудительными актами. Она может лишь использовать «моральные наказания», порицать «позором, бесчестием». Так, Палата вправе наложить «знак инфамии», отказать в выражении уважения (пронзвездениям), и объявить правительству или автора недостойным Республикой, наложить «моральное наказание».

⁹⁹ Valencia Villa H. La Constitución de la Quinera. Bogotá, 1982. P. 46.

¹⁰⁰ Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре // Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре: Трактаты. М., 2000. С. 310.

Кроме того, Палата ежегодно публикует списки публичных добродетелей пороков, а также списки лиц отличившихся первыми и замеченными в наличии вторых. Выступая в Ангостуре, Освободитель пояснил их значение: «Юридикс этого поистине священного трибунала должна быть ... лишь рекомендательной в отношении приговоров и наказаний. Однако его анналы или реестры, где должны быть отражены его деяния или суждения, моральные принципы и поступки граждан, должны стать документами, отражающими пороки и добродетели, которыми будут знакомиться люди во время выборов, магистрат для принятия решений и судьи для вынесения приговоров».¹⁰¹

Обнародование указанных списков имеет не только моральное, но и юридическое последствие. Народ, избирательные коллегии, местные власти Президент Республики и Конгресс обязаны обращаться к ним при проведении выборов и назначений, а также при рассмотрении вопросов о предоставлении почестей и вознаграждений. Более того, гражданин, записанный в список опорооченных, утрачивает право занимать место на государственной службе и становиться должностным лицом (ст. 2.12). Таким образом, отмечает П. Кавалларе, имеется сходство с деятельностью Цензоров: решение Палаты «выполняет функцию порицания того, в отношении кого оно вынесено» и влечет ограничение для участия в общественной жизни.¹⁰² Факт же занесения в список добродетелей должен означать столь высокий уровень публичного признания, что иные специальные почести уже не требуются (ст. 2.12).

Для ведения деятельности Палате Морали предписывается организовывать полицию морали, в состав которой должны были войти цензоры в необходимом, по мнению Палаты, количестве. Они получают «почетный титул Катона Цензора который за свою службу и добродетели сделался достойным его» (ст. 2.11). Таким образом, влияние римского права становится еще более очевидным. Публичность значимость Палаты подчеркивается закреплением обязанности всех судов предоставлять ей «точные и подробные отчеты обо всех исках и уголовных делах» рассмотренных ими (ст. 2.12).

Палата по делам образования. Обосновывая необходимость создания Палаты, С. Боливар призывал: «Создадим такой арсенал, который пекся бы о воспитании детей, о национальном образовании...».¹⁰³ За Палатой по делам образования закреплялась обязанность заботиться о физическом и моральном воспитании детей с момента рождения до достижения ими 12 лет (ст. 3.1). Подробная детализация полномочий Палаты и способов их осуществления отражала признание автором проекта особой важности «одной из основных

¹⁰¹ Боливар С. Речь в Ангостуре, С. 92.

¹⁰² Cavallari P. Modelli e precedenti del Consejo Moral Republicano // Teoria del diritto e dello stato, 2007. № 2. P. 346.

¹⁰³ Боливар С. Речь в Ангостуре, С. 92.

обязанностей правительства — просвещения всего народа»,¹⁰⁴ а также его заботливость точной реализацией задуманного.

Функции Палаты могут быть классифицированы следующим образом: 1) организационно-просветительская, 2) организационно-управленческая, 3) информационно-аналитическая. Организационно-просветительская функция Палаты выражается в ее заботе о просвещении матерей путем создания и распространения «кратких и простых инструкций» (ст. 3.2), попечении о просвещении нации путем обеспечения публикации работ зарубежных авторов (ст. 3.3), а также стимулирование создания оригинальных трудов на основе имеющихся обычаев и традиций (ст. 3.4), опубликование работ самой Палатой (ст. 3.5), организация сбора информации об образовании по всему миру (ст. 3.6). Организационно-управленческая функция выражается в руководстве начальными школами (ст. 3.7); организации образовательных учреждений и процесса (ст. 3.9); в назначении директоров школ (ст. 3.10); разработке и представлении Конгрессу для принятия в качестве закона плана образования (ст. 3.11). Информационно-аналитическая функция проявлялась в ежегодной публикации списков и отчетов о демографической ситуации, о физическом здоровье интеллектуальных способностях детей (ст. 3.12); управлении «общественным мнением в сфере литературы» посредством создаваемого Философского института (ст. 3.13). Таким образом, С. Боливар предусмотрел создание «органа, действительно, руководящего образованием и обязанного подготовить, опираясь на семьи, структуры и программы для воспитания и обучения, одинаковые на всей национальной территории».¹⁰⁵

Забота о просвещении народа занимала С. Боливара постоянно, даже во время военных действий. Так, 11 декабря 1825 г. он подписал Декрет об обязанностях и полномочиях Генерального директора по делам общественного образования, в котором определялись основы данной публичной деятельности. Первейшей обязанностью правительства признается предоставление народу образования, которое должно быть «всеобщим и единым»; образовательные учреждения должны действовать в соответствии с законами государства. Образование рассматривается в качестве фундамента «духовного здоровья республики», поскольку оно «зависит от тех моральных качеств, которые ее граждане приобретают с детства».¹⁰⁶

Моральная власть и Конституция 1819 г. Введение института моральной власти не нашло поддержки у большинства депутатов Генерального конгресса

¹⁰⁴ *Сальседо-Бастардо Х.Л.* Перспективы осововершенного процесса и пример Боливара // Латинская Америка, 1983. № 7. С. 36.

¹⁰⁵ Cavallari P. Modelli e precedenti del Consejo Moral Republicano. P. 345.

¹⁰⁶ Декрет об обязанностях и полномочиях Генерального директора по делам общественного образования // Боливар С. Речь в Ангостуре, С. 194.

Венесуэлы, поскольку его расценили как институт «непрактичный и способный превратиться в худшую разновидность религиозной инквизиции». ¹⁰⁷ Декретом Конгресса от 15 августа 1819 г. было объявлено о принятии Конституции и о отказе включить в ее текст положения о Моральной власти. ¹⁰⁸ Они были оформлены как «приложение к Конституции», чтобы, привлечь к нему внимание граждан и с течением времени, собрав всю необходимую информацию, принять решение о введении или отказе от данного института.

Проект Конституции Боливии 1826 г. Несмотря на неудачу в 1819 г., Симон Боливар не отказался от идеи публичной заботы о моральном состоянии общества, которая бы осуществлялась специализированным государственным органом. Новая попытка ввести его была предпринята Освободителем в 1826 г.

16 мая 1825 г. С. Боливар, являвшийся с 1824 г. главой Республики Перу диктаторскими полномочиями, своим декретом объявил об образовании Республики Верхнего Перу и о созыве ее Учредительного собрания. ¹⁰⁹ Оно открыло свои заседания в Университете Чукисаки 10 июля 1825 г., ¹¹⁰ а 6 августа 1825 г. провозгласило суверенитет Верхнего Перу. Новое государство получило название Республики Боливар, ¹¹¹ а учредители приняли решение о вручении верховной власти С. Боливару и обратилось к нему с просьбой подготовить текст Конституции. ¹¹²

В конце 1825 г. Освободитель, передав свои полномочия товарищу по оружию Сукре, выехал из Боливии в Лиму, где он работал над конституционным проектом до 25 мая. Подготовленный проект был опубликован в Лиме 12 мая 1826 г. и немедленно направлен в Чукисаку. Вместе с ним 25 мая 1826 г. С. Боливар представил собранию записку, постатейно поясняющую содержание проекта. Оно получила большую известность и была опубликована в Лиме, Боготе, Каракасе, Кито и Буэнос-Айресе, переведена на английский язык в Лондоне и на французский в Париже под контролем Б. Константа и маркиза де Лафайета. ¹¹³

12 июля 1826 г. Учредительное собрание приступило к обсуждению конституционного проекта. 19 ноября 1826 г. собрание приняло Конституцию

¹⁰⁷ *Rozo Ascará E. Estudio preliminar // Obra política y constitucional de Simón Bolívar. P. LXXVI — См. также Catalano P. Principios constitucionales bolivianos // Teoría del derecho e dello status. Revista Europea de cultura e scienze giuridiche. P. 292.*

¹⁰⁸ Декрет 15 августа 1819 г. см.: *Modello Romano e formazione del pensiero politico di Simón Bolívar. Vol. I. P. 184.*

¹⁰⁹ Независимость Перу была провозглашена 28 июля 1821 г.

¹¹⁰ Территория современной Боливии (Верхнего Перу) входила в состав испанского вице-королевства Перу. В 1776 г. Верхнее Перу было включено во вновь образованное вице-королевство Ла-Плата. В 1782 г. ему были предоставлены некоторые автономия. Республика Перу 23 февраля 1825 г. и Ла-Плата 9 мая 1825 г. признали независимость Верхнего Перу. См. подробнее: *Резюмван Н.Н. Боливия. Выходящая ст. // Конституция государства американского континента: В 3 т. / Под ред. Г.С. Гурвича. Т. 1. М., 1957. С. 43-44; Ливинцев К.Е., Выходящая III Боливия (очерк конституционного развития, общественного и государственного строя). Л., 1963. С. 9.*

¹¹¹ Подлинное государство было названо Боливарианской республикой и, наконец, Республикой Боливия.

¹¹² 28 октября 1826 г. Сукре был избран первым президентом новой республики.

¹¹³ *Valencia Villa H. La Constitución de la Quinera. Bogotá, 1982. P. 52.*

Боливии. 9 декабря 1826 г. проект С. Боливара с некоторыми изменениями так же был принят в качестве Конституции Перу.

Текст боливарианской Конституции ¹¹⁴ лишь незначительно отличается от проекта, предложенного С. Боливаром. ¹¹⁵ К числу таких изменений относятся установление требования достижения кандидатами в Палату Цензоров 35-летнего возраста (п. 2 ст. 50) ¹¹⁶ и некоторые другие. Осознавая неподготовленность учредителей к институционализации Моральной власти, Освободитель все же не желал отказываться от самой необходимости надзора за нравственным состоянием общества. Поэтому он вручил соответствующие функции одной из палат органа законодательной власти. Последний выбран был случайно, поскольку именно он в принимаемых законах устанавливает правила поведения субъектов, признает деяния правонарушающими, устанавливает за них ответственность, вводит правила отправления правосудия, контролирует исполнительную власть.

Политическая конституция Боливии состояла из 157 статей, объединенных в 10 разделов. Она закрепила принципы народного суверенитета (ст. 7), народного представительства (ст. 6), разделения властей (ст. 8). Своеобразием реализации последнего являлся отказ учредителей от трехэлементного состава государственной власти — «верховная власть разделялась для ее осуществления на четыре ветви: избирательную, законодательную, исполнительную и судебную» (ст. 8). Избирательную власть осуществлял «непосредственно гражданин, назначая от каждой сотни одного выборщика» (ст. 20). ¹¹⁷ При этом «избирательный корпус состоит из выборщиков, назначенных избирателями» (ст. 23). Именно он обладает правом назначать членов палат, предлагать кандидатуры для назначения на судебные и административные должности (ст. 26, в проекте — ст. 25). Законодательная власть «непосредственно исходит от избирательных корпусов, избранных народом»; ее осуществление принадлежит трем палатам: 1) трибунов, 2) сенаторов, 3) цензоров (ст. 27). Исполнительная власть вручалась Президенту, избранному пожизненно, Вице-президенту и трем государственным министрам (ст. 77). Правосудие осуществляется исключительно судами, созданными в соответствии с законом (ст. 99).

Вручение законодательной власти трем палатам, по существу трем самостоятельным органам, обнаруживает сходство боливарианского акта с Конституцией Французской республики 1799 г., измененной сенатусконсультами 1802 и 1804 г. Известно, что С. Боливар изучил многие конституционные законы

¹¹⁴ Текст Конституции по изд.: *Constitución política de Bolivia // Modello Romano e formazione del pensiero politico di Simón Bolívar. Vol. I. P. 185-220.*

¹¹⁵ Текст проекта см.: *Proyecto de Constitución para la República Boliviana // Modello Romano e formazione del pensiero politico di Simón Bolívar. Vol. I. P. 103-135.* — Далее ссылки на положения проекта приводятся лишь в случае их изменения в окончательном тексте Конституции.

¹¹⁶ Вместо 40, предусмотренных в проекте (п. 2 ст. 49).

¹¹⁷ По проекту от каждых десяти (ст. 19).

своего времени. Именно это и позволило ему, по мнению колумбийской конституционалистки Х. Валенсии Вилья, создать «оригинальный акт», который и объясняется исключительно особенностями испано-американской независимости «обеспечивает тесную связь с парадигмой законности западного буржуазного порядка».¹¹⁸

Законодательная власть осуществляется как «законодательным корпусом» так и каждой из трех палат. Наличие трех палат С. Боливар объяснял желанием обеспечить «гармоничное сочетание» частей Законодательного корпуса: он будет постоянно пребывать в состоянии раскола из-за отсутствия арбитра, как это происходит там, где есть всего две палаты. Поскольку будут три палаты, то разногласия между двумя спорящими сторонами решаются третьей, а любой вопрос изучается двумя спорящими сторонами при окончательном суждении третьей, беспристрастной».¹¹⁹

Вместе палаты образовывали Законодательный корпус, некоторое единство которому придавали общие правила его формирования и деятельности. К таковым относятся: количество членов в каждой палате в первые 20 лет (ст. 28),¹²⁰ точная установленная дата начала ежегодных заседаний без дополнительного созыва — 1 августа (ст. 29),¹²¹ четырехлетний срок полномочий легислатуры (ст. 34) двухмесячная продолжительность сессий (ст. 33), наличие общих полномочий (ст. 30), порядок включения членов в состав палат и их статус (ст. 28, ст. 31–33) основные правила деятельности (ст. 35–39, 41). Определенные полномочия палаты осуществляют вместе, действуя как единый Законодательный корпус (ст. 40). Вместе с тем, каждая из палат отличается особенностями формирования и имеет собственную компетенцию, указанную в Конституции. Так, состав Палаты Трибунов должен обновляться наполовину каждые два г. (ст. 44). К ее полномочиям относится инициатива принятия законов по финансовым, военным вопросам, внешней политике, публичных работах, региональном и местном управлении (ст. 43). Члены Палаты Сенаторов избираются на 8 лет, с обязательной ротацией половины состава палаты каждые четыре г. (ст. 48). К компетенции Палаты относятся назначение магистратов и судей, губернаторов и алькальдов, отдельных священников, надзор за осуществлением правосудия, а также законодательная инициатива по регулированию управления правосудия, созданию гражданского, уголовного, процессуального, торгового кодексов (ст. 47).

¹¹⁸ Valencia Villa H. La Constitución de la Quinera. Bogotá, 1982. P. 54.

¹¹⁹ Боливар С. Послание Учредительному конгрессу Боливии // Боливар С. Избр. произведения. С. 141. Текст Послания на испанском языке по изд.: *Discurso del Libertador al Congreso Constituyente de Bolivia // Modelo Romano e formación del pensiero politico di Simon Bolivar*. Vol. I. P. 89–102.

¹²⁰ По проекту — 30 (ст. 27).

¹²¹ По проекту — 25 мая (ст. 28).

С. Боливар признавал особую значимость Палаты Цензоров, входящей в структуру Законодательного корпуса, несмотря на то, что в обращении С. Боливара к учредителям в 1826 г. Цензорам уделено гораздо меньше внимания по сравнению с речью 1819 г.: «цензоры обладают политической и Моральной властью, несколько напоминающей власть афинского ареопага и римских Цензоров ... цензоры покровительствуют морали, наукам, искусствам, образованию и печати».¹²² Вновь столь важная для духовного здоровья Республики роль Палаты, как и Ареопага 1819 г., подчеркивается пожизненным пребыванием в ней ее членов (ст. 61). Хотя эта особенность стала «объектом мощной критики», она стала, как справедливо отметил колумбийский исследователь Х. Валенсия Вилья, одной из «основ конституционного здания, создаваемого Освободителем для Боливии».¹²³

Освободитель не отказался от заимствования афинского и римского опыта. Введение Палаты Цензоров не только названием связывает конституцию 1826 г. с проектом 1819 г. и римской цензурой, но и преемством в использовании политико-правовых идей. Последние и предопределили направления деятельности, полномочия и значения Цензоров в 1826 г.

Двадцать Цензоров (по проекту 30) избирались непосредственно избирательным корпусом, впоследствии освободившиеся места должны были заполняться самой Палатой из тройного списка кандидатов, представленных избирательным корпусом (п. 6 ст. 30 Конституции). Значимость Палаты подчеркивалась более высокими требованиями, предъявляемыми к ее членам, по сравнению с другими законодателями. Помимо соответствия требованиям, установленным для сенаторов и трибунов, они также должны были достичь 35-летнего возраста (ст. 35), в то время как сенатором мог стать гражданин, достигший 30 лет (п. 2 ст. 46), а трибуном — 28 лет (п. 4 ст. 42).¹²⁴ Кроме того, они ранее не должны были подвергаться наказаниям даже за совершение легких правонарушений (п. 3 ст. 50), в то время как сенаторы и трибуны — лишь за совершение уголовных преступлений. Поясняя высокие требования, предъявляемые к кандидатам в цензоры, С. Боливар указывал, что «им должна быть присуща абсолютная честность и безупречная репутация. Им доверено вменить в вину даже незначительные проступки. Этим жрецам закона я вручаю сохранение наших священных скрижалей, потому что именно они должны оберегать их от оквернитель».¹²⁵

¹²² Боливар С. Послание Учредительному конгрессу Боливии. С. 141.

¹²³ Valencia Villa H. La Constitución de la Quinera. P. 56.

¹²⁴ В проекте С. Боливара предусматривалось требование достижения 40 лет (п. 2 ст. 49), что было исключено учредителями в Перу.

¹²⁵ Боливар С. Послание Учредительному конгрессу Боливии. С. 142.

Исследователи отмечают, что компетенция Палаты Цензоров, хотя и в более умеренном виде, повторяла компетенцию моральной власти 1819 г.¹²⁶ Предметы деятельности Цензоров должны были стать: 1) соблюдение правительственных конституций, законов и общественных договоров, 2) развитие экономики образования, науки и искусства, обеспечение личной свободы; 3) замещение должностей судей Верховного суда, определенных церковных должностей, суд апелляционной инстанции по делам о нарушениях свободы печати; 4) поощрение добродетельного поведения и наказание лиц, совершивших самые опасные преступления.

Указанные предметы определили направления деятельности (функции) Палаты Цензоров. Таковыми стали: во-первых, осуществление надзора соблюдением исполнительной властью конституции, законов и общественных договоров (ст. 50 проекта и ст. 51 Конституции), во-вторых, участие в нормотворчестве (п. 2 и 4 ст. 59), в-третьих, назначение на указанные судебные церковные должности (п. 1 и 3 ст. 59), в-четвертых, обеспечение национальной признания тех, кто имеет заслуги перед Республикой и наказание тех, кто заслужил общественное презрение за содеянные преступления (п. 5–7 ст. 59).

Поясняя в своей записке первую функцию Палаты Цензоров, С. Боливар отмечал: «Они будут бдительно следить за тем, чтобы свято соблюдались конституция и договоры. Под их патронажем будет действовать Национальный суд, который будет выносить суждения о деятельности исполнительной власти». В соответствии с конституцией Палата Цензоров должна надзирать за тем, как управляющие («правительство», «исполнительная власть») соблюдают конституцию, законы и общественные договоры, заботятся об их исполнении. Обнаружив нарушения, цензоры вправе реагировать тремя способами: 1) доведением до сведения Сената информации о случаях нарушения исполнительной властью конституции, законов и международных договоров (п. ст. 50); 2) обращением к Сенату с требованием об отстранении от должности Вице-президента и Государственных секретарей (министров) (п. 3 ст. 50); 3) направлением в Сенат обвинений Вице-президента или Государственных секретарей в совершении измены, взяточничества или явного нарушения основных законов государства (ст. 52). В последнем случае, если Сенат посчитает обвинение основательным, начинается так называемый «национальный процесс (преследование)», который мог завершиться отстранением указанных лиц от должности и передачей дела для разбирательства в Верховный суд (ст. 52–57). Учитывая внимание учредителей именно к указанным выше функциям

¹²⁶ *Catalano P.* Tribunalato, censura, dictadura: conceptos constitucionales bolivarianos y continuidad romana en América // *Quaderni Latinoamericani*. VIII. Napoli, 1981. P. 41.

¹²⁷ Боливар С. Послание Учредительному конгрессу Боливари. С. 141.

П. Каваллари констатировал «скольжение моральной власти в направлении политического контроля конституционности и законности действий публичных властей, особенно исполнительной власти».¹²⁸

Роль Палаты Цензоров в нормотворчестве была представлена, с одной стороны, принятием законов о печати, экономике, плане образования и его метода, а с другой стороны, законодательным предложением регламентов для развития искусства и наук (п. 2 и 4 ст. 60). Отнесение правового регулирования данных «стратегических сфер», влияющих на здоровье и благополучие народа, именно к компетенции Палаты Цензоров, также позволяет оценивать ее как «резонанс института моральной власти, предложенной С. Боливаром в Ангостуре».¹²⁹

Участие в назначении на судебские и церковные должности должно было гарантировать, по мнению Э. Росо Акунья, осуществление власти в соответствии с действующим правом, обеспечить публичную порядочность и надлежащее управление, образование и воспитание граждан.¹³⁰

Комментируя четвертую функцию Цензоров, сам С. Боливар писал: «Именно цензоры защищать мораль, науки, искусство, образование и печать. На них лежат самые трудные и самые почетные обязанности. Они обрекают на вечный позор узурпаторов суверенной власти и закоренелых преступников. Они воздают почести выдающимся гражданам за их заслуги и доблести».¹³¹ Для осуществления четвертой функции цензоры уполномочены принимать решения о вручении национальных наград и поощрении за службу Республике; вводить чествование памяти великих людей, добродетелей; осуждать на вечный позор узурпаторов публичной власти, злостных изменников, отягченных преступников (п. 5–8 ст. 60). Очевидно, что последнее полномочие предполагало публичное моральное порицание лиц, осужденных в результате рассмотрения дела в суде.

Традиционно исследователи отмечают умеренный характер компетенции Палаты Цензоров по сравнению с Ареопагом по проекту 1819 г.¹³² Однако попытка на этот раз увенчалась успехом: конституционный проект стал основой конституций Боливии и Перу. Конституционный проект С. Боливара 1826 г. стал одним из основных юридических источников ныне действующей конституции Венесуэлы, принятой в 1999 г. Это влияние обнаруживается как в структуре, так и

¹²⁸ *Cavallari P.* Modelli e precedenti del Consejo Moral Republicano. P. 347.

¹²⁹ *Valencia Villa H.* La Constitución de la Quinica. P. 56.

¹³⁰ *Rozo Acuña E.* Estudio preliminar // *Obra política y constitucional de Simon Bolívar*. P. LXXVI–LXXVII.

¹³¹ Боливар С. Послание Учредительному конгрессу Боливари. С. 141–142.

¹³² *Catalano P.* Principios constitucionales bolivarianos // *Teoría del derecho e dello stato: Rivista Europea di cultura e scienza giuridica*. P. 292; *Cavallari P.* Modelli e precedenti del Consejo Moral Republicano. P. 347–348; *Rozo Acuña E.* Estudio preliminar // *Obra política y constitucional de Simon Bolívar*. P. LXXVI–LXXVII.

содержании основного закона, как в принципах, так и в закреплении отдельных институтов.¹³³

Моральная власть в Конституции 1999 г. Идея институционализации моральной власти возродилась в Венесуэле при разработке Конституции 1999 г. окончательном варианте основной закон закрепляет пять ветвей «национальной публичной власти»: законодательную, исполнительную, судебную, избирательную и гражданскую. Р. Комбеллас справедливо заметил: две последние восходят к конституционным идеалам С. Боливара. Однако гражданская власть отражает древнюю идею гражданской добродетели, которую проповедовали Аристотель, Макиавелли, Руссо, Миранда и Боливар. Идея публичной морали, по мнению конституционалиста, развивается ее.¹³⁴ Венесуэльский профессор конституционного права Х. Рондон де Сансо, подчеркивает, что гражданская власть действует в сфере обеспечения публичных интересов.¹³⁵

Гражданскую власть осуществляет Республиканский совет по моральным вопросам в свою структуру защитника народа, прокуратуру и генеральный контрольный орган Республики. Конституция закрепляет систему обеспечения их независимости от других властей. Статус совета детализирован Органическим законом о гражданской власти, принятым 25 октября 2001 г. Отечественный специалист в области латиноамериканских исследований Э.С. Дабаян отметил «безусловную новацию венесуэльского учредителя - создание гражданской власти, практически отсутствующей в других странах которой отводится особое место в решении проблем морально-нравственного этического характера...»¹³⁶

Заключение. В 1819 г. Симон Боливар предложил ввести моральную власть как четвертую ветвь государственной власти. Она вручалась государственному органу, порядок формирования которого, компетенция и основы деятельности были четко оформлены так же, как иных государственных органов. Его назначение состояло в создании нравственной основы и поддержании достойного морального состояния «общества граждан», в том числе путем распространения информации о примерах должного, добродетельного поведения и его поощрения, порицания ненадлежащего поведения и правонарушителей, заботой об образовании.

В 1826 г. Освободитель предложил «реплику моральной власти». Одна из законодательных палат была наделена разнообразными полномочиями, прямо ид

¹³³ Сравнение текстов на конституционном уровне представлено в статье: *Catalano P.* Notas para la interpretación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela según la doctrina de Simón Bolívar // *Revista de derecho*. Caracas (Venezuela). 2010. № 32. P. 1–12.

¹³⁴ *Combellas R.* Una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas 2001. P. 190–191.

¹³⁵ *Rondón de Sansó H.* Análisis de la Constitución Venezolana de 1999 (Parte orgánica y sistemas). Caracas, 2000. P. 247.

¹³⁶ *Дабаян Э.С.* Венесуэльская конституция 1999 г.: политико-юридическая характеристика // *ЛГА*. 2001. № 2. С. 52.

косвенно влиявшими на формирование у граждан представлений о должном и правильном поведении. Она уполномочивалась на поощрение и порицание, была обязана развивать публичное образование. Арсопаг в 1819 г. и Палата Центзоров в 1826 г. должны были заботиться о публичном (т.е., общем) интересе при реализации государственной власти, в отношениях между государством и обществом, а также между отдельными гражданами. Современники, а затем и исследователи по-разному оценивали предложения С. Боливара. Однако, несомненно, его конституционные предложения были яркими страницами в истории конституционализма XIX в., отражавшими системность идейных взглядов их автора, целостность его личности и последовательность борьбы за независимость испано-американских колоний.

МОРАЛЬНАЯ ВЛАСТЬ, ПРЕДЛОЖЕННАЯ БОЛИВАРОМ (приложение к Конституции Венесуэлы 1819 г.)¹³⁷

1. О составе, выборах, сроке полномочий, прерогативе и функциях данной власти

Ст. 1. Моральная власть Республики осуществляется органом, состоящим из Президента и 40 членов, которые после назначения Ареопагом осуществляют полную и независимую власть в отношении соблюдения публичных обычаев и отношении первого образования.¹³⁸

Ст. 2. Ареопаг состоит из двух палат:

Первая — Палата Морали,

Вторая — Палата Образования.

Ст. 3. Конгресс в первый раз назначает большинством голосов членов, которые должны войти в состав Ареопага, избрав их из числа отцов семейств наиболее отличившихся образованием своих детей, и особенно публичных добродетелями. После формирования Ареопаг сам обеспечивает замещение должностей, которые становятся вакантными.

Ст. 4. Президент Ареопага должен всегда назначаться Сенатом из двенадцати кандидатов, каждый из которых состоит из 12 кандидатов из числа самых достойных граждан Республики; при этом один из них представляется Палатой представителей и другой Президентом Республики. Для избрания требуется большинство в две трети голосов присутствующих членов Сената.

Ст. 5. Для того чтобы стать членом Ареопага, требуется, помимо публичных добродетелей, достижение кандидатом 35-летнего возраста.

Ст. 6. Тот, кто в течение 25 лет исполняет обязанности члена Ареопага, объявляется Заслуженным отцом Отечества, при этом он до конца жизни сохраняет право, но не обязанность, присутствовать на заседаниях и участвовать в голосованиях.

Ст. 7. Члены Ареопага именуются отцами Отечества, их личности священны и все власти Республики, суды и корпорации должны оказывать им сыновье уважение.

Ст. 8. Учреждение Ареопага должно быть отмечено экстраординарным торжеством с церемониями и представлениями для того, чтобы внушать самую высокую и религиозную идею его создания, а также праздниками по всей Республике.

Ст. 9. Конгресс установит специальным актом почести, воздаваемые Ареопагу, его превосходство, подчеркиваемое во время праздников и публичных актов, его облачение и знаки отличия, а также то, что свойственно благородству, которое должна воплощать Моральная власть.

Ст. 10. Титул председателя и членов Ареопага утрачивается лишь в случае смерти или исключения из его состава.

Ст. 11. Ни один член Ареопага не может быть исключен из его состава иначе, как по решению Ареопага.

Ст. 12. Поскольку Ареопаг является судом по существу безупречным и святым, всякий гражданин должен сообщать ему о недостатках, которые замечены у его членов, и Ареопаг должен исключить их из своего состава, какой бы ни была причина, делающая их недостойными общественного почтения.

Ст. 13. В случае если член Ареопага совершит предосудительный поступок, а корпус не исключит его из своего состава, Правительство должно дважды предложить ему сделать это; если же этого не будет сделано, оно информирует о случившемся Сенат. Если Сенат не признает у обвиненного наличия добродетелей, необходимых для отца семейства, то принимает решение, обязывающее Ареопаг исключить его из своего состава.

Ст. 14. В случае, когда Ареопаг исключает кого-либо из своего состава, объявляется траур на три дня, а место исключенного в течение 50 дней остается закрытым черным сукном, на котором белыми буквами написано его имя.

Ст. 15. Если в течение 12 лет имелись основания для того, чтобы Сенат три раза требовал исключения членов из состава Ареопага, Конгресс должен обновить его состав так, как это было при его начальном формировании, и вся Республика должна носить траур в течение месяца. В этом случае Конгресс должен исследовать случившееся и обязательно переизбрать тех членов, которые все три раза были против исключения из состава Ареопага.

Ст. 16. Функциями Ареопага, как единого органа, объединяющего две палаты, являются следующие:

Первое: Назначать по 20 членов в состав каждой палаты и назначать из них того, кто будет председательствовать, когда этого не делает председатель Ареопага, который имеет право участвовать в заседаниях и голосовать в любой из них.

Второе: Принимать решение об исключении из состава Ареопага, как было установлено, и назначать тех, кто займет вакантные места после смерти или исключения из состава его членов.

Третье: Назначать из своего состава секретаря или секретарей, которые необходимы для его деятельности и для деятельности каждой из палат.

Четвертое: Просить Конгресс о выделении фондов, необходимых для покрытия расходов и осуществления деятельности; требовать отчета у своих

¹³⁷ Перевод по изданию: *El Poder Moral propuesto por Bolívar* (Apéndice de la Constitución de Venezuela 1819) // *Modello Romano e formazione del pensiero politico di Simon Bolívar*, Vol. I, P. 79-87. — *Teset Konstitucije Venesuele* 1819 г. по изд.: *Modello Romano e formazione del pensiero politico di Simon Bolívar*, Vol. I, P. 145-184.

¹³⁸ Видимо, начального образования.

представителей или сотрудников о произведенных тратах и представлять Конгрессу.

Пятое: Ежегодно вручать награды и гражданские отличия гражданам, которые наиболее отличились своей добродетелью и патриотизмом, и лица данных наград и знаков тех, кто после получения стал их недостойными. Эти акты проводятся публично с наибольшей торжественностью.

Шестое: Объявлять в высшей степени добродетельными, героями и великими людьми достойных такого отличия. Без данной декларации, принятой ранее, Конгресс не может принять решение об установлении памятника, других публичных монументов в память о ком бы то ни было.

Седьмое: Объявлять, как предусматривалось выше, публично и публично, имена добродетельных граждан и деяния, служащие образцами морали и благовоспитанности. Оглашать с позором и бесчестьем имена порочных людей и акты развращенности и непристойного поведения; объявлять публично почитания имени учителей и преподавателей, которые достигли наибольших успехов в своей профессиональной сфере.

II. Об особых полномочиях Палаты Морали

Ст. 1. Палата Морали руководит представлением о морали всей Республики, наказывает пороки позором и бесчестьем и поощряет общественную добродетель отличиями и славой. Печать является органом ее решений.

Ст. 2. Отдельные действия не являются предметом ее изучения, если только они не являются столь экстраординарными, что могут оказать положительное или отрицательное влияние на публичную мораль. Повторяемые акты, которые формируют обычай или обыкновение, немедленно становятся предметом ее внимания.

Ст. 3. Ее власть является независимой и абсолютной. В отношении ее решений нет иной апелляционной инстанции, кроме (общественного) мнения и потому она не допускает в делах иного обвинителя, кроме скандала, и иного адвоката кроме доверия.

Ст. 4. Ее юрисдикция распространяется не только на отдельных лиц, но также на семьи, департаменты, провинции, корпорации, суды, на все власти и даже на Республику в целом. Если они проявили деморализацию, то должны быть обвинены перед всем миром. Само Правительство может быть обвинено, Палата может наложить на него знак бесчестия¹³⁹ и объявить его недостойным Республики, если оно нарушает договоры или прибегает к уловкам, если нарушает условия капитуляции или не выполняет обязательство или обещание.

¹³⁹ С. Боливар использовал римский термин *infamia*.

Ст. 5. Произведения, моральные и политические, периодические издания и иные произведения в письменной форме, являются предметами ее цензуры, которая может иметь место лишь после опубликования. Политика не входит в предмет ее внимания за исключением случаев, когда она имеет отношение к морали. Ее решения выражаются в уважении или презрении, которое заслуживают произведения, и оно может быть выражено в объявлении автора добрым гражданином, соответствующим морали, или ее врагом, и поэтому достойным или недостойным добродетельной Республики.

Ст. 6. Его юрисдикция распространяется не только на то, что пишется о морали или касается ее, но также и на то, что публично произносится, декларируется и поется, и она выражается в проведении цензуры и наложении моральных наказаний, но никогда не приводит к наложению запрета.

Ст. 7. В своих суждениях и мнениях она всегда обращается к обществу, и общается с ним. Она никогда не общается с отдельными индивидами, их объединениями и не дает им ответы.

Ст. 8. Публичная благодарность, национальный долг, договоры, соглашения, честность в торговле, не только в смысле торговых отношений, но и в отношении качества и законности товаров, являются специальными объектами, в отношении которых Палата должна осуществлять самый активный и скрупулезный надзор. Какое бы то ни было нарушение или упущение, допущенное в этих сферах, должно наказываться с неумолимой строгостью.

Ст. 9. Неблагодарность, непочтительность по отношению к родителям, мужьям, пожилым, учителям, магистратам и гражданам, признанным и объявленным добродетельными, несоблюдение обещанного в каком-либо деле, нечувствительность к публичным бедам и несчастьям друзей или близких родственников, особенно рекомендоваться для надзора Палаты, которая может наказать даже за совершение одного действия.

Ст. 10. Палата организует полицию морали, в состав которой войдут столько Цензоров, сколько она посчитает необходимым. В качестве вознаграждения за свое усердие и работу она получит почетное имя Катона Цензора, для того чтобы своей службой и добродетелью стать достойным его.

Ст. 11. Ежегодно Палата публикует статистические таблицы добродетелей и пороков, для чего все высшие и нижестоящие суды представляют ему точные и подробные отчеты о всех исках и уголовных делах. Также ежегодно должны публиковаться в сравнении списки лиц, которые отличились публичной добродетелью и своими публичными пороками.

Ст. 12. Народ, избирательные коллегии, муниципалитеты и правительства провинций, Президент Республики и Конгресс обращаются к этим спискам для того, чтобы провести выборы и назначения, предоставить почести и

вознаграждения. Гражданин, имя которого было внесено в список отличившихся, не может занять место в какой-либо сфере государственной службы; может получить какого-либо национального вознаграждения, специальных почестей и даже украшения тот, чье имя не было внесено в список отличившихся добродетельно, хотя бы он и являлся государственным служащим.

Ст. 13 Женщины, равно как и мужчины, подпадают под юрисдикцию Палаты, и получают от нее поощрения или наказания, в соответствии со своими заслугами.

III. Полномочия Палаты образования

Ст. 1. Палата образования обязана заботиться о физическом и моральном воспитании детей с момента рождения до достижения 12 лет.

Ст. 2. Палата, признавая абсолютную неизбежность сотрудничества матерями в деле воспитания детей в первые годы их жизни, а также обстоятельство, что именно они являются самыми замечательными источниками внушения детям первых идей, и наиболее зависимы от деликатности ее организации и доступными для всей Республики некоторые краткие и простые инструкции, соответствующие уровню развития матерей, по указанным вопросам. Священники и сотрудники департаментов являются весьма значимыми для распространения этих инструкций таким образом, чтобы не было ни одной матери, которая бы ни была с ними знакома, при этом каждая мать должна продемонстрировать ее экземпляр и показать, что она знает день крещения своего ребенка или, что это зафиксировано в реестре рождений.

Ст. 3. Помимо данных инструкций Палата также заботится о том, чтобы осуществить публикацию на нашем языке иностранных произведений, наиболее соответствующих цели просвещения нации по данному вопросу, выразив с отношением к ним и сделав замечания и исправления, которые посчитала необходимыми.

Ст. 4. Она должна содействовать тому, чтобы мудрые и все иные писавшие публиковали оригинальные труды по этим же вопросам в соответствии с нашими обычаями, традициями и управлением.

Ст. 5. Поскольку сама Палата накопила в течение небольшого периода времени более, чем кто-либо другой, необходимые сведения и знания для создания таких трудов, она составит и опубликует произведение, которое послужит, в своей очереди, стимулом для того, чтобы другие занялись этой работой и просвещением всех (граждан).

Ст. 6. Она использует все средства, несет расходы и жертвы для того, чтобы получить указанные знания. Для того чтобы их получить она должна поручить

лицам, усердным, образованным, непредвзятым и путешествующим, чтобы они проявляли интерес по всему миру, и собирали всякого рода знания по этому вопросу.

Ст. 7. Исключительно Палате принадлежит право создавать начальные школы, организовывать и управлять начальными школами, как для мальчиков, так и для девочек, заботясь о том, чтобы их обучали правильно говорить, читать и писать, обучали самым распространенным правилам арифметики и основам грамматики; чтобы их обучали правам и обязанностям человека и гражданина, внушали идеи и чувства чести и порядочности, любви к Родине, законам и труду, уважению к родителям, пожилым, магистратам и согласие с правительством.

Ст. 8. В связи с тем, что наши действующие школы неспособны служить реализации великого плана образования, предметом особой заботы Палаты должно стать определение потребностей и создание школ, в которых нуждаются по всей Республике, как для девочек, так и для мальчиков, которые должны быть разделены, по крайней мере, до того момента, когда разум начинает быть свойственным обоему. Форма, размеры и местонахождение этих учреждений должны соответствовать их назначению, и они должны соответствовать не только прочности и распространению образования, но и отвечать требованиям изящества, чистоты, удобства и организации отдаленных районов.

Ст. 9. Палата определит число школ, которые должны быть построены, указывает провинции, а если возможно и точные места, в которых они должны находиться, принимая во внимание все выгоды конкретных мест с точки зрения возможности обучать там всех детей в силу безопасности для здоровья территории, разнообразия и качества продуктов питания.

Ст. 10. Каждая школа должна находиться под непосредственным управлением учителя, который назначается Палатой из числа лиц, наиболее добродетельных и мудрых, независимо от его места рождения. Жена учителя должна быть непосредственно учительницей детей и работать под руководством мужа. Эта должность должна быть наиболее почитаемой, а те, кто ее занимают, должны быть заслуженными, уважаемыми и любимыми как первые и наиболее ценными гражданами Республики.

Ст. 11. Палата формирует регламент организации этих учреждений и общего порядка в них с учетом их разновидностей и специфики образования, которое подводит ученикам для того, чтобы они приобрели с детства полезные идеи и определенные фундаментальные представления, наиболее адекватные статусу и состоянию, благородным и моральным чувствам, принципам социализации и патриотизма. Этот план представляется Конгрессу для того, чтобы после изучения и принятия, он превратился в закон Республики.

Ст. 12. Ежегодно Палата публикует списки и точные и обстоятельные отчеты о родившихся и умерших детях, о физическом состоянии детей, их состоянии здоровья и болезнях, об их достижениях, склонностях, особенностях и особ талантах. Для подготовки этих обзоров привлекаются учителя, священники, вра департаментские служащие, просвещенные граждане и все власти, которые начиная с самого президента, ей подчиняются по вопросам образования.

Ст. 13. Помимо этих полномочий, Палата образования управляет общественным мнением в литературной сфере, в то же время учреждает философский институт. Она знакомится или поручает изучить и проанализировать труды, которые публикуются по какому-либо вопросу, формулируя в них в Совете Ареопага.

ДЕКРЕТ ГЕНЕРАЛЬНОГО КОНГРЕССА, 15 АВГУСТА 1819 Г., ДЕВЯТОГО ГОДА НЕЗАВИСИМОСТИ¹⁴⁰

Приложение

Моральную власть, представленную в проекте Конституции, предложил генералом Боливаром как верховным главой Республики в день начала заседаний Конгресса, отдельные депутаты посчитали идеей самой счастливой и наиболее подходящей для совершенствования социальных институтов. Иные — мораль инквизицией, не менее пагубной и не менее ужасной, чем религиозная. Все сложной для учреждения, а в нынешнее время абсолютно непрактичной. После долгих дискуссий стало доминировать мнение о том, что на начальном этапе нашей политической жизни, принимая во внимание цели, представляющие интерес для Государства и даже для человечества, мы не должны доверяться нашим теориям аргументам ни за, ни против проекта. — Было бы целесообразно узнать мнение мудрецов всех стран посредством средств печати. — Сделать некоторое количество апробирование, и собрать факты, доказывающие полезность и вредность этого нового учреждения для того, чтобы настаивать на ее введении или отказаться от нее. Постановляем вследствие этого, чтобы раздел о Моральной власти был опубликован как приложение к Конституции, приглашая тем самым всех мудрых людей рассматривать себя гражданами мира, которые поделится своим просвещенным мнением с прекрасной частью своей огромной родины.

¹⁴⁰ Р. 184.

¹⁴¹ Перевод Декрета по изданию: *Modello Romano e formazione del pensiero politico di Simon Bolivar*. Vol. I. P. 103-135.

¹⁴² В окончательном тексте — 35 лет (ст. 50,2).

¹⁴³ В тексте Конституции 1826 г. Государственные секретари названы Государственными министрами.

ПРОЕКТ КОНСТИТУЦИИ ДЛЯ БОЛИВИЙСКОЙ РЕСПУБЛИКИ¹⁴¹

Извлечение

Глава 4. Раздел 4. О Палате Цензоров

Ст. 49. Для того чтобы быть Цензором, необходимо:

- 1) Удовлетворять требованиям, установленным для Сенатора;
- 2) Достичь сорокалетнего возраста;¹⁴²
- 3) Никогда ранее не подвергаться наказаниям даже за легкие правонарушения.

Ст. 50. Палата Цензоров имеет следующие полномочия:

1. Надзирать за тем, чтобы Правительство исполняло Конституцию, Законы и Международные договоры и обеспечивало их исполнение.

2. Сообщать Сенату о случаях нарушения Исполнительной властью Конституции, Законов и Международных договоров.

3. Обращаться к Сенату с предложением об отстранении от должности Вице-президента и Государственных секретарей,¹⁴³ если благо Республики требует этого без промедления.

Ст. 51. Исключительно Палате Цензоров принадлежит право выдвигать обвинения Вице-президента и Государственных секретарей в совершении измены, взыточничества или открытого нарушения основных законов Государства.

Ст. 52. Если Сенат посчитает обвинение, сформулированное Палатой Цензоров, обоснованным, будет иметь место *национальное разбирательство*, в противном случае, если Сенат склоняется к отрицательному ответу, обвинение направляется в Палату Трибунов.

Ст. 53. Если две палаты согласны, проводится *национальное разбирательство*.

Ст. 54. Собираются три палаты и, изучив документы, представленные Палатой Цензоров, абсолютным большинством голосов принимают решение о возбуждении или отказе в возбуждении дела в отношении Вице-президента или Государственных секретарей.

Ст. 55. Если в результате *национального разбирательства* установлено, что имеется основание для возбуждения дела в отношении Вице-президента или Государственных секретарей, они должны быть тем же актом отстранены от исполнения своих функций, а палаты направляют все документы в Верховный суд,

¹⁴¹ Перевод по изданию: *Proyecto de Constitución para la República Boliviana // Modelo Romano e formazione del pensiero politico di Simon Bolivar*. Vol. I. P. 103-135.

¹⁴² В окончательном тексте — 35 лет (ст. 50,2).

¹⁴³ В тексте Конституции 1826 г. Государственные секретари названы Государственными министрами.

ТОЛКОВАНИЕ ПРАВА КАК ОСНОВНОЙ ПУТЬ К ИЗУЧЕНИЮ ПРАВОВЫХ ИНСТИТУТОВ И ЯВЛЕНИЙ (НА ПРИМЕРЕ РЕАЛИСТСКОЙ ПРАВОВОЙ ТЕОРИИ М. ТРОПЕРА)

Традиционная теория толкования источников права исходит из того, что нормы права обладают объективным смыслом, устанавливающим модальность толкования. Толкование поэтому означает интеллектуальную операцию, с помощью которой определяется смысл правовых норм. Такой смысл предполагается

созданным в нормы изначально, он не изменяется со временем (за исключением случаев изменения самих норм). Соответственно, при толковании правового текста нет необходимости уточнять волю авторов законопроектов или исследовать ход

парламентских дебатов, поскольку предполагается, что с момента обретения парламентом (в широком смысле) юридической силы он становится носителем объективного смысла — свободным от субъективного смысла, вложенного его создателями. Правовые нормы становятся сущностями, которые способны служить в качестве универсального критерия для вынесения правоприменительных

решений, для регламентации поведения участников правового общения. Толкование нормы применительно к отдельному рассматриваемому случаю будет означать уяснение смысла этой нормы. Это уяснение обретает форму простого силлогизма, где из основной посылки (нормы) выводятся следствия для конкретной ситуации (дела), причем такие следствия должны раскрывать правовое значение, заложенное в норме, ее объективный смысл. Соответственно, если можно провести соответствие между объективным значением нормы и ее значением, толкование истинно, если же нет, то ложно. Каждая норма может иметь только одно истинное значение, все остальные (логически несовместимые с истинным значением) не обладают истинностно-значным характером.¹⁴⁶

Эта теория толкования, принятая в юридической догматике, в западной правовой доктрине подвергается критике за ее неспособность выявить источники объективного смысла в нормах, дать объяснение наличию антиправовых (неконституционных и др.) норм, расхождению между разными органами и инстанциями в толковании смысла одних и тех же норм, изменениям значения

¹⁴⁶ Подобное описание процессов толкования можно встретить в сочинениях большинства современных российских правоведов (см., напр.: Волынец Н.Н. Официальное толкование норм права. М., 2007; Толстик В.А., Дворников Н.Д., Карган К.В. Системное толкование норм права. М., 2010). В несколько более детализированной форме эти мысли также воспроизводятся в исследованиях дореволюционных юристов (см., напр.: Васильевский Е.В. Цюрихская методология: Учение о толковании и применении гражданских законов. М., 2002).

лишь он может рассмотреть дело; а решение, которое он примет, исполняется, этом, апелляция¹⁴⁴ на него не допускается.

Ст. 56. После того, как палаты объявят, что имеются основания возбуждения дела в отношении Вице-президента и Государственных секретарей Президент Республики представляет собранным палатам кандидата временного исполнения обязанностей Вице-президента и назначает временного исполнителя секретарей. Если первый кандидат отвергается абсолютным большинством Законодательного корпуса, Президент представляет второго кандидата; а если и он будет отвергнут, палаты изберут абсолютным большинством голосов в течение 24 часов одного из трех кандидатов, предлагаемых Президентом.

Ст. 57. Временный Вице-президент исполняет обязанности с этого момента до завершения процесса в отношении Вице-президента.

Ст. 58. Законом, вносимым для рассмотрения Палатой Центзоров, устанавливаются случаи коллективной и персональной ответственности президента и Государственных секретарей.

Ст. 59. К компетенции Палаты Центзоров относятся также:

1. Избрание из тройного списка кандидатов, представленного Сенатом членов Верховного суда, а также тех, кто представлен для назначения архиепископами, епископами, канониками и на вакантные церковные должности;
2. Все законы о печати, экономике, плане образования и методе публичного образования;
3. Защита свободы печати и назначение судей, которые должны рассматривать дела о ней в последней апелляционной инстанции;
4. Предложение регламентов для развития искусства и науки;
5. Принятие решений о вручении национальных наград и поощрении тех, заслуживает этого за службу Республике;
6. Установление публичных почестей в память о великих людях добродетелей и службе граждан;
7. Осуждение на вечный позор узурпаторов публичной власти, злостных изменников, отъявленных преступников.¹⁴⁵

Ст. 60. Центзоры занимают должность пожизненно.

¹⁴⁴ В тексте Конституции 1826 г. вместо слова «апелляция» использован термин «жалоба».

¹⁴⁵ В тексте Конституции 1826 г. данная ст. (ст. 60) была дополнена еще одним пунктом: «8. Разрешение палатам получать должности, титулы и жалования, которые им предоставляет другое правительство, когда они заслуживают это за свою службу».

норм с течением времени и т. д.¹⁴⁷ В качестве одной из альтернатив та объективистской теории толкования, предлагается эмпирическая (реалистическая) теория, где утверждается, что правовая норма обретает юридическое значение только после того, как оно выявлено властным органом (судебным, административным и др.). До этого момента смысл нормы не является юридическим т. е. властно, общеобязательно определенным, что составляет юрисдикционную функцию органов широкие возможности в толковании права. Этот подход развивается в русле правового реализма как общетеоретического направления в объяснении права.

Правовой реализм как направление в теоретическом правоведении объясняется с двумя основными школами — американской (Б. Кард, К. Ллевеллин, Д. Франк, О. Холмс и др.) и скандинавской (К. Лундстрём, К. Оливекрона, А. Росс, А. Хэггерстрём, и др.).¹⁴⁸ Именно в контексте этих направлений в основном обсуждаются перспективы, достоинства и недостатки данного подхода к праву. Это вполне объяснимо, поскольку работы основных представителей этих школ опубликованы на английском языке и по этой причине доступны англо-американским авторам, которые в последние десятилетия заняты развитием философии права. Но правовой реализм, который исчерпывается этими двумя школами, существуют особые школы, которые причисляют себя к реализму, также в немецком,¹⁴⁹ итальянском¹⁵⁰ и французском¹⁵¹. Именно во французской теории права правовой реализм обрел особые сильные позиции и является преобладающим направлением на протяжении последних десятилетий.

Данная школа во Франции связана с работой Центра теории и анализа права, являющегося частью CNRS и Университета Париж-X. Реалистическая школа права под руководством Мишеля Тропера в 1990-е гг. была единственной теоретической школой во Франции, способной привлечь юристов-исследователей, интересующихся теоретическими вопросами. Она создала определенную мировоззренческую установку, которая имела большой критический потенциал и которая по принципиальным вопросам стояла в оппозиции традиционным доктринам — как нормативизму, так и юснатурализму. Кроме того, благодаря своей эмпирической ориентированности эта школа сумела наглядно показать связь между юридическими и политическими явлениями.

¹⁴⁷ Классической работой этого направления является: MacCormick N., Summers R.S. (ed.) *Interpreting and Applying the Law*. Dartmouth, 1991.

¹⁴⁸ См.: Антонов М.В. Скандинавская школа правового реализма // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1.

¹⁴⁹ Ср.: Кунин В. Пересмотр понятия права / Пер. с англ.: М.В. Антонов, А.В. Поляков // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1.

¹⁵⁰ Ср., напр.: Guastini R. L'interpretazione dei documenti normativi. Milano, 2004.

Основатель данной школы, Мишель Тропер развивал основы этой теории, начиная со своей докторской диссертации,¹⁵¹ в дальнейшем применяя ее для изучения проблем современного публичного права. Эта цель стала основной для реалистической теории толкования — в той форме, которую данной теории дал Мишель Тропер в двух своих ключевых работах.¹⁵² Французский правовой реализм имеет много общего с генуэзской школой правовых реалистов,¹⁵³ особенно идентичную при этом внимание на критике идеи общих норм как независимых императивов.¹⁵⁴ Представляя себя как вариант эмпирического прочтения селзенговской традиции и различных традиций правового «реализма», данное направление утверждает, что право не существует в качестве нормативного объекта. Реалистическая теория толкования преследует целью описать систему права совершенно иными приемами, чем используемые в традиционной доктрине, особенно в разном рода юснатуралистических построениях. Реалистическая школа во Франции отличается от «реалистических» теорий скандинавских и американских правоведов большим уклоном в сторону анализа правовых текстов. В некотором отношении данная теория разделяет исследовательские задачи аналитической философии, поскольку в фокусе ее разработок находятся «акты толкования» (акты определения значения), которые в этой теории считаются исключительно достоверными данными.

Одним из наиболее характерных аспектов этого направления является оригинальный подход к теории толкования права. Для сторонников правового реализма толкование правовых норм через выявление объективного смысла таких норм по определению невозможно, поскольку такого объективного смысла нормы попросту не имеют. Законодатели создают правовые предположения как высказывания о должном поведении, но они не могут сообщить этим высказываниям объективный смысл, который бы оставался в созданных ими текстах и мог потом выявляться правоприменителями. Эти последние, в конечном итоге, определяют конкретное содержание права, что на языке правовых реалистов

¹⁵¹ Troper M. La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française. Paris, 1980.

¹⁵² Troper M. 1) Pour une théorie juridique de l'État. Paris, 1994; 2) La théorie du droit, le droit, l'État. Paris, 2001.

¹⁵³ Chiassoni P. L'inclutabile scetticismo della "scuola genovese" // Analisi e diritto. 1998. P. 21–76; Comanducci P. Principi giuridici e indeterminazione del diritto // Comanducci P., Guastini R. (ed.) *Analisi e diritto*. Torino, 1997. P. 55–68; 2) Legal Interpretation: A Tentative Report // Krawietz W., Summers R., Weinberger O., von Wright G. H. (ed.) *The Reasonable as Rational. On Legal Argumentation and Justification*. Festschrift for Aulis Aarnio. Berlin, 2000. P. 463–481; Guastini R. 1) Le fonti del diritto e l'interpretazione. Milan, Giuffrè, 1993; 2) Teoria e dogmatica delle fonti. Milan, 1998; 3) Interpretive Statements // Garzon Valdés E., Krawietz W., von Wright G. H. (ed.) *Normative Systems II Legal and Moral Theory*. Festschrift for Carlos Alchourrón and Eugenio Bulygin. Berlin, 1997. P. 279–292.

¹⁵⁴ Ср. аргументское обоснование этих теорий: Guastini R. Michel Troper e l'interpretazione della costituzione // Comanducci P., Guastini R. (a cura di) *L'analisi del ragionamento giuridico*. vol. 2. Torino, 1989. P. 249–265; *Leben C. Le Principe d'égalité devant la loi et la théorie de l'interprétation judiciaire* // Haarscher G. (ed.) *Chaim Perelman et la pensée contemporaine*. Bruxelles, 1993. P. 215–235; de Béchillon D. L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation — réflexions critiques // Revue de la recherche juridique. 1994. P. 246 sq.; *Tinisti G. Contre la nouvelle vulgate* // Colliard J.-C., Jegenzo Y. *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*. Economica, 2001. P. 31–48.

каким образом эти органы пытаются установить отношения соответствия между нормами. В данном аспекте реалистская теория также показывает, что приведение норм в строгое соответствие друг с другом невозможно по причине того, что единственным источником различия правовых порядков является необходимость образовать дифференциацию норм, осуществляемая органами, которые уполномочены на создание норм и контроль. Причем данные органы могут с определенной степенью свободы определять границы вмешательства. Не признавая возможности отношений между нормами, реалистская теория толкования не может допустить существования в праве незаконных, неконституционных и не соответствующих конституции норм. Она допускает только существование отношений власти, где различные акты (органы) вступают между собой в спор по поводу стратегических действий, соответствующих действительности.

Правовые положения, созданные законодателями не могут обнаружить юридического смысла до того, как властный орган высказывает авторитетное мнение об их смысле. Точнее, этот смысл имплицитно присутствует в правовом тексте, но может быть обнаружен любым лицом, но властно формулирует этот смысл только властный правоприменительный орган. Здесь возникает теоретическая проблема первичного обоснования компетенции, которой были посвящены многочисленные споры между правовыми реалистами и их критиками, к примеру, спор между А. Россом и Г. Хартом,¹⁵⁷ между М. Тропером и О. Пфферманом.¹⁵⁸

С одной стороны, как предполагают сторонники правового реализма, осуществляющий аутентичное толкование орган не является связанным законодательными правовыми положениями, поскольку эти положения пока аутентичного толкования не обладают юридически обязывающим значением. Соответственно, данный орган может вкладывать в такие правовые положения любой смысл. С другой стороны, данные органы рассматриваются как компетенция управомоченные на аутентичное толкование, а такое правомочие нельзя выводить, как из нормы права, которая предшествует созданию и деятельности органов.

Казалось бы, теория оказывается в порочном кругу доказывания, но М. Тропер делает достаточно неординарный шаг — предлагает рассматривать правовые положения, включая и те, которые формально служат основанием создания властных органов, лишь как фактический материал для создания

¹⁵⁷ Hart H.L.A. *Scandinavian Realism* // Cambridge Law Journal. 1959. P. 233–240; Ross A. 1) *Towards a Reformed Jurisprudence*, Copenhagen, 1946; 2) *On Law and Justice*, London, 1958; 3) *Directives and Norms*, London, 1968. — также: Kelken H. *Eine "Realistische" und die Reine Rechtslehre* // Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht № 10. S. 1–25; Attonow M.B. *Алиф Росс о проблеме действительности (важливости) права* // Российский ежегодник теории права. 2009. № 2.

¹⁵⁸ Pfersmann O. 1) *Contre le néo-réalisme juridique: Pour un débat sur l'interprétation* // Revue française de droit constitutionnel. 2002/2. N°50. P. 279–334; 2) *Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à M. Troper* // Revue Française de Droit Constitutionnel. 2002/4. N°52. P. 759–788; Troper M. *Réplique à Otto Pfersmann* // Revue française de droit constitutionnel. 2002/2. N°50. P. 335–353.

права авторами актов аутентичного толкования. Это означает, что властный орган сам создает правовые нормы, регламентирующие его компетенцию: издаваемые им акты являются правовыми положениями, но не могут обладать экзистенциальными юридическими свойствами. Законодатель правомочен издавать акты, но не может выносить акты аутентичного толкования. Здесь стоит повторить, что реалисты не отрицают того, что законодательные положения могут обладать моральным, семантическим, идеологическим и иным имплицитным значением, могут служить практическим руководством к деятельности властей и людей, но такое значение будет иметь субъективный характер до авторитетного выявления правовой нормы правоприменительными органами. Иными словами, правоприменительный орган, применяя закон, представляет собой один и тот же процесс, а соответствующие властные органы создают правовые нормы, определяющие их компетенцию, и в соответствии с этим толкования. До того их компетенция не имеет правового основания и зиждется исключительно на правовой идеологии, которая облагает данные органы властью в глазах правового сообщества.

Поскольку тексты являются неопределенными, поскольку нормативное значение устанавливается только в результате их органического толкования, и поскольку (если нет ранее установленной нормы) акт толкования не может быть тем-то связан заранее, то отсюда следует, что толкование есть свободный юридический акт, который может иметь какое угодно содержание. Право не может определять направление толкования, поскольку именно толкование создает норму права. Единственное ограничение на правомочие толковать тексты — это то, которое распространяется на любую власть, т.е. фактические слержки, создаваемые другими властями. Толкователь текста является юридически свободным в том смысле, что нет никакой нормы, которая навязывала бы ему выбор между допустимыми решениями при осуществлении акта толкования.

Для того чтобы объяснить механизм определения возможного содержания толкования и, стало быть, свободу правоприменителей, М. Тропер излагает теорию актов аргументативного принуждения, которая своим предметом имеет изучение способа воспроизводства тех ограничений, которыми автор акта аутентичного толкования при использовании формы юридической аргументации. Речь идет об актах аргументативного принуждения, которые связаны с тем, что любой автор акта аутентичного толкования интегрирован в сеть фактических механизмов властного принуждения, с применением которых и связано толкование.¹⁵⁹

Другая составная часть правовой теории М. Тропера — юридическая теория государства — касается отношений между системой принципов и понятий, которые

¹⁵⁹ Troper M. *Pour une théorie juridique de l'État*. P. 314.

«формируют то, что обычно называют общей теорией государства», с одной стороны, и общей структурой правовой системы — с другой.¹⁶⁰ Предметом теории является изучение способа воспроизводства тех ограничений, которые подвержен автор акта аутентичного толкования при использовании «юридической аргументации». Речь идет об актах аргументативного принуждения, которые связаны с тем, что любой автор акта аутентичного толкования интегрирован в сеть фактических механизмов властного принуждения, применением которых и связано толкование. Это означает, что для достижения определенной в праве цели нет другого средства, кроме того, которое связано формой юридической аргументации, либо, по меньшей мере, такое средство представляется наилучшим в данном обществе. Разумеется, вполне вероятно, автор не осознает действие такого принуждения и не применяет такое средство в таком случае он не достигает своей цели».¹⁶¹

В этом смысле реалистическая теория М. Тропера предполагает представления определенных фактов как единственно значимые, а все остальные факты — относительные по отношению к иным когнитивным или волевым актам, как имеющие прямой связи с тем предметом, который как раз и следует анализировать. В то же время реалистическая теория толкования опирается на онтологический тезис о независимом существовании тех объектов, которые способны воплотить эмпирическую сферу (акты толкования права), и даже на эпистемологический тезис о том, что такие объекты могут быть познаны, в том числе и с помощью научного знания.¹⁶²

Для понимания данной теории следует учитывать, что в ее концепции значение представляет собой результат акта толкования, но не является первичным значением, которую можно было бы исследовать с помощью априорных методов. Здесь реалисты критикуют объективизм в понимании правовых установлений. Объект, не наделенный значением, называется «текстом», под которым понимается множество правовых установлений, независимо от того, на что такие установления опираются. Невозможно установить намерение того, кто создал текст, поскольку для этого нужно знать ментальное состояние всех тех, кто участвовал в формировании текста. Это ведет к практически неразрешимым трудностям. Кельзена. Во-вторых, реалисты не интересуются оценочные высказывания и сами результат такой реконструкции всегда будет случайным. Единственной сферой научного возможного установить ментальное состояние, скажем, автора законопроекта, как это состояние не будет отражать реальную жизненную ситуацию (где этот текст

¹⁶⁰ Ibid. P. 20.

¹⁶¹ Ibid. P. 22.

¹⁶² «Объективный характер или действительность никогда не составляют ни объективного свойства, ни ее способа существования. Отношение также не является объективным, но представляет собой форму, введенную автором правового установления. Если такая форма связи считается адекватной в данном обществе, вопрос факта, а решение рассматривается в качестве обоснованного и в этом смысле можно сказать, что обладает характером нормы. Тогда правовая система является именно системой обоснования» (Ibid. P. 174).

¹⁶³ Ibid. P. 304.

¹⁶⁴ Ibid. P. 53.

¹⁶⁵ «Важно также подчеркнуть, что текст, каким бы он не был, даже если казался бы совершенно ясным, тем не менее должен быть истолкован» (Ibid. P. 82).

— Ср. также: Тропер М. 1) Реалистическая теория толкования // Юридический журнал. 2006. № 2; 2) Проблема толкования и теория верховенства конституции // Сравнительное конституционное обозрение. 2005. № 4.

такая действительность проявляется через значения, выраженные с помощью правовых установлений, которые являются лингвистическими величинами доступными наблюдению. Далее, в этом отношении важно отметить, что не является значением правового установления, который выражает «акт воли» (предписывает (разрешает, запрещает) определенную последовательность действий).

В аспекте онтологии права юридическая норма рассматривается М. Тропером как норма, обоснованная тем способом, который считается адекватным в данном обществе, а порядок в целом оказывается системой юридических норм, системой обоснования правовых предложений. Толкование здесь выполняет особую функцию как способ наделения значением правовых установлений. Было отмечено выше, предполагается, что некоторые акты толкования имеют действие в правовом порядке (аутентичное толкование), тогда как осуществление действия в статусе наблюдателей по отношению к порядку толкования лицами в данном правовом порядке (доктринальное толкование). Поэтому изучение актов доктринального толкования не представляет юридического интереса; то, что описано как аутентичное толкование является предметом науки о праве.

Говоря о решающем значении толкования в установлении правовых явлений М. Тропер подчеркивает, что нормативные тексты сами по себе являются неопределенными, т. е. их значение остается невыясненным до того как властный орган не осуществит аутентичное толкование. И лишь после этого прескриптивное правовое установление (к примеру, закон) обретает значение, что означает, что значение будет определенным. Правовая доктрина не может занимать толкованием нормативно-правовых текстов, поскольку акты толкования не будут иметь юридического значения (за исключением случаев, когда правовая доктрина сама рассматривается как источник права). Если говорить о толковании, то всегда есть акт воли, но не акт сознания.¹⁶⁶ Это означает, что любое толкование имеет оценочный характер, содержание нормы (созданной в результате аутентичного толкования) не отражает какого-либо «объективного» смысла правового текста, а репродуцирует волю толкователя, связанную с выбором одного из возможных значений текста. В этом смысле и сами нормы являются фактами права и политика не могут быть четко разграничены, поскольку создание правовых норм через толкование всегда предполагает наличие некоей политической воли.

Подобная постановка вопроса представляется весьма интересной перспективной для современного российского правоведения. В настоящее время активно обсуждаются вопросы о самостоятельности юрисдикционных органов определения конкретного содержания правовых норм, о возможности формирования этими органами единого обязательного подхода к пониманию

норм. Обсуждение ведется преимущественно в контексте толкования права и его применения в России. К примеру, А.А. Иванов указывает на то, что «Нам нужно двигаться к тому, чтобы все суды исходили из единых принципов влияния их правовых позиций на социальные отношения, т. е. акцентировались идеи предельного права».¹⁶⁷ Акцентирование роли юрисдикционных органов при формировании права вполне возможно и на иных концептуальных и теоретических основаниях, в рамках которых обращение к идее предельного права» оказывается излишней. В этом аспекте российской юридической логики было бы обратиться не к чуждому ей по системе и принципам общему праву, а к тем способам, которыми элементы «предельного права» интегрированы в близкие нам правовые системы стран континентального права. В этом отношении выделяется Франция, в которой практика наделения судебных органов по сути правотворческой компетенцией (особенно государственного Совета) достаточно широко распространена и получила солидное теоретическое обоснование в концепциях представителей школы правового реализма, и прежде всего Мишеля Тропера.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Цит. по: Зубарева С. Председатель ВАС РФ предлагает узаконить прецедентное право // Экономика и жизнь. 2010. № 13.

¹⁶⁸ Ср.: Тропер М. Функция отправления правосудия или судебная власть? // Мировой судья. 2006. № 2.

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ТРАНСПОРТИРОВКИ ПРИРОДНОГО ГАЗА ПО МАГИСТРАЛЬНЫМ ТРУБОПРОВОДАМ В ЕВРОПЕЙСКОМ СОЮЗЕ И РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Российская Федерация и Европейский Союз обладают на сегодняшний крупнейшими сетями магистральных газопроводов.¹⁶⁹ Будучи соединенными, однако, не образуют единой системы, в том числе из-за существенных различий в правовом регулировании отношений в данной сфере. В целях правового регулирования модели регулирования взаимоотношений в газовой отрасли необходимо выявление этих различий, их причин, а также тенденций развития.

Цели и правовые источники регулирования. Прежде всего, необходимо отметить, законодательство Европейского Союза на данный момент находится на стадии реформирования. Основной целью преобразований является создание конкурентного внутреннего рынка природного газа, что должно привести к динамичному развитию отрасли и усилению защиты прав потребителей.¹⁷⁰ Главной задачей реализации данной задачи является эффективное разделение функций транспортировки и производства и поставки, иначе сохраняется дискриминация при управлении системой трубопроводов и, кроме вертикально интегрированных предприятий¹⁷¹ утрачивают стимулы осуществления необходимых инвестиций в ее развитие.

Первые шаги по устранению монополий в газовой сфере относятся к периоду правления Рональда Рейгана в США и Маргарет Тэтчер в Великобритании (16 июня 2003 г. была принята Директива 90/37/CEE «Об общих принципах внутреннего рынка природного газа».¹⁷² Однако первые действия в этой области удалось предпринять лишь в начале 1990-х гг., когда были приняты Дирек-

¹⁶⁹ Магистральные трубопроводы — трубопроводы с высокой пропускной способностью, диаметром и избыточным давлением, предназначенные для передачи газа в значительном объеме на расстояние от места добычи/производства до газораспределительных станций.

¹⁷⁰ Mousis N. Accès à l'Union Européenne. Bruxelles, 2006. P. 415.

¹⁷¹ В данном случае вертикально интегрированное предприятие или группа предприятий, над которыми прямо или косвенно осуществляется контроль одно и то же лицо (группа лиц), данное предприятие или группа предприятий выполняют как минимум одну из функций транспортировки, распределения или хранения природного газа и одновременно одну из функций его производства или поставки.

¹⁷² Lemaire Ch. Energie et concurrence. Marseille, 2003. P. 14.

¹⁷³ Waktare E. La libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz dans une perspective européenne // Le marché de l'énergie. Guide juridique à l'usage des distributeurs et des consommateurs. Lorrain-la-Neuve, 2007. P. 10.

1/296/CEE Совета от 31 мая 1991 г. «О транзите газа по основным сетям»¹⁷⁴ и Директива 90/377/CEE Совета от 29 июня 1990 г. «Об установлении оммунитарной процедуры, обеспечивающей прозрачность цен для конечных потребителей газа и электричества».¹⁷⁵

На основе данных Директив реализованы 12 проектов по строительству газопроводов в целях соединения различных регионов и строительства систем, обеспечения газом изолированных регионов и строительства систем хранения. Контракты на транзит газа между различными системами должны были обсуждаться с участием не только заинтересованных организаций, но и представителей государств, заключающих соглашения на недискриминационных и равных условиях, не нарушать положений, позволяющих одной из сторон злоупотреблять своим положением. В случае разногласий стороны могли обратиться в специальный орган, созданный Комиссией.

1 ноября 1993 г. вступил в силу Маастрихтский договор, включивший в сферу деятельности Европейского Сообщества мероприятия в области энергетики. Однако в самом тексте Договора, учреждающего Европейское Сообщество, их содержание не раскрывалось. На основании данных положений 22 июня 1998 г. была принята первая Директива¹⁷⁶ 98/30/СЕ Европейского Парламента и Совета об общих принципах внутреннего рынка природного газа.¹⁷⁷ Актом предусматривалось постепенное создание внутреннего рынка газа с учетом особенностей национального регулирования, выработка единых стандартов качества и развитие антимонопольного законодательства в данной сфере.

Европейский Совет в марте 2000 г. потребовал разработки новых мер, направленных на ускорение темпов создания внутреннего рынка газа. В результате 16 июня 2003 г. была принята Директива Европейского Парламента и Совета 2003/55/СЕ «Об общих принципах внутреннего рынка природного газа».¹⁷⁸ Однако этих мер оказалось недостаточно. Причиной сложившейся ситуации, по мнению Комиссии,¹⁷⁹ служила недостаточность полномочий регулирующих органов,

¹⁷⁴ Directive 91/296/CEE du Conseil du 31 mai 1991 relative au transit du gaz naturel sur les grands réseaux // Journal officiel, 1991. L 147. P. 37-40.

¹⁷⁵ Directive 90/377/CEE du Conseil du 29 juin 1990 instaurant une procédure communautaire assurant la transparence des prix au consommateur final industriel de gaz et d'électricité // Journal officiel, 1990. L 185. P. 16-24.

¹⁷⁶ Исполнительные формы директивы не случайны: этот инструмент предоставляет государствам возможность имплементации его норм в собственное законодательство в отличие от директив, имеющих прямое действие.

¹⁷⁷ Directive 98/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 22/06/1998 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et d'hydrocarbures // Journal officiel, 1998. L 204. P. 1-12.

¹⁷⁸ Directive du Parlement européen et du Conseil 2003/55/CE du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et d'hydrocarbures // Journal officiel, 2003. L 176. P. 57-78.

¹⁷⁹ Commission de Régulation de l'Énergie. Rapport d'Activité 2006 // <http://www.cre-fr.org/Admin/1152782274652.pdf> (дата обращения: 1 декабря 2011 г.); Communication from the Commission to the Council and the European Parliament Prospects for the internal gas and electricity market 10.1.2007 COM (2006) 841 final // http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2006/com2006_0841en01.pdf (дата обращения: 1 декабря 2011 г.); Communication from the Commission Inquiry pursuant to Article 17 of Regulation (EC) No 1/2003 into

инвестиций в строительство межсистемных газопроводов, информации о состоянии систем, гармонизации технических правил использования транспортной системы, недостаточность гарантий эффективного разделения функций по перевозке газа, главным образом недостаточность гарантий (по-прежнему, со стороны операторов сохранения транзитности) и поставки (по-прежнему, со стороны поставщиков). Указывая на необходимость реформирования, французский профессор Ж.-М. Шевалье поясняет, что на последнем этапе Комиссия излишне рассчитывала на бескорыстную честность операторов. Многие государства не спешили открывать свои рынки, опасаясь, что благодаря либерализации рынков компании с большой экономической силой — такие предприятия Германии, — получили бы возможность реализовать свой потенциал на рынках других стран, — например, Восточной Европы,¹⁸¹ поставив в свое положение их исторических операторов.

Учитывая сомнения в необходимости реформы и недостатки регулирования Директивой 2003/55/СЕ, в марте 2007 г. Европейский суд предложил продолжить реформы и внести новые изменения в законодательство регулирования газового рынка.¹⁸² Если Регламентом Европейского Парламента и Совета № 715/2009 от 13 июля 2009 г. «Об условиях доступа к транспортным системам натурального газа и об отмене Регламента (ЕС) № 1775/2005»¹⁸³ внесены незначительные изменения в существовавшее законодательство, Директива Европейского Парламента и Совета 2009/73/ЕС от 13 июля 2009 г. об общих правилах внутреннего рынка природного газа и об отмене Директив 2003/55/ЕС»¹⁸⁴ (далее по тексту Директива) явила собой новый этап реформирования рынка газа, главной целью которой стала либерализация доступа к газотранспортной системе.

В отличие от европейского законодателя российский исходит из того, что стабильное, бесперебойное и экономически эффективное удовлетворение внутреннего и внешнего спроса на газ, развитие единой системы газоснабжения, совершенствование организационной структуры газовой отрасли могут быть достигнуты не путем передачи функции транспортировки независимым операторам.

ли оператору¹⁸⁵ транспортной системы, а обеспечением реализации функций транспортировки контролируемой государством монополией. Правовое регулирование данной модели осуществляется Федеральным законом № 147-ФЗ от 7 августа 1995 г. «О естественных монополиях»,¹⁸⁶ Федеральным законом № 69-ФЗ от 31 марта 1999 г. «О газоснабжении в Российской Федерации»,¹⁸⁷ Постановлением Правительства РФ № 1021 от 29 декабря 2000 г. «О государственном регулировании цен на газ и тарифов на услуги по его транспортировке на территории Российской Федерации»,¹⁸⁸ Постановлением Правительства № 858 от 14 июля 1997 г. «Об обеспечении доступа независимых организаций к газотранспортной системе ОАО "Газпром"»,¹⁸⁹ Постановлением Правительства РФ № 334 от 3 мая 2001 г. «Об обеспечении недискриминационного доступа к газотранспортным системам»¹⁹⁰ и др. Следует отметить, что с 1999 г. разрабатывается законопроект «О магистральном трубопроводном транспорте», регулирующий право собственности на магистральные трубопроводы, установление тарифов, правила недискриминационного доступа, положения об инвестициях и об обеспечении безопасности, однако он до сих пор не принят.¹⁹¹ Власти реформируют Энергетическую стратегией России на период до 2030 г.,¹⁹² также не предусматривают существенных реформ в рассматриваемой сфере.

Органы, осуществляющие регулирование отношений в сфере транспортировки газа. Основным органом, осуществляющим регулирование отношений в сфере транспортировки газа в Европейском Союзе, является агентство взаимодействия энергетических регуляторов (Agency for the Cooperation of Energy Regulators, ACER), заменившее с 1 июля 2011 г. Группу европейских регуляторов по электричеству и газу (The European Regulators Group for Electricity and Gas, ERGEG), состоявшую из руководителей национальных регуляторов. Агентство является юридическим лицом, осуществляющим координационные и консультативные функции. Оно может принимать юридически обязательные решения лишь по вопросам определения условий доступа, безопасности и освобождения от применения требований доступа в отношении трансграничных

the	European	gas	and	electricity	sectors	(Final	Report) //
lex.euroopa.eu/lexUnServ/LexUnServ.do?uri=COM:2006:0851:FIN:EN:PDF (aasta omanägemine: 1. detsember 2011.).							
¹⁰⁶ <i>Chevalier J.-M., Perchebois J.</i> Gaz et électricité: un défi pour l'Europe et pour la France. Paris, 2006. P. 74.							
¹⁸¹ <i>Holst C.-E.</i> Les nouveaux «degrés de la liberté							
http://www.ngv.ru/article.aspx?articleID=23407 (aasta omanägemine: 1. detsember 2011.).							

¹⁵² *Conclusion of the Council of the European Union* 7224/1/07 REV. 8/9 march
<https://register.consilium.europa.eu/doc/07/st07/st07224-r-r-01/cm07.pdf?date=20110711&lang=fr>.

183 Regulation of the European Parliament and of the Council (EC) No 715/2009 of 13 July 2009 on conditions for supply of natural gas to end-users, OJ L 205, 26.7.2009, p. 1.

¹³⁴ *Directive* of the Parliament and of the Council 2009/73/EC of 13 July 2009 concerning common rules internal market in natural gas and repealing Directive 2003/55/EC // Official Journal. 2009. L 211. P. 94–136.

185 «Оператор транспортной системы» — это физическое или юридическое лицо, выполняющее функции эксплуатации и отвечающее за эксплуатацию, обеспечивающее и в случае необходимости развитие транспортной системы в заданном регионе и ее соединение с другими системами, а также отвечающий за обеспечение поперечных возможностей системы отвечать разумному спросу по транспортировке газа.

167 СЗ РФ. 1995. № 34. Ст. 3426 (в ред. Федерального закона № 126-ФЗ от 8 августа 2001 г).

168 СЗ РФ. 1999. № 14. Ст. 1667 (в ред. Федерального закона № 248-ФЗ от 19 июля 2011 г.).

СЗ РФ. 2001. № 2. Ст. 175 (в ред. Постановления РФ № 685 от 18 августа 2011 г.).

190

СЗ РФ. 1997. № 29. Ст. 3575 (в ред. Постановления Правительства РФ № 324 от 3 мая 2001 г.).

190

¹⁰⁾ Подробнее см.: *Рубинштейн К.* Законодательство РФ № 380 от 26 июля 2004 г.).

192 *Нефтегазовая вертикаль*. 2005. № 2. С. 27–37.

«Указание правительства РФ № 1713-р от 12 ноября 2009 г. «Энергетическая стратегия России на период до 2030 г.» // СЗ РФ, 2003, № 36, ст. 3531.

инфраструктур, когда регуляторы затронутых соответствующими вопросами государств-членов не могут прийти к взаимоприемлемому решению или, спектов отношений занимаются Министерство финансов РФ, Министерство природных ресурсов и экологии РФ, совместно обращаются за помощью к Агентству. Поддержку в работе данному органу оказывают Совет европейских регуляторов (The Council of European Regulators, CEER), осуществляющий вспомогательные функции. Кроме того, 1 декабря 2009 г. функционирует Европейская сеть операторов систем транспортировки газа (European Network for Transmission System Operators for Gas, ENTSOG). На данный момент она состоит из 31 члена, представляющих 21 государство и решающих вопросы планирования развития общесистемных энергетической сети и формирования правил транснациональной транспортировки энергии. С этой целью данная организация разрабатывает и принимает общеевропейский десятилетний план сетевого развития и транснациональные кодексы, подлежащие утверждению Комиссией.

Опыт показал, что препятствием для повышения эффективности регулирования является недостаток полномочий и свободы действий национальных регулирующих органов. По этой причине разработчики Директивы уделили особое внимание статусу регулирующих органов, унифицировав его. К компетенции данных органов были отнесены: тарифное регулирование, разработка, определение и обновление критериев технической безопасности, технических требований к исполнению требований Директивы, осуществление мониторинга инвестиционных планов операторов транспортной системы, соответствия требованиям безопасности и надежности, уровня открытия рынка, конкуренции, безопасности, транспортных заторов и т.д., проведение проверки предприятия наложение штрафов самостоятельно или через суд, а также разрешение споров в доступе к системам транспортировки между третьими лицами и операторами систем. Данным актом также предусматривается обязанность национальных регулирующих органов сотрудничать между собой и с Агентством в целях создания конкурентного внутреннего рынка природного газа, стимулирования устойчивости правовых и технических норм и облегчения интеграции интегрированных систем, путем обмена информацией, проведения консультаций и предоставления независимых услуг. Директивой устанавливается комплекс мер, обеспечивающих независимость регулирующих органов. Так, они должны обладать самостоятельностью, правосубъектностью, т.е. формально отличаться и функционально отделенными от любого частного или публичного учреждения. Предусматриваются меры по обеспечению органа достаточным количеством персонала, независимости его деятельности, а также бюджетной автономии.

В России специальным уполномоченным органом, осуществляющим нормативно-правовое регулирование и проведение государственной политики в газовой сфере, является Министерство энергетики РФ. Регулированием

Министерство финансов РФ, Министерство природных ресурсов и экологии РФ, Федеральная налоговая служба, Федеральная энергетическая комиссия (ФЭК), Федеральная служба по экологическому, технологическому и атомному надзору, Федеральная служба по тарифам, Федеральный орган исполнительной власти по энергетическому регулированию, с 2000 г. действует Центральная энергетическая комиссия, подчиненная Государственному таможенному комитету РФ и другие органы субъектов федерации, а также общественные организации. Необходимо отметить значительный аппарат государственного регулирования в данной сфере обусловлена мажоритарной долей государства в капитале основных транспортных компаний, с другой стороны стратегическим значением природного газа для развития российской экономики.¹⁹³

Статус операторов транспортной системы. Законодатель Европейского союза поставил перед собой задачу осуществить разделение функций в сфере газовых отношений, что должно в конечном итоге позволить эффективно устранить конфликты между производителями, поставщиками и операторами систем, обеспечить гарантии для входа новых предприятий на рынок, обеспечить безопасность поставок. Отныне, если по состоянию на 3 сентября 2009 г. предприятие-собственник сети по-прежнему является вертикально интегрированным, государствам предоставлен выбор либо разделить собственность данного предприятия, либо, по предложению собственника транспортной системы с согласия Комиссии, учредить независимого системного оператора или независимого транспортного оператора.¹⁹⁴

Европейский Парламент в Резолюции от 10 июля 2007 г. «О перспективах разделения собственности на газ и электричество»¹⁹⁵ указал на то, что разделение собственности и функций является наиболее эффективным инструментом, только так возможно обеспечить привлечение инвестиций в инфраструктуру без дискриминации, прозрачности рынка и равный доступ к сетям новых предприятий. Инициатива мера облегчает развитие сетей в соответствии со спросом независимо от интересов вертикально интегрированной компании и гарантирует нейтральность в условиях конкуренции. Для реализации разделения собственности государства-участники создают условия, при которых одно и то же лицо или лица не имели бы возможности осуществлять контроль над предприятиями, осуществляющими поставкой или добычей, и одновременно осуществлять контроль

¹⁹³ Перчик А.И. Трубопроводное право. М., 2002. С. 55.

¹⁹⁴ Комиссией совместно с Европейской сетью операторов транспортной системы газа (ENTSOG for Gas) осуществляется возможность создания операторами транспортной системы единого Европейского транспортного регулятора.

¹⁹⁵ European Parliament resolution of 10 July 2007 on prospects for the internal gas and electricity market (2007/2089(INI)) // Official Journal, 2008, C 175 E, p. 206.

последнее обязуется помогать независимому системному оператору в выполнении его задач, предоставляет необходимую информацию, финансирует инвестиционные проекты, разработанные независимым системным оператором, предоставляет гарантии финансирования расширения сети и т. д. Данная модель, так же, как и нашедшая широкого применения, основана на опыте Шотландии, где компания «National Grid» управляет сетями, не связанными с ней вертикально интегрированными электроэнергетическими компаниями «Scottish Power» и «Southern Energy».¹⁹⁷

В случае выбора модели учреждения независимого транспортного оператора, последнему, являющемуся юридическим лицом, в организационно-правовой форме, предусмотренной в ст. 1 Директивы 68/151/ЕЕС,¹⁹⁸ входящим в состав вертикально интегрированного предприятия, передается в собственность управление системами транспортировки. В связи с этим основной сложностью является обеспечение исключения независимости принятия решений независимым транспортным оператором от вертикально интегрированного предприятия. Достижения данной цели Директивой предусмотрены следующие меры. Во-первых, прежде чем предприятие стало оператором транспортной системы, оно должно быть сертифицировано национальным регулирующим органом соответствующее требованиям Директивы. При этом о назначении оператора транспортной системы должна быть проинформирована Комиссия. Во-вторых, гарантии независимости являются те, что операторы транспортной системы должны обладать достаточными техническими, физическими, человеческими, финансовыми ресурсами, необходимыми для выполнения обязательств. При этом запрещается нанимать персонал,¹⁹⁹ оказывать и получать услуги от любого структурных подразделений вертикально интегрированного предприятия. Кроме того, оператор транспортной системы не разделяет ИТ-системы или оборудование помещений и системы безопасного доступа с любой из частей вертикально интегрированного предприятия, не использует тех же консультантов или внешних подрядчиков для ИТ-систем, оборудования и систем безопасного доступа третьих, устанавливаются маркетинговые гарантии независимости: оператор

¹⁹⁷ Там же. С. 62.

¹⁹⁸ Первая Директива Совета 68/151/ЕЕС от 9 марта 1968 г. «О координации государств-участников в предоставлении компаниями, понимаемыми в соответствии со смыслом положений ст. 58 Договора, гарантии защиты интересов участников и других заинтересованных лиц, в целях предоставления равных гарантий территории всего Сообщества» (Official Journal. 1968. L 65. P. 8).

¹⁹⁹ Кандидат на замещение должности в течение трех лет до назначения в качестве лица, ответственного за управление и/или члена административного органа оператора транспортной системы не может осуществлять либо деятельность, иметь прямые либо косвенные предпринимательские отношения с вертикально интегрированным предприятием или его структурным подразделением, или с контролирующими акционерами. Лица, ответственные за управление, и/или члены административных органов и работники структурных подразделений вертикально интегрированного предприятия не несут ответственности за управление транспортной системой, не занимаются другими должностями, не несут ответственности за управление и/или членами административного органа оператора транспортной системы или контролирующими его акционерами, не имеют материальных интересов или предпринимательских отношений.

системы не должен посредством корпоративной символики, его задач, предоставляет необходимую информацию, финансирует инвестиционные проекты, разработанные независимым системным оператором, предоставляет гарантии финансирования расширения сети и т. д. Данная модель, так же, как и нашедшая широкого применения, основана на опыте Шотландии, где компания «National Grid» управляет сетями, не связанными с ней вертикально интегрированными электроэнергетическими компаниями «Scottish Power» и «Southern Energy».¹⁹⁷

В случае выбора модели учреждения независимого транспортного оператора, последнему, являющемуся юридическим лицом, в организационно-правовой форме, предусмотренной в ст. 1 Директивы 68/151/ЕЕС,¹⁹⁸ входящим в состав вертикально интегрированного предприятия, передается в собственность управление системами транспортировки. В связи с этим основной сложностью является обеспечение исключения независимости принятия решений независимым транспортным оператором от вертикально интегрированного предприятия. Достижения данной цели Директивой предусмотрены следующие меры. Во-первых, прежде чем предприятие стало оператором транспортной системы, оно должно быть сертифицировано национальным регулирующим органом соответствующее требованиям Директивы. При этом о назначении оператора транспортной системы должна быть проинформирована Комиссия. Во-вторых, гарантии независимости являются те, что операторы транспортной системы должны обладать достаточными техническими, физическими, человеческими, финансовыми ресурсами, необходимыми для выполнения обязательств. При этом запрещается нанимать персонал,¹⁹⁹ оказывать и получать услуги от любого структурных подразделений вертикально интегрированного предприятия. Кроме того, оператор транспортной системы не разделяет ИТ-системы или оборудование помещений и системы безопасного доступа с любой из частей вертикально интегрированного предприятия, не использует тех же консультантов или внешних подрядчиков для ИТ-систем, оборудования и систем безопасного доступа третьих, устанавливаются маркетинговые гарантии независимости: оператор

Несмотря на перечисленные гарантии независимости, вертикально интегрированное предприятие сохраняет определенное влияние на принятие решений оператором, например, в случае принятия решений Наблюдательным советом, в состав которого входят в том числе представители вертикально интегрированного предприятия.

Большинство государств Европейского Союза сделали выбор в пользу именно этой модели. Изначально она была предложена Францией и Германией как альтернативная модели имущественного разделения и создания независимого

системного оператора.²⁰⁰ Однако ее реализация представляется достаточно сложной и обременительной, в том числе в финансовом смысле.²⁰¹ Соответственно вполне вероятно, что в последующем данные государства изменят свой выбор. В том же, достаточно сложным представляется и развитие транспортной системы в связи с утратой стимулов собственниками газотранспортной системы.

Следует отметить, настоящая реформа затронула интересы и газодобывающих компаний из третьих государств. Им может быть разрешено контролировать, или оператора транспортной системы, только если они соответствуют требованиям эффективного разделения, применимым в Сообществе. Комиссия объясняет введение данной меры тем, что сектор транспортировки газа имеет крайнюю важность для обеспечения публичного порядка, безопасности и благосостояния граждан Союза. Принятие данных норм связано и с тем, что ОАО «Газпром» последнее время активно приобретал акции компаний-собственников газотранспортных путей. Так, в государствах Прибалтики он является акционером эстонской компании «Eesti Gaas», латвийской «Latvijas Gāze» и литовской «Lietuvos dujos». Участием в управлении газовыми компаниями ОАО «Газпром» угрожает своим позициям на этих рынках, выполняя функции и производя транспортировку газа, что противоречит законодательству Европейского Союза. Отныне операторы, контролируемые компаниями из третьих стран, подлежат сертификации, если докажут, что их деятельность не создаст рисков для надежности поставок (порядок оценки и критерии не определены). Данное решение о сертификации принимает национальный регулятор государства-участника, в котором находится оператор, но при этом он учитывает мнение Комиссии.

Представители ОАО «Газпром», однако, выражают сомнения в законности данной нормы. Во-первых, ее требование нарушает принципы пропорциональности и subsidiarity; во-вторых, энергетика не находится в исключительной компетенции Европейского Союза; в-третьих, нарушается принцип сохранения *acquis communautaire* (см. дело: 218/80 Salumi), а также свободы учреждения компаний, свободы движения капитала; в-четвертых, это правило противоречит положениям международных актов: Договору к Энергетической хартии 1994 г., Соглашению о партнерстве и сотрудничестве Европейского Союза и Российской Федерации 1994 г. (например, в части норм, посвященных инвестициям), ГЧП (ст. 2), двусторонним договорам, заключенным, например, между Россией и Польшей, когда она еще не была членом Европейского Союза, с Венгрией, Болгарией, Грецией.²⁰² Не понятна судьба и ранее заключенных соглаше-

подлежат ли они пересмотру? В результате, данная мера может обернуться

²⁰⁰Гудков И.В. Третий энергетический пакет Европейского Союза. С. 62.

201 TAM JCS.

202 *Schmelder A.* Troisième paquet de libéralisation du marché de l'énergie. Rapport d'information. N° 886, 2008. P. 111-116.

себестоимости эффект на инвестиционный климат в Европейском Союзе, но при этом они конечно же препятствуют проникновению ОАО «Газпром» на европейский рынок Европы.

Практика заключения договоров о транспортировке в Российской Федерации была начата лишь в 1998 г.,²⁰³ до этого независимые организации²⁰⁴ реализовывали (обычный газ ОАО «Газпром» и его дочерним компаниям,²⁰⁵ которым принадлежала и по-прежнему принадлежит на праве собственности система магистральных газопроводов, входящая в Единую систему газоснабжения (ЕСГ)).²⁰⁶ Новый порядок, предполагавший возможность заключения договоров на транспортировку собственником ЕСГ, был учрежден на основе Указа Президента РФ № 426 от 8 апреля 1997 г. «Об основных положениях структурной реформы в сферах естественных монополий»²⁰⁷ и Постановления Правительства РФ «Об обеспечении доступа независимых организаций к газотранспортной системе открытого функционального общества «Газпром». В итоге, уже в 1998 г. доступ к газотранспортной системе получили 6 организаций, в 1999 — 10, в 2000 — 20.²⁰⁸

Поскольку в Российской Федерации ОАО «Газпром» является вертикально интегрированной компанией, осуществляющей функции добычи, транспортировки, оставки природного газа, законодательством предусмотрены и некоторые гарантии организационного характера. Так, транспортировкой, добычей, сбытом занимаются специализированные дочерние общества ОАО «Газпром», которые в большинстве случаев не совмещают указанные виды деятельности, что как минимум гарантирует раздельность отчетности, не отнимая у головной компании возможности влиять на дочерние.

Доступ к системе и тарифное регулирование транспортировки. Доступ к системе трубопроводов является необходимым условием торговли газом и развития отрасли в целом. В Европейском Союзе операторы транспортной системы обязаны предоставлять и организовывать доступ для третьих лиц к системе на недискриминационной основе. При этом государства-участники принимают на себя обязательства по обеспечению выполнения операторами данной обязанности. Возможен лишь обоснованный отказ, основаниями которого могут быть

Перчик А.И. Трубопроводное право. С. 96.

Несомненно, организация — это организация, осуществляющая производство и поставки газа и являющаяся исключительной организацией — собственником систем газоснабжения и организаций — собственников централизованных систем (ст. 2 Федерального закона «О газоснабжении в Российской Федерации»). К таковым относятся ОАО «Июмгаз», ООО «Юмгаз», ООО «Итер», ОАО «Сургутгазпром» и др.

Данная мера обеспечивает юридическое разделение по видам деятельности.

206 Исследования правового регулирования транспортировки природного газа в Российской Федерации
руководители: Акимов С.В., Владимирцов Е.Н., Гуков И.В., Егiazаров В.А., Иванчиков Н.М., Каргамазов А.К., Кузнецов Э.Л., Ларин И.Г., Ляхов П.Г., Доклатова Н.Ф., Новиков В.М., Петров Д., Пилиев Э.Г., Романович А.Н., Башкикин Б., Черняк А.И., Сидиков О.Н., Славновский Л.Я., Тарасов М.А. и др.

Указ Президента Российской Федерации от 28 апреля 1997 г. № 307

²⁰⁰ Перикс А.И. Трубопроводное право. С. 100.

недостаточная пропускная способность или невозможность выполнения оператором обязательств по коммунальному обслуживанию, вследствие предоставления данного доступа, или в связи с тем, что предприятие испытывает серьезные экономические и финансовые трудности по причине действия условий или плати»,²⁰⁹ принятого в контрактах на закупку газа.

Споры, связанные с отказом в доступе или с ограничением доступа рассматриваются национальными регулирующими органами в течение месяцев с даты подачи заявления. В случае отказа в доступе государства-участники могут принимать необходимые меры, чтобы предприятие природного газа отказывающееся в доступе к системе на основании недостаточной пропускной способности или соединения, осуществило усовершенствования системы, если будет экономически целесообразным, или осуществило его на условиях односторонних усовершенствований самим потенциальным потребителем.

Также как предоставление доступа, установление тарифов оператором является свободным. Данная мера обусловлена тем, что разделение в деятельности не способствует снижению платы за пользование сетями, на практике существует риск, что собственник, владеющий только сетями, например, частная инвестиционная группа, повысит размер прибыли общества.²¹⁰ Регулирующие органы отвечают за установление сроков, условий и тарифов (или методик использования для расчетов) доступа к транспортной сети, за их утверждение и вступления в силу. Данные тарифы или методики их исчисления должны способствовать тому, чтобы инвестиции в сети и мощности СПГ обеспечивались жизнеспособностью сетей. Они публикуются и применяются объективно, дискриминации в отношении пользователей системы. Любая сторона, имеющая право приносить жалобу в отношении решений о методиках или в отношении предложенных методик и тарифов в случае, если консультация с регулирующим органом являются обязательными, может представить жалобу на рассмотрение государственного органа, установленного государством-участником.

Порядок предоставления доступа к газотранспортной системе «Газпром» независимым организациям осуществляется на основе Постановления Правительства РФ № 858 от 14 июля 1997 г. «Об обеспечении доступа независимых организаций к газотранспортной системе ОАО «Газпром» в соответствии с данным актом ОАО «Газпром» не вправе отказывать

²⁰⁹ Данное условие контракта предполагает: покупатель, в любом случае, должен был определить объем газа заранее, при этом запрещается возвращать излишки газа или продавать их поставщикам.

²¹⁰ Заекер Ф./Ю. Разделение видов деятельности как необходимое условие для недискриминационного доступа третьих лиц к сетям // Энергетическое право России и Германии: сравнительно-правовое исследование. ред. Ладно П.Г., Заекер Ф./Ю. М., 2011. С. 521.

на недискриминационных условиях с заинтересованными сторонами, однако требуется соблюдение следующих условий: наличие свободных мощностей в газотранспортной системе от места подключения до места отбора газа и адекватных параметров поставщика газа период поставки газа; соответствие качества и параметров поставщика газа стандартам и действующим в системе ОАО «Газпром» техническим условиям и другим нормативным документам; наличие к предлагаемой поставщиком газа дате начала поставки газа одобрения газопроводов у поставщиков и газопроводов — отводов к покупателям пунктами учета и контроля качества газа.

Прежде всего независимые организации направляют в ОАО «Газпром» заявку. При отсутствии достаточной для удовлетворения всех рассматриваемых заявок свободной мощности газотранспортной системы устанавливается система очередей (в первую очередь заключаются договоры с поставщиками газа для коммунальных и бытовых нужд населения; во вторую очередь — с поставщиками газа, предусматривающим поставку газа в течение более длительного срока по сравнению с другими заявителями; заявки остальных независимых организаций удовлетворяются с учетом требований антимонопольного законодательства либо пропорционально заявленному объему транспортировки газа, либо на конкурсной основе).

При несогласии независимой организации с принятым ОАО «Газпром» решением о частичном удовлетворении заявки или о мотивированном отказе от заключения договора независимая организация имеет право обжаловать решение в административные²¹¹ или судебные органы.

Однако на практике данные нормы законодательства не служат достаточной гарантией для обеспечения недискриминационного доступа независимых производителей к ГТС.²¹² В этой связи возможно два пути. Первый состоит в совершенствовании существующей системы государственного контроля, т. е. установление дополнительных мер, гарантирующих недискриминационный доступ. Так, Федеральная антимонопольная служба в 2006 г. разработала проект Постановления Правительства РФ «Об обеспечении доступа к газотранспортной системе Российской Федерации», призванный заменить существующее Постановление Правительства

²¹¹ Например, в Федеральную антимонопольную службу или Федеральную службу по тарифам России, с 2009 г. последние также частично наделены полномочиями в сфере обеспечения недискриминационного доступа к сетям субъектов естественных монополий. До 2004 г. разрешение споров, связанных с доступом к газотранспортной системе, входило в компетенцию Комиссии по вопросам использования систем магистральных газопроводов и нефтепроводов Правительства Российской Федерации. — Подробнее о разграничении компетенции ФАС и ФСТ см.: *Литовченко Е.В.* Государственное регулирование и антимонопольный контроль: ценностно-исследовательские аспекты. С. 539.

²¹² *Баранов В.* Независимые производители и реформирование газовой отрасли России // www.iargass.ru/projects/gaz/41516.html (дата обращения: 10 декабря 2011 г.).

№ 858. Он так и не был принят, однако идеи могут быть заимствованы в других законопроектах, например, закрепляются стандарты раскрытия информации «Norsk Hydro» и «Saga Petroleum». Комитет отвечал за подготовку и проведение собственного исследования систем газоснабжения, вводятся правила расчетов за балансировочные договоры об экспорте норвежского газа вплоть до окончательного подписания газа в газотранспортной сети, предусмотрено, что потребитель услуг должен быть информирован. Таким образом, перед лицом импортеров газа (второй стороны) транспортировки может передаться другому потребителю право пользования услугами импортера.²¹⁶ Второй вариант предполагает коренное преобразование, а импортера (второй стороны) вынуждает к этому. Однако работа норвежской и др.²¹⁷ Второе энергетическое разделение функций поставок от транспортировки. Несмотря на то что стратегия энергетического развития предполагает развитие по первому варианту, система не может гарантировать нормальный инвестиционный климат в газовой промышленности.

Существенным для развития газовой отрасли России является тот факт, что ОАО «Газпром» не обязано предоставлять доступ к газотранспортной системе в целях транспортировки газа за пределы Российской Федерации. В соответствии со ст. 3 Федерального закона № 117-ФЗ от 18 июля 2006 г. «Об экспорте газа» исключительное право на экспорт газа предоставляется организации, осуществляющей единую систему газоснабжения или ее дочерней организации, уставному капиталу которой доля участия организации — собственника единственной системы газоснабжения составляет сто процентов. Таким образом, российские иностранные компании не имеют возможности экспортировать природный газ в другие страны, продавая добытый газ «Газпрому», к этой проблеме вынуждены это делать, продавая добытый газ «Газпрому». Подобную ситуацию испытывает, например, американская компания «ExxonMobil». Подобную ситуацию можно назвать благоприятной для привлечения иностранных инвестиций. Объясняется же данная мера необходимостью обеспечения национальной энергетической безопасности, поддержания топливно-энергетического баланса России и желанием исключить конкуренцию поставщиков между собой и правительством по демпинговым ценам, которая приводит к сокращению суммарного объема продаж. Кроме того, данное положение дел связано еще и с тем, что «Газпром» обеспечивает газом внутренних потребителей по низким регулируемым ценам, за что и получает монопольное право экспорта.

Организация экспорта газа за рубеж по единому каналу имеет прецедент в других государствах, например, в Норвегии, Канаде, Алжире. С 1986 по 2001 г. в Норвегии осуществлялся сбыт газа через Комитет по переговорам о сбыте газа (GFTU).²¹⁸ В его состав входили представители норвежских нефтяных компаний, в первую очередь, компании «Statoil» (председатель

и «Saga Petroleum». Комитет отвечал за подготовку и проведение собственного исследования систем газоснабжения, вводятся правила расчетов за балансировочные договоры об экспорте норвежского газа вплоть до окончательного подписания газа в газотранспортной сети, предусмотрено, что потребитель услуг должен быть информирован. Таким образом, перед лицом импортеров газа (второй стороны) транспортировки может передаться другому потребителю право пользования услугами импортера.²¹⁶ Второе энергетическое разделение функций поставок от транспортировки. Несмотря на то что стратегия энергетического развития предполагает развитие по первому варианту, система не может гарантировать нормальный инвестиционный климат в газовой промышленности.

Существенным для развития газовой отрасли России является тот факт, что ОАО «Газпром» не обязано предоставлять доступ к газотранспортной системе в целях транспортировки газа за пределы Российской Федерации. В соответствии со ст. 3 Федерального закона № 117-ФЗ от 18 июля 2006 г. «Об экспорте газа» исключительное право на экспорт газа предоставляется организации, осуществляющей единую систему газоснабжения или ее дочерней организации, уставному капиталу которой доля участия организации — собственника единственной системы газоснабжения составляет сто процентов. Таким образом, российские иностранные компании не имеют возможности экспортировать природный газ в другие страны, продавая добытый газ «Газпрому», к этой проблеме вынуждены это делать, продавая добытый газ «Газпрому». Подобную ситуацию испытывает, например, американская компания «ExxonMobil». Подобную ситуацию можно назвать благоприятной для привлечения иностранных инвестиций. Объясняется же данная мера необходимостью обеспечения национальной энергетической безопасности, поддержания топливно-энергетического баланса России и желанием исключить конкуренцию поставщиков между собой и правительством по демпинговым ценам, которая приводит к сокращению суммарного объема продаж. Кроме того, данное положение дел связано еще и с тем, что «Газпром» обеспечивает газом внутренних потребителей по низким регулируемым ценам, за что и получает монопольное право экспорта.

Организация экспорта газа за рубеж по единому каналу имеет прецедент в других государствах, например, в Норвегии, Канаде, Алжире. С 1986 по 2001 г. в Норвегии осуществлялся сбыт газа через Комитет по переговорам о сбыте газа (GFTU).²¹⁸ В его состав входили представители норвежских нефтяных компаний, в первую очередь, компании «Statoil» (председатель

²¹⁶ Под либерализацией понимается открытие рынка для конкуренции путем снятия ограничений на цены и расходы для выхода на рынок и для доступа к его инфраструктуре. Архангельский А.Ю., Гринченко А.И. О проблемах либерализации конкурентного рынка электрической энергии // Энергетическое право. 2004. № 2. С. 40.

²¹⁷ СЗ РФ. 1995. № 34. Ст. 3426 (в редакции Федерального закона № 248-ФЗ от 19 июля 2011 г.).

²¹⁸ СЗ РФ. 2001. № 14. Ст. 1667 (в редакции Федерального закона № 303-ФЗ от 7 ноября 2011 г.).

²¹⁹ СЗ РФ. 2001. № 2. Ст. 175 (в редакции Постановления Правительства РФ № 685 от 18 августа 2011 г.).

²²⁰ СЗ РФ. 1995. № 17. Ст. 597.

²²¹ СЗ РФ. 2008. № 50. Ст. 5971.

пор не утверждена и находится в стадии разработки. Государство в Федеральной службе по тарифам устанавливает тарифы на газотранспортные услуги, которые ОАО «Газпром» оказывает третьим лицам, и контролирует соблюдение путем проведения плановых и внеплановых проверок. Однако условия по транспортировке газа, которые «Газпром» оказывает своим аффилированным организациям, не являются предметом государственного тарифного регулирования. Отметим, Энергетическая стратегия в качестве необходимой меры обеспечения недискриминационного доступа к системе магистральных газопроводов все предусматривает переход к единым газотранспортным тарифам, что положительно повлияет на становление конкурентной среды в данной сфере.

Развитие газотранспортной системы. Одной из трудностей, связанных с разделением функций поставки и транспортировки природного газа в Европейском Союзе, является возможный риск стагнации развития газотранспортной системы, являющейся законодатель для обеспечения привлечения инвестиций предусматривающих следующие меры: во-первых, ставки тарифов по транспортировке учитывающих необходимость развития сети, а, во-вторых, каждый г. оператор транспортирующей системы представляет на рассмотрение регулирующего органа десятилетний план развития сети, содержащий эффективные гарантии нормального функционирования системы и безопасности поставок. В десятилетнем плане развития сети указываются основная транспортная инфраструктура, которая должна быть построена или улучшена в течение последующих десяти лет, содержащаяся указания на принятые решения об инвестициях и указывающая инвестиционные проекты, которые будут реализованы в следующие десятилетия устанавливаются временные границы реализации транспортных проектов. Законодатель на случай, если оператор транспортной системы по тем или иным причинам не станет осуществлять инвестиции, предусмотренные для реализации первых трех г. десятилетнего плана развития, предусмотрел принятие необходимых мер государствами-участниками. Последние могут потребовать от оператора транспортной системы осуществления данных инвестиций, организовать инвесторов тендер на их осуществление или даже обязать оператора транспортной системы увеличить уставный капитал для финансирования необходимых инвестиций и позволить независимым инвесторам участвовать в капитале компании.

Оправданием существующему в Российской Федерации правовому регулированию транспортировки природного газа является, в частности, осуществление ОАО «Газпром» крупных инвестиционных проектов. Основным фактом остается и то, что при росте потребностей в транспортных мощностях внутри страны, так и на экспорт состояние ГТС ухудшается и ее развитие

снижается.²²² Несмотря на существующее мнение, что независимые производители газа и иностранные инвесторы не будут вкладывать средства в развитие ГТС, представляется все же возможным определить механизмы возврата инвестиций, изменить статус вновь создаваемых газотранспортных мощностей и правяющей организации, режим доступа, налоговое регулирование и т. д. В данных условиях независимые производители будут готовы инвестировать в улучшение надежности и пропускной способности ГТС.²²³

Несмотря на некоторые сходства правового регулирования транспортировки, например, в том, что касается некоторых целей (создание внутреннего рынка природного газа, удовлетворение спроса на природный газ промышленных и бытовых потребителей, обеспечение энергетической безопасности), установления тарифов, правовое регулирование транспортировки газа в Европейском Союзе и Российской Федерации существенно различается. Данное расхождение обусловлено целями и условиями развития газовой отрасли. В Европейском Союзе газотранспортная система уже в значительной мере сложилась, государства-члены являются добытчиками природного газа, соответственно их задачей является обеспечение потребителей природным газом по разумным стабильным ценам. В Российской Федерации, безусловно, являются прогрессивными с точки зрения создания и развития единого рынка газа Европейского Союза, но, по-прежнему, результат реформ будет определяться волей самих государств. В Российской Федерации процесс строительства основной транспортной инфраструктуры не содержит указаний на принятые решения об инвестициях и указывающая инвестиционные проекты, которые будут реализованы в следующие десятилетия устанавливаются временные границы реализации транспортных проектов. Законодатель на случай, если оператор транспортной системы по тем или иным причинам не станет осуществлять инвестиции, предусмотренные для реализации первых трех г. десятилетнего плана развития, предусмотрел принятие необходимых мер государствами-участниками. Последние могут потребовать от оператора транспортной системы осуществления данных инвестиций, организовать инвесторов тендер на их осуществление или даже обязать оператора транспортной системы увеличить уставный капитал для финансирования необходимых инвестиций и позволить независимым инвесторам участвовать в капитале компании.

222

Баранов В. Независимые производители и реформирование газовой отрасли России // <http://www.gazprom.ru/projects/gaz/41516.html> (дата обращения: 10 декабря 2011 г.).

223

Газ.жс.
Полное описание о проблемах монополизма в нефтегазовом секторе экономики см.: Нефть, газ, модернизация страны / Под общей ред. Н.А. Добровольца, О.Л. Мартынова. СПб., 2008.

Глава I

Сфера применения и определения

Статья 1. Сфера применения

1. В настоящей Директиве устанавливаются общие правила транспортировки, распределения, поставки и хранения природного газа. В ней формулируются правила относительно организации и функционирования сектора природного газа, доступа к рынку, критерии и процедуры, используемые при выдаче разрешений на транспортировку, распределение, поставку и хранение природного газа, а также эксплуатации систем.

2. Правила, установленные настоящей Директивой для природного газа, в том числе для сжиженного природного газа (СПГ), также применимы к биогазу, полученному из биомассы, или другим типам газа в той мере, в которой та газ может быть технически и безопасно подан в систему природного газа и транспортирован через нее.

Статья 2. Определения

Для целей настоящей Директивы будут использоваться следующие понятия:

(1) «предприятие природного газа» означает любое физическое юридическое лицо (за исключением конечных потребителей), осуществляющее как минимум, одну из следующих функций: производство, транспортировку, распределение, поставку, закупку или хранение природного газа, в том числе сжиженного природного газа, отвечающее за выполнение коммерческих технических задач и/или задач обслуживания, связанных с данными функциями;

(2) «апстрим-сети трубопроводов» означает любой трубопровод или сеть трубопроводов, эксплуатируемые и/или построенные в соответствии с проектом добычи нефти или газа, или используемые для перемещения природного газа одного или более подобных проектов на перерабатывающий завод, терминал на конечный прибрежный погрузочный терминал;

(3) «транспортировка» означает операцию по перемещению природного газа по сети трубопроводов высокого давления, за исключением апстрим-

© А.К. Волков (перевод с английского), 2011
225 Directive 2009/73/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in natural gas and repealing Directive 2003/55/EC // Official Journal. L 211. P. 94-154

трубопроводов, в целях обеспечения его доставки потребителям, но не включая саму поставку;

(4) «оператор транспортной системы» означает физическое или юридическое лицо, выполняющее функцию транспортировки и отвечающее за эксплуатацию, обслуживание и в случае необходимости развитие транспортной системы в заданном регионе и ее соединение с другими системами, а также за обеспечение долгосрочных возможностей системы отвечать разумному спросу по транспортировке газа;

(5) «распределение» означает операцию по перемещению природного газа по местным или региональным сетям трубопроводов, в целях обеспечения его доставки потребителям, но не включая поставку;

(6) «оператор распределительной системы» означает физическое или юридическое лицо, выполняющее функции распределения и отвечающее за эксплуатацию, обслуживание и в случае необходимости за развитие распределительной системы в заданном регионе и ее соединение с другими системами, а также за обеспечение долгосрочной способности системы удовлетворять разумный спрос по распределению газа;

(7) «поставка» означает операцию по продаже, перепродаже природного газа, в том числе сжиженного природного газа, потребителям;

(8) «предприятие-поставщик» означает любое физическое или юридическое лицо, выполняющее функции поставки;

(9) «хранилище» означает объект, используемый для хранения природного газа и принадлежащий и/или эксплуатируемый предприятием природного газа, включая часть комплекса СПГ, используемую в целях хранения, но исключая часть, предназначенную для производства собственных операций, и объекты, зарезервированные исключительно для выполнения своих функций операторами транспортных систем;

(10) «оператор системы хранения» означает физическое или юридическое лицо, выполняющее функцию хранения, и отвечающее за эксплуатацию хранилища;

(11) «комплекс СПГ» означает терминал, используемый для сжижения природного газа или импортирования, отгрузки и регазификации СПГ, включая вспомогательные услуги и временное хранение, необходимое для процесса регазификации и последующей доставки газа в транспортную систему, исключая часть терминалов СПГ, используемые для хранения;

(12) «оператор системы сжиженного природного газа» означает физическое или юридическое лицо, осуществляющее функцию сжижения природного газа или импортирования, отгрузки, и регазификации сжиженного природного газа и отвечающее за эксплуатацию комплекса СПГ;

(13) «система» означает любые транспортные сети, распределительные системы СПГ и/или хранилища, принадлежащие и/или эксплуатируемые предприятием природного газа, включая хранилища в трубопроводе и объекты, необходимые для осуществления вспомогательных услуг, а также подразделение связанных предприятий, необходимые для обеспечения доступности транспортировки, распределению и СПГ;

(14) «вспомогательные услуги» означают все услуги, включая балансировку и смешивание, необходимые для доступа и эксплуатации транспорта и/или распределительных сетей и/или комплексов СПГ и/или хранилищ, исключением мощностей, зарезервированных исключительно для выполнения своих функций операторами транспортных систем;

(15) «хранилище в трубопроводе» означает хранение сжатого газа газотранспортной и газораспределительной системах, исключая мощности, используемые для выполнения своих функций операторами транспортных систем;

(16) «объединенная система» означает ряд связанных друг с другом систем;

(17) «соединительный газопровод» означает транспортную линию пересекающую границу между государствами-участниками, с единственной целью связать их национальные транспортные системы;

(18) «прямая линия» означает дополнительный трубопровод природного газа к объединенной системе;

(19) «интегрированное предприятие природного газа» означает вертикальную или горизонтально интегрированное предприятие;

(20) «вертикально интегрированное предприятие» означает предприятие и группу предприятий, в которых одно и то же лицо или группа лиц осуществляют прямо или косвенно контроль ними, если данное предприятие или группа предприятий выполняют, как минимум, одну из функций транспортировки, распределения, СПГ или хранения и одновременно одну из функций производства или поставки природного газа;

(21) «горизонтально интегрированное предприятие» означает предприятие, выполняющее как минимум одну из функций производства, транспортировки, распределения или хранения природного газа, и одновременно другую, связанную с природным газом деятельность;

(22) «связанное предприятие» означает аффилированное предприятие, соответствующее со смыслом положений ст. 41 Седьмой Директивы Совета 83/349/Е от 13 июня 1983 г., ст. 44(2)(g) ²²⁶ Соглашения о консолидированных счетах

²²⁶ Нумерация данной Директивы 83/349/ЕЕС изменена вследствие перенумерации статей Договора учреждения Европейского Сообщества в соответствии со ст. 12 Амстердамского договора; изначально статья сноска на ст. 54(3)(g).

²²⁷ Seventh Council Directive 83/349/EEC of 13 June 1983 based on the Article 54 (3) (g) of the Treaty consolidated accounts // Official Journal. L 193. P. 1-17.

и/или ассоциированные предприятия в соответствии со смыслом положений ст. 33(1) настоящей Директивы и/или предприятия, принадлежащие одним и тем же лицам.

(23) «пользователи системы» означает любых физических или юридических лиц, поставляющих или получающих поставки природного газа посредством системы;

(24) «потребитель» означает конечных или оптовых потребителей природного газа или предприятия природного газа, закупающие природный газ;

(25) «бытовые потребители» означает потребителей, закупающих природный газ для собственного бытового потребления;

(26) «небытовые потребители» означает любых физических или юридических лиц, закупающих природный газ для целей, не связанных с собственным бытовым потреблением;

(27) «конечные потребители» означает потребителей, закупающих природный газ для собственного потребления;

(28) «полномочные потребители» означает потребителей, свободных в приобретении природного газа по своему выбору у поставщиков в соответствии со ст. 37;

(29) «оптовые потребители» означает любых физических или юридических лиц, кроме операторов системы транспортировки и операторов системы распределения, закупающих природный газ для целей перепродажи газа внутри системы или за ее пределами;

(30) «долгосрочное планирование» означает планирование возможностей снабжения и транспортных мощностей предприятий природного газа на долгосрочной основе в целях удовлетворения системного спроса на природный газ, диверсификации источников и обеспечения поставок потребителям;

(31) «развивающийся рынок» означает рынок государства-участника, в котором первая коммерческая поставка по первым долгосрочным контрактам поставки природного газа прогнозируются не более 10 лет назад;

(32) «безопасность» означает бесперебойность снабжения и поставок природного газа, включая техническую безопасность;

(33) «новая инфраструктура» означает инфраструктуру, не заверенную к 4 августа 2003 г.;

(34) «контракт поставки газа» означает контракт поставки природного газа, не включая газовые деривативы;

(35) «Газовый дериватив» означает финансовый инструмент, указанный в п. 5, 6 или 7 секции С Приложения № 1 Директивы Европейского Парламента и

Совета 2004/39/ЕС от 21 апреля 2004 г. «О рынке финансовых инструментов»²³⁸, случаях, если он связан с природным газом;

(36) «контроль» означает любые права или средства, которые, учитывая обстоятельства дела и право, подлежащего применению, в определенных комбинациях или раздельно предоставляют возможность осуществления решающего влияния на предприятие, например, посредством:

(а) права собственности или прав в отношении использования всех или части активов предприятия;

(б) прав или контрактов, позволяющих оказывать существенное влияние состав предприятий, голосование, принятие решений органами предприятий.

Глава II

Общие принципы организации сектора

Статья 3. Обязательства по коммунальному обслуживанию и защите потребителей

1. Государства-участники на основе своей институциональной организации учетом принципа субсидиарности, не умаляя положений пар. 2, обеспечивают функционирование газовых предприятий в соответствии с принципами настоящих Директивы, недискриминирующих предприятия в отношении их прав и обязанностей в целях создания конкурентоспособного, безопасного соответствующего экологическим требованиям рынка природного газа.

2. В целом учитывая соответствующие положения Договора, в частности ст. 86, государства-участники могут налагать на предприятия, работающие секторе газа, в общих экономических интересах обязательства по коммунальному обслуживанию, связанные с безопасностью, в том числе обеспечение бесперебойности, систематичности снабжения природным газом, его высокого качества и умеренной стоимости поставок, энергоэффективности, защиты окружающей среды, климата. Такие обязательства должны быть четко определенными, прозрачными, недискриминационными, поддающимися проверке и должны гарантировать газовым компаниям Сообщества равенство в доступе к национальным потребителям. Государства-участники осуществляют долгосрочное планирование для обеспечения бесперебойности снабжения энергоэффективности/энергобережения, защиты окружающей среды производства энергии из возобновляемых ресурсов, упоминаемые в данной параграфе, учитывая, что третьи стороны могут запрашивать доступ к системе.

²³⁸ Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on markets in financial instruments amending Council Directives 85/611/EEC and 93/6/EEC and Directive 2000/12/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 93/22/EEC // Official Journal. 30.4.2004. L 145. P. 1.

3. Государства-участники принимают надлежащие меры по защите прав конечных потребителей и, в частности, обеспечивают реализацию адекватных мер по защите незащищенных потребителей. В данном контексте государства-участники разрабатывают концепцию «незащищенных потребителей», учитывающую недостаток энергетических ресурсов и запрет отказа от поставки газа таким потребителям в кризисные периоды. Государства-участники гарантируют исполнение прав и обязанностей, связанных с полномочными потребителями. В частности, они принимают меры по защите конечных потребителей в удаленных регионах, подключенных к газовой системе. Государства-участники могут назначить гарантирующего поставщика для потребителей, подключенных к газовой системе. Они обеспечивают высокий уровень защиты прав потребителей, в частности, в отношении прозрачности условий контрактов, общей информации и механизмов по разрешению споров. Государства-участники обеспечивают право правомочных потребителей изменить поставщика. В отношении бытовых потребителей обеспечивают применение мер, изложенных в Приложении I.

4. Государства-участники предпринимают необходимые меры, такие как: формулирование национальных планов по развитию энергетики; обеспечение социальной безопасности путем разработки системы гарантий поставок; повышение энергетической эффективности, особенно в регионах бедных энергетическими ресурсами. Данные меры не должны препятствовать эффективному открытию рынка (ст. 37) и его функционированию. О введении подобных мер, в соответствии с п. II настоящей статьи, должна быть проинформирована Комиссия. Подобные извещения не должны касаться мер, принятых в рамках общей системы социальной безопасности.

5. Государства-участники обеспечивают всех потребителей, присоединенных к газовой сети, снабжением газом поставщиком на основе договора поставки, невзирая на то, в каком государстве зарегистрирован поставщик, до тех пор, пока он соблюдает применяемые правила торговли и балансировки нагрузки и выполняет требования, предъявляемые для обеспечения безопасности поставок. Государства-участники должны предпринять все меры, необходимые для обеспечения того, чтобы административные процедуры не стали препятствием для поставки газа поставщиком, зарегистрированным в другом государстве.

6. Государства-участники обеспечивают:

- (а) право потребителя изменить поставщика в течение трех недель при соблюдении контрактных обязательств; и
- (б) потребителя необходимой информации о потреблении газа.

Государства-участники обеспечивают действие принципа недискриминации в отношении затрат, усилий или времени по реализации прав потребителей, указанных выше.

7. Государства-участники осуществляют необходимые меры по достижению целей социальной и экономической интеграции, защиты окружающей среды, которые могут включать меры по борьбе с изменением климата и бесперебойности поставок. Такие меры могут включать, в частности, использование адекватных экономических стимулов, применение в случае необходимости всех существующих механизмов на национальном уровне и на уровне Содружества для обслуживания и строительства инфраструктуры, включая увеличение пропускной способности межсистемных газопроводов.

8. В целях обеспечения энергетической эффективности государства-участники или регулирующие органы, в случае, если они были учреждены, требуют оптимизации использования газа газовыми предприятиями, например, путем предоставления услуг по управлению, развитию инновационных формул определения цен или, если существует такая возможность, внедряя интеллектуальные измерительные системы или энергообменные сети (умные сети).

9. Государства-участники следят за тем, чтобы отдельные положения контракта предусматривали нормы об информировании потребителей обо всех их правах, законодательстве и средствах разрешения споров. Такие положения контракта могут быть также частью общих положений об информировании потребителей.

Государства-участники обеспечивают деятельность независимого механизма, например, энергетического омбудсмена или органа по защите прав потребителей, по эффективному рассмотрению жалоб и разрешению разногласий вне суда.

10. Государства-участники могут принять решение не применять положения ст. 4 в отношении распределения в той степени, в которой их применение не будет препятствовать на уровне права или фактически исполнению обязанностей, наложенных на предприятия природного газа, исходя из защиты общего экономического интереса, и в той степени, в которой развитие торговли не будет противоречить интересам Сообщества. Интересы Сообщества включают поддержку конкуренции в отношении полномочных потребителей, в соответствии с настоящей Директивой и ст. 86 Договора.

11. Государства-участники информируют Комиссию о мерах, принятых во исполнение обязательств по оказанию коммунальных услуг, о мерах по защите прав потребителей и окружающей среды, и об их возможном влиянии на национальную и международную конкуренцию, независимо от того, требуется ли для этого отступление от положений Директивы.

12. Комиссия после консультаций с заинтересованными лицами, в том числе с государствами-участниками, национальными регулирующими органами, организациями по защите прав потребителей и предприятиями природного газа, разрабатывает ясный и краткий справочник о правах потребителей в сфере энергетики. Государства-участники при поддержке регулирующих органов обеспечивают принятие поставщиками газа или операторами распределительной системы необходимых мер по распространению экземпляров краткого справочника и его размещению в публичном доступе.

Статья 4. Разрешительная процедура

1. В случаях, когда требуется разрешение (лицензия, концессия, согласие или одобрение) для строительства или эксплуатации объектов природного газа, государства-участники или любой компетентный орган, назначенный ими, должны предоставлять разрешения на строительство и/или эксплуатацию таких объектов, трубопроводов и связанного с ними оборудования на своей территории в соответствии с п. 2-4. Государства-участники или любой компетентный орган, назначенный ими, также могут предоставлять разрешения для поставок природного газа и для оптовых потребителей на тех же условиях.

2. В тех государствах-участниках, где действует разрешительная система, должны быть сформулированы объективные и недискриминационные критерии, которым должны отвечать предприятия, обращающиеся за разрешением на строительство и/или эксплуатацию объектов природного газа или за разрешением на поставку природного газа. Недискриминационные критерии и процедуры выдачи разрешений должны быть обнародованы. Государства-участники обеспечивают в случае необходимости учет значения производственных мощностей, газопроводов, оборудования, важности проекта для внутреннего рынка природного газа при осуществлении разрешительных процедур.

3. Государства-участники принимают меры, чтобы причины любого отказа в выдаче разрешения были объективными и недискриминационными и сообщались заявителю. Причины такого отказа должны доводиться до сведения Комиссии. Государства-участники должны установить процедуру, позволяющую заявителю оспротестовывать подобные отказы.

4. Для развития районов, с недавно организованным снабжением, и в целях обеспечения общей эффективности работы системы, не умаляя положений ст. 24, государства-участники могут отказать в продлении разрешения на строительство или эксплуатацию распределительных систем трубопроводов в любом регионе, если строительство такой системы трубопроводов уже началось или внесены подобные планы о строительстве, и, в случае, если существующая или предполагаемая мощность не заполнены.

Статья 5. Мониторинг бесперебойности снабжения

Государства-участники должны организовать мониторинг объектов, связанных с обеспечением бесперебойности снабжения. В случаях, которые государства-участники посчитают целесообразными, выполнение данной задачи может быть делегировано регулирующим органам, упомянутым в ст. 39(1). Такой мониторинг охватывает отслеживание баланса между спросом и предложением на национальном рынке, уровня ожидаемого спроса и наличных запасов, дополнительных мощностей, находящихся на стадии планирования или строительства, качества и уровня обслуживания сетей, а также мер по удовлетворению спроса в пиковое время и решению проблем недопоставки газа одним или несколькими поставщиками. Каждый год, не позднее 31 июля, компетентные органы публикуют отчет с перечнем сведений, полученных в результате мониторинга, а также о любых предпринятых или запланированных мерах, и незамедлительно направляют его Комиссии.

Статья 6. Региональная солидарность

1. В целях обеспечения безопасности поставок на внутренний рынок природного газа государства-участники сотрудничают, способствуя развитию региональной и двусторонней солидарности.

2. Подобная кооперация осуществляется также в краткосрочных ситуациях, которые возникают или могут возникнуть в случае прерывания газовых поставок в государство. Кооперация может включать:

- (а) координацию национальных чрезвычайных мер, указанных в ст. 8 Директивы Совета 2004/67/ЕС от 26 апреля 2004 г. «О мерах обеспечения безопасности поставок природного газа»;²²⁹
- (б) установление и, в случае необходимости, развитие и усовершенствование газовых и электрических соединений; и
- (с) создание условий и практических средств взаимопомощи.

3. Комиссия и другие государства-участники должны быть проинформированы о такой кооперации.

4. Комиссия может принять Руководящие принципы региональной кооперации, составленные в духе солидарности. Подобные меры, изменяющие несущественные элементы Директивы, дополняя ее, должны быть приняты в соответствии с процедурой, установленной в ст. 51(3).

²²⁹ Council Directive 2004/67/EC of 26 April 2004 concerning measures to safeguard security of natural gas supply // Official Journal. 29.4.2004. L 127. P. 92.

Статья 7. Стимулирование региональной кооперации

1. В качестве первого шага по учреждению полностью либерализованного внутреннего рынка государства-участники и регулирующие органы сотрудничают друг с другом в целях интеграции их национальных рынков на одном или нескольких региональных уровнях. В частности, регулирующие органы, если они были учреждены, или государства-участники стимулируют или облегчают кооперацию операторов транспортных систем на региональном уровне, включая трансграничное сотрудничество, в целях создания конкурентного внутреннего рынка природного газа, стимулирования устойчивости правовых и технических норм и облегчения интеграции изолированных систем, образующих газовые острова, до сих пор существующие на территории Сообщества. Географический район, на территории которого осуществляется сотрудничество, должен включать территории, понимаемые в соответствии со смыслом ст. 12(3) Регламента (ЕС) № 715/2009. Данная кооперация может покрывать и другие географические территории.

2. В целях создания конкурентного внутреннего рынка природного газа Агентство сотрудничает с национальными регулируемыми органами и операторами транспортных систем для того, чтобы обеспечить совместимость режимов регулирования между регионами. В случае если Агентство посчитает необходимым придать обязательную силу нормам, посвященным кооперации, оно делает подобные рекомендации.

3. Государства-участники создают условия посредством имплементации данной Директивы, чтобы операторы транспортной системы, владеющие одной или несколькими сетями на региональном уровне, соединяющими два или более государств, распределяли мощности и обеспечивали безопасность сети.

4. В случае если вертикально интегрированный системный оператор участвует в совместной компании, учрежденной для реализации подобной кооперации, совместное предприятие разрабатывает и реализует соответствующую программу, в которой устанавливаются меры, необходимые для исключения дискриминационного и монопольного поведения. В такой программе устанавливаются специфические обязанности сотрудников, необходимые для достижения цели пресечения дискриминационного и монопольного поведения. Подобная программа одобряется Агентством. Мониторинг соблюдения программы осуществляется специально уполномоченными для этих целей сотрудниками вертикально интегрированных операторов транспортных систем.

Статья 8. Технические правила

Государства-участники или регулирующие органы, в случае, если они были учреждены, должны определить критерии технической безопасности и обеспечить

разработку и обнародование технических правил, устанавливающих минимальные требования к техническому дизайну и эксплуатационные требования для подключения к системе комплексов СПГ, хранилищ, другим транспортным или распределительным системам и прямым линиям. Данные технические правила должны обеспечивать возможность взаимодействия систем и являться объективными и недискриминационными. Агентство может дать рекомендации в целях обеспечения совместимости норм. Данные правила доводятся до сведения Комиссии в соответствии со ст. 8 Директивы 98/34/ЕС Европейского Парламента и Совета от 22 июня 1998 г., в которой сформулирована процедура по предоставлению информации в области технических стандартов и нормативов и другие правила в отношении служб Информационного Общества.²³⁰

Глава III

Транспортировка, хранение и СПГ

Статья 9. Разделение транспортных систем и их операторов 1. С 3 марта 2010 г. государства-участники обеспечивают, чтобы:

(а) каждое предприятие, владеющее транспортной системой, действовало в качестве системного оператора;

(b) то же лицо или лица не могли:

(i) прямо или косвенно осуществлять контроль над предприятием, выполняющим функции производства или поставки и прямо или косвенно осуществлять контроль или любое другое право в отношении системного оператора или транспортной системы;

(ii) прямо или косвенно осуществлять контроль над системным оператором или системой и прямо или косвенно контролировать предприятие, выполняющее любую из функций поставки или производства;

(с) одно и то же лицо или лица не были вправе назначать членов органов надзора, административных органов или органов, представляющих предприятие оператора транспортной системы или транспортной системы, и прямо или косвенно осуществлять контроль или любое другое право в отношении предприятия, выполняющего любую из функций производства или поставки; и

(d) то же самое лицо не было вправе являться членом органов надзора, административных органов или органов, представляющих компанию, предприятие, выполняющего функции производства или поставки, и оператора транспортной системы или транспортной системы.

2. Права, о которых речь идет в п. (b) и (с) пар. 1 включаются в частности:

²³⁰ Directive 98/34/EC of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations / Official Journal, 21.7.1998, L 204, P. 37.

- (a) право участвовать в голосовании;
- (b) право назначать членов органов надзора, административных органов или органов, представляющих предприятие; или
- (с) право владеть большинством акций (наибольшей долей).

3. Для целей пар. (b) понятие «предприятие, выполняющее любую из функций производства или поставки» включает «предприятие, выполняющее любую из функций генерирования и поставки» в смысле положений Директивы 2009/72/ЕС Европейского Парламента и Совета от 13 июля 2009 г. «Об общих правилах внутреннего рынка электричества»,²³¹ термины «оператор транспортной системы» и «транспортная система» понимаются в соответствии со смыслом настоящей Директивы.

4. Государства-участники до 3 марта 2013 г. могут отступать от положений п. (b) и (с) пар. 1, устанавливающих, что операторы транспортной системы не являются частью вертикально интегрированных предприятий.

5. Обязательство, установленное в пар. 1(a) настоящей ст. считается выполненным в случае, если два или более предприятия-собственника транспортной системы создали совместное предприятие, действующее как оператор транспортной системы в двух и более государствах-участниках. Никакое другое предприятие не может быть участником совместного предприятия, если только оно не было признано в соответствии со ст. 14 в качестве независимого системного оператора или независимого транспортного оператора в соответствии со смыслом IV главы.

6. Для имплементации настоящей ст. в случаях, если лицо ссылается на п. (b), (с) и (d) пар. 1, государства-участники или иной публичный орган, два различных публичных органа, осуществляющих контроль над оператором транспортной системы или транспортной системой, с одной стороны, и предприятием, осуществляющим одну из функций производства или поставки — с другой, не должны считаться одним и тем же лицом или лицами.

7. Государства-участники гарантируют, что секретная коммерческая информация, перечень которой установлен в ст. 16, хранящаяся у оператора транспортной системы, бывшего частью вертикально интегрированного предприятия, или у его работников, не может быть передана предприятием, осуществляющим одну из функций производства или поставки.

8. В случае если по состоянию на 3 сентября 2009 г. транспортная система принадлежит вертикально интегрированному предприятию, государство-участник может принять решение о неприменении пар. 1.

В таком случае государство-участник:

²³¹ Directive 2009/72/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 2003/54/EC // Official Journal, 14.08.2009, L 211/55, P.55.

(а) назначит независимого системного оператора в соответствии со ст. 14 или (б) выполнит положения IV главы.

9. В случае если по состоянию на 3 сентября 2009 г. транспортная система принадлежит вертикально интегрированному предприятию, и приняты договоренности, гарантирующие более эффективную независимость оператора транспортной системы, нежели положения, содержащиеся в главе IV, государство-участник может принять решение о неприменении пар. 1.

10. Прежде чем предприятие стало оператором транспортной системы, в соответствии с пар. 9 настоящей статьи, оно должно быть сертифицировано в соответствии с процедурой, установленной в п. (4), (5) и (6) ст. 10 настоящей Директивы и в ст. 3 Регламента (ЕС) № 715/2009. Благодаря этой процедуре Комиссия проверит, насколько достигнутые соглашения гарантируют более эффективную независимость оператора транспортной системы, нежели положения IV главы.

11. Вертикально интегрированные предприятия-собственники транспортной системы в любом случае будут предпринимать действия, чтобы соответствовать требованиям пар. 1.

12. Предприятия, выполняющие, по крайней мере, одну из функций производства или поставки, в любом случае не смогут осуществлять прямой или косвенный контроль или любое другое право в отношении разделенных операторов транспортной системы государств-участников, применяющих положения пар. 1.

Статья 10. Назначение и сертификация операторов транспортных систем

1. Прежде чем предприятие стало оператором транспортной системы, оно должно быть сертифицировано в соответствии с процедурой, установленной в п. (4), (5) и (6) настоящей ст. и ст. 3 Регламента (ЕС) № 715/2009.

2. Предприятие-собственник транспортной системы, сертифицированное национальным регулирующим органом как соответствующее требованиям ст. 9, назначается оператором транспортной системы государства-участника. О назначении оператора транспортной системы должна быть проинформирована Комиссия, данная информация публикуется в Официальном журнале Европейского Союза.

3. Операторы транспортной системы информируют национальные регулирующие органы обо всех операциях, которые могут потребовать переоценку их соответствия требованиям ст. 9.

4. Регулирующие органы осуществляют мониторинг соответствия операторов транспортной системы требованиям ст. 9. Для этого они организуют проведение сертификационной процедуры:

(а) в отношении соблюдения требований по информированию оператором транспортной системы, предусмотренного пар. 3;

(б) по их собственной инициативе в случае, если они обладают информацией о том, что запланированное изменение прав или влияния в отношении собственника транспортной системы или оператора транспортной системы, может привести к нарушению ст. 9 или в случае, если у них есть причины полагать, что такое нарушение может произойти; или

(с) в случае обоснованного запроса, исходящего от Комиссии.

5. Регулирующие органы принимают решение о сертификации оператора транспортной системы в течение четырех месяцев с даты поступления обращения оператора транспортной системы или запроса Комиссии. По истечении данного периода сертификат считается полученным. Прямое или подразумеваемое решение регулирующего органа вступает в силу только после соблюдения процедуры, предусмотренной пар. 6.

6. Явное или подразумеваемое решение о сертификации оператора транспортной системы вместе с необходимой информацией немедленно направляется регулирующим органом Комиссии. Комиссия должна действовать в соответствии с процедурой, установленной в ст. 3 Регламента (ЕС) № 715/2009.

7. Регулирующие органы и Комиссия могут запросить у операторов транспортной системы и предприятия, выполняющего одну из функций производства или поставки, любую информацию, необходимую для выполнения задач, предусмотренных настоящей статьей.

8. Регулирующие органы и Комиссия обязаны сохранять конфиденциальность секретной коммерческой информации.

Статья 11. Сертификация в отношении третьих стран

1. В случае если сертификация запрашивается собственником системы или оператором транспортной системы, который контролируется лицом или лицами из третьей страны или стран, регулирующей орган должен проинформировать об этом Комиссию.

Регулирующий орган также немедленно информирует Комиссию о любых обстоятельствах, связанных с приобретением контроля в отношении транспортной системы или оператора транспортной системы лицом или лицами из третьих стран.

2. Оператор транспортной системы информирует регулирующий орган о любых обстоятельствах, связанных с приобретением контроля в отношении транспортной системы или оператора транспортной системы лицом или лицами из третьих стран.

3. Регулирующий орган разрабатывает проект решения о сертификации оператора транспортной системы в течение четырех месяцев с даты извещения оператором транспортной системы.

В сертификации должно быть отказано в случае, если:

- (a) не выполнены требования ст. 9; и
- (b) регулирующий или другой компетентный орган, назначенный государством-участником, выдающий сертификат, полагает, что присутствуют риски для обеспечения безопасности энергетических поставок государства-участника и Сообщества. Рассматривая данный вопрос, регулирующий или компетентный орган, принимают во внимание:
 - (i) права и обязанности Сообщества в отношении третьего государства, вытекающие из международных соглашений, регулирующих вопросы обеспечения безопасности поставок, включая любое соглашение с одним или несколькими третьими государствами, в которых Сообщество является стороной;
 - (ii) права и обязанности государств-участников в отношении третьего государства, вытекающие из соглашений заключенных с ним, в той степени, в которой они соответствуют праву Сообщества; и
 - (iii) любые другие специфические факты и обстоятельства конкретного случая, касающиеся третьего государства.

4. Регулирующий орган вместе с необходимой информацией немедленно извещает Комиссию о принятом решении.

5. Государство-участник следит за тем, чтобы регулирующий орган или компетентный орган, указанный в пар. 3(b), прежде чем принять решение о сертификации, запрашивал мнение Комиссии о:

- (a) соответствии предприятия требованиям ст. 9; и
- (b) об отсутствии риска для обеспечения безопасности энергетических поставок Сообщества в результате выдачи сертификата.

6. Комиссия немедленно рассматривает запрос, указанный в пар. 5. В течение двух месяцев она должна выдать свое заключение национальному регулируемому или иному назначенному компетентному органу.

Подготавливая заключение, Комиссия может запросить мнение Агентства, заинтересованного государства-участника и других заинтересованных лиц. В случае осуществления подобного запроса двух месячный период продлевается еще на два месяца.

В случае отсутствия мнения Комиссии в течение периода, указанного в абз. 1 и 2, предполагается, что Комиссия не выразила возражений против решения регулирующего органа.

7. Определяя возможность возникновения риска для безопасности энергетических поставок Сообщества при оценке контроля, осуществляемого

лицом или лицами из третьей страны или третьих стран, Комиссия должна принять во внимание:

- (a) специфические обстоятельства дела и интересы заинтересованной страны или стран; и
- (b) права и обязанности Сообщества в отношении третьего государства или государств, вытекающие из международных соглашений, регулирующих вопросы обеспечения безопасности поставок, включая любое соглашение с одним или несколькими третьими государствами, касающееся безопасности поставок, в которых Сообщество является стороной.

8. Национальный регулирующий орган по истечению двухмесячного срока, указанного в пар. 6, принимает окончательное решение о сертификации. При этом национальный регулирующий орган должен принять во внимание мнение Комиссии. В любом случае государство-участник имеет право отказать в сертификации, если выдача сертификата поставит под угрозу безопасность энергетических поставок данного государства или другого государства-участника. В случае если государство-участник назначило другой компетентный орган для осуществления действий, предусмотренных пар. 3(b), может потребоваться принятие решения национальным регулирующим органом на основе заключения данного компетентного органа. Окончательное решение регулирующего органа и мнение Комиссии должны быть опубликованы вместе. В случае если окончательное решение отличается от мнения Комиссии, государство-участник должно опубликовать одновременно с данным решением пояснение причин принятого решения.

9. Ничто в настоящей статье не умаляет прав государств-участников осуществлять в соответствии с правом Сообщества национальный контроль в целях защиты публичных интересов безопасности.

10. Комиссия может принять Руководящие принципы, устанавливающие детали процедуры, предусмотренной настоящей статьей. Эти меры, вносящие изменения лишь в несущественные положения настоящей Директивы, должны быть приняты в соответствии с процедурами, установленными в ст. 51(3).

11. Настоящая ст. за исключением пар. 3(a) должна применяться также к государствам-участникам, указанным в ст. 49.

Статья 12. Назначение операторов объектов хранения и систем СПГ

Государства-участники назначают или требуют от газовых предприятий-собственников объектов хранения и СПГ назначать в период времени, установленный государствами-участниками, исходя из соображений эффективности и экономической целесообразности одного или нескольких операторов хранения и систем СПГ.

Статья 13. Задачи транспортных операторов, операторов хранения и/или систем СПГ

1. Каждый оператор транспортировки, хранения и/или систем СПГ:

(а) управляет, поддерживает и развивает в зависимости от экономических условий безопасные, надежные и эффективные производственные мощности и оборудование транспортировки, хранения и СПГ, в целях создания условий для функционирования открытого рынка, соблюдения требований защиты окружающей среды и обеспечения адекватных средств для выполнения обязательств;

(б) воздерживается от дискриминации между пользователями или классами пользователей системы, в частности, в пользу связанных с ним предприятий;

(с) предоставляет любому оператору системы транспорта, хранения, СПГ и/или распределения достаточную информацию для обеспечения транспортировки и хранения природного газа в объеме необходимом для безопасного и эффективного управления объединенной системой; и

(д) обеспечивает пользователей системы информацией необходимой для эффективного доступа к системе.

2. Каждый оператор системы транспортировки создает достаточные межгосударственные (производственные) мощности в целях интеграции европейской транспортной инфраструктуры, удовлетворяющей экономически обусловленным и технически выполнимым требованиям, в том числе требованиям обеспечения безопасности поставок газа.

3. Правила, принятые оператором транспортной системы для балансирования системы транспортировки газа, включая правила о штрафах в отношении пользователей системы в случае дисбаланса их энергетической системы, должны быть объективными, прозрачными и недискриминационными. Оператор транспортной системы устанавливает сроки и условия, включая правила и тарифы, предоставления таких услуг, на основе принципа недискриминации с учетом затрат в соответствии с процедурой, установленной в ст. 41(6), и публикует их.

4. Регулирующие органы, в случае, если таковые были созданы, или государства-участники могут потребовать от операторов транспортной системы соответствия минимальным стандартам поддержания и развития транспортной системы и объединенных производственных мощностей.

5. Операторы транспортной системы в соответствии с прозрачными недискриминационными рыночными процедурами обеспечивают себя необходимыми энергетическими ресурсами для выполнения своих функций.

Статья 14. Независимые системные операторы

1. В случае если по состоянию на 3 сентября 2009 г. транспортная система принадлежит вертикально интегрированному предприятию, государства-участники могут принять решение не применять ст. 9(1) и по предложению собственника транспортной системы назначить независимого системного оператора. Такое назначение подлежит одобрению Комиссией.

2. Государства-участники могут одобрить и назначить независимого системного оператора только в случае, если:

(а) кандидат продемонстрировал, что он соответствует требованиям ст. 9(1)(b), (с) и (d);

(б) кандидат продемонстрировал, что у него есть в распоряжении необходимые финансовые, технические, физические и человеческие ресурсы для выполнения задач, предусмотренных ст. 13;

(с) кандидат представил десятилетний план развития сети, в отношении которого мониторинг осуществляет регулирующий орган;

(д) собственник транспортной системы продемонстрировал возможность выполнения обязательств, предусмотренных пар. 5. С этой целью представляются проекты соглашения с предприятием-кандидатом и любым другим заинтересованным предприятием; и

(е) кандидат продемонстрировал возможность выполнения обязательств, предусмотренных Регламентом (ЕС) № 715/2009, включая возможность сотрудничать с операторами транспортных систем на европейском и региональном уровнях.

3. Предприятие, сертифицированное регулирующим органом в соответствии со ст. 11 и пар. 2 настоящей статьи, признается в качестве независимого системного оператора государствами-участниками. Применяется процедура сертификации, предусмотренная ст. 10 и 11 настоящей Директивы и ст. 3 Регламента (ЕС) № 715/2009.

4. Каждый независимый системный оператор ответственен за предоставление и управление доступом третьих лиц, в том числе за сбор платежей за доступ и перегрузку сети, за управление, поддержание и развитие транспортной сети, за обеспечение в долгосрочной перспективе возможностей системы удовлетворять спрос путем инвестиционного планирования. Развивая транспортную систему, независимый системный оператор ответственен за планирование (в том числе за прохождение разрешительных процедур), конструирование и ввод в эксплуатацию новой инфраструктуры. Для этой цели независимый системный оператор системы действует как оператор транспортной системы в соответствии с настоящей главой. Собственник транспортной системы не является ответственным за предоставление и управление доступом третьих лиц к системе и инвестиционное планирование.

5. В случае если был назначен независимый системный оператор, собственник:

- (а) сотрудничает и помогает независимому системному оператору в выполнении его задач, в частности, обеспечивает необходимой информацией;
 - (б) финансирует инвестиционные проекты, разработанные независимым системным оператором и одобренные регулирующим органом, или дает свое согласие на финансирование любым заинтересованным лицом, включая самим независимым системным оператором. Соответствующие финансовые соглашения подлежат одобрению регулирующим органом. Прежде чем дать согласие, регулирующий орган проводит консультацию с собственником транспортной системы и другими заинтересованными сторонами;
 - (с) предоставляет гарантии ответственности за сетевые активы, за исключением ответственности за выполнение задач независимым системным оператором; и
 - (d) предоставляет гарантии финансирования расширения сети, за исключением инвестиций, предусмотренных п. (b), осуществляемых заинтересованной стороной или самим независимым системным оператором.
6. В тесном сотрудничестве с регулирующими органами, соответствующий национальный антимонопольный орган осуществляет полномочия по эффективному мониторингу выполнения собственником транспортной системы обязательств, предусмотренных пар. 5.

Статья 15. Разделение собственника транспортной системы и оператора системы хранения

1. Собственник транспортной системы в случае, если был назначен независимый системный оператор, и оператор системы хранения, являющийся частью вертикально интегрированного предприятия, являются независимыми как минимум в отношении организационно-правовой формы, управления, принятия решений и другой деятельности в сфере, не связанной с транспортировкой, распределением и хранением.

Настоящая ст. применяется лишь к мощностям хранения, технически и/или экономически необходимым для обеспечения эффективного доступа к системе для поставки газа потребителям в соответствии со ст. 31.

2. В целях обеспечения независимости оператора транспортной системы и оператора системы хранения, упомянутых в пар. 1, должны соблюдаться следующие минимальные требования:

- (а) лица, ответственные за управление собственником транспортной системы и оператором системы хранения, не участвуют в структурах интегрированного

предприятия природного газа, ответственного прямо или косвенно за ежедневные операции по производству и поставке природного газа;

- (b) принимаются соответствующие меры по сохранению независимости действий лиц, ответственных за управление собственником транспортной системы и оператором транспортной системы;

(с) оператор системы хранения обладает эффективным правом принятия решений, независимым от интегрированного предприятия природного газа в отношении активов, являющихся предметом управления, поддержания и развития мощностей хранения. Данное положение не исключает существования механизмов координации, обеспечивающих защиту экономических и управленческих контрольных прав материнской компании в отношении активов дочерней компании, косвенно управляемых в соответствии со ст. 41(6). В частности, материнская компания должна иметь возможность одобрять ежегодный финансовый план или любой другой подобный инструмент оператора системы хранения, и устанавливать порог кредиторской задолженности дочерней компании. Материнской компании запрещается давать инструкции в отношении ежедневных операций, индивидуальных решений по строительству или улучшению мощностей хранения, в случае, если бюджет мероприятия не выходит за рамки финансового плана или любого подобного инструмента; и

(d) собственник транспортной системы и оператор системы хранения принимают программу поведения, устанавливающую меры по исключению дискриминационного поведения и адекватного мониторинга их применения. В программе обязательств устанавливаются специфические обязанности работников для реализации данных целей. Ежегодный отчет о принятых мерах представляется на рассмотрение регулирующему органу лицом или органом, ответственным за мониторинг программы, и должен быть опубликован.

3. Комиссия принимает Регулирующие принципы для обеспечения полного и эффективного выполнения требований пар. 2 настоящей ст. собственником транспортной системы и оператором системы хранения. Данные меры, не изменяющие существующих элементов настоящей Директивы, принимаются в соответствии с процедурой, предусмотренной ст. 51(3).

Статья 16. Обеспечение конфиденциальности операторами и собственниками транспортной системы

1. Несмотря на ст. 30 или любые другие правовые обязательства по раскрытию информации, каждый оператор системы транспортировки, хранения и сжиженного природного газа и собственник транспортной системы сохраняют конфиденциальность секретной коммерческой информации, полученной им во время проведения хозяйственной деятельности, и должен предотвращать

распространение информации в отношении своей собственной деятельности, если такое распространение в дискриминационной форме может принести ему коммерческую выгоду. В частности, не должна раскрываться секретная коммерческая информация другим подразделениям предприятия, за исключением случая, если это необходимо для осуществления транспортировки. В целях обеспечения соблюдения правил о разделении информации, государства-участники гарантируют, что собственник транспортной системы, в том случае, если он является комбинированным оператором, обеспечивает, оператор распределительной системы и остальные структурные подразделения предприятия совместно не пользовались услугами, например, юридическими, за исключением чисто административных или IT-функций.

2. Транспортные и/или СПГ операторы, а также операторы хранения в контексте сделок купли-продажи природного газа связанными предприятиями не злоупотребляют использованием секретной коммерческой информации, полученной от третьих лиц при проведении переговоров или предоставления доступа к системе.

3. Информация, необходимая для эффективной конкуренции и эффективного функционирования рынка должна быть публичной. Данное обязательство не касается секретной коммерческой информации.

Глава IV

Независимый транспортный оператор

Статья 17. Активы, оборудование, работники и корпоративная символика

1. Операторы транспортной системы должны быть снабжены техническими, физическими, человеческими и финансовыми ресурсами, необходимыми для выполнения обязательств, предусмотренных настоящей Директивой и осуществления операций по транспортировке газа, и в частности обладать:

(а) активами, необходимыми для осуществления деятельности по транспортировке газа, включая транспортную систему, находящуюся в его собственности;

(б) персоналом, необходимым для осуществления деятельности по транспортировке газа и остальных корпоративных задач;

(с) запрещается нанимать персонал, оказывать и получать услуги от любого из структурных подразделений вертикально интегрированного предприятия. Оператор транспортной системы, тем не менее, может осуществлять услуги в отношении вертикально интегрированного предприятия до тех пор пока:

(i) предоставление данных услуг не дискриминирует пользователей системы, доступно всем пользователям системы и условия их оказания не ограничивают, искажают или исключают конкуренцию в сфере производства и поставки газа; и

(ii) условия предоставления данных услуг одобрены регулирующим органом; (d) без ущерба решениям Наблюдательного совета, учреждение которого предусмотрено ст. 20, необходимыми финансовыми ресурсами для будущих инвестиционных проектов и/или по замене существующих активов, представляемые вертикально интегрированным предприятием в распоряжение на основании запроса оператора транспортной системы.

2. Деятельность по транспортировке газа включает, по крайней мере, выполнение следующих задач, помимо перечисленных в ст. 13:

(а) представительство оператора транспортной системы и осуществление контактов с третьими лицами и регулирующими органами;

(b) представительство оператора транспортной системы в рамках Европейской Сети Операторов Транспортной Системы газа (ENTSO for Gas);

(с) предоставление и организация доступа для третьих лиц на недискриминационной основе в отношении пользователей системы или классов пользователей;

(d) сбор платежей, связанных с транспортной системой, включая платежи за получение доступа, уравнивающие сборы при оказании дополнительных услуг, таких как обогащение газа, приобретение услуг (уравнивающие сборы, возмещение потерь при транспортировке);

(е) управление, поддержание и развитие безопасной, эффективной и экономической транспортной системы;

(f) инвестиционное планирование, обеспечивающее долгосрочные возможности системы отвечать спросу и гарантировать безопасность поставок;

(g) создание совместных предприятий, включающие одного или нескольких операторов транспортных систем, газовые биржи и других участников рынка, преследующих цели развития и создания региональных рынков или упрощение процессов либерализации; и

(h) оказание всех корпоративных услуг, включая правовые, бухгалтерские и IT-услуги.

3. Операторы транспортной системы учреждаются в организационно-правовой форме, предусмотренной в ст. 1 Директивы 68/151/ЕЕС.²³²

4. Оператор транспортной системы не должен посредством корпоративной символики, сообщений, торговой марки или своим местом нахождения вводить в

²³² Первая Директива Совета 68/151/ЕЕС от 9 марта 1968 г. «О координации государств-участников в сфере предоставления компаниями, понимаемыми в соответствии со смыслом положений ст. 58 Договора, гарантий защиты интересов участников и других заинтересованных лиц, в целях предоставления равных гарантий на территории всего Сообщества» // Official Journal. 14.3.1968. L 65. P. 8.

завлечение относительно своей независимости от вертикально интегрированного предприятия или его структурных подразделений.

5. Оператор транспортной системы не разделяет IT-системы или оборудование, помещения и системы безопасного доступа с любой из частей вертикально интегрированного предприятия, не использует тех же консультантов или внешних подрядчиков для IT-систем, оборудования и систем безопасного доступа.

6. В отношении счетов оператора транспортной системы аудиторская проверка не может осуществляться аудиторами вертикально интегрированной компании или ее структурных подразделений.

Статья 18. Независимость оператора транспортной системы

1. Без ущерба решениям Наблюдательного совета, предусмотренным ст. 20, оператор транспортной системы обладает:

(а) эффективными правами по принятию решений независимо от вертикально интегрированного предприятия с учетом необходимости управления, поддержания или развития активов транспортной системы;

(б) правами занимать денежные средства на рынке капиталов, в частности, путем заимствований и увеличения капитала.

2. Оператор транспортной системы действует таким образом, чтобы иметь достаточно ресурсов для обеспечения эффективной деятельности по транспортировке газа и поддержания эффективной, безопасной и экономической транспортной системы.

3. Дочерние компании вертикально интегрированного предприятия, выполняющие функции производства или поставки не должны быть прямыми или косвенными собственниками акций оператора транспортной системы. Оператор транспортной системы также не должен являться косвенным или прямым собственником акций дочерних компаний вертикально интегрированного предприятия, осуществляющих функции производства или поставки, либо получать дивиденды или любые другие финансовые преимущества от дочерней компании.

4. Общая организация менеджмента и положения корпоративного устава оператора транспортной системы обеспечивают его эффективную независимость в соответствии с настоящей главой. Вертикально интегрированное предприятие не должно определять прямо или косвенно конкурентное поведение оператора транспортной системы в отношении ежедневной деятельности и управления сетью или определять действия необходимые для подготовки десятилетнего плана развития сети, предусмотренного ст. 22.

5. Выполняя задачи, предусмотренные ст. 13 и ст. 17(2) настоящей Директивы в соответствии со ст. 13(1), 14(1)(а), ст. 16(2), (3) и (5), ст. 18(6) и ст. 21(1) Регламента (ЕС) № 715/2009, оператор транспортной системы не осуществляет дискриминационную деятельность в отношении различных лиц или предприятий и не ограничивает, искажает или исключает конкуренцию в сферах производства и поставки.

6. Любые коммерческие и финансовые отношения между вертикально интегрированным предприятием и оператором транспортной системы, включая ссуды оператора транспортной системы вертикально интегрированному предприятию, должны строиться на рыночных условиях. Оператор транспортной системы хранит записи о таких коммерческих и финансовых отношениях и раскрывает их по запросу регулирующего органа.

7. Оператор транспортной системы представляет на рассмотрение регулирующего органа все коммерческие и финансовые соглашения с вертикально интегрированным предприятием.

8. Оператор транспортной системы информирует регулирующий орган о финансовых ресурсах, упомянутых в ст. 17(1)(d), доступных для будущих инвестиционных проектов и/или замены существующих активов.

9. Вертикально интегрированное предприятие воздерживается от любых действий, угрожающих или делающих невозможным выполнение оператором транспортной системы обязательств, предусмотренных настоящей главой, и не требует от оператора транспортной системы своего разрешения для выполнения данных обязательств.

10. Предприятие, сертифицированное регулирующим органом, в качестве соответствующего требованиям данной главы, назначается в качестве оператора транспортной системы заинтересованным государством-участником. Процедура сертификации регулируется либо ст. 10 настоящей Директивы и ст. 3 Регламента (ЕС) № 715/2009, либо ст. 11 настоящей Директивы.

Статья 19. Независимость работников и управляющих оператора транспортной системы

1. Решения о назначении и переназначении, трудовых условиях, включая условия об оплате труда и о прекращении выполнения должностных обязанностей лицами ответственными за управление и/или членами административных органов оператора транспортной системы, принимаются Наблюдательным органом оператора транспортной системы в соответствии со ст. 20.

2. Сведения о кандидатурах, сроках и условиях выполнения должностных обязанностей лицами, ответственными за исполнительное управление и/или являющимися членами административных органов оператора транспортной

системы, предложенных Наблюдательным органом для назначения или переназначения, и причины любого предлагаемого решения о прекращении выполнения должностных обязанностей сообщаются регулирующему органу. Данные условия, решения, предусмотренные пар. 1, вступают в силу в случае, если регулирующий орган не обнародовал своих возражений в течение трех месяцев после получения соответствующих сведений.

Регулирующий орган может возразить против данных решений, предусмотренных пар. 1, в случае:

(а) наличия сомнений в профессиональной независимости предложенных кандидатур, ответственных за управление и/или членов административных органов; или

(б) в случае преждевременного окончания срока выполнения должностных обязанностей, наличия сомнений в отношении обстоятельств, оправдывающих подобное преждевременное окончание.

3. Кандидат на занятие должности в течение трех лет до назначения в качестве лица ответственного за управление и/или члена административного органа оператора транспортной систем не может осуществлять какую-либо деятельность, нести ответственность, иметь прямые либо косвенные предпринимательские отношения с вертикально интегрированным предприятием или его структурным подразделением или с контролирующими его акционерами (за исключением отношений с самим оператором транспортной системы).

4. Лица, ответственные за управление, и/или члены административных органов, и работники оператора транспортной системы не занимают других должностей, не несут ответственности, не имеют интересов или предпринимательских отношений с любым из структурных подразделений вертикально интегрированного предприятия или контролирующими его акционерами.

5. Лица, ответственные за управление, и/или члены административных органов и работники оператора транспортной системы не получают прямо или косвенно финансовую выгоду от любого из подразделений вертикально интегрированного предприятия, за исключением оператора транспортной системы, и не могут быть заинтересованными в их деятельности. Вознаграждение не должно зависеть от деятельности или результатов деятельности вертикально интегрированного предприятия.

6. Гарантируется эффективное право апелляции лиц, ответственных за управление, и/или членов административных органов регулирующему органу на решения оператора транспортной системы о преждевременном прекращении выполнения ими должностных обязанностей.

7. После окончания срока выполнения должностных обязанностей лица, ответственные за управление, и/или члены административных органов в течение четырех лет не могут занимать какой-либо пост, нести ответственность, иметь интересы или предпринимательские отношения с любым из подразделений вертикально интегрированного предприятия или его акционерами, за исключением оператора транспортной системы.

8. Пар. 3 применяется к большинству лиц, ответственных за управление, и/или членов административных органов оператора транспортной системы.

Лица, ответственные за управление, и/или члены административных органов, на которых не распространяется пар. 3, не могут осуществлять управленческих или подобных функций в вертикально интегрированном предприятии в течение как минимум шести месяцев до их назначения.

Абз. 1 настоящего параграфа и пар. 4-7 применяются ко всем лицами, осуществляющим функции исполнительного управления, и тем, кто сообщает им сведения об управлении, поддержании и развитии сети.

Статья 20. Наблюдательный орган

1. Оператор транспортной системы учреждает Наблюдательный орган, уполномоченный принимать решения, влияющие на оценку активов акционеров оператора транспортной системы. В частности, к таковым относятся решения об одобрении ежегодных и долгосрочных финансовых планов, уровня кредиторской задолженности оператора транспортной системы и объема дивидендов, распределяемых между акционерами. Решения, отнесенные к компетенции Наблюдательного совета, не включают решения в отношении ежедневной деятельности оператора транспортной системы и по управлению сетью, подготовке десятилетнего плана развития сети, предусмотренного ст. 22.

2. Наблюдательный орган состоит из членов, представляющих вертикально интегрированное предприятие, остальные акционеров и в случае, если законодательство государства-участника предусматривает такую возможность, заинтересованных сторон, например, работников операторов транспортной системы.

3. Положения ст. 19(2)(1) и ст. 19(3-7) применяются, по крайней мере, к половине минус один членов Наблюдательного совета.

Ст. 19(2)(b) применяется ко всем членам Наблюдательного совета.

Статья 21. Прозрачность обязательств и лиц, осуществляющих контроль за выполнением обязательств

1. Государства-участники обеспечивают принятие и выполнение операторами транспортной системы программы обязательств, предусматривающей

меры по исключению дискриминационного поведения и меры по обеспечению адекватного мониторинга выполнения программы. В программе обязательств предусматриваются специфические обязанности работников для реализации данных целей. Она должна быть одобрена регулирующим органом. Независимый мониторинг за реализацией программы проводится без ущерба полномочиям национального регулятора специальным лицом, осуществляющим контроль за выполнением обязательств.

2. Лицо, осуществляющее контроль за выполнением обязательств, назначается Наблюдательным органом. Его кандидатура поддается утверждению регулирующим органом. Регулирующий орган может отказать в утверждении кандидатуры только по причинам недостаточной независимости или непрофессионализма. Лицо, осуществляющее контроль за выполнением обязательств, может быть физическим или юридическим. По отношению к лицу, осуществляющему контроль за выполнением обязательств, применяются требования ст. 19(2-8).

3. Лицо, осуществляющее контроль за выполнением обязательств:

- (a) проводит мониторинг реализации программы обязательств;
- (b) подготавливает ежегодный отчет, предусматривающий меры по реализации программы и представляет его регулирующему органу;
- (c) информирует и дает рекомендации Наблюдательному совету в отношении программы обязательств и ее реализации;
- (d) информирует регулирующий орган о существенных нарушениях, возникающих при реализации программы; и
- (e) докладывает регулирующему органу о любых коммерческих или финансовых отношениях между вертикально интегрированным предприятием и оператором транспортной системы.

4. Лицо, осуществляющее контроль за выполнением обязательств, представляет на рассмотрение регулирующего органа проекты решений в отношении финансового плана или индивидуальных инвестиций в развитие сети. Представление документов осуществляется не позднее, чем руководство и/или компетентный орган оператора транспортной системы направит их Наблюдательному совету.

5. Если вертикально интегрированное предприятие на общем собрании акционеров или Наблюдательный орган путем голосования примут решение о прекращении или отсрочивании инвестиций, реализация которых предусмотрена десятилетним планом развития в последующие три г., лицо, осуществляющее контроль за выполнением обязательств, сообщает об этом регулирующему органу, который затем действует в соответствии со ст. 22.

6. Условия в отношении мандата или найма лица, осуществляющего контроль за выполнением обязательств, например, срок действия мандата, подлежат одобрению регулирующим органом. Данные условия обеспечивают независимость лица, осуществляющего контроль за выполнением обязательств, включая снабжение его всеми необходимыми ресурсами для выполнения обязанностей. В течение срока действия мандата лицо, осуществляющее контроль за выполнением обязательств, не занимается какой-либо другой профессиональной деятельностью, не несет ответственность и не имеет прямых или косвенных интересов по отношению к любому структурному подразделению вертикально интегрированного предприятия или контролирующим его акционерам.

7. Лицо, осуществляющее контроль за выполнением обязательств, регулярно в устной или письменной форме отчитывается перед регулирующим органом, а также может регулярно представлять отчет в письменной или устной форме Наблюдательному органу оператора транспортной системы.

8. Лицо, осуществляющее контроль за выполнением обязательств, может посещать любые собрания руководства или административных органов оператора транспортной системы, в том числе Наблюдательного совета и собрания акционеров. Лицо, осуществляющее контроль за выполнением обязательств, посещает все встречи, на которых обсуждаются следующие вопросы:

(a) условия доступа к сети, предусмотренные Регламентом (ЕС) № 715/2009, в частности, тарифы, доступ третьих лиц к услугам, размещение мощностей и управление транспортными зазорами, прозрачность, балансировка нагрузки и вторичные рынки;

(b) проекты, принятые для управления и развития транспортной системой, включая инвестиции в новые транспортные соединения, по увеличению мощностей и оптимизации существующих;

(c) приобретение или продажа необходимой энергии для управления транспортной системой.

9. Лицо, осуществляющее контроль за выполнением обязательств, проводит мониторинг соответствия оператором требованиям ст. 16.

10. Лицо, осуществляющее контроль за выполнением оператора транспортной системы и к любой информации, необходимой для выполнения его задач.

11. По требованию и с предварительного одобрения регулирующим органом Наблюдательный орган может освободить от занимаемой должности лицо, осуществляющее контроль за выполнением обязательств, по причине недостаточной независимости или профессионального несоответствия.

12. Личо, осущестляющее контроль за выполнением обязательств, имеет право доступа ко всем помещениям оператора транспортной системы без предварительного извещения.

Статья 22. Развитие сети и полномочия по принятию инвестиционных решений

1. Каждый г. оператор транспортной системы представляет на рассмотрение регулирующего органа десятилетний план развития сети, основывающийся на уровне существующих и планируемых поставок и результатах консультаций с заинтересованными лицами. Такой план развития сети содержит эффективные гарантии нормального функционирования системы и безопасности поставок.

2. В десятилетнем плане развития сети, в частности:

- (а) участникам рынка указывается основная транспортная инфраструктура, которая должна быть построена или улучшена в течение последующих десяти лет;
- (б) содержатся указания на принятые решения об инвестициях и указываются на инвестиционные проекты, которые будут реализованы в следующие три года;
- (с) устанавливаются временные границы реализации транспортных проектов.

3. Разрабатывая десятилетний план развития сети, оператор транспортной системы делает разумные предположения о развитии производства, поставки, потребления и обмена с другими странами, принимает во внимание инвестиционные планы по развитию региональных и коммунальных сетей, хранения и мощностей по регазификации СПГ.

4. Регулирующий орган открыто консультирует всех настоящих и потенциальных пользователей системы о содержании десятилетнего плана развития сети. Лица или предприятия, потенциальные клиенты системы в случае необходимости должны обосновать свои требования. Регулирующий орган публикует результаты проведенных консультаций, в частности, информацию о возможных потребностях в инвестициях.

5. Регулирующий орган проверяет, покрывает ли десятилетний план развития все потребности в инвестициях, определенные путем консультаций, и согласуется ли он с являющимся необходимым десятилетним коммунальным планом развития, принимаемым в соответствии со ст. 8(3)(b) Регламента (ЕС) № 715/2009. Если возникают сомнения по поводу его согласованности с коммунальным планом развития, регулирующий орган обращается за консультацией к Агентству. Регулирующий орган может потребовать у оператора транспортной системы изменения десятилетнего плана развития.

6. Регулирующий орган осуществляет мониторинг и оценивает реализацию десятилетнего плана развития.

7. В случае если оператор транспортной системы не осуществляет инвестиции, предусмотренные для реализации в первые три г. десятилетнего плана развития, по причинам, не зависящим от него, государства-участники обеспечивают принятие регулирующим органом одной из следующих мер в целях реализации данных инвестиций в случае, если в них сохраняется необходимость:

- (а) потребовать от оператора транспортной системы осуществления данных инвестиций;
- (б) организовать для инвесторов тендер на осуществление данных инвестиций;
- (с) обязать оператора транспортной системы осуществить увеличение уставного капитала для финансирования необходимых инвестиций и позволить независимым инвесторам участвовать в капитале компании.

Если регулирующий орган прибегнул к мере, предусмотренной п.б абз. 1, он может обязать оператора транспортной системы к следующим действиям:

- (а) финансированию третьим лицом;
- (б) строительству третьим лицом;
- (с) самостоятельному строительству новых активов;
- (д) управлению новыми активами.

Оператор транспортной системы обеспечивает инвесторов всей необходимой информацией для реализации инвестиций, подсоединяет новые мощности к транспортной сети и способствует реализации инвестиционного проекта.

Соответствующие финансовые положения должны быть одобрены регулирующим органом.

8. В случае если регулирующий орган воспользовался полномочиями, указанными в абз. 1 пар. 7, соответствующее тарифное регулирование должно покрыть затраты на запланированные инвестиции.

Статья 23. Процедура принятия решения в отношении соединения мощностей хранения, регазификации СПГ и промышленных потребителей к транспортной системе

1. Оператор транспортной системы разрабатывает открытые и эффективные процедуры и тарифы для недискриминационного соединения мощностей хранения, регазификации СПГ и промышленных потребителей к транспортной системе и публикует данные о них. Данные процедуры должны быть одобрены регулирующим органом.

2. Оператор транспортной системы не может отказать в подключении новых мощностей хранения, регазификации СПГ или промышленных потребителей на основании будущих ограничений мощностей сети или необходимости осуществления дополнительных затрат для увеличения мощностей. Оператор

транспортной системы обеспечивает достаточные мощности для нового соединения.

Глава V

Распределение и поставка

Статья 24. Назначение операторов распределительной системы

Государства-участники назначают или обращаются к предпринятиям-собственникам или лицам, ответственным за распределительные системы, с требованием назначить одного или более операторов распределительной системы на период времени, определяемом государствами-участниками с учетом требований эффективности и сохранения экономического баланса, и обеспечивают, чтобы эти операторы действовали в соответствии со ст. 25-27.

Статья 25. Задачи операторов распределительной системы

1. Каждый оператор распределительной системы ответственен за обеспечение возможностей системы по удовлетворению разумного спроса по распределению газа, в соответствии с экономическими условиями должен эксплуатировать, поддерживать и развивать безопасную, надежную и эффективную распределительную систему, уделяя должное внимание к окружающей среде.

2. Ни при каких обстоятельствах оператор распределительной системы не должен осуществлять дискриминационные действия в отношении пользователей системы или категорий пользователей системы, в частности, в пользу своих связанных предприятий.

3. Каждый оператор распределительной системы предоставляет оператору любой системы распределения и/или любой системы транспортировки и/или системы СПГ и/или системы хранения достаточную информацию для обеспечения того, чтобы транспортировка и хранение природного газа осуществлялись способом, поддерживающим безопасную и эффективную работу объединенной системы;

4. Каждый оператор распределительной системы предоставляет пользователям системы информацию, необходимую им для эффективного доступа к системе.

5. Если оператор распределительной сети отвечает за балансирование газовой распределительной системы, то правила, принятые для этих целей, должны быть объективными, прозрачными и недискриминационными. Эти же требования касаются правил взимания платы с пользователей сети за допущение дисбаланса. Условия, включая правила и тарифы предоставления таких услуг операторами

распределительной системы, определяются в соответствии со ст. 41(6) в недискриминационной форме, позволяющей учитывать затраты, и публикуются.

Статья 26. Разделение операторов распределительной системы

1. В случаях, когда оператор распределительной системы является частью вертикально интегрированного предприятия, он должен быть независим, как минимум, с точки зрения своей организационно-правовой формы, организации и в принятии решений от других видов деятельности, не связанных с распределительной системой. Эти правила не предусматривают передачу собственности на активы распределительной системы от вертикально интегрированного предприятия.

2. В дополнение к требованиям, изложенным в пар. 1, в случае, если оператор распределительной системы является частью вертикально интегрированного предприятия, он должен быть независим в плане своей организации и в принятии решений от других видов деятельности, не связанных с распределением. Для выполнения этого требования применяются следующие минимальные требования:

(а) лица, ответственные за управление оператором распределительной системы не могут участвовать в работе структур интегрированного газового предприятия, ответственного прямо или косвенно за ежедневные операции по производству, транспортировке и поставке природного газа;

(б) соответствующие меры должны быть приняты, с учетом профессиональных интересов лиц, ответственных за управление оператором распределительной системы, в такой мере, чтобы они были в состоянии действовать независимо;

(с) оператор распределительной системы должен иметь эффективные права по принятию решений в отношении активов, необходимых для эксплуатации, обслуживания и развития сети независимо от интегрированного газового предприятия. Для выполнения данной цели оператор распределительной системы обладает необходимыми ресурсами, включая человеческие, технические, финансовые и физические. Должны существовать механизмы координации для обеспечения защиты экономических прав и прав на управленческий контроль материнской компанией активами, подпадающими под контроль, опосредованно регулируемые в соответствии со ст. 41(6). В частности, это дает возможность материнской компании одобрять годовой финансовый план или другой эквивалентный инструмент оператора распределительной системы и устанавливать общие лимиты уровня кредиторской задолженности своего дочернего предприятия. Данные меры не позволяют материнской компании давать инструкции относительно ежедневной деятельности, а также относительно отдельных решений, касающихся строительства или обновления распределительных линий, если

условия их выполнения не выходят за рамки финансового плана или другого эквивалентного инструмента, одобренного ранее; и

(d) оператор распределительной системы должен разработать программу обязательств, в которой ясно излагаются меры, принимаемые, в целях исключения дискриминационного поведения и обеспечения нормального контроля за ее соблюдением. В соответствии с программой на сотрудников для достижения этой цели возлагаются специфические обязательства. Годовой отчет, в котором изложены принятые меры, подается лицом или органом, ответственным за мониторинг программы обязательств, указанным в ст. 39(1), и подлежит опубликованию. Либо, осуществляющее контроль за выполнением обязательств оператора распределительной системы, для выполнения стоящих перед ним задач должно быть независимым и иметь доступ к любой необходимой информации об операторе распределительной системы и любых аффилированных лицах.

3. В случае если оператор распределительной сети является частью вертикально интегрированного предприятия, государства-участники обеспечивают мониторинг деятельности оператора распределительной сети регулирующим органом или другими компетентными органами, чтобы оно не могло воспользоваться преимуществами вертикальной интеграции, искажающими конкуренцию. В частности, вертикально интегрированные операторы распределительной системы в процессе ведения деятельности не должны вводить в заблуждение корпоративной символикой или иным подобным способом в отношении своей независимости от подразделений вертикально интегрированного предприятия, осуществляющих поставку.

4. Государства-участники могут решить не применять требования пар. 1, 2 и 3 к интегрированным газовым предприятиям, которые обслуживают менее, чем 100 000 подсоединенных потребителей.

Статья 27. Обеспечение конфиденциальности операторами распределительной системы

1. Несмотря на ст. 30 или любые другие правовые обязательства по разглашению информации, каждый оператор распределительной системы должен сохранять конфиденциальность секретной коммерческой информации, полученной во время ведения хозяйственной деятельности, и должен предотвращать распространение информации в отношении своей собственной деятельности, если такое распространение в дискриминационной форме может принести ему коммерческую выгоду.

2. Операторы распределительной системы в отношении продаж или закупок природного газа связанными предприятиями не злоупотребляют секретной

коммерческой информацией, полученной от третьих сторон при предоставлении доступа или проведении переговоров о доступе к системе.

Статья 28. Закрытые распределительные системы

1. Государства-участники могут предоставить национальному регулирующему органу или другим компетентным органам право квалифицировать географически ограниченные системы распределения газа, обслуживающие промышленных, коммерческих или смешанных потребителей, по без ущерба пар. 4 не обслуживающие бытовых потребителей, в качестве замкнутых распределительных систем в случае, если:

(a) по специфическим техническим причинам или соображениям безопасности операции или производственный процесс этой системы является интегрированными; или

(b) данная система распределяет газ главным образом собственнику или оператору системы или связанным с ними предприятиям.

2. Государства-участники могут предоставить национальным регулирующим органам право освободить оператора закрытой распределительной системы от требований ст. 32(1) о предварительном утверждении тарифов и методики их калькуляции в соответствии со ст. 41.

3. В случае если было принято решение об исключении в соответствии с пар. 2, по требованию пользователя распределительной системы применяемые тарифы или методики их калькуляции должны быть пересмотрены и одобрены в соответствии со ст. 41.

4. Второстепенное использование небольшим числом бытовых потребителей, осуществляющих работы по найму у собственника распределительной распределения или связанных с ним подобным образом, расположенными в районе обслуживания закрытой распределительной системы, не исключает возможность предоставления исключений, предусмотренных пар. 2.

Статья 29. Оператор комбинированной системы

Ст. 26(1) не исключает соответствия операций оператора комбинированной системы, СПГ, хранения и системы распределения требованиям ст. 9(1) или 14 и 15 или главы IV, или ст. 49(6).

Глава VI

Распределение и прозрачность финансовой отчетности

Статья 30. Право доступа к финансовым отчетам

1. Государства-участники или другие компетентные органы, назначаемые ими, включая органы, перечисленные в ст. 39(1), и органы по разрешению споров,

указанные в ст. 34(3), в той мере, в которой это необходимо для осуществления ими своих функций, в соответствии со ст. 31 имеют право доступа к финансовым отчетам предприятий природного газа.

2. Государства-участники или любой назначенный компетентный орган, включая регулирующие органы, указанные в ст. 39(1) и органы по разрешению споров, соблюдают конфиденциальность секретной коммерческой информации. Государства-участники могут предусмотреть разглашение такой информации, если этого требует выполнение компетентными органами своих функций.

Статья 31. Разделение финансовой отчетности

1. Государства-участники принимают необходимые меры по обеспечению хранения финансовой отчетности предприятий природного газа в соответствии с требованиями пар. 2-5 настоящей статьи. В случае частичного освобождения предприятий от исполнения данного положения на основании ст. 49(2, 4), они должны, как минимум, вести свой внутренний (управленческий) бухгалтерский учет в соответствии с настоящей статьей.

2. Предприятия природного газа любой формы собственности или организационно-правовой формы должны составлять, предоставлять для аудита и публиковать свои годовые отчеты в соответствии с правилами национального законодательства о годовых отчетах предприятий с ограниченной ответственностью, одобренными согласно Четвертой Директиве Совета 78/660/ЕС от 25 июля 1978 г., на основании ст. 44(2)(g)²³³ Договора «О годовых отчетах определенных типов компаний».²³⁴

Предприятия, не обязанные по закону публиковать свои годовые отчеты, сохраняют копию этих отчетов в своем головном офисе для публичного доступа.

3. Предприятия природного газа ведут отдельный бухгалтерский учет деятельности систем транспортировки, распределения, СПГ и хранения в своем внутреннем (управленческом) бухгалтерском учете, как если бы указанные виды деятельности осуществлялись разными предприятиями. Целью данных мер является стремление избежать дискриминацию, перекрестное субсидирование и искажение конкуренции. Они также должны вести бухгалтерский учет, который может быть консолидированным, по другим видам газовой деятельности, не связанным с транспортировкой, распределением, СПГ и хранением. До 1 июля 2007 г. они вводят раздельную отчетность по поставке электроэнергии полномочным, а также полномочным потребителям. В отчетности указывается

²³³ Название Директивы 78/660/ЕЕС было приведено в соответствии с нумерацией статей Договора, установленной Европейским сообществом в соответствии со ст. 12 Амстердамского договора; изначально делалась ссылка на ст. 34(3)(g).

²³⁴ Fourth Council Directive 78/660/EEC of 25 July 1978 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty on the annual accounts of certain types of companies // Official Journal. L 222. P. 11.

доход от владения транспортной/распределительной системой. Газовые предприятия ведут консолидированный учет по другим видам деятельности, не связанным с газом. Внутренняя отчетность должна включать баланс и отчет о доходах и расходах по каждому виду деятельности.

4. Аудит, ссылка на который сделана в пар. 2, в частности, подтверждает выполнение обязательств по избежанию дискриминации и перекрестного субсидирования, упомянутых в пар. 3.

5. Предприятия указывают в своем внутреннем (управленческом) бухгалтерском учете правила распределения активов и пассивов, доходов и расходов, а также правила амортизации фиксированных активов без ущерба применимым на национальном уровне правилам бухгалтерского учета, которым они следуют при составлении отдельных счетов, упомянутых в пар. 3. Данные внутренние правила могут быть изменены только в чрезвычайных случаях. Такие изменения должным образом оформляются и обосновываются.

6. В примечаниях к годовым отчетам указываются любые операции определенного объема, осуществленные со связанными предприятиями.

Глава VII

Организация доступа к системе

Статья 32. Доступ третьих лиц

1. Государства-участники обеспечивают введение в действие схемы доступа третьих лиц к системам транспортировки, распределения и комплексам СПГ на основании тарифов, применимых ко всем полномочным потребителям, включая предприятия-поставщиков. Данные тарифы публикуются и применяются объективно, без дискриминации в отношении пользователей системы. Государства-участники обеспечивают утверждение и опубликование данных тарифов или методик исчисления до вступления их в силу в соответствии со ст. 39(1).

2. Операторы транспортной системы имеют доступ к сети других операторов транспортной системы, если это необходимо для выполнения их функций, включая функции, связанные с трансграничными операциями.

3. Положения настоящей Директивы не препятствуют заключению долгосрочных контрактов в той мере, в которой они соответствуют правилам о конкуренции Союза.

Статья 33. Доступ к хранению

1. Для организации доступа к хранилищам и хранилищам в трубопроводе в случае, если это технически и/или экономически необходимо, для предоставления действенного доступа к системе, в целях снабжения потребителей, а также для

организации доступа к системным/вспомогательным услугам, государства-участники могут придерживаться одной или обеих процедур, указанных в пар. 3 и 4. Эти процедуры должны осуществляться в соответствии с объективными, прозрачными и недискриминационными требованиями.

Регулирующие органы в случае, если они были учреждены государствами-участниками, или государства-участники определяют и публикуют требования, в соответствии с которыми устанавливается режим доступа к хранилищам и хранилищам в трубопроводе. Они публикуют или обязывают операторов транспортной системы и хранения опубликовывать информацию о том, какие хранилища или части хранилищ, хранилища в трубопроводах предлагаются в соответствии с процедурами, установленными в пар. 3 и 4.

Обязанность, установленная во втором предложении абз. 2, не должна нарушать право выбора, предоставляемое государствами-участниками, установленное в абз. 1.

2. Положения пар. 1 не должны применяться к вспомогательным услугам или временному хранению, относящимся к комплексам СПГ и необходимым для процесса регазификации и последующей доставки в транспортную систему.

3. В случае предоставления доступа в результате переговоров государства-участники принимают необходимые меры, чтобы предприятия природного газа и полномочные потребители внутри или вне территории, на которой находится объединенная система, были в состоянии договариваться о доступе к хранилищам и хранилищам в трубопроводе, где это технически и/или экономически необходимо для предоставления эффективного доступа к системе, а также организации доступа к другим вспомогательным услугам. Стороны должны вести переговоры о доступе к хранению, хранению в трубопроводе и другим вспомогательным услугам на основе принципов добросовестности и доверия.

Переговоры по контрактам на доступ к хранению, хранению в трубопроводе и другим вспомогательным услугам должны проводиться с соответствующим оператором системы хранения или предприятиями природного газа. Регулирующие органы, если они были учреждены государствами-участниками, или государства-участники требуют от операторов системы хранения и предприятий природного газа опубликования основных коммерческих условий осуществления хранения, хранения в трубопроводе и оказания других вспомогательных услуг с 1 июля 2005 г., а затем на ежегодной основе.

Разрабатывая условия, указанные в абз. 2, операторы хранения и предприятия природного газа консультируются с пользователями системы.

4. В случае осуществления регулируемого доступа, регулирующие органы, если они были учреждены государствами-участниками, или государства-участники принимают необходимые меры по предоставлению предприятиям природного газа

и полномочным потребителям внутри или вне территории, на которой находится объединенная система, права на доступ к хранению, хранению в трубопроводе и другим вспомогательным услугам. Такой доступ осуществляется на основании опубликованных тарифов и/или других условий и обязательств по осуществлению такого хранения и хранения в трубопроводе, в случае, если по техническим и/или экономическим причинам это необходимо для предоставления действенного доступа к системе и другим вспомогательным услугам. Регулирующие органы, если они были учреждены государствами-участниками, или государства-участники, разрабатывая тарифы или методики их исчисления, проводят консультации с пользователями системы. Право доступа для полномочных потребителей может быть предоставлено путем наделения их правом заключать договоры поставки с конкурирующими предприятиями природного газа — не собственниками и/или операторами системы или связанными предприятиями.

Статья 34. Доступ к апстрим-сетям трубопроводов

1. Государства-участники принимают необходимые меры, обеспечивающие доступ предприятий природного газа и полномочных потребителей, где бы они ни располагались, к апстрим-сетям трубопроводов, в том числе мощностям, необходимым для оказания технических услуг для осуществления такого доступа, но исключая те части сетей и объектов, которые используются для местных операций по производству на участке газового месторождения, где производится газ. Такие меры должны быть доведены до сведения Комиссии в соответствии со ст. 54.

2. Доступ, указанный в пар. 1, должен предоставляться способом, определяемым государствами-участниками согласно соответствующим юридическим средствам. Государства-участники преследуют цели обеспечения справедливого и открытого доступа для создания конкурентоспособного рынка природного газа и предотвращения любого злоупотребления доминирующим положением, при этом учитывая необходимость обеспечения бесперебойности и регулярности поставок, имеющуюся в наличии или разумно возможную пропускную мощность и необходимость защиты окружающей среды. Нижеследующие факторы могут быть приняты во внимание:

- (а) необходимость в отказе в доступе при несовместимости технических спецификаций, которую невозможно преодолеть разумными усилиями;
- (б) трудности, не преодолеваемые за счет разумных усилий, способные нанести ущерб эффективному текущему или планируемому в будущем производству углеводородов, в том числе производству в месторождениях с предельной экономической жизнеспособностью;

(с) необходимость учитывать должным образом обоснованные разумные потребности собственника или оператора апстрим-сети трубопроводов для транспортировки и переработки газа и интересы всех других пользователей апстрим-сети трубопроводов. А также возможности соответствующих мощностей по переработке и перегрузке, на которые может повлиять предоставление доступа;

(d) необходимость применять собственные законы и административные процедуры, соответствующие нормам Союза, для выдачи разрешения на производство или апстрим-разработку.

3. Государства-участники должны обеспечить функционирование механизмов разрешения споров, включая учреждение независимого от сторон органа, имеющего доступ ко всей необходимой информации, быстро разрешающего споры о доступе к апстрим-сетям трубопроводов, принимаемая во внимание требования, установленные в пар. 2, а также количество сторон, которые могут участвовать в переговорах по предоставлению доступа к таким сетям.

4. В случае возникновения трансграничных споров, применяются соглашения по урегулированию споров того государства-участника, в юрисдикции которого находится апстрим-сеть трубопроводов, осуществляющая отказ в доступе. Если при трансграничных спорах сеть охватывает более чем одно государство-участник, то в этом случае государства-участники проводят консультации в целях обеспечения последовательного применения положений настоящей Директивы.

Статья 35. Отказ в доступе

1. Предприятия природного газа могут отказать в доступе к системе на основании недостаточной пропускной способности или в случае, если доступ к системе сделает невозможным выполнение ими обязательств по коммунальному обслуживанию, указанных в ст. 3(2), или в связи с серьезными экономическими и финансовыми трудностями в отношении контрактов take-or-pay («бери или плати»). Отказ осуществляется с учетом требований и процедур, указанных в ст. 48, и поиска альтернативного варианта решения, выбранного государствами-участниками согласно пар. 1 вышеуказанной статьи. Такой отказ должен быть обоснован.

2. Государства-участники могут принимать необходимые меры, чтобы предприятие природного газа, отказывающееся в доступе к системе на основании недостаточной пропускной способности или соединения, осуществило усовершенствования системы, если это будет экономически целесообразным, или на условиях оплаты данных усовершенствований самим потенциальным потребителем. В случаях, если применяются положения ст. 4(4), государства-участники реализуют соответствующие меры.

Статья 36. Новая инфраструктура

1. В отношении новых крупных газовых инфраструктур, например, межсистемных газопроводов между государствами-участниками, комплексов СПГ и хранилищ, на основании ходатайства может быть предоставлено освобождение от исполнения положений ст. 9, 32, 33, 34 и 41(6) и (10) при соблюдении следующих условий:

(a) инвестиционный проект должен усиливать конкуренцию в сфере газоснабжения и улучшать бесперебойность снабжения;

(b) уровень риска, связанного с инвестиционным проектом, должен быть таков, что инвестиции не были бы осуществлены, если бы не было получено право освобождения от исполнения вышеуказанных положений;

(с) инфраструктура должна принадлежать физическому или юридическому лицу, являющемуся независимым, как минимум, по своей организационно-правовой форме от операторов систем, в системах которых будет строиться инфраструктура;

(d) плата должна взиматься с пользователей этой инфраструктуры; и

(е) право освобождения от исполнения не оказывает негативного влияния на конкуренцию или эффективное функционирование регулируемой системы, с которой соединена рассматриваемая инфраструктура.

2. Положения пар. 1 также применяются при значительных увеличениях мощности существующей инфраструктуры и в случаях модификаций таких инфраструктур, дающих возможность развития новых источников газоснабжения.

3. Регулирующий орган, указанный в гл. VIII, принимает решение об освобождении на основании пар. 1 и 2.

4. В случае если инфраструктура находится на территории более, чем одного государства-участника, Агентство представляет заинтересованным регулирующим органам государства-участников, консультационное заключение, которое может быть основой их решения. Вынесенного в течение двух месяцев с даты получения ходатайства о предоставлении права об освобождении от исполнения последних из данных регулирующих органов.

В случае если все заинтересованные регулирующие органы согласны одобрить ходатайство о предоставлении права освобождения от исполнения обязательств в течение шести месяцев с даты получения ходатайства последним регулирующим органом, они должны проинформировать Агентство о своем решении.

Агентство выполняет задачи, возложенные на регулирующие органы государств-участников, указанные в настоящей статье:

(а) в случае, если все заинтересованные регулирующие органы не смогли достичь согласия в течение шести месяцев с даты получения ходатайства о предоставлении права освобождения от исполнения обязательств последним регулирующим органом; или

(б) в случае подачи коллективных ходатайств от заинтересованных регулирующих органов.

Все заинтересованные регулирующие органы могут подать коллективное ходатайство о продлении срока, указанного в пар. (а) абз. 3, на срок до трех месяцев.

5. До принятия решения Агентство проводит консультации с соответствующими регулирующими органами и заявителями.

6. Освобождение от исполнения обязательств может распространяться на всю новую инфраструктуру либо существующую инфраструктуру со значительно увеличенной пропускной мощностью.

При принятии решения о предоставлении права освобождения от исполнения обязательств могут быть установлены условия в отношении срока освобождения и недискриминационного доступа к инфраструктуре. При принятии решения о таких условиях должны учитываться, в частности, возводимые дополнительные объекты или изменение существующих, время, необходимое для реализации проекта и другие обстоятельства.

Регулирующий орган прежде, чем принять решение о предоставлении права освобождения от исполнения обязательств, принимает правила и механизмы управления и распределения мощностей. Правила предполагают, что все потенциальные пользователи инфраструктуры выражают свои интересы в отношении контрактных мощностей, в том числе мощностей для собственного использования, до их непосредственного распределения в новой инфраструктуре. Регулирующий орган требует установления в правилах управления транспортными заторами обязательств по реализации неиспользованных мощностей на вторичном рынке. При оценке исполнения требования, указанного в п. (а), (б) и (е) пар. 1, регулирующий орган принимает во внимание результаты процедур размещения мощностей.

Решение о предоставлении права освобождения от исполнения обязательств, включая условия, указанные в абз. 2 настоящего параграфа, должны быть обусловлены и опубликованы.

7. Вопреки положениям пар. 3, государства-участники могут предусмотреть обязанность по представлению им на рассмотрение ходатайства о предоставлении права освобождения от исполнения обязательств регулирующим органом или Агентством и высказать свое мнение. Данное мнение должно быть опубликовано одновременно с решением.

8. Регулирующий орган немедленно после получения направляет Комиссии копию любого ходатайства о предоставлении права освобождения от исполнения обязательств. Решение и вся необходимая для его принятия информация немедленно сообщаются компетентным органом Комиссии. Для принятия обоснованного решения информация в обобщенном виде может быть передана Комиссии. В частности, информация должна содержать:

(а) подробное описание причин, на основе которых регулирующий орган или государство-участник предоставило право освобождения от исполнения обязательств или отказало в нем со ссылкой на пар. 1, послужившие основанием решения, включая финансовые сведения, подтверждающие необходимость предоставления такого права;

(б) анализ предполагаемого воздействия предоставления права освобождения от исполнения обязательств на конкуренцию и эффективное функционирование внутреннего рынка природного газа;

(с) период действия и доля всех мощностей газовой инфраструктуры, в отношении которой предоставляется право освобождения от исполнения обязательств;

(д) в случае, если право освобождение касается соединительного трубопровода — результаты проведенных консультаций с регулирующими органами; и

(е) оценку вклада в развитие инфраструктуры и диверсификацию газовых поставок.

9. В течение двух месяцев со дня получения уведомления, Комиссия может потребовать, чтобы регулирующий орган или заинтересованное государство-участник изменили или отозвали свое решение о предоставлении права освобождения от исполнения обязательств. Двухмесячный период может быть продлен на еще один месяц, если Комиссии требуется дополнительная информация. Дополнительный период начинается с дня, следующего за днем получения полной информации. Первоначальный двухмесячный период может быть продлен в случае согласия Комиссии и регулирующего органа.

В случае не предоставления запрашиваемой информации в установленный срок ходатайство считается отклоненным, за исключением случая, если до истечения данного периода или продленного периода вследствие обособного согласия Комиссии и регулирующего органа, регулирующей орган на основании мотивированного заявления проинформировал Комиссию о предоставлении необходимых документов.

Регулирующий орган в течение одного месяца исполняет и отчитывается об исполнении решения Комиссии об изменении или отказе в предоставлении права освобождения от исполнения обязательств.

Комиссия должна сохранять конфиденциальность секретной коммерческой информации.

В случае если строительство инфраструктуры еще не начато, одобренное Комиссией решения об освобождении действует в течение двух лет с момента принятия, и пяти лет с момента принятия соответствующего решения в случае, если инфраструктура не введена в эксплуатацию, если Комиссия посчитает, что причиной задержки являются существенные обстоятельства, не контролируемые лицом, получившим право освобождения от исполнения обязательств.

10. Комиссия может принять Регулирующие принципы, устанавливающие порядок применения положений пар. 1, 3, 6, 8 и 9 настоящей статьи. Данные меры, не вносящие изменений в существенные элементы Директивы, должны быть приняты в соответствии с процедурой, установленной в ст. 51(3).

Статья 37. Открытие рынка и принцип взаимности

1. Государства-участники гарантируют, что полномочными потребителями являются следующие лица:

(а) до 1 июля 2004 г. — полномочными потребителями являются лица, указанные в ст. 18 Директивы Европейского Парламента и Совета 98/30/ЕС от 22 июня 1998 г. «Об общих принципах внутреннего рынка природного газа»;²³⁵

Государства-участники ежегодно, но не позднее 31 января, публикуют критерии определения таких полномочных потребителей.

(b) с 1 июля 2004 г. — все небытовые потребители;

(c) с 1 июля 2007 г. — все потребители.

2. Во избежание дисбаланса при открытии рынков газа:

(а) контракты на поставку с полномочным потребителем в системе другого государства-участника не будут запрещаться, если данный потребитель считается полномочным для обеих систем; и

(b) в случаях, когда сделки, указанные в п. (а) отклонены из-за того, что потребитель является полномочным только для одной из двух систем, Комиссия, учитывая ситуацию на рынке и общие интересы, может обязать сторону, отказывающуюся в сделке осуществить требуемую поставку по просьбе одного из государств-участников.

Статья 38. Прямые линии

1. Государства-участники принимают необходимые меры, дающие возможность:

²³⁵ Directive 98/34/EC of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations // Official Journal L 204, P. 1.

(а) предприятиям природного газа, созданным на их территории, снабжать полномочных потребителей по прямой линии газопровода; и

(b) любому полномочному потребителю на их территории получать по прямой линии газ, поставляемый предприятием природного газа;

2. В случаях, если требуется предоставление разрешения (лицензия, концессия, согласие или одобрение) для строительства или эксплуатации прямых линий, государства-участники или любой компетентный орган, назначенный ими, должны определить критерии для выдачи разрешения на строительство или эксплуатацию таких линий на своей территории. Такие критерии должны быть объективными, прозрачными и недискриминационными.

3. Государства-участники могут выдавать разрешение на строительство прямой линии, если имел место отказ в доступе к системе на основании ст. 35, или, если была открыта процедура урегулирования споров в соответствии со ст. 41.

Глава VIII

Национальные регулирующие органы

Статья 39. Назначение и независимость регулирующих органов

1. Каждое государство-участник на национальном уровне назначает один национальный регулирующий орган.

2. Пар. 1 настоящей ст. не препятствует назначению регулирующих органов на региональном уровне государств-участников, при условии, что существует только один главный представитель в составе Правления регуляторов Агентства на уровне Сообщества в соответствии со ст. 14(1) Регламента (ЕС) № 713/2009.

3. Отступая от положений пар. 1 настоящей статьи, государство-участник может назначить регулирующие органы для небольших систем, находящихся в географически обособленных регионах, потребление которых по состоянию на 2008 г. составило менее 3 % всего потребления внутри государства. Данное отступление не наносит ущерба правилу о назначении главного представителя в составе Правления регуляторов Агентства в соответствии со ст. 14(1) Регламента (ЕС) № 713/2009.

4. Государство-участник гарантирует независимость регулирующего органа и беспристрастное и открытое осуществление им своих полномочий. Для этой цели государство-участник обеспечивает, что при выполнении возложенных настоящей Директивой и соответствующим законодательством задач регулирующий орган:

(а) формально отличается и функционально отделен от любого частного или публичного учреждения;

(b) обеспечивает, что его работники и лица, ответственные за управление;

(i) действуют независимо от любого рыночного интереса; и

(ii) при выполнении регулирующих задач не действуют по инструкции правительства или любого другого частного или публичного учреждения. Данное требование не наносит ущерба сотрудничеству с другими национальными органами или Регулирующим принятием, принимаемых правительством в отношении полномочий по регулированию, не перечисленных в ст. 41.

5. В целях гарантирования независимости регулирующего органа государство-участник, в частности, обеспечивает:

(а) самостоятельное принятие решений регулирующим органом независимо от любого политического органа и наличие у него отдельного годового бюджета, исполняемого самостоятельно, соответствующих человеческих и финансовых ресурсов для выполнения своих обязанностей; и

(б) назначение на фиксированный срок до семи лет с правом вторичного переназначения членов правления регулирующего органа или, в случае его отсутствия, высших менеджеров регулирующего органа.

В отношении п. (б) абз. 1 государство-участник обеспечивает разработку соответствующей ротационной схемы для членов правления и высших менеджеров. Члены правления или, в случае их отсутствия, высшие менеджеры могут быть освобождены от занимаемой должности, только если они не соответствуют требованиям, установленным в настоящей статье или совершили должностной проступок в соответствии с национальным законодательством.

Статья 40. Основные цели деятельности регулирующего органа

Выполняя установленные в настоящей Директиве задачи по регулированию, регулирующий орган принимает все разумные меры для их достижения, действуя в рамках обязанностей и полномочий, установленных в ст. 41, проводя постоянные консультации с другими национальными органами, в том числе антимонопольными, не вмешиваясь в их компетенцию:

(а) содействуя в тесном сотрудничестве с Агентством, регулирующими органами государств-участников и Комиссией становлению конкурентного, безопасного и экологически рационального внутреннего рынка природного газа Сообщества и эффективному открытию рынка всем потребителям и поставщикам в Сообществе и обеспечивая необходимые условия для эффективного и надежного Сообществе и обеспечивая необходимые условия для эффективных целей;

(б) развивая в рамках Сообщества конкурентные и нормально функционирующие региональные рынки для достижения целей, указанных в п. (а);

(с) устраняя ограничения торговли природным газом между государствами-участниками, в том числе развивая необходимые трансграничные транспортные возможности для обеспечения спроса и стимулирования интеграции национальных рынков, что облегчит транспортировку газа на территории всего Сообщества;

(d) оказывая помощь в достижении с наименьшими затратами и совершенствовании безопасности надежных, эффективных, недискриминационных, ориентированных на потребителя систем, стимулируя нормальное функционирование системы, повышение энергетической эффективности, в целях реализации общей энергетической политики и интеграции малых и крупных производителей газа из возобновляемых энергетических источников, а также распределения газа в транспортных и распределительных сетях;

(е) упрощая доступ к сети новых производственных мощностей, в частности, устраняя барьеры, исключающие доступ на рынок новых участников и газа, получаемого из возобновляемых энергетических ресурсов;

(f) разрабатывая долгосрочные и краткосрочные стимулы для увеличения эффективности системы и поощрения интеграции рынка операторами и пользователями системы;

(g) обеспечивая извлечение пользы потребителями от эффективного функционирования национального рынка, стимулируя развитие эффективной конкуренции и предоставляя помощь в защите прав потребителей;

(h) оказывая помощь в достижении высоких стандартов предоставления коммунальных услуг, внося вклад в защиту полномочных потребителей и обеспечение совместности процессов по обмену информацией в случае изменения потребителей.

Статья 41. Обязанности и полномочия регулирующего органа

1. Регулирующие органы несут следующие обязанности:

(а) установление, одобрение транспортных и распределительных тарифов или методик их определения на основе прозрачных критериев;

(б) обеспечение выполнения операторами транспортных и распределительных систем, и в случае необходимости, их собственниками, предприятиями природного газа обязательств, предусмотренных настоящей Директивой и другим соответствующим законодательством Сообщества, в частности, по трансграничным вопросам;

(с) сотрудничество в отношении трансграничных вопросов с регулирующими органами и органами заинтересованных государств-участников и Агентством;

(d) соблюдение и выполнение любых обязательных решений Агентства и Комиссии;

(е) составление ежегодного отчета о деятельности и выполнении своих обязанностей, представляемый соответствующим органам государства-участника, Агентству и Комиссии. Подобные отчеты отражают предпринятые действия и

достигнутые результаты в отношении каждой из задач, указанной в настоящей статье;

(f) пресечение взаимных субсидий между субъектами, осуществляющими транспортировку, хранение, СПГ и поставку газа;

(g) мониторинг инвестиционных планов операторов транспортной системы и проведение в годовом отчете оценки инвестиционных планов операторов транспортной системы в отношении их соответствия плану развития сети Сообщества, указанному в ст. 8(3) (b) Регламента (ЕС) № 715/2009; такая оценка может включать рекомендации по изменению данных инвестиционных планов;

(h) мониторинг соответствия сети требованиям безопасности и надежности, установление или одобрение стандартов и требований к качеству услуг и поставки, а также сотрудничество с другими компетентными органами в данной сфере;

(i) мониторинг уровня прозрачности, в том числе оптовых цен, и обеспечение выполнения предприятиями природного газа требований прозрачности;

(j) мониторинг уровня и эффективности открытости рынка и конкуренции как на уровне розничной, так и оптовой торговли, в том числе обмена природным газом, цен для бытовых потребителей, систем предоплаты, платы за смену поставщика, отключений от системы, выполнение услуг по содержанию сети и жалоб бытовых потребителей, любых искажений и ограничений конкуренции, включая предоставление всей необходимой информации и доведение любого соответствующего дела до антимонопольных органов;

(k) мониторинг ограничительной контрактной практики, в том числе положений об исключительности, которые могут ограничить крупных промышленных потребителей в возможности заключать одновременно контракты более чем с одним поставщиком или ограничить их выбор, и в случае необходимости информирование национальных антимонопольных органов о подобной практике;

(l) обеспечение уважения свободы договора в отношении договоров поставки и соответствия праву и политике Сообщества долгосрочных договоров;

(m) мониторинг времени, затрачиваемого операторами транспортной и распределительной систем на осуществление работ по соединению и ремонту;

(n) мониторинг и пересмотр условий доступа к хранилищам, хранилищам в газопроводе и другим дополнительным услугам, предусмотренным в ст. 33. В случае если режим доступа к хранилищу определяется в соответствии со ст. 33(3), в данную задачу не включается пересмотр тарифов;

(o) совместно с соответствующими органами оказывает помощь в обеспечении эффективности и развитии мер по защите прав потребителей, в том числе перечисленных в Приложении I;

(p) по крайней мере ежегодное опубликование рекомендаций по обеспечению соответствия цен на поставку требованиям ст. 3 и сообщение о них антимонопольным органам в случае необходимости;

(q) обеспечение доступа к информации о потреблении газа в гармонизированном на национальном уровне, в легко воспринимаемом виде, ее обновление для факультативного использования и обеспечение доступа к подобной информации любых пользователей в соответствии с п. (h) Приложения I;

(r) мониторинг выполнения норм об ответственности операторами транспортной и распределительных систем, поставщиками и потребителями и другими участниками рынка в соответствии с Регламентом (ЕС) № 715/2009;

(s) мониторинг правильного применения критерия, при помощи которого определяются распространяются ли требования ст. 33(3) или (4) на то или иное хранилище; и

(t) мониторинг выполнения мер безопасности в соответствии со ст. 46;

(u) участие в обеспечении совместимости процессов по обмену информацией в отношении наиболее важных процессов на региональном уровне.

2. Государства-участники могут предусмотреть выполнение обязанностей по мониторингу другими органами. В таком случае информация, получаемая в результате мониторинга, должна быть доступна регулирующему органу в максимально короткие сроки.

Выполняя обязанности, указанные в пар. 1, регулирующие органы консультируют операторов транспортной системы и сотрудничают с соответствующими национальными органами, сохраняя свою независимость, соблюдая принципы наилучшего регулирования, не выходя за рамки своей компетенции.

Любое согласие, данное регулирующим органом или Агентством в соответствии с настоящей Директивой, не исключает обоснованного использования полномочий регулирующим органом в будущем в соответствии с настоящей статьей или наложения штрафов другими органами или Комиссией.

3. Дополнительно к обязанностям, указанным в пар. 1 настоящей ст. в случае, если независимый системный оператор был назначен в соответствии со ст. 14, регулирующий орган:

(a) осуществляет мониторинг выполнения обязательств, предусмотренных настоящей статьей, собственниками транспортной системы и независимыми системными операторами и налагает штрафы за их невыполнение в соответствии со ст. 4(d);

(b) осуществляет мониторинг связей и контактов между независимыми системными операторами и собственниками транспортных систем в целях обеспечения выполнения независимыми системными операторами обязательств, в

частности, дает согласие и разрешает споры между независимыми системными операторами и собственниками транспортных систем для выполнения требований, предусмотренных пар. 1;

(с) без ущерба положениям ст. 14(2)(с) о первом десятилетнем плане развития сети дает согласие в отношении инвестиционных планов и плана долгосрочного развития сети, представляемых ежегодно независимым системным оператором;

(д) обеспечивает включение в тарифы по доступу к системе, уплачиваемые независимому системному оператору, сумм, компенсирующих собственнику или собственникам сети использование сетевых активов и любые осуществленные инвестиции при условии их экономической и эффективной целесообразности; и

(е) обладает полномочиями по инспектированию, в том числе без предварительного оповещения, в помещениях собственника транспортной системы и независимого системного оператора.

4. Государства-участники обеспечивают наделение регулирующих органов полномочиями, позволяющими им быстро и эффективно выполнять обязанности, указанные в пар. 1, 3 и 6. Для этих целей регулирующие органы обладают, по крайней мере, следующими полномочиями:

(а) принимать обязательные решения в отношении предприятий природного газа;

(б) осуществлять расследования в связи с функционированием газового рынка и принимать решения о введении необходимых мер для обеспечения эффективной конкуренции и нормального функционирования рынка. В случае необходимости, сотрудничать с национальным антимонопольным органом и регуляторами финансовых рынков или Комиссией, участвуя в осуществлении расследования о нарушении антимонопольного законодательства;

(с) запрашивать любую информацию от предприятий природного газа, необходимую для выполнения своих задач, в том числе объяснений любого отказа в доступе для третьей стороны и любую информацию о мерах необходимых для улучшения работы сети;

(д) принимать решения о наложении эффективных пропорциональных штрафов в отношении предприятий природного газа, не выполняющих обязательств, предусмотренных Директивой или решениями регулирующего органа или Агентства, или предлагать компетентному суду вынести решение с таких санкций. Регулирующие органы могут налагать или предлагать наложение штрафа размером до 10 % от ежегодного оборота вертикально интегрированного предприятия на операторов транспортной системы или вертикально интегрированное предприятие в связи с неисполнением обязательств, предусмотренных Директивой; и

(е) проводить расследования и разрешать споры в соответствии с пар. 11 и 12.

5. В случае если оператор транспортной системы был назначен в соответствии с главой IV, дополнительно к обязанностям, указанным в пар. 1 и 4 настоящей ст. регулирующий орган обладает следующими обязанностями и полномочиями:

(а) принимает решение о штрафах в случае дискриминационного поведения в пользу вертикально интегрированного предприятия в соответствии с пар. 4(д);

(б) осуществляет мониторинг отношений между оператором транспортной системы и вертикально интегрированным предприятием в целях обеспечения выполнения оператором транспортной системы своих обязательств;

(с) разрешает споры между вертикально интегрированным предприятием и оператором транспортной системы в отношении жалоб, указанных в пар. 11;

(д) осуществляет мониторинг коммерческих и финансовых отношений, в том числе договоров займа между вертикально интегрированным предприятием и оператором транспортной системы;

(е) дает согласие для коммерческих и финансовых соглашений между вертикально интегрированным предприятием и оператором транспортной системы, если они соответствуют рыночным условиям;

(ф) на основании уведомления лица, осуществляющего контроль за выполнением обязательств, в соответствии со ст. 21(4) запрашивает у вертикально интегрированного предприятия обоснование причин не выполнения обязательств. Такое обоснование, в частности, должно исключать дискриминационное поведение со стороны вертикально интегрированного предприятия;

(г) проводит инспектирование, в том числе без предварительного оповещения, помещений вертикально интегрированного предприятия и оператора транспортной системы; и

(h) в случае устойчивого невыполнения оператором транспортной системы обязательств, предусмотренных настоящей Директивой, в частности, в случае повторяющегося дискриминационного поведения в пользу вертикально интегрированного предприятия, поручает выполнение всех или некоторых специфических задач оператора транспортной системы независимому системному оператору, назначенному в соответствии со ст. 14;

6. Регулирующие органы отвечают за установление и предварительное утверждение до вступления в силу, как минимум, методов, используемых для расчетов, положения об условиях и сроках для:

(а) подсоединения и доступа к национальным сетям, в том числе тарифов на транспортировку и распределение, сроков, условий и тарифов доступа к мощностям СПГ. Данные тарифы или методики их исчисления должны

способствовать тому, чтобы инвестиции в сети и мощности СПГ обеспечивали жизнеспособность сетей;

(b) предоставление услуг по балансированию нагрузки, которые должны выполняться наиболее экономичным образом с использованием стимулов для пользователей сети по балансированию входящего и выходящего из системы газа. Услуги по балансированию предоставляются на основе принципов справедливости и недискриминации, основывающихся на объективном критерии; и

(с) доступа к трансграничным инфраструктурам, в том числе процедурам по согласованию размещения мощностей и управлению транспортными заторами.

7. Методики, сроки и условия, указанные в пар. 6, подлежат опубликованию.

8. Устанавливая или давая согласие в отношении тарифов или методик и услуг балансирования, регулирующие органы обеспечивают операторов транспортной и распределительной систем необходимыми краткосрочными и долгосрочными стимулами в целях увеличения эффективности, усиления интеграции рынка, безопасности поставок и поддержания связанных видов деятельности.

9. Регулирующие органы осуществляют мониторинг управления транспортными заторами национальных газовых систем, межсистемных газопроводов и выполнение правил управления транспортными заторами. С этой целью операторы транспортной системы и операторы на рынке газа должны представить их правила управления транспортными заторами, включая информацию о расположении мощностей, национальным регулирующим органам. Национальные регулирующие органы могут потребовать внесения изменений в данные правила.

10. Регулирующие органы, в случае необходимости, могут потребовать от операторов транспортной, распределительной систем, систем хранения и СПГ внести изменения в положения о сроках и условиях, тарифах и методиках, упомянутых в настоящей статье, в случае, если данные требования являются пропорциональными и недискриминационными. В случае если режим доступа к хранилищу определяется в соответствии со ст. 33(3), регулирующие органы не могут предъявлять требования об изменении тарифов. Если имеет место задержка в введении тарифов за транспортировку и распределение, регулирующие органы могут установить или дать согласие для установления предварительных транспортных и распределительных тарифов или методик и принять решение о соответствующих компенсационных мерах в случае, если окончательные тарифы или методики отличаются от предварительных тарифов или методик.

11. Любая сторона, имеющая жалобу в отношении операторов транспортной, распределительной систем, систем хранения и СПГ в связи с выполнением ими обязательств, предусмотренных настоящей Директивой, может обратиться с ней в

регулирующий орган, который рассматривает ее и выносит решение в течение двух месяцев после обращения. Этот период может быть продлен еще на два месяца, если регулирующему органу требуется дополнительная информация. По согласованию с лицом, подавшим претензию, этот период может быть продлен и на больший срок. Решение регулирующего органа является обязательным для исполнения и остается в силе до тех пор, пока оно не будет аннулировано в процессе обжалования.

12. Любая сторона, имеющая право принести жалобу в отношении решений о методиках, принятых в соответствии с настоящей статьёй, или в отношении предложенных методик и тарифов в случае, если консультации с регулирующим органом являются обязательными, может представить жалобу на рассмотрение в течение двухмесячного срока после публикации решения или проекта решения или другого срока, установленного государствами-участниками. Подобная жалоба не имеет приостанавливающего эффекта.

13. Государства-участники создают соответствующие эффективные механизмы для регулирования, контроля и обеспечения прозрачности в целях избегания злоупотреблением доминирующим положением, наносящего вред, в том числе потребителям, а также любого «грабительского» поведения. При разработке данных механизмов следует учитывать положения Договора, в частности, ст. 82.

14. Государства-участники в отношении физических или юридических лиц, ответственных за нарушение правил конфиденциальности, установленных настоящей Директивой, обеспечивают применение адекватных мер, в том числе административных санкций или осуществляют уголовное судопроизводство в соответствии с национальным законодательством.

15. Принесение жалоб, указанных в пар. 11 и 12, не ограничивает права на подачу апелляции согласно национальному законодательству и законам Сообщества.

16. Решения, принятые регулирующими органами, должны быть обоснованы и могут быть обжалованы. Текст решений, за исключением конфиденциальной информации, обнародуется.

17. Государства-участники обеспечивают создание на национальном уровне механизмов позволяющих стороне, в отношении которой принято решение, иметь право обжалования перед органом, независимым от заинтересованных сторон и любого правительства.

Статья 42. Регулирование трансграничных вопросов

1. Регулирующие органы консультируются и сотрудничают между собой, обеспечивают друг друга и Агентство информацией, необходимой для выполнения задач, предусмотренных настоящей Директивой. В отношении обмениваемой

информации принимающий орган обеспечивает такой же уровень конфиденциальности, какой обеспечивал представляющий информацию орган.

2. Регулирующие органы сотрудничают на региональном уровне в целях:

(а) поощрения достижений операционных соглашений для обеспечения оптимального управления сетью, способствования обмену газом и создания условий для размещения трансграничных мощностей, создания адекватного уровня пропускных возможностей межсистемных трубопроводов, включая строительство новых в регионе и между регионами, что позволяет развивать эффективную конкуренцию и улучшать безопасность поставок, не дискриминируя при этом поставщиков из различных государств-участников;

(b) координирования развития всех сетевых кодов для всех заинтересованных операторов транспортных систем и других участников рынка; и

(с) координирования развития правил осуществления управления транспортными заторами.

3. Национальные регулирующие органы могут заключать друг с другом соглашения о сотрудничестве в сфере регулирования.

4. Действия, указанные в пар. 2, должны осуществляться по договоренности с другими национальными органами, без нарушения их компетенции.

5. Комиссия может принять Регулирующие принципы в отношении обязанностей регулирующих органов сотрудничать между собой и Агентством. Данные меры, не изменяющие существенных элементов настоящей Директивы, должны быть приняты в соответствии с процедурой, установленной в ст. 51(3).

Статья 43. Соответствие Регулирующим принципам

1. Любой регулирующий орган или Комиссия могут запросить мнение Агентства о соответствии решения, принятого регулирующим органом, Регулирующим принципам, упоминаемым в настоящей Директиве, или Регламенту (ЕС) № 715/2009.

2. Агентство в течение трех месяцев с момента получения запроса, направляет свое мнение запрашивающему регулируемому органу, Комиссии и регулирующему органу, принявшему исследуемое решение.

3. В случае если регулирующий орган, принял решение, не соответствующее мнению Агентства, последнее информирует об этом факте Комиссию в течение четырех месяцев с момента постановления мнения.

4. Любой регулирующий орган может поставить в известность Комиссию о том, что решение в отношении трансграничной торговли, принятое другим регулирующим органом, не соответствует Регулирующим принципам, упоминаемым в настоящей Директиве, или Регламенту (ЕС) № 715/2009 в течение двух месяцев после принятия такого решения.

5. В случае если Комиссия была проинформирована Агентством в течение двух месяцев в соответствии с пар. 3 или регулирующим органом в соответствии с пар. 4, а также, если по собственной инициативе в течение трех месяцев с момента принятия решения обнаружит, что решение регулирующего органа не соответствует Регулирующим принципам, упоминаемым в настоящей Директиве, или Регламенту (ЕС) № 715/2009, Комиссия может принять решение о дальнейшем рассмотрении дела. В таком случае, перед тем как регулирующий орган выполнит замечания, будут проведены слушания с участием регулирующего органа и заинтересованных сторон.

6. В случае если Комиссия примет решение о дальнейшем рассмотрении дела, в течение четырех месяцев с момента принятия исследуемого решения она должна вынести окончательное решение:

(а) не выражать возражений в отношении решения, принятого регулирующим органом; или

(b) потребовать от регулирующего органа отменить решение на основании его не соответствия Регулирующим принципам.

7. В случае если Комиссия не приняла решение о дальнейшем рассмотрении дела или окончательного решения в сроки, установленные в пар. 5, 6, считается, что она не выразила возражений против решения регулирующего органа.

8. Регулирующий орган в течение двух месяцев выполняет решение Комиссии об отмене решения и информирует ее об этом.

9. Комиссия может принять Регулирующие принципы, детализирующие порядок действий регулирующих органов, Агентства и Комиссии, в случае рассмотрения дел о соответствии решений, принятых регулирующим органом Регулирующим принципам. Эти меры не изменяют существенных элементов Директивы и принимаются в соответствии с процедурой, установленной в ст. 51(3).

Статья 44. Хранение документов

1. Предприятия-поставщики природного газа по крайней мере в течение пяти лет осуществляют хранение информации об операциях по контрактам поставки и газовым дериватам с оптовыми потребителями, операторами хранения, СПГ и транспортными системами в целях обеспечения доступа к ней национальных регулирующих органов, национальных антимонопольных органов и Комиссии, в случае, если это требуется для выполнения стоящих перед ними задач.

2. Информация включает такие характеристики операций, как: продолжительность, порядок транспортировки и оплаты, количество, даты и сроки исполнения, цены и информацию об оптовом потребителе, в том числе детали контрактов по поставке газа и газовым дериватам, по которым так и не было достигнуто соглашение.

3. Регулирующий орган может принять решение об открытии некоторых составляющих данной информации другим участникам рынка при условии, что секретная коммерческая информация о конкретных участниках рынка и конкретных операциях не станет публичной. Настоящий параграф не применяется в отношении информации о финансовых инструментах, на которые распространяется Директива 2004/39/ЕС.

4. В целях обеспечения единообразного применения настоящей ст. Комиссия может принять Регулирующие принципы, в которых определяются методы и мероприятия, необходимые для хранения информации, а также ее форма и содержание. Данные меры, не изменяющие существенных элементов настоящей Директивы, должны быть приняты в соответствии с процедурой, указанной в ст. 51(3).

5. В отношении операций по газовым дериватам предприятиям поставщиков с оптовыми потребителями и операторами транспортной системы, систем хранения и СПГ настоящая ст. применяется только в случае, если Комиссия примет Регулирующие принципы, предусмотренные пар. 4

6. Положения настоящей ст. не создают дополнительных обязанностей для органов, перечисленных в пар. 1, подпадающих под сферу действия Директивы 2004/39/ЕС.

7. В случае если органам, указанным в пар. 1, требуется доступ к информации предприятий, на которых распространяется действие Директивы 2004/39/ЕС, органы ответственные за ее предоставление в соответствии с настоящей Директивой, предоставляют необходимую информацию.

Глава IX

Рынки розничной торговли

Статья 45. Рынки розничной торговли

В целях содействия возникновению нормально функционирующего и прозрачного рынка розничной торговли газом в Сообществе государства-участники, в случае необходимости, обеспечивают выполнение операторами транспортной, распределительной систем, предприятий-поставщиков, потребителей и других участников рынка контрактных обязательств, обязательств перед потребителями, обязательств по обмену информацией, законодательства, уважение права собственности на информацию и осуществление норм об ответственности.

Эти правила должны быть публичными, разработанными, в целях облегчения доступа потребителей и поставщиков к сетям, и могут пересматриваться регулирующими органами или другими полномочными национальными органами.

Глава X

Заключительные положения

Статья 46. Меры безопасности

1. В случае непредвиденного кризиса на энергетическом рынке и возникновения угрозы физической безопасности лиц или сохранности оборудования, установок или целостности системы, государства-участники могут временно предпринять меры безопасности.

2. Такие меры должны причислять как можно меньше помех функционированию внутреннего рынка и не должны выходить за рамки мероприятий, строго необходимых для устранения внезапно возникших трудностей.

3. Государство-участник, которого коснулась такая ситуация, должно без промедления оповестить о принимаемых мерах другие государства-участники и Комиссию, которая может решить, что заинтересованное государство-участник должно изменить или отменить проведение мероприятий в той мере, в которой они нарушают конкуренцию и негативно влияют на торговлю, что противоречит общим интересам.

Статья 47. Однородная конкурентная среда

1. Меры, принятые государствами-участниками в соответствии с настоящей Директивой в целях обеспечения создания однородной конкурентной среды, не должны противоречить положениям Договора, в частности, ст. 30 и законодательству Сообщества.

2. Меры, указанные в пар. 1, должны быть пропорциональными, недискриминационными и прозрачными. Эти меры могут вступить в силу только после их одобрения Комиссией.

3. Комиссия принимает решение в течение двух месяцев с момента получения извещения и полной информации о намерении ввести подобные меры. В случае если в течение двух месяцев Комиссия не принимает решения, считается, что она не выразила возражений против подобных мер.

Статья 48. Освобождение от обязательств в связи с исполнением договоров с условием «бери или плати»

1. Если предприятие природного газа испытывает или полагает, что испытывает серьезные экономические и финансовые трудности по причине действия условия «бери или плати», принятого в одном или нескольких контрактах на закупку газа, то заинтересованному государству-участнику или назначенному компетентному

органу может быть направлено ходатайство о временном освобождении от исполнения требований ст. 32. Ходатайства рассматриваются по выбору государств-участников либо до, либо после отказа в доступе к системе. Государства-участники могут также предоставить выбор предприятию природного газа самому определять, когда подавать ходатайство до или после отказа в доступе к системе. В случае если предприятие природного газа отказало в доступе, ходатайство должно быть подано без промедления. Ходатайство должно сопровождаться всей относящейся к делу информацией о природе и размере проблемы и об усилиях, предприятиях предприятия по ее разрешению.

Если альтернативные решения не представляются разумно возможными, принимаемая во внимание положения пар. 3, государство-участник или назначенный компетентный орган может принять решение о предоставлении временного освобождения от исполнения обязательств.

2. Решение о предоставлении временного освобождения от исполнения обязательств без промедления должно быть доведено до сведения государств-участников или назначенным компетентным органом Комиссии вместе со всей относящейся к такому решению информацией. Эта информация может быть подана Комиссии в форме, позволяющей ей принять обоснованное решение. В течение восьми недель со дня получения уведомления Комиссия может потребовать, чтобы государство-участник или назначенный компетентный орган изменили или отозвали решение о предоставлении временного освобождения.

Если государство-участник или назначенный компетентный орган не исполняет это требование Комиссии в течение четырех недель, окончательное решение будет принято в ускоренном порядке в соответствии со ст. 5(2).

Комиссия сохраняет конфиденциальность в отношении секретной коммерческой информации.

3. При принятии решения по поводу временного освобождения, указанного в пар. 1, государство-участник, назначенный компетентный орган и Комиссия должны учитывать, в частности, следующие факторы:

(a) цель — создание конкурентоспособного рынка газа;

(b) необходимость выполнения обязательств по коммунальному обслуживанию и обеспечению безопасного газоснабжения;

(c) позицию предприятия природного газа на рынке газа и текущее состояние конкуренции на этом рынке;

(d) серьезность экономических и финансовых трудностей, испытываемых предприятиями природного газа, газотранспортными предприятиями или полномочными потребителями;

(e) даты подписания и условия контракта или рассматриваемых контрактов, включая меры, позволяющие адаптироваться к изменениям на рынке;

(f) усилия, предпринимаемые для решения проблемы;

(g) степень, в которой предприятие могло, принимая на себя рассматриваемые обязательства «бери или плати», разумно предвидеть, с учетом положений настоящей Директивы, серьезность вероятных трудностей;

(h) уровень интеграции системы с другими системами и возможность взаимодействия этих систем; и

(i) влияние, которое окажет временное освобождение от исполнения настоящей Директивы на нормальное функционирование внутреннего рынка газа.

Решение в отношении ходатайства о предоставлении права освобождения от исполнения обязательств в связи с исполнением контрактов с условием «бери или плати», заключенных до 4 августа 2003 г., не должно привести к ситуациям, в которых невозможно будет найти других экономически обусловленных выходов. В любом случае, следует полагать, что серьезных трудностей не возникает, если уровень продаж природного газа не опускается ниже минимальных гарантий поставок, предусмотренных договорами на покупку с условием «бери или плати», или постольку, поскольку соответствующие договоры на покупку газа, содержащие условие «бери или плати» могут быть адаптированы к изменившимся обстоятельствам, либо предприятие природного газа в состоянии найти альтернативные решения.

4. Предприятия природного газа, для которых не было предоставлено право освобождения от исполнения обязательств, указанное в пар. 1, не должны отказываться, или продолжать отказываться в доступе к системе из-за того, что условия «бери или плати» были включены в соглашение на покупку газа. Государства-участники обеспечивают соблюдение соответствующих положений ст. 32-34.

5. Предоставление права освобождения от исполнения обязательств согласно вышеизложенным положениям должно быть обосновано. Комиссия публикует свое решение в Официальном журнале Европейского Союза.

6. До 4 августа 2008 г. Комиссия подает отчет об опыте, приобретенном в процессе применения настоящей статьи, который даст возможность Европейскому Парламенту и Совету рассмотреть в свое время необходимость ее уточнения.

Статья 49. Развивающиеся и изолированные рынки

1. Государства-участники, не подсоединенные напрямую к объединенной системе любого другого государства-участника, и имеющие только одного основного внешнего поставщика, имеют право временного освобождения от исполнения положений ст. 4, 9, 37 и/или 38 настоящей Директивы. Предприятие-поставщик, контролирующее более 75 % рынка, должно рассматриваться как основной поставщик. Срок указанного действия права временного освобождения автоматически истекает с того момента, когда прекращает действовать как

минимум одно из указанных в данном абзаце условий. Комиссия информируется о любом освобождении.

Кипр может отступить от положений ст. 4, 9, 37 и/или 38. Действие освобождения заканчивается с момента, когда Кипр не будет более квалифицироваться в качестве изолированного рынка.

Ст. 4, 9, 37 и/или 38 не применяются к Эстонии, Латвии и/или Финляндии до тех пор, пока эти страны не будут подключены к системе любого другого государства-участника, за исключением Эстонии, Латвии, Литвы и Финляндии. Данный абзац не исключает возможности применения абз. 1 настоящего параграфа.

2. Государство-участник, рынок которого подпадает под квалификацию развивающегося, которое испытало бы значительные трудности вследствие применения настоящей Директивы, может использовать право освобождения от исполнения обязательств, предусмотренное ст. 4, 9, 13(1) и (3), 14, 24, 25(5), 26, 31, 32, 37(1) и/или 38. Срок действия указанного права освобождения автоматически заканчивается с того момента, когда рынок государства-участника перестает квалифицироваться как развивающийся рынок. Любое подобное освобождение от исполнения положений Директивы должно доводиться до сведения Комиссии.

Кипр имеет право освобождения от исполнения ст. 4, 9, 13(1) и (3), 14, 24, 25(5), 26, 31, 32, 37(1) и/или 38. Действие такого права истекает с того момента, когда рынок Кипра не будет квалифицироваться в качестве развивающегося.

3. На дату истечения действия права временного отступления, указанного в абз. 1, пар. 2, выполнение положений Директивы по определению полномочных потребителей должно привести к открытию рынка как минимум в отношении 33 % годового потребления газа на рынке природного газа. Через два г. после этого начинают применяться положения ст. 31(1)(b), и через три г. — положения ст. 37(1)(c). До начала применения положений ст. 37(1)(b), государства-участники, указанные в пар. 2, могут принять решение не применять ст. 32 в отношении вспомогательных услуг и временного хранения в процессе регазификации и последующей доставки газа к транспортной системе.

4. В случае если исполнение настоящей Директивы может вызвать значительные трудности в географически ограниченном регионе государства-участника, в частности, в развитии транспортной системы и крупной распределительной инфраструктуры, государства-участники в целях привлечения инвестиций могут обратиться к Комиссии с просьбой о предоставлении права временного освобождения от исполнения положений ст. 4, 9, 13(1) и (3), 14, 24, 25(5), 26, 31, 32, 37(1) и/или ст. 38 для осуществления развития внутри данного региона.

5. Комиссия может предоставить право временного освобождения от исполнения обязательств, указанное в пар. 4, с учетом, в частности, в частности, нижеследующих факторов:

- необходимость инвестиций в инфраструктуру, эксплуатация которой не будет экономически целесообразной в конкурентной рыночной среде;
- уровень и перспективы окупаемости требуемых инвестиций;
- размер и степень развития газовой системы в рассматриваемом регионе;
- перспективы рассматриваемого рынка газа;
- географический размер и характеристики рассматриваемого региона или зоны и социально-экономические и демографические факторы.

В отношении газовых инфраструктур, отличных от распределительных, право временного освобождения может быть предоставлено только в том случае, если в данном регионе не была образована никакая другая газовая инфраструктура, или была образована и существовала на протяжении менее 10 лет. Срок действия права временного освобождения не может превышать 10 лет с момента первой поставки газа в данном регионе.

Для распределительных инфраструктур право временного освобождения может быть предоставлено на срок, не превышающий 20 лет с момента первой поставки газа через указанную систему в данном регионе.

6. Ст. 9 не применяется в отношении Кипра, Люксембурга и/или Мальты.

7. Комиссия, соблюдая конфиденциальность, должна информировать государства-участники о ходатайствах, полученных в соответствии с пар. 4 до принятия решения согласно пар. 5. Такое решение, а также информация о предоставлении права временного освобождения, указанные в пар. 1 и 2, должны быть опубликованы в Официальном журнале Европейского Союза.

8. Греция может получить право временного освобождения от исполнения ст. 4, 24, 25, 26, 32, 37 и/или 38 настоящей Директивы для географических областей и на периоды времени, определенные в разрешениях, выданных до 15 марта 2002 г., в соответствии с Директивой 98/30/ЕС для развития и эксклюзивной эксплуатации распределительных сетей в определенных географических регионах.

Статья 50. Процедура пересмотра

В случае если в отчете, указанном в ст. 52(6), сделано заключение, в силу которого, учитывая эффективность предоставления доступа к системе в каком-либо государстве-участнике (доступ является действенным, недискриминационным и незатрудненным), определенные обязательства, возложенные настоящей Директивой на предприятия, в том числе по юридическому разделению операторов распределительных сетей, не являются пропорциональными для достижения

преследуемой цели, государство-участник может обратиться к Комиссии с просьбой об освобождении его от исполнения обязательства, о котором идет речь.

Такую просьбу государство-участник без промедления направляет в Комиссию вместе с сопроводительной информацией, позволяющей подтвердить вывод, указанный в отчете о сохранении эффективного доступа к системе.

В течение трех месяцев со дня получения уведомления Комиссия принимает заключение в отношении просьбы заинтересованного государства-участника. К тому же, она может внести предложения для рассмотрения Европейским Парламентом и Советом об изменении соответствующих положений Директивы. Комиссия, предлагая поправки к Директиве, может предложить освободить заинтересованное государство-участник от исполнения определенных обязательств, при условии, что это государство-участник уже реализует равнозначные действенные меры.

Статья 51. Комитет

1. Комитет оказывает помощь Комиссии.

2. В случае если делается ссылка на данный параграф, должны применяться положения ст. 3 и 7 Решения 1999/468/ЕС, с учетом положений ст. 8.

3. В случае если делается ссылка на данный параграф, должны применяться положения ст. 5a(1-4) и ст. 7 Решения 1999/468/ЕС, с учетом положений ст. 8.

Статья 52. Отчетность

1. Комиссия осуществляет мониторинг и проверку выполнения настоящей Директивы, и подает Европейскому Парламенту и Совету отчет о состоянии ее выполнения 31 декабря 2004 г., и на ежегодной основе после этого. Этот отчет должен, как минимум, охватывать следующие вопросы:

(а) приобретенный опыт и прогресс, достигнутый в создании полностью функционального внутреннего рынка природного газа и препятствия, подлежащие преодолению, включая такие как доминирование на рынке, монополизация рынка, «грабительское» или антиконкурентное поведение;

(б) предоставленные права временного освобождения, предусмотренные настоящей Директивой, включая право освобождения от исполнения положений ст. 26(4), в целях возможного пересмотра пороговых величин;

(с) оценку того, насколько требования в отношении разделения и тарификации, содержащиеся в настоящей Директиве, являются успешными для обеспечения справедливого и недискриминационного доступа к газовой системе Сообщества и достойного уровня конкуренции, а также оценку экономических, экологических и социальных последствий открытия рынка газа для потребителей.

(d) анализ уровня продуктивности системы и бесперебойности поставки природного газа в Сообществе и, в частности, существующего и прогнозируемого баланса между спросом и предложением с учетом физической пропускной способности для осуществления обмена между регионами и развития мощностей хранения (включая анализ пропорциональности регулирования рынка в данной области);

(е) особое внимание уделяется мерам, применяемым в государствах-участниках для обеспечения спроса во время пиковой нагрузки и для решения проблемы недопоставок от одного или более поставщиков;

(f) общая оценка развития двусторонних отношений с третьими странами, производящими и экспортирующими природный газ, включая ход рыночной интеграции, торговлю и доступ к сетям таких третьих стран;

(g) необходимость возможной гармонизации требований, не связанных с настоящей Директивой;

Этот отчет может включать рекомендации и меры противодействия негативному эффекту, вызванному доминированием на рынке и образованием монополии.

Комиссия совместно с Европейской Сетью Операторов Транспортной Системы газа (ENTSO for Gas) в отчете может рассмотреть вопрос возможности создания операторами транспортной системы единого Европейского транспортного оператора.

2. Каждые два г. отчет, указанный в пар. 1, должен также включать анализ различных мер, принимаемых государствами-участниками по выполнению обязательств в отношении коммунальных услуг, а также исследование эффективности таких мер, в частности, их влияния на конкуренцию на рынке природного газа. Этот отчет может также включать рекомендации в отношении мер необходимых для принятия на национальном уровне в целях достижения высоких стандартов в сфере коммунального обслуживания или мер, нацеленных на предотвращение образования препятствий на рынке.

3. К 3 марта 2013 г. Комиссия в качестве части общего отчета представляет детализированный отчет Европейскому Парламенту и Совету, подводящий итог тому, на сколько меры по разделению, предусмотренные главой IV, были успешными для достижения цели создания независимых операторов транспортной системы, имея в виду, что данная цель является основной.

4. Осуществляя оценку в соответствии с пар. 3, Комиссия принимает во внимание, в частности, следующие факторы: справедливость и недискриминационность доступа, эффективность регулирования, соответствие развития сети требованиям рынка, стимулы для инвестирования, развитие

межсистемной инфраструктуры, эффективность конкуренции на энергетическом рынке Сообщества и безопасность поставок в Сообществе.

5. В случае необходимости, в частности, если в детализированном отчете, упомянутом в пар. 3, установлено, что условия, перечисленные в пар. 4, не были гарантированы на практике, Комиссия представляет предложение Европейскому Парламенту и Совету в целях обеспечения полной эффективности независимости операторов транспортной системы к 3 марта 2014 г.

6. Не позднее 1 января 2006 г. Комиссия направляет Европейскому Парламенту и Совету детальный отчет со схемой поэтапного создания внутреннего рынка природного газа. Этот отчет должен, в частности, касаться следующих факторов:

- существование недискриминационного доступа к сетям,
- эффективность регулирования,
- развитие инфраструктуры межсистемного соединения, условия транзита и обеспечение бесперебойности снабжения в Сообществе,
- степень открытости рынка, до которой преимущества открытия рынка возрастают для малых предприятий и домашних потребителей, особенно в отношении стандартов коммунальных услуг,
- степень открытости рынка, до которой рынки на практике открыты для эффективной конкуренции, в том числе анализ доминирования на рынке, монополизации и «грабительского» или антиконкурентного поведения,
- степень открытости рынка, до которой потребители в действительности меняют поставщиков и пересматривают тарифы,
- динамика цен, в том числе цен на поставку, по отношению к степени открытия рынка,
- существует ли действенный и недискриминационный доступ третьих лиц к хранению газа, для технического и/или экономически оправданного обеспечения действенного доступа к системе,
- опыт, приобретенный в процессе применения Директивы, по созданию независимых системных операторов вертикально интегрированных предприятий, и уточнение того, были ли разработаны другие меры, помимо функциональной независимости и разделения бухгалтерской отчетности, имеющие эффект эквивалентный юридическому разделению.

В случае необходимости Комиссия вносит предложения в Европейский Парламент и Совет, в частности, в целях гарантирования высоких стандартов коммунального обслуживания.

В случае необходимости до 1 июля 2007 г. Комиссия вносит предложения в Европейский Парламент и Совет, в частности, в целях обеспечения полной и действенной независимости операторов распределительной системы. При

необходимости эти предложения, согласно антимонопольному законодательству, также должны касаться мер, направленных на решение проблем доминирования на рынке, монополизации и «грабительского» или антиконкурентного поведения.

Статья 53. Прекращение действия

1. Действие Директивы 2003/55/ЕС прекращается с 3 марта 2011 г. без ущерба для обязательств государств-участников в отношении окончательных сроков имплементации и применения настоящей Директивы. Ссылки на отмененную Директиву трактуются как на данную Директиву и должны читаться в соответствии с корреляционной таблицей, помещенной в Приложении II.

Статья 54. Имплементация

1. Государства-участники вводят в действие законы, постановления и административные положения, необходимые для соблюдения требований настоящей Директивы, не позднее 3 марта 2011 г. Они незамедлительно информируют о них Комиссию.

Государства-участники могут отложить введение в действие ст. 13 до 3 марта 2013 г.

В случае если государства-участники принимают указанные меры, последние должны содержать ссылку на настоящую Директиву или сопровождаться такой ссылкой в случае их официальной публикации. Способы осуществления такой ссылки определяются государствами-участниками.

2. Государства-участники сообщают Комиссии текст основных положений национального права, принимаемых в сфере действия настоящей Директивы.

Статья 55. Вступление в силу

Настоящая Директива вступает в силу на двадцатый день после ее опубликования в Официальном журнале Европейского Союза.

Статья 56. Адресаты

Настоящая Директива адресована государствам-участникам.

Исполнено в Брюсселе 13 июля 2009 г.

За Европейский Парламент Председатель
H.-G. Pöhl

За Совет Председатель
E. Erlandsson

Приложение I

Меры по защите прав потребителей

1. Без ущерба правилам Сообщества о защите прав потребителей, в частности Директиве Европейского Парламента и Совета 97/7/ЕС от 20 мая 1997 г. «О защите прав потребителей в отношении дистанционных контрактов»²³⁶ и Директиве Совета 93/13/ЕС от 5 апреля 1993 г. «О несправедливых положениях контрактов с потребителями»,²³⁷ меры, предусмотренные в ст. 3, должны обеспечивать потребителей:

- (а) правом на заключение контракта со своим поставщиком энергетических услуг, в котором указываются:
 - идентификационные данные и адрес поставщика,
 - предоставляемые услуги, предлагаемый уровень качества услуг, а также время, необходимое для первоначального подключения,
 - тип предлагаемых услуг по техническому обслуживанию,
 - способы, с помощью которых возможно получение информации по применяемым тарифам и стоимости услуг по техническому обслуживанию,
 - срок действия контракта, условия обновления и окончания предоставления услуг и контракта, существование права отказа от контракта,
 - меры по выплате компенсации и возврату денег, применимые в случае, если не обеспечивается качество услуг, оговоренное в контракте,
 - процедуры по урегулированию споров в соответствии с пунктом (f); и
 - информация о правах потребителей, включая информацию о порядке подачи жалобы, доступная в различных сопроводительных документах или на официальном сайте предприятия природного газа в сети интернет.

Условия должны быть справедливыми и известными заранее. В любом случае, данная информация должна быть предоставлена до заключения или одобрения контракта. Если контракты заключаются через посредников, указанная выше информация также должна предоставляться до заключения контракта;

(b) извещением о любом намерении изменить условия контракта и проинформировать их о праве расторгнуть контракт на основе уведомления. Предприятия, оказывающие услуги, заранее оповещают непосредственно своих клиентов о любом повышении цен, не позднее, чем за один регулярный расчетный период, после того как повышение расценок вступит в силу. Государства-участники обеспечивают право потребителей расторгнуть контракт, если новые условия доведенные до их сведения предприятиями, оказывающими услуги, не приемлемы для них;

²³⁶ Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts — Statement by the Council and the Parliament re Article 6(1) — Statement by the Commission re Article 3(1), first indent // Official Journal, L 144, P. 19.

²³⁷ Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts // Official Journal 21.4.1993, L 95, P. 29.

(с) правом получать прозрачную информацию о применяемых расценках, тарифах и о стандартных условиях в отношении доступа к использованию газовым услугам;

(d) правом широкого выбора способов оплаты, недискриминирующих потребителей. Системы предоплаты должны быть справедливыми и отражать предполагаемый уровень потребления. Любое различие в условиях контракта должно отражать затраты, которые несет поставщик в связи с использованием различных платежных систем. Общие условия должны быть справедливыми и прозрачными. Они доводятся в четкой форме на понятном языке и не должны включать, положений, которые могут стать препятствиями для осуществления потребительских прав, например: излишне объемная контрактная документация. Потребители должны быть защищены от нечестных и вводящих в заблуждение методов торговли;

(е) правом смены поставщика без каких-либо платежей;

(f) правом следования прозрачным, простым и недорогим процедурам при рассмотрении их жалоб. В частности, все потребители имеют право на оказание им качественных услуг и разрешения споров поставщиком газа. Такие процедуры должны давать возможность справедливого и быстрого рассмотрения споров, предпочтительно в трехмесячный срок, и предусматривать систему возмещения и/или компенсации. Они должны следовать, если это возможно, принципам, установленным в Рекомендации Комиссии 98/257/ЕС от 30 марта 1998 г. «О принципах, применяемых к органам, ответственным за внесудебное рассмотрение споров с участием потребителей»²³⁸;

(g) в соответствии с национальным законодательством правом быть проинформированными о своих правах на поставку природного газа определенного качества и по справедливой цене;

(h) правом располагать всей информацией об объемах потребленного ими газа и обязанностью безвозмездно на основе подробно разработанного соглашения предоставить доступ к ней зарегистрированному предприятию-поставщику. Сторона, ответственная за хранение информации, обязуется предоставлять подобную информацию предприятиям. Государства-участники определяют форму хранения информации и порядок ее предоставления потребителям и поставщикам. Потребители не осуществляют платежей в связи с осуществлением данного права;

(i) правом получать информацию о потребляемом газе и затратах настолько регулярно, чтобы осуществлять саморегулирование использования газа. Данная информация предоставляется в сроки, позволяющие учитывать возможности измерительных устройств потребителей. Должна быть принята во внимание эффективность затрат для реализации данных мер. Потребители не выполняют платежей в связи с осуществлением данного права;

²³⁸ Commission Recommendation 98/257/EC of 30 March 1998 on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes // Official Journal, L 115, P. 31.

и) правом получать окончательный расчет в случае смены предприятия-поставщика в течение шести месяцев с момента его смены.

2. Государства-участники обеспечивают внедрение интеллектуальных измерительных систем, что способствует активному участию потребителей на газовом рынке. Внедрение данных измерительных систем может быть оценено с точки зрения соотношения долгосрочных затрат и выгод для индивидуального потребителя, для развития рынка или того, какая форма интеллектуального измерения более экономически целесообразна и в течение какого времени следует осуществить их внедрение.

Такая оценка должна быть осуществлена до 3 сентября 2012 г.

Государства-участники или любой уполномоченный компетентный орган представляют график внедрения интеллектуальных измерительных систем.

Государства-участники или любой уполномоченный компетентный орган обеспечивают совместимость измерительных систем, применяемых на их территории, соблюдают соответствующие нормы, сложившуюся практику и способствуют продвижению идеи развития внутреннего рынка природного газа.

Приложение II
Таблица соответствия

Директива 2003/55/ЕС	Настоящая Директива
Статья 1	Статья 1
Статья 2	Статья 2
Статья 3	Статья 3
Статья 4	Статья 4
Статья 5	Статья 5
—	Статья 6
—	Статья 7
Статья 6	Статья 8
Статья 9	Статья 9
Статья 7	Статья 10
—	Статья 11
Статья 7	Статья 12
Статья 8	Статья 13
—	Статья 14
—	Статья 15
Статья 10	Статья 16
—	Статья 17
—	Статья 18
—	Статья 19
—	Статья 20
—	Статья 21
—	Статья 22
—	Статья 23
—	Статья 24
Статья 11	Статья 25
Статья 12	Статья 26
Статья 13	Статья 27
Статья 14	Статья 28
Статья 15	Статья 29
Статья 16	Статья 30
—	Статья 31
—	Статья 32
—	Статья 33
—	Статья 34
—	Статья 35
—	Статья 36

Директива 2003/55/ЕС	Настоящая Директива
Статья 17	Статья 31
Статья 18	Статья 32
Статья 19	Статья 33
Статья 20	Статья 34
Статья 21	Статья 35
Статья 22	Статья 36
Статья 23	Статья 37
Статья 24	Статья 38
Статья 25(1)	Статья 39
(первое и второе приложение)	Статья 40
Статья 25 (частично)	Статья 41
—	Статья 42
—	Статья 43
—	Статья 44
Статья 26	Статья 45
—	Статья 46
Статья 27	Статья 47
Статья 28	Статья 48
Статья 29	Статья 49
Статья 30	Статья 50
Статья 31	Статья 51
Статья 32	Статья 52
Статья 33	Статья 53
Статья 34	Статья 54
Статья 35	Статья 55
Приложение А	Статья 56
—	Приложение I

СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ ОБЩЕГО И СПЕЦИАЛЬНОГО ХАРАКТЕРА БАНКОВСКОЙ ПРАВОСУБЪЕКТНОСТИ

1. *Вводные замечания.* Объем прав субъекта правового отношения является крайне важным для понимания его сущности и выступает основным критерием, позволяющим сделать вывод относительно свойств не только самого субъекта, но и всей системы общественных отношений, в которых он участвует. Свойства элемента системы проецируются на всю систему, давая возможность, кроме всего прочего, раскрыть ее наиболее общие, скрытые от нас признаки. И наоборот, поскольку признаки общего отражаются в частных, — особенности системы оказывают влияние на свойства ее элементов. Следовательно, субъекты также влияют на систему. К примеру, они определяют ее жизнеспособность и перспективы развития. Недооценка этого важного методологического подхода не позволяет раскрыть суть целого и неизбежно делает научное исследование поверхностным, фрагментарным. Именно такое значение институт правосубъектности имеет для понимания сущности системы правовых отношений, а его верное определение влияет не только на состояние доктрины, но и на многие прикладные вопросы, в первую очередь на экономическую эффективность деятельности субъекта.

Банковская правосубъектность в самом общем виде — это совокупность принадлежащих кредитной организации прав и обязанностей. Как представляется, это понятие довольно условно, поскольку определение «банковская» указывает только на экономическую функцию, выполняемую кредитной организацией, и не позволяет раскрыть ее юридические свойства. Поэтому такие определения, как «страховая», «инвестиционная», «строительная» или «транспортная» в оценке правосубъектности, на самом деле бесполезны в правовом анализе. Например, термин «страховая правосубъектность» ничего не говорит об объеме и качестве прав страховщиков до вступления в конкретное правоотношение, поскольку означает только то, что у страховой организации имеется правосубъектность. Какая она, каков ее объем и, главное, как она соотносится с уже известными видами правосубъектности? Эти вопросы здесь остаются нерешенными и допускают полную свободу суждений, в том числе и абсолютно бессмысленных. Поэтому задача состоит не в том, чтобы назвать правосубъектность того или иного лица, а в том, чтобы выяснить ее сущность.

Эта непростая задача предполагает самые различные подходы и нам следует с самого начала обнаружить тот, которому мы отдаем здесь предпочтение относительно всех остальных. К примеру, первое, что привлекает внимание в регулировании банковской деятельности — это ее специфика. Как следствие, именно этим все и ограничиваются в оценке ее сущности. В результате особенности банковской правосубъектности становятся прямым следствием такой деятельности, а специфика банковской деятельности заключается в том, что она банковская. Таким образом, мы сразу лишаем себя возможности обосновать такую специфику или выявить ее природу, и дальнейшее ее изучение становится бессмысленным.

Именно поэтому рассмотрение данного правового института требуется начать с исследования его наиболее общих черт. Сущность банковской правосубъектности может быть верно раскрыта в том случае, если мы не только будем утверждать, что это мера возможного поведения банков и небанковских кредитных организаций, а найдем этому институту место в общем понятии правосубъектности. Прежде всего необходимо исходить из того, что банковская правосубъектность — это разновидность гражданско-правовой правосубъектности и ее следует отличать от правосубъектности административной, которая возникает в рамках публичных отношений, участником которых также может быть кредитная организация, например, в том случае, когда она, подчиняясь требованиям центрального банка, выполняет те или иные из его нормативов или подвергается другому регулированию в рамках проведения единой денежно-кредитной политики. Также правосубъектность следует отличать от компетенции, определение которой и ее отличие от правоспособности хотя и остается до сих пор невыясненным, но в любом случае ее понимание находится в другой (административной) плоскости по сравнению с понятием гражданской правосубъектности.²³⁹

Аналогично необходимо изначально отвергнуть и другой подход, представляющий банковскую правосубъектность, как некий комплексный институт, в котором соединяются и гражданская, и публичная правосубъектность. Хотя такой подход имеет некоторые положительные свойства, поскольку дает возможность оценивать вместе разнообразные свойства юридического лица, с правовой точки зрения, его нельзя назвать конструктивным: он стирает границы в оценке природы правовых отношений и порождает не только комплексную правосубъектность, но и комплексные правоотношения,²⁴⁰ субъекты²⁴¹ и даже

²³⁹ Яковлева В.Ф. Гражданско-правовые вопросы специализации промышленности в СССР. Л., 1968. С. 17.

²⁴⁰ См., напр.: Мозолин В.П. Роль гражданского законодательства в регулировании комплексных имущественных отношений // Журнал российского права. 2010. № 1. С. 26.

²⁴¹ См., напр.: Андреев В.К. Предпринимательское законодательство в России. М., 2008. С. 148.

отрасли права.²⁴² В результате регулирование становится неопределенным и в большинстве случаев неэффективным. Именно поэтому мы должны четко очертить границы настоящего исследования: его предметом будет только гражданско-правовое понятие банковской правосубъектности, понимаемой как совокупность гражданских прав и обязанностей кредитной организации.

2. *Неопределенность правосубъектности кредитных организаций.* Правосубъектность юридического лица является важнейшим гражданско-правовым институтом и определяется в ст. 49 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее также — ГК РФ). Юридическое лицо может иметь гражданские права, соответствующие целям его деятельности, предусмотренным в его учредительных документах, и нести связанные с этой деятельностью обязанности. Коммерческие организации, за исключением унитарных предприятий и иных видов организаций, предусмотренных законом, могут иметь гражданские права и нести гражданские обязанности, необходимые для осуществления любых видов деятельности, не запрещенных законом. Также, закон предусматривает возможность лицензирования отдельных видов деятельности и говорит о том, что отдельными видами деятельности, перечень которых определяется законом, юридическое лицо может заниматься только на основании специального разрешения (лицензии). Право юридического лица осуществлять деятельность, на занятие которой необходимо получение лицензии, возникает с момента получения такой лицензии или в указанный в ней срок и прекращается с истечением срока ее действия, если иное не установлено законом или другими правовыми актами. Правоспособность юридического лица возникает в момент его создания и прекращается в момент его ликвидации.

Одним из наиболее спорных вопросов теории банковского права является определение юридической природы «банковской правосубъектности». Если опустить частности перед нами встает *главная проблема: какой характер она имеет — общий или специальный*. Причем, число сторонников общей правосубъектности²⁴³ невелико по сравнению с мнением большинства авторов, поддерживающих концепцию специальной банковской правосубъектности, идея которой, похоже, разделяется и законодателем.²⁴⁴

Общая правосубъектность определяется гражданским законодательством как возможность совершать любые действия кроме тех, которые специально

²⁴² См., напр.: Тосунян Г.А., Видулини А.Ю., Асмалян А.М. Банковское право Российской Федерации. Общая часть / Под ред. Б.Н. Топорнина. М., 2002.

²⁴³ Наиболее аргументированная и обоснованная точка зрения по этому поводу высказана, в частности, в работе: Ефимова Л.Г. Банковское право. М., 2010. С. 275. — См. также: Нефёдов Л.В. О юридической природе банковской правосубъектности // Актуальные проблемы науки и практики коммерческого права. Вып. 3. СПб., 2000.

²⁴⁴ Пункт 18 Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» (Вестник ВАС РФ, 1996, № 9, С. 10).

запрещены законом. В отношении этого вида нет необходимости перечислять, чем может заниматься организация, поскольку определяющее значение имеет только то, что ей запрещено. Поэтому на практике в учредительных документах таких организаций указывают, что она осуществляет деятельность в соответствии с действующим законодательством.

Специальная правосубъектность наоборот принципиальное значение придает перечню того, что разрешено. В рамках специальной правосубъектности лицо не вправе совершать иные действия кроме разрешенных, перечень которых обычно приводится в его учредительных документах или в законе, поэтому специальная правосубъектность имеет также название «уставная». В настоящее время, законодательство четко разделяет всех субъектов гражданских отношений на две группы по характеру их правосубъектности. В результате некоммерческие организации обладают специальной, а коммерческие — общей правосубъектностью.

Ряд специальных норм банковского законодательства сформулирован неопределенно. Так, в ст. 5 Федерального закона № 17-ФЗ от 3 февраля 1996 г. «О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР «О банках и банковской деятельности»» (далее — «Закон о банках»)²⁴⁵ приводится подробный перечень возможных действий кредитной организации. Этот перечень достаточно широкий, однако возникает вопрос, является ли он исчерпывающим? Сам факт, что использован именно такой способ фиксации полномочий кредитной организации, говорит об исчерпывающем характере списка. Далее в этом законе говорится, что кредитная организация вправе осуществлять операции, предусмотренные лицензией, а ст. 20 предусматривает ответственность за осуществление, в том числе однократное, банковских операций, не предусмотренных лицензией. Специальные акты Центрального банка еще более определенно говорят о запрете для кредитной организации совершать действия, не предусмотренные лицензией. Этого часто бывает достаточно для того, чтобы сделать безапелляционный вывод о том, что кредитные организации обладают специальной правосубъектностью,²⁴⁶ с чем невозможно согласиться.

Для начала обратим внимание на то, что характер правосубъектности непосредственно связан с особенностями правового статуса лица. Так, если предположить, что кредитная организация обладает особым правовым статусом, то тогда и ее правосубъектность должна быть особой, т. е. специальной. Если же мы докажем, что кредитная организация не обладает таким особым статусом, то она должна будет подчиняться общим гражданским принципам, которые предполагают для коммерческих организаций —

общую, а для некоммерческих — специальную правосубъектность, поэтому важно выяснить: является ли кредитная организация коммерческой организацией?

3. Кредитная организация, как разновидность коммерческой организации. Большинство исследователей предпочитают обойти этот вопрос стороной или сразу исходят из того, что проблемы нет, и кредитная организация — это, конечно же, особый субъект.²⁴⁷ Такое поверхностное отношение доктрины имеет свои преимущества, поскольку сглаживает острые углы научных споров, позволяя «не закидываться» на сложных теоретических проблемах. Вместе с тем это абсолютно бесперспективно, поскольку не позволяет выяснить юридическую сущность кредитных организаций и их место в общей гражданской системе юридических лиц. А не решив этот вопрос, мы не сможем перейти к оценке банковской правосубъектности.

Для понимания юридической сущности банка необходимо прежде всего отличать ее от экономической сущности. В экономическом смысле, кредитные организации являются посредниками на финансовом рынке и здесь важны такие их свойства, как специализация, экономическая эффективность, структура экономических связей и т. п. В правовом аспекте важны иные их свойства. Различие правовой и экономической сущности этих организаций определяет различие в природе тех отношений, в которых они участвуют. Если это экономические общественные отношения — банк предстает в экономическом аспекте, если это правовые общественные отношения (правоотношения) — эта организация предстает перед нами в ином, юридическом смысле. Такая классификация отношений позволяет нам точнее оценить свойства субъекта.

Юридическая природа кредитной организации оценивается учеными по-разному. Так, большинство авторов склонны полагать, что кредитная организация — это особое юридическое лицо. Вместе с тем это очевидная истина. Гораздо интереснее было бы выяснить, какое это юридическое лицо, например, к какой группе юридических лиц она принадлежит? «Юридическое лицо» — слишком общее понятие, в классификации Гражданского кодекса РФ от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ оно включает коммерческие и некоммерческие организации, а на практике — целый ряд других форм, например, разнообразные юридические лица публичного права. Поэтому определение кредитной организации только как юридического лица, недостаточно для выяснения его сущности, поскольку позволяет толковать закон так, будто кредитная организация — это особое юридическое лицо, к которому неприменимо стандартное в гражданском праве деление всех юридических лиц на коммерческие и некоммерческие организации. Эти доводы бывают порой весьма убедительными, поскольку их сторонники подчеркивают

²⁴⁵ СЗ РФ. 1996. № 6. Ст. 492.

²⁴⁶ Брусилский М. И., Витринский В. В. Договорное право. М., 2000. С. 410.

²⁴⁷ Банковское право / Учебник под ред. Д. Г. Алексеева. С. В. Пактина. М., 2008. С. 139.

особую экономическую роль банков и как следствие — банковского права.²⁴⁸ Но практическая реализация такой идеи ведет к установлению максимального контроля правительства за банковской деятельностью. В любом случае с юридической точки зрения важен вопрос: а можно ли правовой статус организации оценивать в зависимости от того, чем в экономическом смысле эта организация занимается?

Допустим, что кредитная организация нуждается в особом статусе, поскольку она оказывают особые (банковские) услуги. В этом случае специфика банковских услуг предопределяет своеобразие этих организаций, т. е., юридический статус субъекта зависит от его экономической функции. Что, на мой взгляд, является ошибкой. Современная экономика характеризуется высоким уровнем специализации. В ней представлены банковские, транспортные, строительные, медицинские, коммунальные, страховые и тысячи других организаций. Если мы допустим, что их юридический статус зависит от вида их деятельности, то в итоге получим тысячи разновидностей юридических лиц. Их систематизация станет невозможной. Развитие экономической специализации еще более усложнит проблему. На место стройной системы юридических лиц, предлагаемой ГК РФ, придет деление субъектов на транспортные, страховые, строительные, инвестиционные, коммунальные организации и т. д. Их свойства будут различны во всем. В первую очередь, это будет конфликтовать с классическими понятиями гражданского права — «коммерческая организация», «хозяйственное товарищество и общество» и даст возможность развития любых правовых «мутантов», по сравнению с которыми нынешние проблемы юридических лиц публичного права и выяснение статуса госкорпораций покажутся несерьезными.²⁴⁹ Корпоративное законодательство лишится единого стержня, что немедленно приведет к резкому увеличению числа подзаконных актов и вытеснению ими федеральных законов. В банковской сфере это особенно опасно, поскольку уже сегодня преобладающее число банковских норм составляют акты ЦБ РФ.

Другой аргумент сторонников особого банковского статуса заключается в том, что банковскую деятельность отличает ее важность для общества, но при этом ничего не говорят о том, что такое «важная деятельность» и чем она отличается от остальных видов деятельности. Получается, что важным может быть названо все то, что посчитает нужным законодатель. Так ли это? Любая система предполагает взаимодействие ее элементов, и экономическая система не исключение. Представить экономику без какой-либо части, даже на первый взгляд малозначительной, — нельзя. Экономическая жизнь невозможна без кредита и

расчетов, но она также невозможна без транспорта, строительных услуг, бирж, магазинов и т. д. Но для оценки юридического статуса, абсолютно безразлично то, чем занимается субъект в экономическом смысле. Обществом с ограниченной ответственностью может быть торговая фирма, лизинговая компания, магазин и завод. При всем многообразии экономической специализации юридический статус субъекта может быть один и тот же.

Юридический статус — это совокупность юридических свойств, таких как характер управления, имущественная обособленность и механизм ответственности. Это понятие напрямую связано с понятием «организационно-правовой формы», число которых специально ограничено законодателем, что дает ему возможность упорядочить и создать общие правила для всех организаций, вне зависимости от их специализации. Такие процедуры, как создание, реорганизация, ликвидация являются общими для всех. Следовательно, предложение в доктрине рассматривать статус кредитных организаций как особый, на практике ведет не к улучшению банковского регулирования, а, наоборот, ухуляет его и наносит вред единой системе юридических лиц.

Решить этот научный спор, очевидно, могло бы специальное банковское законодательство, однако, законодатель занял в этом вопросе нейтральную позицию. В ст. 1 Закона о банках дается следующее определение кредитной организации — «это юридическое лицо, которое для извлечения прибыли, как основной цели своей деятельности, на основании специального разрешения (лицензии) Центрального банка Российской Федерации (Банка России) имеет право осуществлять банковские операции...». Следовательно, здесь законодатель также относит кредитную организацию к юридическим лицам, не уточняя, к какому из их видов она принадлежит? В результате научная и практическая ценность такого определения ничтожна и главная проблема не решена. Вместе с тем, такая позиция оказывается весьма кстати сторонникам особого банковского статуса и особой банковской правосубъектности.

Коммерческая организация (предприниматель) в соответствии со ст. 2 ГК РФ является самостоятельной, несет самостоятельную имущественную ответственность за результаты своей деятельности, которая направлена на систематическое извлечение прибыли. Кроме того, она подлежит государственной регистрации. Таким образом, мы можем выделить следующие основные признаки коммерческой организации: самостоятельность деятельности, самостоятельную имущественную ответственность, извлечение прибыли, как основная цель деятельности и государственная регистрация такой организации.

Первый признак означает, что такая организация, самостоятельна в выборе направленной деятельности, она независима от органов государственной власти и управления, которые не влияют на принятие его решений. Кредитные организации

²⁴⁸ Тосунян Г.А., Вискулин А.Ю. Акматали А.М. Банковское право Российской Федерации. С. 17.

²⁴⁹ Барейбойм П.Д., Лафитский В.И., Терещенко Л.К. Юридические лица публичного права в доктрине и практике России и зарубежных стран / Под ред. В.П. Мозолына и А.В. Турбунова. М., 2011.

— не исключение и также обладают этим признаком. Никто, включая Правительство и Центральный банк, не влияют на их решения.²⁵⁰ Это важнейшее качество зафиксировано в их учредительных документах. Таким образом, этот признак полностью относится к кредитным организациям.

Второй признак характеризует ответственность и выражается в том, что коммерческая организация несет самостоятельную ответственность за результаты деятельности. Кредитная организация также не исключение, поскольку она отвечает самостоятельно. Никто, включая государство или его органы, не делят с банком его гражданскую ответственность.

Третий признак, характеризующий цель деятельности предпринимателя (получение прибыли), является свойством любой коммерческой организации и так же применим к кредитным организациям. Деятельность банка прежде всего, ориентирована на получение прибыли что обеспечивает возможность его дальнейшего развития. Кроме того, этот признак меньше всего вызывает споры, поскольку на него непосредственно указывает ст. 1 Закона о банках в определении кредитной организации.

Четвертый признак — государственная регистрация. Применительно к кредитным организациям она, конечно же, имеет некоторую специфику, которая однако не исключает государственной регистрации, в принципе. *Следовательно, кредитная организация обладает всеми признаками коммерческой организации и поэтому она коммерческая организация.*

Другим теоретическим основанием для оценки юридической природы кредитной организации является то, что она является собственником своего имущества. Именно это предопределяет общность ее признаков с любой коммерческой организацией.²⁵¹ Наличие права собственности — это важнейшее свойство любого предпринимателя (в том числе и коммерческой организации), которое отличает его от всех иных субъектов хозяйственной деятельности. Это право обеспечивает ему возможность полной самостоятельности и предопределяет механизм его ответственности. Таким образом, *кредитная организация является собственником своего имущества и поэтому она относится к коммерческим организациям.*

Вместе с тем в этом споре нельзя недооценивать мнение оппонентов. Так, мы согласились с самостоятельностью банков, но ведь известно, что они существуют не сами по себе, а в рамках банковской системы и поэтому обязаны подчиняться ее правилам. Банк не может, как обычный предприниматель, ориентироваться только на получение прибыли, поскольку обязан еще исполнять предписания

²⁵⁰ Нейбон Д. В. Правовой статус коммерческого банка. Автореф. дис. ... к. ю. н. СПб., 1994.

²⁵¹ Возможно за исключением унитарных предприятий, которые действуют на праве хозяйственного ведения или оперативного управления. Но в этом случае, исключение подчеркивает общий признак любой коммерческой организации — обладание имуществом на праве собственности.

Центрального банка, который, проводя единую денежно-кредитную политику, осуществляет банковский надзор, устанавливает экономические нормативы и даже издает обязательные акты. О какой же самостоятельности может идти речь в таком случае? Далее, критик может заметить, что и самостоятельная ответственность банков, весьма условна. Ведь под контролем центрального банка создается специальный резервный фонд и тем самым обеспечивается особый механизм перераспределения ответственности между всеми участниками банковской системы. Говорить при этом о подлинной самостоятельности кажется нельзя.

Чтобы все же доказать свою позицию, нужно остановиться на вопросе, который можно условно назвать: об экономическом в праве. Юриспруденция — это наука о правовых отношениях, которые в свою очередь являются разновидностью более общих — общественных отношений. Последние только частично регулируются государством, превращаясь в правоотношения, остальные же существуют самостоятельно, вне права, но при этом не теряют своей значимости.

Обратимся к примерам. Самостоятельность и самостоятельная ответственность — это важные условия любой предпринимательской деятельности, при этом, следует отличать самостоятельность и ответственность в экономическом и юридическом смысле. Не всегда это одно и то же. Юридически независимая организация часто в экономическом смысле может быть зависимой. Это обнаруживается в том случае, когда мы анализируем поведение экономического субъекта не самого по себе, а в рамках экономической системы.²⁵² Так, предположим, что участники такой системы — это звенья одной технологической цепочки, ориентированной на общий конечный результат. В юридическом смысле все эти организации — самостоятельные юридические лица и они кажутся независимыми. Они имеют все атрибуты самостоятельности, включая собственное имущество. Но в экономическом аспекте они могут быть зависимы, особенно в отношении центра такой системы (которым может являться, например, банк). Он произвольно оценивает перспективу развития всей системы, когда дает или не дает очередной кредит своим клиентам. В этом случае для экономиста, юридическая самостоятельность не имеет принципиального значения, поскольку носит чисто формальный характер и с хозяйственной точки зрения не влияет на реальную экономическую сущность, возникающих общественных отношений.

Если вновь вернуться к нашей проблеме, можно заметить, что банковская система — это не только и не столько юридическая система, сколько экономическая и ее участники связаны, прежде всего, экономически. Стержнем

²⁵² Menski E.-M. Die Eigentumslehre in der Nationalökonomie. München, 1967. С. 16.

такой системы является Центральный банк и перспективы всех участников полностью предопределены его политикой.

Вместе с тем подобная картина характеризует лишь экономические отношения в банковской системе. Юридический же их анализ даст иной результат, ведь кредитные организации в правовом смысле самостоятельны. Их имущество отдельно от имущества Центрального банка и они несут самостоятельную ответственность в рамках конкретного правового отношения (например, договора). Следовательно, сомнение в юридической самостоятельности и самостоятельности юридической ответственности банков ошибочно, поскольку их причиной является неверное понимание, смешение экономических и правовых понятий.

Таким образом, с юридической точки зрения, кредитные организации — это разновидность коммерческих организаций; оказание банковских услуг не влияет на их правовой статус и, как все коммерческие организации, они должны действовать в рамках общей правосубъектности.

5. Правовое понимание банковских операций. Но не будем ограничиваться только этими аргументами и обратимся еще раз к анализу закона. В ст. 5 Закона о банках все операции кредитной организации делятся на две группы: банковские операции и другие сделки, что имеет значение для определения характера банковской правосубъектности.²⁵³ Другие сделки отличает то, что их перечень, в отличие от банковских операций, не имеет исчерпывающего характера. Возникает вопрос, почему для одних сделок законодатель использовал формулировку, характеризующую общую, а для других — специальную правосубъектность? Это явно нелогично и требует пояснения, поскольку с цивилистической точки зрения невозможно, чтобы правосубъектность одного лица была в разных случаях разной. Разрывать таким образом банковские операции и другие сделки нельзя, поскольку они являются составными частями единой банковской правосубъектности.²⁵⁴ При этом известно: основное отличие банковских операций состоит в том, что они требуют обязательного лицензирования. Именно применение лицензирования часто является главным аргументом в обоснование вывода о специальной правосубъектности кредитных организаций.²⁵⁵ Спорность такой позиции уже в том, что ее сторонники ограничивают банковскую правосубъектность лишь банковскими операциями и не дают оценку другим сделкам. В этом случае только банковские операции становятся единственным содержанием этой правосубъектности, что явно искажает ее содержание. Для объяснения обратимся к юридической природе института лицензирования.

²⁵³ На это справедливо обращает внимание Л.Г. Ефимова (Ефимова Л.Г. Банковское право. С. 273).

²⁵⁴ Исфеев Д.В. О юридической природе банковской правосубъектности // Актуальные проблемы науки и практики коммерческого права. Вып. 3. С. 116., 2000.

²⁵⁵ Братин А.Г. Банковское право России. М., 2003. С. 242.

В настоящее время, лицензирование отдельных видов деятельности осуществляется на основании общих правил ст. 49 ГК РФ и Федерального закона № 99-ФЗ от 4 мая 2011 г. «О лицензировании отдельных видов деятельности».²⁵⁶ В первом акте говорится о том, что коммерческие организации могут иметь гражданские права и нести гражданские обязанности, необходимые для осуществления любых видов деятельности, не запрещенных законом, т. е. обладают общей правосубъектностью, а отдельными видами деятельности, перечень которых определяется законом, юридическое лицо может заниматься только на основании специального разрешения (лицензии).

Правосубъектность юридического лица возникает в момент его создания и прекращается в момент его ликвидации. В свою очередь право юридического лица осуществлять деятельность, на занятие которой необходимо получение лицензии, возникает с момента ее получения и прекращается по истечении срока ее действия. Значит, момент возникновения у лица правосубъектности и момент получения им лицензии разделены во времени так, что, сначала, лицо приобретает правосубъектность и, только потом — лицензию. Следовательно, получение лицензии происходит после приобретения гражданской правосубъектности. Из чего можно сделать вывод о том, что гражданская правосубъектность и лицензирование по своей юридической природе различные институты. Если первый из них принадлежит к области гражданского, то второй — к области административного права. Для этого, возможно, следует различать понятия «банковская правосубъектность» и «правосубъектность кредитных организаций», которые имеют разное значение, и их смешение приводит к ряду неточностей. Точнее признать, что банковская правосубъектность, которая включает только лицензируемые банковские операции, является частью общей гражданской правосубъектности кредитных организаций.

Кроме того, необходимо учитывать, что правосубъектность любого юридического лица приобретается сразу и полностью. Кредитные организации — не исключение, поскольку становятся правосубъектными сразу после регистрации, а не в результате последующего получения лицензии. Это особенно очевидно в случае, когда банк последовательно получает несколько лицензий, уже начав деятельность. Если предположить, что его правосубъектность как-то связана с лицензированием, она была бы обречена на постоянные метаморфозы, связанные с изменением видов лицензий.²⁵⁷

²⁵⁶ Российская газета. 2011. 6 мая.

²⁵⁷ Нечто похожее уже предлагалось в советской цивилистической доктрине, использовавшей понятие «динамической правосубъектности», предложенное проф. М.М. Агарковым еще в 1940 г. (см., напр.: Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. М., 1940. С. 70). Однако позже, в 1950 г. она была опровергнута проф. С.Н. Братушом, предложившим теорию «статической правосубъектности» (см., напр.: Братуш С.Н. Субъекты гражданского права. М., 1950. С. 5). В дальнейшем его точка зрения окончательно утвердилась в нашей науке, законодательстве и на практике.

Отличие правовой природы лицензирования от природы правосубъектности подтверждает и законодательство о лицензировании, из которого определено следует, что получение лицензии, характер обжалования неправомерных действий лицензирующих органов — все это, административные процедуры, которые не могут влиять на гражданскую правосубъектность. *Учитывая это, можно сделать вывод, что лицензируемая деятельность (или банковские операции) не определяет природу банковской правосубъектности, в отличие от иных сделок, являющихся содержанием общей банковской правосубъектности.*

6. *Зависимость правосубъектности от структуры отношений собственности.* Необходимость признания за кредитными организациями общей правосубъектности диктуется кроме того рядом объективных экономических предпосылок. Выбор того или иного варианта правосубъектности не должен быть произвольным или связанным с таким частым аргументом сторонников специальной правосубъектности, как желание «навести порядок» в банковской сфере. При этом они почему-то уже заранее уверены в том, что кредитная организация будет обязательно вести незаконную деятельность. Это принципиально неверно уже потому, что основывается только на субъективных оценках, даже эмоциях, и не касается сути явления, которая непосредственно должна быть связана с природой неких базовых экономических и юридических отношений. Только они могут определять характер правосубъектности. Такой подход, кроме прочих достоинств, будет носить объективный характер и не зависеть от личных предпочтений. Только тогда выбор правосубъектности будет тесно связан с другими важнейшими гражданскими институтами: статус субъектов, вещные и обязательственные отношения. Такой выбор можно сделать в контексте современных принципов гражданского законодательства, ориентированного на развитие прежде всего имущественных товарных отношений и общих рыночных принципов современной экономики.

Основополагающим принципом современной экономики является свобода предпринимательства. Фигура предпринимателя и его интерес стоят в центре всей системы. Признать это часто бывает сложно, учитывая наши современные экономические реалии, где институт предпринимательства, до сих пор остается неразвитым. И сейчас предприниматель оценивается как некий противник государства и его интересов. Частный, индивидуальный интерес, как прежде, в условиях советской экономики, так зачастую и сегодня; обычно воспринимается чем-то постыдным, даже неприличным рядом с интересом государства, которое якобы представляет мнение всего общества. Именно поэтому, наши современные представления об этом важнейшем рыночном принципе испытывают существенное влияние старых, советских оценок. В результате система наших предпочтений в экономической и правовой теории остается прежней. Только этим можно

объяснить признание в банковской доктрине за современным предпринимателем (банком) специальной правосубъектности, несмотря на то, что это находится в явном противоречии с важнейшим принципом рыночной экономики — свободой предпринимателя. *Экономический принцип свободы предпринимательской деятельности, который распространяется на всех предпринимателей, в том числе и на банки, в правовой сфере должен быть обеспечен общим характером банковской правосубъектности.*

Вместе с тем понятие «свобода» является очень общим и потому может быть понято различно, например, свобода одних участников экономических отношений может означать зависимость для других. Поэтому постараемся в дальнейшем исключить здесь субъективную оценку и попытаемся найти в интересующем нас вопросе иной объективный критерий. Для этого воспользуемся тем опытом, который предлагает нам история советского гражданского права, где в первой половине прошлого века разгорелась жаркая дискуссия о природе правосубъектности, в результате которой в 1938 г. была воспринята представленная С.Н. Братусем точка зрения. Он впервые связывал этот институт со сложившейся тогда в стране системой отношений собственности.²³⁸ Следуя этому примеру, возьмем за основу отношения собственности и внешние имущественные, которые в экономическом и юридическом смысле являются определяющими. Именно их структура должна стать главным критерием, позволяющим определить тот или иной вид правосубъектности банка. Только так предпринимательскую правосубъектность можно объективно делить на общую и специальную. *Предприниматели-собственники, должны обладать общей правосубъектностью и вправе совершать любые, не противоречащие закону сделки.* Логика этого вывода проста: собственник действует на рынке самостоятельно и несет самостоятельную ответственность за свои действия, и потому он должен иметь максимум прав во всем и, прежде всего, в выборе направлений своей деятельности. *Что же касается предпринимателей, не являющихся собственниками — их правосубъектность специальная и ее объем определяет собственник.* Так, не случайно советская правовая теория последовательно отстаивала специальный характер правосубъектности советских хозяйственных предприятий (хозяйственных органов), что было вполне логичным для субъектов хозяйственной деятельности, которые не были собственниками. Общий характер предпринимательской правосубъектности, не исключает ее правового регулирования, но такая, «ограниченная законом» общая правосубъектность, тем не менее принципиально отличается по своей юридической природе от специальной правосубъектности, ограниченной кем-то иным.

²³⁸ Гражданское право / Под ред. Я.Ф. Миколенко и П.Е. Орловского, Т. 1. М., 1938. С. 58.

7. *Выводы.* Таким образом, кредитные организации следует признавать коммерческими организациями. Общий характер банковской правосубъектности только отчасти определяется законодателем, в основном же, он объективно зависит от структуры существующих отношений собственности. Развитие рыночной экономики и частной собственности приводит к тому, что кредитная организация (как и любой другой предприниматель) должна обладать общей правосубъектностью. Процесс лицензирования не влияет на характер гражданской правосубъектности, поэтому даже в условиях лицензирования банковских операций правосубъектность банка остается общей.

Но ограничиваться в этом вопросе только теоретическими выводами недостаточно, поскольку верная оценка природы правосубъектности имеет и важный практический аспект. Я уже не раз подчеркивал, что преобладание административного регулирования над диспозитивным в современных условиях противоречит естественной природе экономики.²⁵⁹

²⁵⁹ См. подробнее, напр.: *Исфедов Д. В.* 1) Основные направления совершенствования банковской системы // Актуальные проблемы науки и практики коммерческого права. Сб. Вып. 1. СПб., 1995; 2) Основные направления реформы банковской системы России // Актуальные проблемы науки и практики коммерческого права. Сб. Вып. 2. СПб., 1998; 3) Вопросы совершенствования банковской системы Российской Федерации // Кодекс-инфо. 2002. № 11. 12.

ИНСТИТУТ ОСВОБОЖДЕНИЯ ОТ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА НЕИСПОЛНЕНИЕ ИЛИ НЕНАДЛЕЖАЩЕЕ ИСПОЛНЕНИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ ПО ДОГОВОРУ НА ВЫПОЛНЕНИЕ СТРОИТЕЛЬНЫХ РАБОТ ПО ПРАВУ ВЕЛИКОБРИТАНИИ И РОССИИ

Институт освобождения от ответственности стороны договора в связи с неисполнением или ненадлежащим исполнением договорных обязательств по причине возникновения объективных обстоятельств имеет место во всех правовых системах, но условия, при которых допускается освобождение от ответственности — различны. В Российской Федерации указанный институт именуются непреодолимой силой (чрезвычайным и непредотвратимым при данных условиях обстоятельством). В английском праве практикуется доктрина тщетности (frustration) договора, в американском Едином образном торговом кодексе говорится об освобождении от ответственности вследствие коммерческой неосуществимости, во французском праве — в случае форс-мажора, германский закон определяет данный институт как отпадение основы сделки.²⁶⁰ Таким образом, между национальными правовыми порядками существуют различия в понимании и толковании понятий «форс-мажор» или «непреодолимая сила», а некоторые правовые системы не содержат каких-либо положений по данному поводу.

Для всех систем права общими чертами обстоятельств, являющихся основанием для освобождения от ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по договору, являются следующие: непредвиденность сторонами указанных обстоятельств при заключении договора, их чрезвычайный характер, появление извне; возникновение обстоятельств непреодолимой силы после заключения договора; непреодолимость для сторон самих обстоятельств непреодолимой силы или их последствий; наличие прямой причинной связи между обстоятельствами непреодолимой силы и неисполнением договора; необходимость документального подтверждения соответствующей стороной факта наличия указанных обстоятельств и времени их действия, подтверждаемых надлежащими сертификатами, выдаваемыми компетентным независимым органом (как правило, торговой палатой соответствующих стран), с приложением к ним необходимых документов (справки ветеринарной и метеорологической служб, документы о расторжении властей и пр.); освобождение от ответственности в течение всего периода времени, когда

²⁶⁰ *Шмитцхофф К.* Экспорт: право и практика международной торговли. М., 1993. С. 107.

действовали обстоятельства; отсутствие в законодательстве государства определения понятия «обстоятельства непреодолимой силы», а также перечня обстоятельств, являющихся непреодолимой силой.²⁶¹

По ранее безоговорочному общему правилу английского права, невозможность, возникающая после совершения договора, не освобождала должника от его исполнения. «Если сторона своим же договором создает для себя долг или обязательство, она обязана его выполнить, если может, несмотря ни на какие случайности, вызванные неизбежной необходимостью, так как она могла внести оговорку в отношении этих случайностей в свой договор. Поэтому, если арендатор обязуется отремонтировать дом, он все же должен это сделать, хотя бы дом сгорел от молнии или был разрушен неприятелем». Изложенный в заключительных словах цитаты случай в действительности имел место во время мировой войны. Дом был поврежден сброшенной с вражеского самолета бомбой, и судом было признано, что, в соответствии с цитированным выше решением, арендатор обязан исправить повреждения Redmond v. Dainton [1920] 2 K. B. 256.²⁶² Таким образом, на стороны возлагалась абсолютная ответственность за неисполнение, т. е. ничто не могло освободить стороны от ответственности, независимо от того, виновны они или нет.²⁶³

В настоящее время в странах «общего права» происходит постепенный отказ от принципа безусловного исполнения договора. Необходимость освобождения должника от ответственности за неисполнение стала очевидной, и в 1943 г. в Англии был издан Закон «О реформе законодательства (неисполнимые контракты)» 1943 г. (Закон о тиетных договорах, Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943²⁶⁴), направленный на регулирование случаев невозможности исполнения договора.

Правило, по которому невозможность не оправдывает должника, применяется только в тех случаях, когда обязательство является безусловным и не ограничено никакими условиями как прямо выраженными, так и подразумеваемыми. Ведущим прецедентом, положившим начало решениям об освобождении от ответственности вследствие применения подразумеваемого условия («implied condition»), является дело Taylor v. Caldwell.²⁶⁵ В этом деле истец снял у ответчика музыкальный зал для проведения концертов в течение четырех

дней подряд. Еще до начала первого концерта зал сгорел в результате пожара. Иск был отклонен. Но не потому, что владелец зала не мог предоставить его для концертов по независящим от него причинам, а потому, что договор аренды был истолкован как «содержащий подразумеваемое условие», согласно которому «стороны освобождаются от ответственности, если... исполнение становится невозможным из-за гибели вещи не по вине одной из них».²⁶⁶

Так, примером применения доктрины подразумеваемого условия к строительным контрактам является случай, когда исполнение договора стало невозможным вследствие уничтожения определенного предмета, существенного для исполнения. В деле Appleby v. Myers (1867) LR 2 CP 651 в результате полного уничтожения огнем объекта, в котором выполнялись монтажные работы, контракт на выполнение данных работ признан тиетным. В указанном деле истцы обязались соорудить определенные механизмы в здании ответчика и произвести ремонт этих механизмов в течение двух лет. Во время производства работ здание было полностью уничтожено пожаром. Суд решил: ответчиком не было принято ничем не ограниченное обязательство, по которому его знание должно постоянно находиться в состоянии, пригодном для выполнения истцами работ, пожар является несчастием, имеющим одинаковые последствия для обеих сторон и освобождающим их от дальнейшего исполнения, но не дающим никому из них основания для иска. Так как соглашение предусматривало, что работа подлжит оплате после полного ее завершения, то истцы не могут требовать уплаты по принципу «quantum meruit» за выполненную часть работы. Суд признал, что «этот договор должен быть истолкован не как безусловный договор, а как договор, ограниченный подразумеваемым условием об освобождении сторон от его исполнения в случае, если до того как он будет нарушен, исполнение станет невозможным ввиду гибели предмета не по вине договаривающейся стороны».²⁶⁷

От случаев невозможности исполнения договора английское право отличается случаем²⁶⁸, когда исполнение договора само по себе возможно, но в результате наступления после его заключения непредвиденных обстоятельств, становится крайне затруднительным или теряется сама цель исполнения взаимных обязательств.

Так, в деле Metropolitan Water Board v. Dick, Kerr & Co Ltd [1918] AC 119 ответчики заключили с истцом договор о постройке резервуара в течение шести лет. В период действия договора Министерство Вооружения на основании военных

²⁶¹ Цвайххарт К., Кетч Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: соч. в 2 т. Т. 2. М., 1998. С. 250.

²⁶² Приводится по: Ансон В. Р. Договорное право. С. 364–365.

²⁶³ Данное направление ведет свое начало от дел в области морского права, в которых судьям приходилось по независимым от него причинам не смог предоставить заказчикам в оговоренное время и место, зафрахтованные у него суда (Jackson v. Union Marine Insurance Co. L. R. 10 C. P. 125).

²⁶⁴ Бетлов А. И. Освобождение от ответственности за нарушение внешнеэкономической сделки: Право и практика // Право и экономика. 1999. № 11. С. 57–64.

²⁶⁵ Приводится по: Ансон В. Р. Договорное право / Под общ. ред. и с предисл. О. Н. Садикова. М., 1984. С. 361.

²⁶⁶ Ведущим судебным прецедентом по этому вопросу было дело Paradine v. Jane [1647] EWHC KB J5 // Сайт Института правовой информации Великобритании и Ирландии: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/TCC/1997/370.html> (дата обращения: 25 ноября 2011 г.).

²⁶⁷ Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943 // Сайт Правительства Великобритании: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Gc06/6-7/40/contents/enacted> (дата обращения: 25 ноября 2011 г.).

²⁶⁸ Taylor v. Caldwell [1863] EWHC QB J1 // Сайт Института правовой информации Великобритании и Ирландии: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/1863/J1.html> (дата обращения: 25 ноября 2011 г.).

полномочий потребовало снятия машинного оборудования и прекращения производившихся по договору работ без установления срока действия указанного распоряжения. Истец утверждал, что исполнение работ контракту было приостановлено, так как контрактом предусмотрена возможность продления срока выполнения работ при наличии каких-либо трудностей, в связи с чем ответчик обязан выполнить работы, предусмотренные контрактом. Палата Лордов признала, что исполнение контракта после войны представляло бы собой исполнение свершено иного контракта. По мнению суда, перерыв в исполнении договора, который имел место вследствие запрета, был такого характера и такой продолжительности, что он по существу превращает договор, если возобновить его исполнение, в радикально отличающийся договор. Поэтому договор был признан прекратившим свое действие.²⁶⁹

По делу *Taylor v. Caldwell* и в последующих решениях, расширивших пределы применения установленной им нормы, вопрос, подлежащий разрешению судом, формулировался как вопрос о случайных, неожиданных событиях, делающих исполнение договора невозможным. Вопрос, который суды ставили перед собой по делам, когда исполнение договора само по себе возможно, но становится крайне затруднительным или теряется его цель, заключается в следующем: сделали ли неожиданные события осуществление цели для обеих сторон, вследствие изменения обстоятельств, при которых должно осуществляться исполнение обязательства, настолько невозможным, что признание должника обязанным к исполнению означало бы признание его обязанным исполнить нечто, хотя и возможное, но отличное от того, что он первоначально обязался исполнить.²⁷⁰

Оба из указанных направлений в развитии английской судебной практики породили «доктрину тщетности договора» (*doctrine of frustration of contract*). Высказывание лорда Рэдклиффа в деле *Davis Contractors Ltd v. Fareham Urban DC* стало классическим определением доктрины тщетности договора: «Тщетность имеет место всякий раз, когда право признает, что при отсутствии неблагоприятных условий для той или иной стороны договорное обязательство все же не может быть исполнено, поскольку обязательства, при которых обязательство должно быть исполнено представляет собой абсолютно иное, нежели то обязательство, которое стороны предусмотрели в договоре *Non haec in foedera veni*. (Это не то, что я обязался сделать).»²⁷¹

Как отмечают российские юристы, критерием применения доктрины «тщетности» договора «является происходящее после заключения договора

²⁶⁹ *Adrianse J. Construction Contract Law*. P. 172.

²⁷⁰ *Atson B.P. Договорное право*. С. 368.

²⁷¹ *Davis Contractors v. Fareham Urban DC* [1956] A.C. 696 // Сайт Института правовой информации Великобритании и Ирландии: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1956/3.html> (дата обращения: 25 ноября 2011 г.).

радикальное изменение обстоятельств, в результате которого исчезает сама основа договора, так как его исполнение будет фактически означать, что исполняется новый договор, совершенно отличный от того, который стороны первоначально заключили».²⁷² Например, судья лорд Рэдклифф в деле *Davis Contractors Ltd v. Fareham Urban DC*,²⁷³ указал, что «Главной причиной увеличения сроков выполнения подрядчиком работ с 8-ми месяцев до 22-х является то, что стороны при заключении договора ожидали (предполагали) поступление трудовых ресурсов и материалов из расчета, что работы будут выполнены за 8 месяцев, а фактически доступные ресурсы оказались намного меньше тех, которые позволяли достигнуть поставленной цели. Следовательно... основание, или опора договора была удалена прежде, чем работа была завершена».

Ныне доктрина тщетности договора применяется в случаях фактической или юридической невозможности исполнения договоров, в случаях отпадения цели договора (*frustration of purpose*) и в случаях, когда наступление последующих обстоятельств ведет к просрочке договора или меняет его природу настолько, что его исполнение в результате будет коренным образом отличаться (*radically different*) от намерений сторон при заключении договора.

В российском праве существенно изменившиеся обстоятельства по своему характеру наминают обстоятельства непреодолимой силы. Однако российские ученые²⁷⁴ едины во мнении о том, что современное гражданское законодательство России пошло по пути четкого разграничения понятий «существенное изменение обстоятельств» и «непреодолимая сила». Так, сопоставляя понятия «непреодолимая сила» (форс-мажор) и «существенно изменившиеся обстоятельства» выделяют следующие различия: «1. При возникновении обстоятельств непреодолимой силы исполнение договора становится невозможным, в то время как следствием существенно изменившихся обстоятельств является значительная обременительность, а не невозможность исполнения. 2. Наличие форс-мажора приводит к освобождению от ответственности и к возможному в дальнейшем расторжению договора на общих основаниях (с применением ст. 453 ГК РФ). Последствиями же признания изменившихся обстоятельств существенными является либо расторжение, либо изменение договора при справедливом распределении между сторонами расходов, понесенных ими в связи с исполнением договора (при расторжении). Освобождения от ответственности при возникновении

²⁷² *Гражданское и торговое право зарубежных государств: Учебник* / Отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. 4-е изд. Т.1 М., 2004. С. 474.

²⁷³ Там же.

²⁷⁴ Там же.

Давиденко С.А., Капеллерова М.В. Банковское потребительское кредитование: учебно-практич. пособие. М., 1999. С. 200; *Поток Н.В.* Правовые последствия непреодолимой силы и возникновения существенно изменившихся обстоятельств // *Закон и Суд*. 2006. № 12; *Самойлов С.А.* Превращение договорных обязательств в связи с существенно изменившимся обстоятельством // *Закон и Суд*. 2010. № 12.

договорных затруднений не наступает. 3. Поскольку п. 3 ст. 401 ГК РФ предусмотрено, что отсутствие денежных средств у должника не является обстоятельством непреодолимой силы (если иное не предусмотрено договором), при возникновении «коммерческой невозможности исполнения» применение ст. 401 ГК РФ исключается и становится возможным использование ст. 451 ГК РФ».²⁷⁵

Согласно английскому праву неожиданность события может быть вызвана повышением или понижением цен, а может возникнуть из-за поставки третьими лицами. Нередко приходится воспользоваться более дорогими, чем ожидалось, источниками сырья.²⁷⁶ Сами по себе эти события не являются основанием тиетности строительного контракта. В случае же если они являются настолько значительными, что создают существенно, радикально иную ситуацию, то они влекут тиетность договора.

В деле *Davis Contractors Ltd. v. Fareham Urban DC*²⁷⁷ подрядчики приняли на себя обязательство построить 78 зданий для местных властей через восемь месяцев по стоимости равной 92 425,00 фунтов стерлингов. Из-за недостаточности трудовых ресурсов выполнение работ заняло двадцать два месяца и стоило подрядчикам 115 233,14 фунтов стерлингов. Истец (подрядчик) утверждал, что в результате недостатка квалифицированных специалистов, просрочка завершения работ по контракту привела к тиетности контракта и соответственно к прекращению действия контракта, цель заключения которого не могла быть достигнута. В связи с тем, что контракт прекратил свое действие ввиду тиетности, выполненные работы, по мнению истца, являются выполненными согласно новой договоренности в течение 22-х месяцев и подлежат оплате по разумной цене. Таким образом, подрядчик настаивал на освобождении от договорной ответственности и требовал покрыть сумму чрезмерных расходов, основываясь на принципе «quantum meruit». Иск был отклонен.

Судья лорд Редклифф прокомментировал его следующим образом: «По моему мнению, дело далеко от дел о тиетности. Имеет место строительный контракт, заключенный между управлением жилищного хозяйства и большой фирмой подрядчиков к всеобщему сожалению в послевоенное время. Работа была начата незадолго до того, как формальный контракт был выполнен и продолжен с затруднениями и незначительными приостановками, но без фактического прерывания, пока все 78 зданий, подлежащих возведению, не были построены. По истечении определенного периода времени выполнения работ истец предъявил претензию о том, что работы должны быть оплачены по стоимости, превышающей

²⁷⁵ Попова Н.В. Правовые последствия непреодолимой силы и возникновения существенно изменившихся обстоятельств [Электронный ресурс] (доступно в СПС «Гарант»).

²⁷⁶ Шмидтсдорфф К. Экспорт: право и практика международной торговли. С. 108

²⁷⁷ Там же.

стоимость предусмотренную договором. Претензия направлялась истцом неоднократно, но ответчик отказался ее признать претензию, и как видно, никакие заключительные меры, которые могли бы определить поведение одной или другой стороны как составную часть данного дела, не были предприняты ни одной стороной. Данный контракт в любом очевидном смысле не является тиетным». Так, суд расценил события, которые вызвали задержку выполнения работ, как события, которые имели место в пределах обычного диапазона коммерческой вероятности и не были вызваны существенным изменением обстоятельств. Таким образом, в случае, если стоимость и сложность исполнения работ по контракту оказались значительно выше предполагаемых изначально, то этот факт не является достаточным (не является основанием) для применения доктрины тиетности договора.

Английский юрист Эван Маккендрик в своей работе «Contract Law» указывает, что нежелание суда применять доктрину тиетности договора возникает по двум принципиальным основаниям. Во-первых, стороны не должны освобождаться от контракта, который обернулся невыгодной сделкой. В деле *Davis Contractors Ltd. v. Fareham U.D.C.* судья лорд Редклифф указал, что сложившаяся ситуация «не является затруднением и причиненными неудобствами и материальными потерями как таковыми, которые приводят в действие принципы тиетности». Во-вторых, будущее неопределенно и стороны должны формировать условия контрактов, защищаясь от увеличения цены, недостатка материалов, инфляции и других изменений.²⁷⁸

По российскому праву нарушение обязанностей со стороны контрагентов должника, отсутствие на рынке нужных для исполнения товаров, отсутствие у должника необходимых денежных средств также не относятся к обстоятельствам непреодолимой силы (п. 3 ст. 401 ГК РФ) и соответственно не могут служить основанием для расторжения договора и освобождения от ответственности. Пленумы Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ в совместном постановлении²⁷⁹ обратили внимание судов на то, что в соответствии с п. 3 ст. 401 ГК РФ отсутствие у должника денежных средств не является основанием для освобождения должника от уплаты процентов, предусмотренных ст. 395 ГК РФ.

Согласно материалам одного из дел между заказчиком (муниципальным учреждением) и подрядчиком был заключен договор подряда на строительство объекта — водовода. Работы были выполнены. Заказчик принял их без каких-либо замечаний, однако не оплатил, сославшись на недостаточное финансирование строительства из областного бюджета и отсутствие собственных средств.

²⁷⁸ *Adrianse J. Construction Contract Law*. P. 173

²⁷⁹ *Постановление* Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ № 13/14 от 8 октября 1998 г. «О практике применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о процентах за пользование чужими денежными средствами» // Вестник ВАС РФ. 1998. № 1

Рассматривая дело, суд установил следующее. Подрядчик выполнил свои обязательства по строительству объекта, а заказчик их принял. Следовательно, у заказчика возникло денежное обязательство по оплате работ. Поскольку заказчик является самостоятельным юридическим лицом, которое по условиям договора подряда обязалось оплатить выполненные работы, отсутствие финансирования не может быть причиной для неоплаты обязательств по договору. Суд постановил, что выполненные подрядчиком работы должны быть оплачены.²⁸⁰ Тем не менее, следует указать на правило, отсутствующее в отечественном законодательстве, но вместе с тем постановленное, соблюдаемое и охраняемое арбитражной практикой много лучше, чем любая законодательная норма, согласно которому по принципу вины (т.е. по п. 1, а не п. 3 ст. 401 ГК РФ) несут ответственность за нарушение обязательств финансируемые собственником государственные и муниципальные учреждения. В частности, в своем Постановлении Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ от 4 августа 1998 г. № 7595/97 указал «...клиническая больница в соответствии с уставом является учреждением, финансируемым за счет средств государственного бюджета, следовательно, ответственность за нарушение обязательства несет с учетом вины в том виде, в каком она сформулирована в п. 1 ст. 401 Гражданского кодекса Российской Федерации... Суд не проверил, поступали ли денежные средства из указанных источников, не выяснил, имела ли необходимость проведения подрядных работ и выделялись ли из бюджета целевые средства на их оплату согласно утвержденной смете, в результате чего применил названные меры ответственности без учета вины должника». Исходя из данного решения и многих аналогичных ему решений вполне логичным выглядит утверждение об ограничении сферы применения нормы п. 3 ст. 401 ГК РФ случаями, в которых исполнение обязательства по самому его характеру или личности должника поставлено в зависимость от действий третьих лиц.²⁸¹

Существенное изменение обстоятельств по договору строительного подряда в отличие от возможности, предусмотренной доктриной тщетности договора, не может быть основанием для освобождения от ответственности, но может повлечь его изменение или расторжение, так как законом установлен способ обеспечения интересов подрядчика, столкнувшегося с существенным возрастанием стоимости материалов, оборудования и услуг, оказываемых ему третьими лицами. Изменение твердой цены договора строительного подряда в соответствии с законом не допускается ни при каких обстоятельствах, за исключением случая, предусмотренного ч. 2 п. 6 ст. 709 ГК РФ, согласно которой подрядчик имеет право требовать увеличения твердой цены, а в случае отказа заказчика — требовать в

²⁸⁰ Постановление ФАС Центрального округа от 5 августа 2005 г. № А68-111-207/2-04 [Электронный ресурс] (доступно в СПС «Гарант»).

²⁸¹ Практика применения Гражданского кодекса Российской Федерации, чести первой / Под общ. ред. В.А. Бетова. 2-е изд. М., 2011 [Электронный ресурс] (доступно в СПС «Гарант»).

судебном порядке расторжения договора в связи с существенным изменением обстоятельств.

Известно и еще одно правило, которое было выработано Высшим Арбитражным Судом РФ в рамках применения ст. 451 ГК РФ. Оно может быть сформулировано следующим образом: в случае если стороны в договоре предусмотрели возможность изменения цены товаров (работ, услуг), это означает, что они (стороны) предвидели возможное изменение цены и потому не вправе требовать расторжения договора в связи с существенным изменением обстоятельств.²⁸² В качестве примера можно привести следующее дело, в котором стороны в отличие от сторон договора в деле *Davis Contractors Ltd. v. Fareham U.D.C.* предусмотрели возможность изменения стоимости работ. Предметом спора стало расторжение договора о финансировании строительства жилого дома в связи с резким изменением стоимости строительства. ВАС РФ посчитал, что этот иск не подлежит удовлетворению и мотивировал это следующим образом. Изменение стоимости строительства спорного жилого дома не может быть признано существенным изменением обстоятельств, из которых стороны исходили при заключении договора, поскольку в договоре прямо предусматривалась возможность такого изменения.²⁸³

Вопрос о прекращении договора в связи с его тщетностью по общему праву должен зависеть не только от событий, оказывающих влияние на признание договора тщетным, но и от конкретных условий контракта.²⁸⁴ Для исключения случайностей, в связи с которыми может быть утрачена возможность исполнения договора стороны путем введения в договор условий об освобождении одной или каждой из сторон от дальнейших обязательств по договору, в случае наступления какого-либо условия или события, именуемых «исключенные риски» (*excluded risks*) или «определенные опасности» (*specified perils*) вправе сделать обязательство об исполнении договора условным в зависимости от наличия возможности его исполнения.

Различные стандартные формы контрактов часто содержат положения о том, что именно должно произойти, чтобы определенные обстоятельства исключали ответственность считались наступившими. В качестве указанных событий в типовых формах контрактов ICE (издание 7, п. 22(2)) и JCT 98 (п. 25.4.1) определены такие события как огонь, забастовки, дефицит, бунт, вторжение, мятеж, терроризм и война.²⁸⁵ Пункт 2.1. формы контракта АСА 3 представляет собой специальное условие, предусматривающее прекращение выполнения работ в

²⁸² Там же.

²⁸³ Постановление Президиума ВАС РФ № 24/98 от 6 октября 1998 г. [Электронный ресурс] (доступно в СПС «Гарант»).

²⁸⁴ Chappell D. Building Contract Dictionary. Wiley-Blackwell, 2001. P. 175

²⁸⁵ Adriane J. Construction Contract Law. P. 171.

результате наступления таких, не зависящих от сторон контракта, обстоятельств, как форс-мажор, война и связанные с ними события. Пункт 28 формы контракта JCT 98 предоставляет подрядчику право установить порядок работ согласно контракту при определенных ситуациях, некоторые из которых могут быть признаны основанием для признания контракта неисполнимым, и в результате которых выполнение работ приостанавливается на определенный период.²⁸⁶

Между тем, может возникнуть ситуация о признании договора тщетным даже при наличии в договоре указанных условий. Так, в случае, если строительная площадка разрушена или непригодна для выполнения работ, контракт может прекратиться свое действие по причине тщетности, несмотря на условия контракта, позволяющие осуществить продление сроков выполнения работ, и условие, относящееся к непредвиденным обстоятельствам. В деле *Wong Lai Ying v. Chinachem Investment Co Ltd (1979) 13 BCLR 81* проанализирована ситуация, когда массивный оползень разрушил 13-этажный многоквартирный жилой дом, обломки которого вместе с огромным количеством земли, обрушились на строительную площадку. Оползень, непредвиденный и не предусмотренный, обусловленный обстоятельствами, не зависящими от строителей, уничтожил строительную площадку, на которой были возведены здания двух высотных домов. Спорный вопрос состоял в том, что 24 контракта купли-продажи квартир оказались неисполнимыми.

Договор устанавливал, что срок выполнения работ является существующим, но может быть продлен в зависимости от различных обстоятельств. Пункт 22 договора определял условия относительно непредвиденных обстоятельств, возникших по независящим от продавца причинам, а также устанавливал, что продавец не вправе отчуждать в пользу покупателя право на долю и апартаменты. На основании вышеизложенного соглашения, заключенные продавцом, подлежали расторжению, а внесенные покупателями частичные платежи — возврату (без каких-либо компенсаций). Соглашение утрачивает законную силу и ни одна из сторон не имеет каких-либо претензий против другой стороны.

По итогам рассмотрения дела суд решил иск отклонить ввиду того, что (1) оползень был чрезвычайным событием, которое поставило под сомнение дальнейшую возможность исполнения обязательства, а характер и продолжительность дальнейшей работы, радикально отличались бы от тех, которые предусмотрены первоначальным контрактом (2) согласно данному правилу толкованию и правилам составления контракта в целом, п. 22 не может толковаться как предусматривающий вероятность наступления особенного, непредвиденного стихийного бедствия, которое имеет место, соответственно контракт был тщетным.

²⁸⁶ Chappell D. Building Contract Dictionary, P. 175.

Таким образом, условие контракта, относящееся в общих чертах к тому, что могло произойти «при возникновении каких-либо непредвиденных обстоятельств по независящим от продавца причинам» не могло интерпретироваться, как обеспечивающее покрытие продавцом последствий оползня.²⁸⁷

Исполнение договора невозможным по общему праву также может сделать изменение закона, связи с прямым запрещением, предусмотренного в договоре действия, или путем изъятия из ведения должника предмета, в отношении которого он по договору обязался совершать или, воздержаться от совершения определенных действий. Примером такого случая может служить дело *Bailey v. De Crespigny, L. R. 4 Q. B. 185*, по которому истец арендовал у ответчика земельный участок сроком на 89 лет. Ответчик сохранил за собой примыкающий участок земли и обязался, что как он, так и лица, которым он переуступил бы свое право владения на свой участок в течение срока действия арендного договора с истцом, не будут, воздвигать на определенной огороженной площади, граничащей со сланным в аренду участком, никаких строений, за исключением строений, служащих для украшения. Впоследствии одна железнодорожная компания, действовавшая по парламентскому акту, изданному уже после заключения арендного договора, изъехала в принудительном порядке огороженную площадь и построила на ней вокзал. Истец предъявил к ответчику иск, основанный на договоре Суд признал, что невозможность исполнения, порожденная действием закона, освобождает ответчика от соблюдения договора. «Принуждая его (ответчика) разделить свой участок с железнодорожной компанией, которую он не мог связать никакими условиями, как это он мог бы сделать в отношении контрагента, избранного им самим, законодательная власть создала новый вид передачи прав, который стороны не имели в виду, вступая в договор. Признать ответчика ответственным за действия такого контрагента означало бы создать для сторон совершенно новый договор. Для объяснения случаев этого рода нет необходимости обращаться к доктрине подразумеваемого условия в договоре. Достаточное объяснение, как указано в решении по делу *Rellu v. The King 1934 A. C. 176*, заключается «в элементарном положении, устанавливаемом, что если дальнейшее исполнение договора становится невозможным в силу закона, то договор считается прекращенным»²⁸⁸.

При прекращении действия контракта по причине его тщетности, стороны контракта освобождаются от дальнейшего его исполнения, а правовое положение сторон определяется в соответствии с Законом «О реформе законодательства (неисполнимые контракты)» 1943 г. (*Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943*). Денежные средства, оплаченные согласно контракту подлежат возврату, но если сторона, которая являлась получателем денежных средств или должна была их

²⁸⁷ Приводится по: *Adrianse J. Construction Contract Law*, P. 173.
²⁸⁸ Приводится по: *Atson B.P. Договорное право*, С. 363

получить понесла какие-либо затраты или получила выгоду, то суд вправе решить какие суммы подлежат оплате или взысканию с другой стороны. Согласно п. 3 ст. 451 ГК РФ при расторжении договора вследствие существенно изменившихся обстоятельств суд по требованию любой из сторон определяет последствия расторжения договора, исходя из необходимости справедливого распределения между сторонами расходов, понесенных ими в связи с исполнением этого договора. Таким образом, суды Англии и России осуществляют распределение между сторонами расходов, в связи с исполнением договора, но по праву России освобождения от ответственности при возникновении договорных затруднений не наступает.

Строительный контракт может быть прекращен по причине тщетности, ввиду запрета или ограничения на выполнение работ по контракту. В деле *Codelia Construction Proprietary Ltd. v. State Rail Authority of New South Wales (1982) CLR 33*, в соответствии с контрактом на строительство подземной железной дороги ответчик должен был завершить выполнение работ определенных контрактом срок, выполнения работы в три смены семь дней в неделю. В связи с тем, что выполнения работ сопровождалось шумом, третья сторона получила судебный запрет на выполнения работ в вечернее время и выходные дни. Согласно контракту истец обратился в арбитраж с указанием на то, что в контракте содержалось подразумеваемое условие, согласно которому заказчик должен освободить его от дополнительных расходов. Также истец указывал на то, что контракт был расстроен вынесением указанного судебного запрета. Верховный Суд Австралии решил, что в контракте отсутствовали какие-либо подразумеваемые условия, но большинством голосов суд принял решение о тщетности контракта. Судья Мэсон, вынося решение, отметил следующее:

«Я нахожу невозможным подразумевать условие, поскольку я не был убежден в том, что при обстоятельствах данного дела условие, которое могло подразумеваться, было условие, которое стороны в этой ситуации непременно должны были согласовать как условие, считающееся необходимым для разрешения возможной ситуации, когда таковая возникнет. С другой стороны я нахожу, что намного легче прийти к заключению о том, что исполнение контракта в условиях произошедших событий радикально отличается от исполнения контракта в предусмотренных обстоятельствах».²⁸⁹

Российские ученые обращают внимание и на то, что иногда в отечественной теории и практике к обстоятельствам непреодолимой силы относятся такие обстоятельства, которые не соответствуют условиям чрезвычайности и непредотвратимости: «Непреодолимая сила — понятие более узкое, чем форс-

мажор и первое довольно часто толкуется слишком широко, поскольку в него включаются некоторые из обстоятельств, которые нельзя отнести к непреодолимой силе, например забастовки, запреты, исходящие от местных органов власти».²⁹⁰ По всей видимости, что в связи с тем, что наличие понятий «форс-мажор» или «непреодолимая сила» обусловлено различными национальным правовым порядкам, а также в связи с отсутствием в законодательстве государств определения указанных понятий и перечня подразумеваемых обстоятельств, не представляется возможным говорить о различиях в содержании данных понятий в рамках российской правовой системы. Кроме того, согласно п. 3 ст. 401 ГК РФ лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, несет ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы, то есть чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств.

Таким образом, поскольку п. 3 ст. 401 ГК РФ начинается со слов «Если иное не предусмотрено законом или договором...» стороны не только могут отнести к разряду чрезвычайных обстоятельств «забастовка» «принятие нормативных актов запретительного характера», «повышение тарифов», «простой производства», «несвоевременная подача транспорта» и иные обстоятельства, но также могут путем определения в договоре конкретных случаев, не исключать, а возложить на стороны ответственность в таких условиях, которые обычно расцениваются как обстоятельства непреодолимой силы. Высший Арбитражный Суд РФ разъяснил, что при рассмотрении спора сузу необходимо каждый раз исследовать и оценивать доводы ответчика о невозможности исполнения обязательства вследствие действия непреодолимой силы».²⁹¹ Следовательно, дать правовую квалификацию, то есть признать обстоятельство чрезвычайным и непредотвратимым, правомочен только суд. Также и в английском праве, несмотря на то, что основные принципы доктрины тщетности тщательно обоснованы, на практике нередко трудно бывает решить, влекут ли обстоятельства конкретного дела тщетность договора или нет. Как сказал лорд Динлок по делу *Pioneer Shipping Ltd. v. B.T.P.ioxide Ltd. The Nema [1982] A.C. 724*: тщетность никогда не является вопросом чистого факта, она всегда требует анализа права и ответа на вопрос, сделали ли выступающие как тщетные событие или серия событий исполнение радикально иным, чем подразумевалось договором.²⁹²

²⁹⁰ Гивс А.Н. Постатейный комментарий к части первой Гражданского кодекса Российской Федерации. 2009 (поступило в СИС «Гарант»).

²⁹¹ Вестник ВАС РФ. 2001 № 3. С. 46.

²⁹² Шинтис-офф К. Экспорт: право и практика международной торговли. С. 108

²⁸⁹ Приводится по: *Adrianne J. Construction Contract Law*. P. 174.

Принят 19 сентября 2011 г.

Вступление в силу 1 октября 2011 г.

Госсекретарь принимает настоящий Акт в рамках осуществления полномочий, предоставленных ему разделами 108 (6), 114 и 146 (1) и (2) Закона о предоставлении жилищных грантов, строительстве и восстановлении 1996(1) (далее - «Закон»).

До принятия настоящего Акта Госсекретарем произведены все действия предусмотренные разделом 114(2) Закона.

В соответствии с разделом 114 (5) Закона проект настоящего Акта предварительно был рассмотрен и утвержден обеими палатами Парламента.

Название, вступление в силу, применение и толкование Акта

1. (1) Настоящий Акт может именоваться как Схема для Строительных контрактов (Англия и Уэльс) Регламент 1998 (Поправка) (Англия) Регламент 2011 и вступает в законную силу 1 октября 2011 г.

(2) Настоящий Акт применяется только к строительным контрактам, заключенным после вступления в силу настоящего Акта.

(3) Настоящий Акт не применяется к строительным контрактам в такой степени, в которой они связаны с выполнением работ в Уэльсе.

(4) В целях настоящего Акта:

«Закон» означает Закон о предоставлении жилищных грантов, строительстве и восстановлении 1996 г., и

«Основной Акт» означает Схема для строительных контрактов (Англия и Уэльс) 1998 года(1).

2. В случае если строительные контракты не соответствуют требованиям раздела 108(1) Закона, применяются положения о досудебном рассмотрении спора Части I Приложения к настоящему Акту.

3. В случае: (а) если стороны строительного контракта не достигли соглашения по вопросам, предусмотренным разделами 109, 111 и 113 Закона или (б) строительный контракт не содержит положений, предусмотренных разделом 110 или 110А Закона, применяются соответствующие положения Части II Приложения к настоящему Акту.

4. Положения Приложения к настоящему Акту являются Схемой для строительных контрактов в целях раздела 114 Закона.

СХЕМА ДЛЯ СТРОИТЕЛЬНЫХ КОНТРАКТОВ

Часть I. Досудебное разрешение споров

Уведомление о намерении рассмотрения спора в порядке досудебного разрешения спора

1. (1) Любая из сторон строительного контракта («Иницилирующая сторона»), вправе направить свое письменное уведомление («уведомление о намерении») о разрешении спора, возникшего из контракта, для рассмотрения в порядке досудебного разрешения спора, в любое время.

(2) Уведомление о передаче спора на рассмотрение в порядке досудебного разрешения должно быть направлено всем сторонам контракта.

(3) Уведомление должно быть изложено кратко:

(а) суть, краткое описание спора и стороны, принимающие участие в данном споре,

(б) детали, в связи с которыми и когда возник спор,

(с) характер нанесенного вреда, который подлежит возмещению,

(д) имена и адреса сторон контракта (включая, адреса, которые стороны определили для направления уведомлений, если таковые определены)

2. (1) После направления уведомления о рассмотрении спора в порядке досудебного разрешения и при условии, что стороны имеют предварительное соглашение о том, кто будет выступать в качестве лица разрешающего спор:

(а) иницилирующая сторона должна назначить лицо (если предусмотрено контрактом), которое в соответствии с контрактом должно выступать в качестве лица, разрешающего спор («adjudicator», далее - эксперт), или

(б) если в контракте не указано данное лицо, или названное лицо уже указало, что не сможет или неспособно рассмотреть спор и контракт предусматривает назначенную организацию (nominating body), которая может избрать лицо, которое будет действовать в качестве эксперта, то иницилирующая сторона должна просить, предусмотренный контрактом специальный орган избрать такое лицо для рассмотрения спора в качестве эксперта, или

(с) в случае, когда ни параграф (а) ни параграф (б) применить не возможно, и лицо, выбранное в соответствии с параграфом (а), указало, что не сможет или неспособно рассмотреть спор, и параграф (б) не возможно применить, то

инициирующая сторона должна просить организацию, назначающую эксперта (adjudicator nominating body) избрать лицо, которое будет действовать в качестве эксперта.

(2) Лицо, назначенное выступать, в качестве эксперта, в соответствии с положениями параграфа (1) обязано сообщить о своей готовности или о неготовности действовать в данном качестве в течение двух дней после получения им такого запроса.

(3) В настоящем параграфе, и в параграфах 5 и 6 ниже, под «организацией, назначающей эксперта» понимается организация (не являющаяся ни физическим лицом, ни участником спора) которая является публичной, как лицо, которое будет избирать эксперта, когда инициирующей стороне это потребуется.

3. Запрос, указанный в параграфах 2, 5 и 6, должен сопровождаться копиями уведомления о досудебном разрешении спора.

4. Любое лицо, назначенное или выбранное, действовать в качестве эксперта в соответствии с параграфами 2, 5 или 6 должно быть физическим лицом, действующим в рамках своих полномочий. Лицо, назначенное или выбранное в качестве эксперта не должно быть работником компании любой из сторон спора и не должно проявлять какую-либо заинтересованность, как финансовую, так и любую другую, относительно любых возникающих в ходе разрешения спора вопросов.

5. (1) «назначающая организация», предусмотренная параграфами 2(1)(b) и 6(1)(b) или «организация, назначающая эксперта», предусмотренная параграфами 2(1)(c), 5(2)(b) и 6(1)(c), должна сообщить о назначенном эксперте инициирующей стороне в течение пяти дней после получения запроса о необходимости назначения эксперта.

(2) В том случае, если назначающая организация или организация, назначающая эксперта не может выполнить предусмотренное параграфом (1), то инициирующая сторона может:

(a) по согласию с другой стороной спора назначить определенное лицо выступать в качестве эксперта, или

(b) назначить какую-либо иную организацию для выдвижения лица, которое будет действовать в качестве эксперта. (3) Лицо, назначенное выступать в качестве эксперта в соответствии с положениями предусмотренными параграфами (1) или (2) должно подтвердить свою готовность или неготовность действовать в качестве эксперта в течение двух дней после получения запроса о необходимости назначения эксперта.

6. (1) В случае, если эксперт, указанный в контракте, информирует стороны, о том, что неспособен или не желает действовать в качестве эксперта, или в случае,

если от него не был получен ответ согласно требованиям предусмотренным параграфом 2(2), то инициирующая сторона может:

(a) назначить другое лицо, предусмотренное в контракте (если контрактом предусмотрено), действовать в качестве эксперта, или

(b) просить назначающую организацию (если контрактом предусмотрено), предусмотренную контрактом выбрать иное лицо, действующее в качестве эксперта, или

(c) просить любую другую организацию, назначающую эксперта выбрать лицо, действующее в качестве эксперта.

(2) Лицо, назначенное действовать в соответствии с положениями параграфа (1), должно указать на свою готовность или неготовность действовать в качестве эксперта в течение двух дней после получения им запроса о необходимости назначения эксперта.

7. (1) В случае, когда эксперт был выбран в соответствии с параграфами 2, 5 или 6, инициирующая сторона, не позднее семи дней с даты направления уведомления о досудебном разрешении спора, направляет материалы спора в письменной форме («уведомление о досудебном разрешении спора») эксперту.

(2) Уведомление о досудебном разрешении спора должно сопровождаться копиями или соответствующими извлечениями из строительного контракта и иными документами, на которые намерена сослаться инициирующая сторона.

(3) Инициирующая сторона, в то же самое время, должна направить копии всех отправленных эксперту документов, предусмотренных параграфами (1) и (2), всем сторонам спора.

После получения уведомления о досудебном разрешении спора эксперт должен сообщить дату его получения всем сторонам спора.

8. (1) Эксперт может с согласия всех сторон спора одновременно рассматривать несколько споров, возникших из одного и того же контракта.

(2) Эксперт может с согласия всех сторон спора одновременно рассматривать споры, возникшие по различным контрактам в тех случаях, когда одна или несколько сторон спора является сторонами по спорам из других контрактов.

(3) Все стороны согласно параграфам (1) и (2) вправе согласовать увеличение периода, в пределах которого эксперт может принять решения по всем или по какому-либо из рассматриваемых споров.

(4) В случае, когда эксперт прекращает рассмотрение спора в связи с его заменой другим лицом в соответствии с настоящим параграфом, экспертное вознаграждение и расходы должны быть определены в соответствии с параграфом 25.

9. (1) Эксперт может прекратить рассмотрение спора в любое время, предоставив всем сторонам спора соответствующее уведомление в письменной форме.

(2) Эксперт должен прекратить рассмотрение спора в том случае, если спор существенно не отличается от того, который ранее уже рассматривался в порядке досудебного разрешения спора и по нему уже было принято решение. (3) В случае, когда эксперт прекращает рассмотрение спора, согласно параграфу 9(1):

(a) иницилирующая сторона может направить новое уведомление, согласно параграфу 1 и должна выбрать эксперта в соответствии с параграфами 2-7; и

(b) в том случае, когда необходим выбор нового эксперта и когда эта необходимость является обоснованной, стороны обязаны обеспечить его копиями всех документов, которые были доступны и на которые опирался предыдущий эксперт.

(4) В случае, когда эксперт прекращает рассмотрение спора при обстоятельствах указанных в параграфе (2), или в том случае, когда обстоятельства спора существенно отличаются от заявленных в уведомлении о досудебном разрешении спора и по этой причине данный спор выходит за пределы его компетенции по рассмотрению спора, эксперт должен определить размер вознаграждения и расходов, понесенных им и подлежащих оплате. При условии соблюдения всех положений предусмотренных разделом 108A (2) Закона эксперт может определять каким способом платеж должен быть распределен и стороны совместно или по отдельности несут ответственность за не оплату сумм, подлежащих оплате в соответствии с решением.

10. В случае, когда какая-либо из сторон возражает против лица, назначенного в качестве эксперта, возражение стороны не лишает законной силы ни назначение эксперта, ни каких-либо решений, принятых им в соответствии с параграфом 20.

11. (1) Стороны спора могут в любое время принять решение об отводе назначенного эксперта. Эксперт должен определить размер вознаграждения и расходов, понесенных им и подлежащих оплате. При условии соблюдения всех положений предусмотренных разделом 108A(2) Закона эксперт может определять каким способом платеж должен быть распределен и стороны совместно или по отдельности несут ответственность за не оплату сумм, подлежащих оплате в соответствии с решением.

(2) В том случае если отвод эксперта является следствием невыполнения им его обязательств или иных неправомерных действий с его стороны, стороны не несут ответственность в связи с неоплатой вознаграждения и расходов, понесенных экспертом.

Полномочия эксперта

12. Эксперт должен:

- (a) при осуществлении своих полномочий действовать справедливо (беспристрастно), в соответствии с существенными условиями контракта, и принять свое решение, в соответствии с правом, применимым к контракту; и
- (b) избегать неоправданных издержек.

13. Эксперт может проявлять инициативу с целью установления фактов и норм закона, подлежащего применению, может выбрать процедуру, которая будет использоваться в рамках досудебного разрешения спора. В частности он может:

(a) просить любую из сторон по договору обеспечить его всеми необходимыми документами, которые он считает необходимыми, включая любые заявления в письменной форме, поддерживающие или дополняющие уведомление о досудебном разрешении спора, и любые другие документы согласно параграфу 7(2),

(b) принять решение о выборе языка или языков, на которых будет проводиться рассмотрение спора, и при необходимости осуществления перевода документов, принять решение о том, кем он будет производиться.

(c) вызвать и допросить все стороны контракта и их представителей,

(d) получить все необходимые согласия третьего лица или лиц, посетить местонахождения объекта, совершить проверку, которую он считает необходимой в сопровождении или без сопровождения сторон,

(e) получить все необходимые согласия от третьего лица или лиц, осуществить любые испытания или эксперименты,

(f) получать и изучать все доказательства (факты и доводы), которые были им запрошены и уведомить стороны о своем намерении, назначить экспертов, консультантов или консультантов по юридическим вопросам,

(g) давать инструкции относительно порядка рассмотрения спора, устанавливать любые окончательные даты, или иные ограничения как для предоставления документов в письменной форме, так и для представления устных показаний, которые должны быть исполнены, и

(h) давать иные инструкции, относительно ведения досудебного разрешения спора.

14. Стороны обязаны исполнять все требования и инструкции эксперта в связи с досудебным разрешением спора.

15. В случае не указания обоснованной причины, по которой, сторона не исполняет требование, инструкцию или порядок, установленные экспертом в соответствии с его полномочиями, не предоставляет какой-либо документ или письменные показания, истребованные экспертом, или в любом ином случае не может исполнить требование в целях рассмотрения спора, эксперт вправе:

- (а) продолжать рассмотрение спора в отсутствие любой из сторон или любого из документов или письменных показаний, которые были истребованы,
- (б) сделать вывод об уважительности причины неисполнения требований эксперта с учетом всех обстоятельств, и
- (с) принять решение на основании имеющейся у него информации полученной из доказательств, независимо от того когда она была истребована экспертом и когда она была направлена.

16. (1) По соглашению сторон и согласно положениям параграфа (2) изложенного ниже, любая из сторон может сопровождаться или быть представлена любыми советниками или представителями (лицами обладающими квалификацией юриста или не обладающими таковой), которых она считает необходимым для рассмотрения спора.

(2) В случае если эксперт рассматривает устные доказательства или заявления, сторона спора не может быть представлена более чем одним лицом, если иное право не предоставлено экспертом.

17. Эксперт должен учитывать любую соответствующую информацию, представленную ему любой из сторон спора и должен сделать доступной для любой из сторон спора любую информацию, которая будет принята во внимание при принятии им решения.

18. Эксперт и стороны спора не должны раскрывать каким-либо лицам какую-либо информацию или документы, ставшие доступными им в связи с досудебным разрешением спора, которые были обозначены как конфиденциальные, за исключением случаев, когда данная информация необходима в целях досудебного разрешения спора.

19. (1) Эксперт должен вынести свое решение не позднее, чем:

- (а) по истечении двадцати восьми дней после получения им уведомления, предусмотренного параграфом 7 (1), либо
- (б) по истечении сорока двух дней после получения им уведомления, если иницилирующая сторона даст свое согласие, или
- (с) в срок, превышающий двадцать восемь дней после получения им уведомления, который стороны спора могут согласовать после направления уведомления.

(2) В случае если судья не может по какой-либо из причин принять решение в соответствии с параграфом (1)

(а) любая из сторон спора может направить новое уведомление в соответствии с параграфом 1 и просить эксперта действовать в соответствии с параграфами 2-7; и

- (б) в случае, когда необходим выбор нового эксперта и необходимость является обоснованной, стороны должны обеспечить его копиями всех документов, которые были доступны и на которые опирался предыдущий эксперт.

(3) Как только экспертом будет принято решение, он обязан предоставить копии решения каждой стороне контракта.

Решение эксперта

20. Эксперт обязан рассмотреть предмет спора. Он может принимать во внимание любые вопросы, согласованные сторонами в рамках досудебного разрешения спора, все что находится в рамках контракта и непосредственно связано со спором. В частности он может:

(а) рассмотреть, изменить и пересмотреть любое принятое решение или любое свидетельство, предоставленное любым лицом в соответствии с контрактом, за исключением случая, когда контрактом предусмотрено, что решение или свидетельство является окончательным и завершенным,

(б) решить, что какая-либо из сторон спора несет ответственность за осуществление платежей в соответствии с контрактом (в фунтах стерлингов или любой другой валюте) и, в соответствии с условиями раздела 111(9) Закона, когда такой платеж должен быть осуществлен и наступила окончательная дата платежа,

(с) учитывая все положения контракта, регулирующие порядок оплаты процентов, определять с учетом сложившихся обстоятельств их размер, срок за который подлежат оплате простые или сложные проценты.

21. В отсутствие каких-либо инструкций эксперта, касающихся периода исполнения решения, стороны обязаны исполнять любое решение эксперта незамедлительно по получении решения сторонами.

22. Эксперт обязан предоставлять обоснование принятого им решения любой из сторон спора по их требованию.

22А. (1) Эксперт может по своей собственной инициативе или по заявлению стороны спора вносить исправления в свое решение в целях устранения технической или типографской ошибки, возникшей случайно или вследствие упущения. (2) Любое исправление решения должно быть осуществлено в течение пяти дней после отправки решения сторонам. (3) В самые кратчайшие сроки после исправления решения в соответствии с настоящим параграфом, эксперт обязан предоставить копию исправленного решения каждой из сторон контракта. (4) Любое исправление решения является частью решения.

Исполнение решения

23(2) Решение эксперта является обязательным и стороны обязаны действовать в соответствии с данным решением до того момента пока спор не

будет окончательно разрешен в рамках судебного разбирательства, третейского разбирательства (если контракт предусматривает рассмотрение спора в порядке третейского разбирательства, или стороны пришли к соглашению о передаче спора на рассмотрение в порядке третейского разбирательства), или по соглашению сторон.

25. Эксперт имеет право определить суммы издержек и расходов, понесенных им в результате рассмотрения спора и подлежащих оплате. При условии соблюдения всех положений предусмотренных разделом 108A(2) Закона эксперт может определять каким способом платеж должен быть распределен и стороны совместно или по отдельности несут ответственность за не оплату сумм, подлежащих оплате в соответствии с решением.

26. Эксперт не должен нести ответственность за осуществленное или не осуществленное в процессе исполнения полномочий или подразумываемых полномочий в рамках выполняемых функций, за исключение случаев, когда действие или бездействие эксперта является следствием его недобросовестности, и любой работник или агент эксперта соответствующим образом защищены от ответственности.

Часть II. ПЛАТЕЖ

Право осуществления и размер очередных платежей

1. В случае, когда стороны не согласовали в соответствующем строительном контракте:

(а) размер платежа, подлежащего оплате в виде платежа в рассрочку, платежа частями либо периодического платежа за какие-либо работы согласно контракту, или

(b) периоды, в течение которых или обстоятельства, с наступлением которых возникают обязательства по оплате, в рамках данного контракта, или

(с) любая из причин, указанная в подпараграфах (а) и (b) выше, применяются соответствующие положения параграфов 2-4 изложенных ниже.

2. (1) Размер какого-либо платежа подлежащего оплате в виде платежа в рассрочку, платежа частями либо периодического платежа за соответствующий период должны быть различны в зависимости от того, определены они в соответствии с подпараграфом (2) или в соответствии с подпараграфом (3).

(2) Совокупный размер платежей:

(а) размер, подлежащего оплате платежа соответствует объему любой работы, выполненной согласно строительному контракту в течение срока с даты заключения контракта и до завершения соответствующего периода (исключая

любые размеры платежей которые определенные в соответствии с подпараграфом (b).

(b) В случаях, когда контрактом предусмотрена оплата материалов, размер подлежащего оплате платежа, соответствует стоимости материалов, использованных на строительной площадке или доставленных на строительную площадку в целях выполнения работ в период с даты заключения контракта и до завершения соответствующего периода, и

(с) иные платежи или суммы, указанные в контракте, должны быть оплачены во время или относительно периода с даты заключения контракта и до завершения соответствующего периода, и

(3) Совокупный размер произведенных или подлежащих оплате платежей в виде платежа в рассрочку, платежа частями либо периодического платежа за соответствующий период должен быть осуществлен в течение периода от заключения контракта до наступления окончательной даты.

(4) Размер выплат определенных в соответствии с настоящим параграфом, не должен превышать разницы между — (а) ценой контракта, и (b) совокупностью платежей в виде платежей в рассрочку, платежей частями периодических платежей, подлежащих оплате.

Сроки осуществления платежей

3. В случае, когда стороны строительного контракта не могут установить адекватный механизм, предусматривающий какие платежи и в какой период подлежат оплате согласно контракту, применяются соответствующие положения параграфов с 4 по 7.

4. Все платежи, указанные в параграфе 2 изложенном выше, подлежат оплате независимо от того какая из дат наступит позже:

(а) по истечении 7 дней после соответствующего периода, указанного в пункте 2 (1) выше, или

(b) направление требования об оплате получателем платежа.

5. Окончательный платеж, подлежащий оплате в соответствии со строительным контрактом, а именно платеж, размер которого равен разнице (если предусмотрено) между:

(а) стоимостью контракта, и

(b) совокупность любых платежей в виде платежей в рассрочку, платежей частями либо периодическими платежами, подлежащих оплате согласно строительному контракту, должна быть оплачена в период- (а) по истечении 30 дней после завершения работ, или

(b) предъявления требования об оплате получателем платежа, но не позднее.

6. Оплата контрактной цены согласно строительному контракту (не являющемуся соответствующим строительным контрактом) должна быть произведена

- (а) по истечении 30 дней после завершения работ, или
- (б) предъявления требования об оплате платежа получателем денежных средств, но не позднее.

7. Иные платежи в соответствии со строительным контрактом подлежат оплате

- (а) по истечении 7 дней после завершения работ, к которым имел отношение данный платеж, или
- (б) предъявления требования об оплате получателем денежных средств, но не позднее.

Окончательные сроки платежа

8. (1) В случае, когда стороны строительного контракта не предусмотрели окончательную дату платежа в отношении любой из сумм, подлежащих оплате в соответствии со строительным контрактом, применяются положения настоящего параграфа.

(2) Окончательный срок для осуществления любого платежа, предусмотренного параграфами 2, 5, 6 или 7, должен составлять не более 17 дней с даты, когда оплата должна быть произведена.

Уведомление об оплате

9. (1) В случае, когда стороны строительного контракта нарушают сроки осуществления платежа, предусмотренные контрактом, чтобы решить вопрос с уведомлением об осуществлении платежа в соответствии разделом 110А (1) Закона, применяются положения настоящего параграфа.

(2) Плательщик обязан в срок, не превышающий 5 дней с даты, когда платеж должен быть произведен, направить получателю платежа уведомление об осуществлении платежа в соответствии с подпараграфом (3).

(3) Уведомление осуществляется в соответствии с настоящим подпараграфом, если оно точно определяет сумму, которую плательщик предполагает или должен оплатить к установленной дате платежа и показатели, которые служат основой для ее исчисления.

(4) В целях настоящего параграфа не является существенным то, что сумма, указанная в подпараграфе(3), может быть равна нулю.

(5) Платеж, предусмотренный контрактом, включает любой платеж, предусмотренный параграфами 2, 5, 6 или 7.

Уведомление о намерении оплатить часть от указанной суммы.

10. В случае когда, в отношении уведомления о намерении оплатить меньшую сумму, предусмотренной разделом 111 (3) Закона, стороны не согласовали период уведомления, предусмотренный разделом 111(5), то данное уведомление должно быть направлено не позднее 7 дней до наступления окончательной даты платежа в соответствии со строительным контрактом, или в случае, если контракт не содержит таких положений, которые предусмотрены параграфом 8 изложенным выше.

Запрет установления условий осуществления платежа

11. В случае, если положения, согласно которым осуществляются платежи по строительному контракту предусматривают в качестве условия оплаты работ получение плательщиком платежа от третьего лица, являющегося недействительным согласно разделу 113 Закона, и если стороны не согласовали иные сроки оплаты, соответствующие положения:

- (а) параграфов 2, 4, 5, 7, 8, 9 и 10 должны применяться к соответствующим строительным контрактам, и
- (б) параграфы 6, 7, 8, 9 и 10 должны применяться к иным строительным контрактам.

Толкование терминов

12. В данной части Схемы для Строительных контрактов:

«*требование получателем оплаты платежа*» означает уведомление в письменной форме, направленное стороной, выполняющей работу согласно строительному контракту для другой стороны, содержащее размер какого-либо платежа или платежей, которые подлежат оплате и показатели, которые служат основой для его или их исчисления;

«*стоимость контракта*» означает полную сумму, подлежащую оплате в соответствии со строительным контрактом за выполненные работы;

«*соответствующий строительный контракт*» означает любой строительный контракт за исключением:

- (а) когда контрактом предусмотрено, что срок выполнения работ составляет менее 45 дней, или
- (б) когда стороны согласовали, что срок выполнения работ предположительно составит менее 45 дней;

«*соответствующий период*» означает период, который определен в строительном контракте или порядке определения которого установлен в строительном контракте, или в случаях, когда период не определен и не установлен порядок его определения, то он составляет 28 дней.

«стоимость работ» означает размер суммы, предусмотренной строительным контрактом, в соответствии с которым осуществлялась работа или в случае, когда контракт не содержит указания на размер суммы, означает стоимость любой работы, выполненной в соответствии со строительным контрактом и стоимость соответствующую любым накладным расходам или прибыли, включенной в цену контракта;

«работы» означает любую работу или услуги, предусмотренные разделом 104 Закона.

Марк Приск

государственный министр бизнеса и предпринимательства
Департамент бизнеса, инноваций и
профессиональной подготовки
19 сентября 2011 г.

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ИНСТИТУТА БРАЧНОГО ДОГОВОРА В РОССИИ И ГЕРМАНИИ

Институт брачного договора возник еще в Месопотамии. В Древнем Риме при заключении брачного союза стороны подписывали соглашение, в котором указывали, какое имущество принадлежит каждой из них, и каким образом будет производиться его раздел в случае развода.²⁹³ Кроме того, в соглашении оговаривались вопросы наследования супругами совместно нажитого имущества. Такие соглашения были достаточно распространены в дохристианскую эпоху.

В Западной Европе брачные договоры впервые появились в Англии в XVII в. и были призваны защитить права замужней женщины и ее ближайших родственников на родовое имущество.²⁹⁴ В XVIII–XIX вв. английскому примеру последовали и другие европейские страны, в частности, Германия и Франция. Брачный договор стал приобретать юридическую силу, когда на место церковного пришел светский брак, а его популярность традиционно связывают с борьбой женщин за свои права в семье, за гендерное равенство.

В России традиция заключения договора, аналогичного брачному, существует еще с донетровской эпохи. Такой договор назывался имущественным и включал в себя договоры о приданом, так называемые предбрачные договоры о наследовании, которые можно назвать прообразом современного брачного договора. Причем изначально они заключались в устной форме родителями жениха и невесты, письменная форма появилась позже.²⁹⁵

Реформы XVIII–XIX вв. в России также затронули брачно-семейную сферу. Интересным представляется тот факт, что дочь Петра I Анна заключила договор со своим женихом герцогом Голштинским. Истории известен и другой пример: после гибели А.С. Пушкина большая часть его имущества была описана за долги, тем не менее, его супруга согласно условиям заключенного между ними договора получила обратно свое приданое — полотняные заводы.²⁹⁶ Из приведенных примеров видно, что путем урегулирования имущественных отношений (сначала в устной, а затем и в письменной форме) наши предки избавляли себя от многих проблем как во время брака, так и после его прекращения.

²⁹³ Брачный договор // <http://www.tor.ru/notary/notarial-acts/5-mariage-contract> (все ссылки на Интернет-ресурсы приведены по состоянию на 1 ноября 2011 г.).

²⁹⁴ Брачный договор (контракт) // <http://www.svet.ru/blog/ikbez/483.html>

²⁹⁵ Давай договоримся заранее... // <http://www.izvestia.ru/news/293818>

²⁹⁶ Брачный контракт — зеркало брака // <http://www.rusimage.ru/SKbrkont.htm>

Отметим, что аналоги брачных договоров заключались в нашей стране до революции 1917 г. После ликвидации частной собственности не было необходимости в заключении каких-либо договоров, затрагивающих имущественную сферу отдельных лиц. Даже если подобные договоры и заключались, то они признавались недействительными. Права и обязанности супругов регулировались императивными нормами и основывались на законном режиме общей собственности имущества супругов. Считалось, что именно законный, а никак не договорный режим отвечает интересам большинства советских семей, в которых духовное начало должно превалировать над материальным. Основными законодательными актами, регулировавшими имущественные отношения в семье, последовательно выступали Кодекс законов об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве от 16 сентября 1918 г., Кодекс законов о браке, семье и опеке от 19 ноября 1926 г. и Кодекс о браке и семье РСФСР от 30 июля 1969 г.²⁹⁷

Институт брачного договора в нашей стране возродился лишь в середине 1990-х г., когда произошли кардинальные перемены в законодательстве. Договорный режим имущества супругов в современном его понимании является достаточно новым институтом в российском законодательстве. Его введение было продиктовано прежде всего тем, что появились диспозитивные начала в регулировании семейных отношений и в условиях рыночной экономики возникла потребность учесть интересы граждан, в особенности осуществляющих предпринимательскую деятельность.²⁹⁸ Стали появляться семьи с высокими доходами, и, соответственно, было необходимо защитить их с помощью правовых механизмов.

Возможность заключения именно брачного договора в предусмотрена п. 1 ст. 256 Гражданского кодекса РФ (действует с 1 января 1995 г.)²⁹⁹ и получила дальнейшее развитие в главе 8 Семейного кодекса РФ (действует с 1 марта 1996 г.), которая называется «Договорный режим имущества супругов». Отметим, что при составлении СК РФ учтены нормы зарубежного законодательства, в том числе о брачном договоре.

В ст. 40 СК РФ приводится определение брачного договора, под которым понимается соглашение лиц, вступающих в брак, или соглашение супругов, определяющее имущественные права и обязанности супругов в браке и/или в

²⁹⁷ СУ РСФСР. 1918. № 76-77. Ст. 818; СУ РСФСР. 1926. № 82. Ст. 612; Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1969. № 32. Ст. 1086.

²⁹⁸ Семейное право Российской Федерации и иностранных государств: основные институты / Под ред. В.В. Залеского. М., 2005. С. 62.

²⁹⁹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301. — Далее также ГК РФ.

³⁰⁰ Семейный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 1995 г. № 223-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 16. — Далее также СК РФ.

случае его расторжения. Оно вытекает из общего определения договора в гражданском праве, под которым понимается соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении, прекращении гражданских прав и обязанностей (ст. 420 ГК РФ).

Правовая природа брачного договора порождает многочисленные споры. Одни авторы рассматривают его в качестве гражданско-правовой сделки, обладающей определенной спецификой.³⁰¹ Другие ученые напротив, настаивают на том, что он является договором особого рода, а именно — семейно-правовым.³⁰² В свою очередь А.В. Слепакова утверждает, что брачный договор имеет смешанный характер и состоит в себе как гражданско-правовые, так и семейно-правовые начала.³⁰³ В научной литературе можно также встретить определение брачного договора как гражданско-правового инструмента семейно-правового регулирования имущественных отношений между супругами и бывшими супругами.³⁰⁴

Мы придерживаемся мнения, что брачный договор в российском праве имеет все же гражданско-правовую природу, в пользу чего свидетельствует и то, что его изменение и расторжение осуществляются по основаниям и в порядке, которые предусмотрены ГК РФ (п. 2 ст. 43 СК РФ). Более того, к отношениям, не урегулированным семейным законодательством, применяется гражданское законодательство постольку, поскольку это не противоречит существу семейных отношений (ст. 4 СК РФ). Помещение же российским законодателем норм семейного права в отдельный кодифицированный акт, а не в Гражданский кодекс, как это сделано, например, в Германии, не может само по себе свидетельствовать о системной принадлежности как всей отрасли права, так и отдельного правового института.

Обратим внимание на то, что посредством заключения брачного договора устанавливается договорный режим имущества супругов, отличный от законного режима, который определяется ст. 34 СК РФ.³⁰⁵ Таким образом, он позволяет установить режим совместной, долевой или раздельной собственности на все имущество супругов, а также на его отдельные виды или на имущество каждого из супругов. Кроме того, договорный режим может распространяться и на еще не нажитое имущество.

³⁰¹ Антокольская М.В. Семейное право. М., 2003. С. 156; Нечкина А.М. Семейное право. М., 2008. С. 134-135; Пещникова Л.М. Семейное право. М., 2009. С. 219.

³⁰² Никанорова О.Н., Сакули Р.А. Брачный договор: актуальные проблемы формирования содержания // Юрист. 2006. № 12. С. 8-13.

³⁰³ Слепакова А.В. Правовые отношения собственности супругов. М., 2005. С. 45.

³⁰⁴ Максимова Л.Б. Брачный договор (контракт). Правовые режимы имущества супругов. М., 2005. С. 4.

³⁰⁵ Ст. 20 КоБС РСФСР, напротив, императивно устанавливала, что имущество, приобретенное супругами в браке имущества не мог быть нажито по соглашению сторон.

В законодательстве в основном используется термин «брачный договор». При этом на практике достаточно часто употребляются также термины «брачный контракт» и «брачное соглашение».³⁰⁶ Все они являются синонимами, поскольку термин «контракт» в дословном переводе с английского означает договор, а под последним в гражданском законодательстве понимается соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей (ст. 420 ГК РФ).

Заключение брачного договора, несомненно, является правом, а не обязанностью. В соответствии с законодательством Российской Федерации он может быть заключен как до государственной регистрации брака, так и в любое время в период брака. Брачный договор, заключенный лицами, желающими вступить в брак, приобретает силу только со дня государственной регистрации брака (п. 1 ст. 41 СК РФ); если таковая не состоялась, брачный договор не будет иметь юридической силы и порождать правовые последствия.

Продолжительность брачных отношений, как правило, сказывается на содержании брачного договора. Если он заключается до брака или вскоре после государственной регистрации брака, то объем имущественных прав и обязанностей супругов чаще всего невелик, если только хотя бы один из супругов не является обладателем дорогостоящего имущества. На практике нередко случается, что супруги заключают брачный договор непосредственно перед расторжением брака, чтобы избежать раздела имущества в судебном порядке. В любом случае при его заключении желательна консультация юриста, который разъяснит сторонам, какие пункты соглашения требуют особого внимания.

Брачный договор может быть как бессрочным, так и срочным, а его действие может зависеть от наступления или ненаступления определенных условий (п. 2 ст. 42 СК РФ). Срок может определяться по-разному: календарной датой, истечением определенного периода времени, а также указанием на событие, которое должно наступить: например, достижение супругами определенного возраста. С наступлением тех или иных сроков согласно положениям брачного договора будут возникать или прекращаться соответствующие имущественные права и обязанности супругов.

Российский законодатель четко определяет сферу правового регулирования брачного договора. Он ни при каких условиях не может ограничивать правоспособность или дееспособность супругов, равно как и их право на обращение в суд за защитой своих прав. Посредством брачного договора в нашей стране нельзя регулировать личные неимущественные отношения между супругами, а также права и обязанности супругов в отношении детей, как будет

³⁰⁶ Семейное право / Под ред. П.В. Алексия, И.В. Петрова, А.Н. Кузнецова. М., 2009. С. 146.

показано далее. Он не может ограничивать право нетрудоспособного нуждающегося супруга на получение содержания, а также включать в себя любые другие условия, которые ставят одного из супругов в крайне неблагоприятное положение или противоречат основным началам семейного законодательства (п. 3 ст. 42 СК РФ).³⁰⁷

Брачный договор тесно связан с личностью каждого его участника, поэтому он может быть заключен только лично. Заключение брачного договора законным представителем лица, вступающего в брак, или представителем по доверенности (доверенным лицом) не допустимо. Более того, договор должен быть подписан лицами его заключившими. Однако если одна из сторон по уважительной причине не может подписать договор собственноручно (вследствие физического недостатка, болезни или неграмотности), то договор может быть подписан другим лицом. При этом подпись последнего надлежит удостоверить нотариально с указанием причин, в силу которых сторона не могла подписать его собственноручно (п. 3 ст. 160 ГК РФ).

В обязательном порядке брачный договор требуется составить в письменной форме и заверить нотариально. Его не может заверить руководитель организации, где работают один или оба супруга или иные лица. На практике нередко возникают ситуации, когда брачный договор путанут с соглашением о разделе имущества (п. 2 ст. 38 СК РФ), которое не требует обязательной нотариальной формы, но при этом может заключаться только после государственной регистрации брака и лишь в отношении того имущества, которое уже имеется у супругов.³⁰⁸

Нотариус обязан проверить соответствие брачного договора закону и разъяснить сторонам его смысл и значение. Это особенно актуально в случае, когда конкретные положения договора формулировал юрист или когда на его составлении настаивала одна из сторон. Несоблюдение нотариальной формы брачного договора влечет его недействительность (п. 1 ст. 165 ГК РФ); такой договор является ничтожным и не влечет юридических последствий (ст. 167 РФ). И если с течением времени отдельные положения договора потеряют свою актуальность и супруги захотят их изменить, то потребуется подписать дополнительное соглашение и также зарегистрировать его нотариально.

Из приведенных выше правил применительно к брачным договорам имеется исключение. Оно касается тех договоров, которые были заключены до вступления в силу СК РФ, когда применялись правила ГК РФ, т. е. договоров, заключенных в

³⁰⁷ При наличии брачного договора суд при разрешении имущественных споров должен руководствоваться его положениями. В этом случае условия брачного договора, которые ставят одного из супругов в крайне неблагоприятное положение, могут быть по его требованию признаны судом недействительными (см.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ «О применении судами законодательства при рассмотрении дел о расторжении брака» от 5 ноября 1998 г. в ред. от 6 февраля 2007 г. // БВС РФ. 1999. № 1; 2007. № 5. П. 15).

³⁰⁸ Рузавкина О.А. Семейное право. Ответы на практические вопросы. М., 2007. С. 139–140.

период с 1 января 1995 до 1 марта 1996 г. Из текста п. 1 ст. 256 ГК РФ следует, что заключить брачный договор могли только лица, уже состоящие в браке (супруги), и исключительно в отношении имущества, нажитого ими во время брака. Кроме того, такие брачные договоры поныне сохраняют юридическую силу, даже если они были составлены в простой письменной форме, поскольку ГК РФ не предусматривает для них обязательной нотариальной формы. Однако непременным условием действительности этих брачных договоров является соответствие их содержания требованиям СК РФ. Это означает, что при внесении впоследствии каких-либо изменений или дополнений в такие договоры будут действовать уже нормы СК РФ, поскольку они являются специальными по отношению к положениям ГК РФ.

Отметим также, что брачный договор имеет силу только в официально зарегистрированном браке. На фактические брачные отношения в нашей стране он не распространяется, поэтому если «фактическим супругам» есть что делить в случае расставания, то необходимо подумать об этом заранее. В частности, следует тщательно фиксировать все расходы и покупки, а приобретаемое имущество оформлять в долевую собственность.

Среди желающих заключить брачный договор распространено заблуждение, будто брачный договор в России регулирует не только имущественные, но и личные неимущественные отношения супругов. Возможно, в нашей стране такое неверное толкование его сути продиктовано зарубежным опытом, широко известным благодаря средствам массовой информации. Тем не менее в России при помощи брачного договора нельзя заставить супруга ходить в магазин, выгуливать собаку или убирать квартиру. Даже если подобный пункт будет по тем или причинам включен в договор, он не приобретет никакой юридической силы, и в случае возникновения спора, к примеру при разводе, суд просто не примет во внимание подобные аргументы.

Особо отметим, что российский законодатель позволяет предусмотреть в брачном договоре то, каким образом будет происходить раздел имущества супругов в зависимости от причин расторжения брака. В частности, если причиной развода явилось аморальное поведение, измена или алкоголизм одного из супругов, то имущество может быть разделено не поровну, а в иной пропорции, когда пострадавшему супругу достается большая часть.

Как правило, прежде всего, устанавливают принадлежность особо ценного имущества и указывают, что будет относиться к раздельной собственности, а что — к совместной; далее определяют судьбу вещей, которые будут приобретены в будущем. В брачном договоре также желательно оговорить условия по содержанию одним из супругов, в том числе бывшим, другого — при наступлении определенных обстоятельств. Тогда отпадет необходимость заключения

алиментного соглашения в будущем. При этом целесообразнее указывать конкретную сумму в минимальных размерах оплаты труда (МРОТ), поскольку в данном случае неизбежна индексация, а это, в свою очередь, позволит избежать обесценивания выплат.

Законодатель позволяет включить в брачный договор положения о детях, но при условии, что силу будут иметь лишь те из них, которые касаются материального содержания детей. В связи с этим невозможно прописать в договоре саму возможность иметь детей и их оптимальное количество. Не допускается указывать, кто из родителей и каким образом будет заниматься воспитанием детей, а также с кем из родителей они останутся в случае развода.

Грамотно составленный брачный договор является серьезным правовым средством, способным защитить интересы обеих сторон. Однако это возможно лишь при условии, что такой договор ни в одном пункте не противоречит положениям СК РФ. В частности, при включении в брачный договор положений о выплате содержания несовершеннолетнему ребенку его размер не должен быть меньше того, который установлен по закону, в противном случае такой договор будет признан судом недействительным. Законодатель исходит из того, что диспозитивные нормы, содержащиеся в договоре, не должны ущемлять интересы слабо защищенных слоев населения и противоречить императивным предписаниям закона.

В нашей стране, в отличие от Германии и ряда других стран, при заключении брачного договора не делается соответствующей отметки в свидетельстве о заключении брака. В связи с этим заинтересованные лица (в первую очередь, кредиторы) не имеют возможности ознакомиться с его содержанием и, таким образом, защитить свои имущественные интересы. Единственная гарантия прав кредиторов обоих или одного из супругов предусмотрена в ст. 46 СК РФ и заключается в обязанности супругов (одного из них) уведомлять своих кредиторов о заключении, изменении или расторжении брачного договора. Но, к сожалению, граждане далеко не всегда проявляют сознательность и не выполняют данную обязанность добровольно, поэтому кредиторам приходится обращаться в суд за защитой своих нарушенных прав.

Брачный договор пока не получил широкого распространения в России. По данным статистики даже в наше время многие молодожены относятся к нему настороженно. Чаще всего они придерживаются мнения, что заключение брачного договора представляет собой некую материальную оценку брака и потому достойно порицания. Кроме того, очень распространено мнение, что даже упоминание о возможности заключения такого договора негативно сказывается на доверительных отношениях в паре и ставит под сомнение их чувства друг к другу. Как правило, к заключению брачного договора прибегают те, кто однажды уже прошел через

утомительную процедуру раздела имущества в судебном порядке и твердо намерен избежать этого в будущем, либо те, кто накопил определенные материальные ценности и не хотел бы их потерять. Правда, в последнее время о юридическом оформлении своих имущественных отношений все чаще стали задумываться не только состоятельные россияне, но и граждане со средним достатком.

Тем же, кто хотел бы заключить брачный договор, но опасается негативного общественного мнения со стороны родственников, друзей и знакомых, остается два варианта: либо ликвидировать юридическую безграмотность своего близкого окружения, либо не сообщать им о факте заключения такого договора. Кстати, наше законодательство исходит из принципа тайны брачного договора, поэтому стороны договора никого не обязаны осведомлять о факте его заключения.

Отметим, что брачный договор способен сохранить нормальные отношения между бывшими супругами, поскольку заметно упрощает процесс раздела имущества в случае расторжения брака. Несомненно, он не в силах решить семейные проблемы, но способен урегулировать имущественные отношения.

В России, в отличие от Германии и других европейских стран, к гражданам еще не пришло осознание необходимости данного правового института. Россияне предпочитают делить в суде все — до последнего предмета гардероба и интерьера притязания на бумаге. Кстати, аналогичная картина наблюдается и в других государствах на территории бывшего СССР. Но, возможно, наступит день, когда наши сограждане все же осознают, что грамотное юридическое оформление имущественных отношений никак не влияет на личные взаимоотношения супругов и уж тем более не подрывает их романтический характер.

Обратимся теперь к германскому законодательству. В Германии возможность заключать брачные договоры впервые возникла в 1875 г. одновременно с введением обязательной гражданской регистрации брака.³⁰⁹ С тех пор семейное законодательство претерпело множество изменений, но основные положения, касающиеся брачных договоров остались неизменными.

Путем заключения брачного договора граждане вправе отступить от законного режима имущества супругов, установленного в главе шестой четвертой Германского гражданского уложения, или, в соответствии с современным переводом, Германского Гражданского кодекса (ГГК). В Германии возможность урегулирования имущественных отношений посредством заключения брачного договора закреплена абз. 1 § 1408 ГГК.³¹⁰ При этом, как и в России, такой

³⁰⁹ Брачный контракт — зеркало брака // <http://www.russia-germany.ru/SKbKon.htm> (дата обращения: 1 ноября 2011 г.).

³¹⁰ *Гражданское уложение Германии*. Вводный закон к Гражданскому уложению / Пер. с нем.; Науч. редакторы А.Л. Маковский и др. М., 2008 (Интернет-версия ГГК на немецком языке см.: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html>).

договор может быть заключен до брака и/или в течение всего периода брака. В брак, по общему правилу, могут вступать лица, достигшие 18 лет (§ 1303 ГГК),³¹¹ однако имеются исключения. При наличии заслуживающих внимания обстоятельств суд вправе снизить брачный возраст до 16 лет. В таких случаях после заключения брака несовершеннолетние вправе заключить брачный договор с согласия своих законных представителей.

Германский законодатель детально урегулировал порядок и условия заключения брачного договора. Несоблюдение установленной процедуры брачного договора является действительным только в случае его нотариального заверения. После нотариального заверения брачного договора стороны получают у нотариуса соответствующее удостоверение, а в свидетельстве о заключении брака делается специальная отметка о том, заключен брачный договор или нет. В Германии, как и во многих других зарубежных странах, обеспечен свободный доступ всех заинтересованных лиц к ознакомлению с содержанием брачного договора. Это правило, в первую очередь, обеспечивает интересы кредиторов супругов.

Аналогичное правило предусмотрено во французском законодательстве наряду с условием, согласно которому брачный договор обязательно должен быть составлен до заключения брака (в силу он вступает после заключения брака). Отметим также, что во Франции установлено еще одно интересное требование, согласно которому брачный договор супруга-коммерсанта в обязательном порядке надлежит опубликовать в специальных изданиях. В противном случае следуют штрафные санкции.

На основании брачного договора супруги закрепляют определенные правила регулирования своих семейных отношений, прежде всего, на случай возможного расторжения брака. Брачный договор может содержать самые разнообразные положения, в связи с чем привлечение нотариуса в качестве независимого консультанта является практически неизбежным. Указанный договор, как правило, заключается в совокупности с договором о наследовании.

Согласно § 1410 ГГК брачный договор должен заключаться сторонами лично. В то же время в § 1411 ГГК указывается на необходимость получения согласия законного представителя недееспособного (или ограниченно дееспособного) супруга на заключение данного договора.

³¹¹ В соответствии с § 1303 ГГК брак не может быть заключен до наступления совершеннолетия. В настоящее время совершеннолетие в Германии наступает с окончанием восемнадцатого г. жизни (§ 2 ГГК), а не двадцать первого, как это было до принятия закона от 31 августа 1974 г.

Остановимся несколько подробнее на сферах, регулируемых брачным договором в Германии. К ним прежде всего относятся имущественные отношения, распределение долей, а также обеспечение после расторжения брака.

В случае заключения брачного договора в соответствии с нормами немецкого законодательства имущественные отношения супругов предполагают совместное проживание и ведение общего домашнего хозяйства. Супруги могут оговорить в договоре и другие аспекты имущественных отношений, в частности, раздел имущества или, наоборот, совместное пользование им. При сохранении принципа совместного проживания и ведения общего домашнего хозяйства имущественные отношения могут быть изменены. Особенно часто соглашение об изменении имущественных отношений предусматривает единственное исключение, согласно которому в случае развода раздел совместно нажитого имущества не происходит. Кроме того, может быть достигнута договоренность о том, что определенные предметы имущества не подлежат разделу. Чаще всего это происходит в случае, если одна из сторон на момент заключения брака имеет унаследованное состояние или является владельцем фирмы, которая в случае развода в любом случае останется собственностью данного лица.

Распределение долей подразумевает выравнивание прав на получение пенсионного обеспечения, приобретенных супругами за время нахождения в браке. В случае расторжения брака действует принцип распределения долей, если в брачном договоре не предусмотрено иное. Согласованное в договоре исключение права на распределение долей недействительно, если в течение г. после его заключения подано заявление о расторжении брака (абз. 2 § 1408 ГГК). Данный годичный срок вправе изменить своим решением только суд по семейным делам. Аналогичной распределению долей возможностью получить обеспечение по старости является разделение пенсии, которое может быть осуществлено не только в случае развода.

К сферам регулирования брачного договора относится и обеспечение после расторжения брака, под которым подразумевается право супругов согласовать условия выплаты средств на содержание, отличные от тех, которые предусмотрены законодателем (§ 1570 ГГК и далее). Отметим, что договоры о содержании во время нахождения в браке (в том числе во время раздельного проживания) во всех случаях будут являться недействительными.

В брачном договоре могут быть закреплены и другие положения, например, о принципиальном желании иметь детей, о предполагаемых сроках их рождения, об организации совместного проживания и т. д. Однако регламентация в договоре подобных условий не имеет никакого смысла, поскольку во всех случаях они не могут служить основанием для возбуждения иска. Тем не менее, поскольку основой брачного договора является свобода выбора, чем супруги свободны в выборе

включаемых в него положений, разумеется, при условии, что эти положения не противоречат действующему законодательству.

До 2001 г. брачные договоры в Германии признавались недействительными только в исключительных случаях. Начиная с 2001 г. по решению федерального Конституционного суда и Верховного федерального суда для них был установлен ряд ограничений.

Если в брачный договор включены условия, ущемляющие интересы одного из супругов, или если отсутствует надлежащее обеспечение равных прав супругов в случае развода, брачный договор может быть признан недействительным вследствие нарушения моральных принципов или в отдельных случаях опротестован как недобросовестный. Особые проблемы вызывают соглашения, которые по определению Верховного федерального суда затрагивают «основы» прав бывших супругов после развода. К ним относятся выделение средств на содержание, выплачиваемые после развода в случае воспитания совместных детей (пособие по уходу), средств на содержание по старости, болезни и недееспособности, а также распределение долей выплаченных супругами в пенсионные фонды в период брака.

Примером такого недействительного соглашения в брачном договоре является отказ экономически зависимого супруга от выплаты пособия по уходу в любой форме, а также от содержания по старости или болезни. Соглашения о распределении долей в таких случаях, как правило, также признаются недействительными. Брачный договор не может устанавливать и обязанности по содержанию, ущемляющие интересы детей или вынуждающие государство выплачивать социальные пособия.

Неравноправное положение супругов при заключении брачного договора также может служить основанием для признания его недействительным. По определению Верховного федерального суда факт беременности супруги в момент заключения договора является случаем неравноправия и может вызвать признание договора как полностью, так и частично недействительным.

Приведем конкретный пример из судебной практики Германии.³¹² Стороны зарегистрировали брак, а за день до этого заключили нотариально заверенный брачный договор и договор о наследовании, в которых, в частности, была зафиксирована договоренность о разделе имущества и о исключении права на выплату пособия по содержанию. Кроме того, стороны по требованию заявителя обязались провести экспертизу для установления отцовства еще не рожденного ребенка. После рождения ребенка заявительница должна была временно

³¹² См.: *Bundesgerichtshofbeschluss* vom 18. März 2009 in der Familiensache XII ZB 94/06 (<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=4c508075035d6c96b70483408d39b78&nr=47971&pos=5&anz=49>).

прекратить трудовую деятельность, а по прошествии срока, в течение которого необходим круглосуточный уход матери за ребенком, супруга обязана была возобновить трудовую деятельность. Более того, стороны отказались от распределения долей на содержание в случае развода.

Верховный федеральный суд в своем решении от 18 марта 2009 г. указал на то, что если в брачном договоре установлен отказ от выплаты пособия по содержанию в случае развода, то такой договор является недействительным при наличии определенных обстоятельств (абз. 1 § 138 ГГК). В частности, если супруга при заключении договора беременна и супруги осознают, что вследствие предстоящего ухода за ребенком она не сможет осуществлять трудовую деятельность и, соответственно, в течение определенного периода времени не будет иметь собственных средств на содержание. Германский законодатель исходит из того, что тот из родителей, кто ухаживает за общим ребенком, имеет право на получение материальной помощи по нормам Дюссельдорфской таблицы,³¹³ причем до тех пор, пока не прекратится необходимость в круглосуточном уходе и он снова сможет возобновить трудовую деятельность.

В приведенном примере заключение брачного договора на таких сомнительных условиях с большой долей вероятности являлось для одного из супругов единственной возможностью заключения брака и появления на свет законнорожденного ребенка. Причем имевшие место сомнения супруга в своем отпущении делало положение супруги при заключении договора еще более уязвимым.

Особым пунктом брачного договора является соглашение о последствиях в случае расторжения брака. Как правило, оно заключается, если один из супругов предполагает последующий развод. В основном такое соглашение позволяет сторонам по обоюдному согласию упростить процедуру расторжения брака. С этой целью в него включаются дополнительные положения, в частности, о содержании детей или спорах о разделе предметов домашней обстановки.

В случае заключения брака с иностранцами гражданами могут применяться особые правила и правовые нормы, в том числе ст. международного частного права. Если супруги имеют одинаковое гражданство, то при заключении брака, равно как и брачного договора, а также при расторжении брака применяется право страны, гражданами которой являются супруги, даже если они проживают за пределами Германии. Особые положения могут действовать в случаях, когда супруги проживают за границей и там заключают или расторгают брак. В

³¹³ См.: Приложение I к Принципам предоставления материальной помощи Высшего земельного суда г. Франкфурт в переводе автора (*Сравнительно-правовой подход при анализе источников права: Труды Лаборатории сравнительно-правовых исследований* / Ред.-сост. Т.А. Алексеева, М.В. Антонов. СПб., 2010. С. 190-191).

большинстве случаев возникает вопрос о международной компетенции местного суда по семейным вопросам.

В Германии лица, желающие вступить в брак или уже заключившие его, задумываются о необходимости заключения брачного договора. И эта проблема имеет две стороны. С одной стороны, когда человек влюблен, он не задается мыслями о том, что брак может закончиться не навсегда. И это вполне естественно, ведь перед свадьбой мысли о регламентации вопросов раздела имущества новобрачных в случае развода достаточно неприятны. С другой стороны, по данным статистики, доля разводов в крупных городах составляет почти 50 %, т. е. каждый второй брак расторгается. Это неизбежно наводит на мысли о заключении брачного договора. Ведь экономические последствия развода могут быть столь существенны, что многие люди опущают их на протяжении всей жизни.

Отметим, что немецкие граждане все же с большей ясностью понимают, что брачный договор представляет собой гарантию их имущественных прав на будущее время. К сожалению, никто не может предсказать, к чему приведут даже самые прочные отношения, построенные на взаимной любви и доверии, через пару десятков лет. Конечно, всем парам можно только пожелать, чтобы положения брачного договора так и остались на бумаге и по возможности никогда не использовались. При этом лица, заключившие такой договор, получают своеобразную страховку на случай развода и однозначно оказываются в более выигрышном положении.

Рассмотрим, что меняется в отношениях сторон после заключения брака. Прежде всего, у супругов появляется обязанность поддерживать друг друга, в том числе материально. В соответствии с § 1353 ГГК они обязуются создать семейный союз и несут ответственность друг за друга. Причем немецкий законодатель исходит из того, что брак заключается на всю жизнь. Как бы странно, на первый взгляд, не выглядело данное положение, но зачастую оно отражает существующую реальность, потому что при определенных обстоятельствах материальная ответственность одного партнера в отношении другого сохраняется на всю оставшуюся жизнь, независимо от раздельного проживания сторон или даже их развода.

После заключения брака осуществляются многочисленные изменения, касающиеся самых разнообразных сфер жизни супругов. Мы не будем подробно останавливаться на тех из них, которые регламентируют личные неимущественные отношения супругов (выбор фамилии, определение места жительства и т. п.). Предметом нашего рассмотрения являются только те, которые напрямую или опосредованно связаны с имущественной сферой.

В частности, супруги по взаимному согласию решают вопрос о ведении домашнего хозяйства. Если такая обязанность возлагается на одного из супругов, то

он и несет ответственность за ее исполнение. При этом каждый из супругов имеет право осуществлять трудовую деятельность. Выбирая род деятельности супруги должны учитывать интересы другого супруга и семьи в целом, а также задуматься о собственном и совместном образе жизни и о тех последствиях, которые могут наступить в случае распада семейного союза.

Выбор определенной семейной модели определяет жизнь не только супругов, но и их детей. Эти модели настолько же разнообразны, насколько разнообразна сама жизнь: один из супругов может прекратить трудовую деятельность навсегда или на определенный период времени (в связи с необходимостью воспитания детей) или оба супруга решают работать с неполной занятостью и совместно распределять рабочие и бытовые обязанности (в том числе обязанности по воспитанию детей). Все эти аспекты необходимо продумать заблаговременно, совместно обсудив все имеющиеся возможности и оценив влияние сделанного выбора на жизнь семьи и экономическую независимость.

Существуют самые разнообразные варианты составления брачного договора как на период супружеских отношений, так и на случай раздельного проживания и официального расторжения брака. В Германии граждан достаточно часто обращаются за юридической помощью по составлению или проверке брачного договора. При этом, к сожалению, довольно редки случаи, когда стороны по максимуму используют возможности регламентации семейных отношений и закрепления их в правовой форме.

Одновременно с заключением брака супруги сталкиваются с необходимостью регламентации имущественных отношений, поскольку они составляют основу совместного хозяйства. По общему правилу, все, чем супруги обладали при заключении брака (реальное начальное имущество), и имущество третьих лиц (фиктивное начальное имущество) принадлежит им совместно (§ 1363 ГГК). Прибыль, полученная от использования этого имущества, делится. Все, что супруги приобретают за время совместной жизни, если это не является наследством или даром третьих лиц одному из супругов, за вычетом реального и фиктивного начального имущества, делится между супругами.

Для компенсации снижения стоимости начального имущества в Германии применяется так называемый индекс стоимости жизни (статистический показатель), который в случае развода служит для расчета фактической стоимости имущества. Индексированная таким образом стоимость начального имущества вычитается из конечной стоимости имущества, а полученная разница опять же делится. Если супруги не согласны с такой законодательно установленной методикой и считают ее несправедливой, то они вправе выбрать другую форму имущественных отношений и закрепить ее в брачном договоре.

В брачном договоре можно предусмотреть вариант, когда каждый из супругов распоряжается своим имуществом самостоятельно. Правда, при этом он лишается права распоряжения всем имуществом, поскольку для осуществления данного правомочия в обязательном порядке требуется согласие другого супруга (§ 1365 ГГК). Данное положение действует и в случаях, когда распоряжение отдельными объектами имущества (например, домом или земельным участком), стоимость которого является основной частью состояния семьи, допускается с согласия другого супруга.

С заключением брака возникают также права наследования имущественных долей состояния, не передаваемых даже по завещанию. Они могут быть закреплены в брачном договоре по усмотрению сторон.

С момента вступления в брак и до подачи заявления о его расторжении супруги имеют право на доли пенсионного обеспечения, приобретенные супругом за время нахождения в браке. Причем временем нахождения в браке по смыслу предписаний о распределении долей считается период от начала месяца, в котором был заключен брак, до окончания месяца, в котором было зарегистрировано заявление о расторжении брака. Если один из супругов работал, а другой нет, то взносы в пенсионный фонд пенсионного страхования за время нахождения в браке делятся пополам. Если оба супруга работали, то доли распределяются таким образом, чтобы их размер за период нахождения в браке был одинаков для обоих супругов (§ 1–3 Закона о выравнивании обеспечительных долей).³¹⁴ Это законодательно установленное правило супруги вправе изменить или исключить посредством брачного договора.

Разделение имущества (Güterteilung — § 1414 ГГК) супругов имеет место, когда состояние имущество мужа и жены остается полностью в их собственности. Каждый из них владеет собственным имуществом и может распоряжаться им самостоятельно без согласия другого супруга. Это означает, что в случае развода не имеет значения, что один из супругов за время нахождения в браке получил больший доход, чем другой, поскольку выравнивания размеров состояния не происходит. Отметим, что разделение имущества является справедливым решением для бездетных семей, в которых оба супруга получают доход.

Общность имущества (Gütergemeinschaft — § 1415–1518 ГГК) означает, что все, приобретенное за время нахождения в браке, становится имуществом обоих супругов. Регламенты, установленные законом в отношении общности имущества чрезвычайно сложны даже для юристов, не говоря уже о том, данная форма непонятна неспециалистам в области юриспруденции. При ее выборе образуются

³¹⁴ Gesetz über den Versorgungsausgleich // <http://www.gesetz-im-internet.de/versauglg>

несколько видов имущества, в частности, совместное имущество обоих супругов, оговоренное имущество мужа и жены, а также особое имущество мужа и жены.

Имущественные отношения, построенные на общности имущества, подразумевают следующие виды ответственности. Если один из супругов совершает нарушение (например, виноват в автомобильной аварии, не имея страховой защиты), то другой супруг несет солидарную ответственность за его последствия. Если родители одного из супругов требуют средства на их содержание, то другой супруг несет солидарную ответственность по этим требованиям.³¹⁵

В завершение отметим, что правовое регулирование брачного договора в России и в Германии при внешней схожести имеет свои особенности, которые, несомненно, должны учитываться сторонами при его заключении. Немецкий опыт регламентации имущественных отношений супругов полезен и ценен для современной России. Число брачных договоров, заключаемых в нашей стране, пока незначительно, а уровень правовой грамотности россиян, к сожалению, оставляет желать лучшего. Кроме того, права кредиторов супругов в России защищены значительно хуже, чем в Германии. В связи с этим можно рекомендовать российскому законодателю более детально изучить германский опыт и, возможно, заимствовать конкретные нормы в указанных направлениях. Кроме того, в нашей стране однозначно необходим отлаженный механизм ознакомления граждан с правовыми аспектами брачного договора. Данная задача вполне может быть поручена, например, органам ЗАГС.

РЕШЕНИЕ ВЕРХОВНОГО ФЕДЕРАЛЬНОГО СУДА XII ZB 94 /06 ОТ 18 МАРТА 2009 Г. ПО СЕМЕЙНЫМ ДЕЛАМ

ВЕРХОВНЫЙ ФЕДЕРАЛЬНЫЙ СУД

РЕШЕНИЕ XII ZB 94 /06

от 18 марта 2009 г.³¹⁶

по семейным делам

Справки по делу: имеются.

Решения Верховного федерального суда по гражданским делам: отсутствуют.

Решения Верховного федерального суда по уголовным делам: имеются.

ГПК § 138 Аб, 242 (семейное право) D, 1570; 1587, абз. 1, предл. 1; 1587 b, абз. 3, № 2

Установленный по соглашению сторон в брачном договоре отказ от выплаты пособия по содержанию в случае развода является в соответствии с абз. 1 § 138 ГПК недействительным, если супруга при заключении договора беременности и супруги осознанно подтверждают, что вследствие предстоящего ухода за ребенком один из них не сможет осуществлять трудовую деятельность и в течение определенного периода (независимо от времени ухода за ребенком) не будет иметь собственных средств на содержание (согл. решению судейской коллегии от 9 июля 2008 г. — XII ZR 6/07 — FamRZ 200011).

Верховный федеральный суд, решение от 18 марта 2009 г. — XII ZB 94 /06 — Высший земельный суд Карлсруэ во Фрайбурге, суд первой инстанции Констанц

XII судейская коллегия гражданского права Верховного федерального суда под председательством судьи д-ра Хане, в составе: судьи — проф. д-р Вагениц и Фукс, судья д-р Везина и судья Дозе постановили:

На основании жалобы о нарушении правовых норм заявителя решение суда 18-ой коллегии гражданского права: коллегия семейного права, Высшего земельного суда Карлсруэ — коллегия гражданского права во Фрайбурге — от 12 апреля 2006 г. отменено.

Дело возвращается для нового рассмотрения и принятия решения, в частности о размере компенсации по жалобе в Высший земельный суд.
Сумма: 2.000 €

© С.А. Соломанова (перевод с немецкого), 2011

³¹⁶ Нем. текст см.: *Bundesgerichtshofbeschluss vom 18. März. 2009 in der Familiensache XII ZB 94/06 // <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=4c508075035dfc96b670483408d39fa78&m=47971&pos=5&anz=49> (дата обращения: 1 ноября 2011 г.)*

³¹⁵ *Der Ehevertrag // http://www.unsettag.de/raegder/rechtliche_aspekte/ehevertrag.html*

Основания:

1. Стороны оспаривают действительность заключенного ими соглашения об исключении права на выплату пособия по содержанию в случае развода.

15 августа 1992 г. был зарегистрирован брак, в котором 28 октября 1992 г. рожден сын. 14 августа 1992 г., за один день до бракосочетания сторонами был заключен нотариально заверенный брачный договор и договор о наследовании, в котором, в частности, была зафиксирована договоренность о разделе имущества и об исключении права на выплату пособия по содержанию. Кроме того, стороны по требованию заявителя (супруг, родившийся 12 мая 1961 г.) обязались провести экспертизу для установления отцовства еще не рожденного ребенка. В случае рождения общего ребенка заявительница (супруга, родившаяся 1 марта 1961 г.) должна временно прекратить трудовую деятельность на период ухода; по прошествии срока, в течение которого необходим круглосуточный уход матери за ребенком, супруга обязана возобновить предшествующую рождению или иную трудовую деятельность. От распределения долей на содержание в случае развода обе стороны отказались. Однако один из родителей, ухаживающий за совместным ребенком, имеет право требовать выплаты средств на содержание по нормам Дюссельдорфской таблицы³¹⁷ до тех пор, пока не прекратится необходимость в круглосуточном уходе и соответствующий родитель снова сможет возобновить трудовую деятельность.

Заключение брачного договора являлось для супруга условием для заключения брака. На момент заключения брачного договора супруг работал в должности заместителя главного врача; по профессии он является кардиологом.

Согласно поданному 29 июля 2003 г. в суд первой инстанции по семейным делам 14 октября 2004 г. заявлению брак был расторгнут (решение вступило в законную силу 22 января 2005 г.). Суд первой инстанции признал брачный договор недействительным. Он установил право супруги на получение пособия от мужа: из средств ведомства социального обеспечения врачей, дантистов и ветеринаров (источник 1, далее именуемый Соцобеспечение врачей) путем отчисления супруге части пенсии в размере 290 € ежемесячно — рассчитано на 30 июня 2003 г., и из ежемесячного перечисления из пособия супруга средств ведомства социального обеспечения Федерации и земель (источник 3, далее именуемый СОФИЗ) на счет пенсионного страхования супруги в Немецком федеральном пенсионном фонде (источник 2, далее именуемый НФПФ) в размере 33,73 € — рассчитано на 30 июня 2003 г.

³¹⁷ См.: Приложение 1 к Принципам предоставления материальной помощи Высшего земельного суда г. Франкфурт в пересмотре автора (*Сравнительно-правовой подход при анализе источников права: Труды Лаборатории сравнительно-правовых исследований / Red.-сост. Т. А. Алексеева, М. В. Антонов, СПб., 2010. С. 190–191*).

Согласно полученным судом первой инстанции сведениям, супруг за время нахождения в браке (с 1 августа 1992 по 30 июня 2003 г., абз. 2 § 1587 ГПК) приобрел право на обеспечение из средств ведомства Соцобеспечения врачей в размере 772,28 € ежемесячно и, кроме того, обеспечение СОФИЗ в размере 305,65 € ежемесячно, также рассчитанного на 30 июня 2003 г. Супруга за время нахождения в браке приобрела право на обеспечение из средств НФПФ в размере 96,41 € ежемесячно, а также из средств Земельного ведомства заработной платы земли Баден-Вюртемберг (источник 4, далее именуемый Земельное ведомство) в размере 103,28 € ежемесячно, по состоянию на 30 июня 2003 г.

В апелляции супруг указал на исключение выплаты пособия на содержание на основании брачного договора. Высший земельный суд апелляцию отклонил. По этому решению супруг подал жалобу о нарушении правовых норм.

II. Кассационная жалоба требует отмены оспариваемого решения и возвращения дела для пересмотра в Высшем земельном суде.

1. Высший земельный суд, как и ранее суд первой инстанции, исходит из того, что заключенный супругами брачный договор в целом недействителен.

Уже установленная на момент заключения контракта беременность супруги свидетельствует о ее более слабой позиции в сравнении с супругом. К этому следует добавить, что договор, являвшийся для него условием для заключения брака, был составлен им в одностороннем порядке и передан нотариусу для проверки. Временные рамки (составление договора за несколько недель до заключения брака; нотариальное оформление накануне бракосочетания) и сомнения супруга в своем отцовстве ожидаемого супругой ребенка также способствовали оказанию давления на супругу.

Объем требований супруги на содержание в период ухода за ребенком в сравнении с правовыми нормами был также существенно ограничен, супруга даже полностью отказалась от средств на содержание в случае развода. Право на выплату средств на содержание, являющееся предметом бракоразводного процесса, было исключено без соглашения о выплате иного аналогичного пособия. Данные положения были приняты, хотя очевидным являлся тот факт, что супруга в течение нескольких лет вследствие ухода за ребенком будет ограничена в трудовой деятельности и приобретении прав на пенсионное обеспечение.

Кроме того, перспективы профессионального роста супруги находились под сомнением. В частности, не существовало гарантий, что супруге после перерыва в работе вследствие ухода за ребенком удастся получить работу в прежней фирме, в которой она к тому же проработала относительно короткое время в качестве неквалифицированного сотрудника. Шансы на трудоустройство в подразделениях ведомства по образованию в тот момент также были неопределенны, только в

последние годы ситуация с трудоустройством супруги улучшилась, и она была принята на должность чиновника на основании временного трудового соглашения.

2. Данные выводы являются результатом правовой экспертизы. При этом возможно, что брачный договор на основании установленных Высшим земельным судом обстоятельств будет признан в целом как противоречащий социальным принципам. В любом случае соглашение об исключении права на обеспечение противоречит правовым нормам согл. абз. 1 § 138 ГПК.

а) Как повторно было указано судебной коллегией (основание: решение Верховного федерального суда по гражданским делам 151 = FamRZ 20001), решение по бракоразводному процессу не может служить основанием для подмены законодательно установленных мер защиты граждан соглашениями, принятыми в договоре. В данном случае очевидны односторонние и индивидуально установленные принципы семейных отношений, закрепляющих дискриминацию одного из супругов, при которых один из супругов ущемляет интересы другого и вынуждает его подчиняться положениям заключенного соглашения, что, исходя из сути брачных отношений, в принципе недопустимо. При этом подчиненное положение одного из супругов и значимость другого пуждаются в подробном анализе, тем более что установленное в контракте несоблюдение законодательных предписаний положено в основу правовых притязаний в случае развода.

При этом судья, выясняющий обстоятельства дела, в первую очередь, должен в рамках осуществления надзора проверить, закрепляло ли соглашение в момент его заключения, независимо от дальнейшего развития отношений между супругами, такого рода распределение обязанностей в случае развода, с целью его полной или частичной отмены вследствие нарушения правил соблюдения правовых норм и замены его законодательными регламентами (абз. 1 § 138 ГПК). При этом необходимо выяснить условия взаимоотношений сторон на момент заключения соглашения, особенно в отношении имущественного положения и доходов планируемой или уже существующей совместной жизни, а также степени зависимости от них супругов и детей. Нужно учесть преследуемые супругами цели, а также прочие субъективные мотивы, побудившие одного из супругов требовать заключения брачного договора, а другого — подчиниться этим требованиям (решение Верховного федерального суда по гражданским делам 1500 и далее = FamRZ 200006).

Беременность жены в момент заключения соглашения препятствовала, по мнению коллегии, опротестованию его дискриминирующих положений брачного контракта. Однако она подтверждает неравноправие сторон во время его обсуждения и вследствие этого давление при заключении контракта, что позволяет подвергнуть содержание контракта усиленной проверке со стороны суда, причем должны быть учтены все основополагающие факторы (решение коллегии от 25 мая

2005 г. — XII ZR 296/01 — FamRZ 20044446; от 5 июля 2006 г. — XII ZR 25/04 — FamRZ 20035361 и от 28 марта 2007 г. — XII ZR 130/04 — FamRZ 20031311). При проверке содержания оценка нарушения моральных принципов может быть дана только в случае, если положения договора полностью или в значительной степени противоречат основам законодательно установленных прав в случае развода так, что ограничения одного из супругов компенсируются за счет других преимуществ или основаны на особых отношениях между супругами, спецификой их семейной жизни или оправданы прочими причинами, закрепляющими главенствующее положение одного из супругов (решение коллегии от 28 марта 2007 г. — XII ZR 130/04 — FamRZ 20031311).

Если договор будет признан действительным, в соответствии с § 242 ГПК должны быть проверены последствия его исполнения. Для этого определяющими являются не отношения в момент его заключения, а в большей степени ограничение или лишение прав после расторжения брака, которое может быть неприемлемо для ограниченного в правах супруга (решение Верховного федерального суда по гражданским делам 1500 и далее = FamRZ 200006).

б) Установленное в договоре исключение права на обеспечение в результате проверки признано (абз. 1 § 138 ГПК) недействительным.

аа) При заключении договора позиция супруги была объективно существенно слабее в сравнении с супругом: это объясняется не только предстоящим рождением сына (заключение договора 14 августа 1992 г., роды 28 октября 1992 г.), но и выраженным супругом сомнением в своем отцовстве, поставившим заключение договора условием для оформления брака и разработавшим без участия супруги выгодный ему текст, переданный нотариусу для оформления. Это очевидное давление на супругу усугубилось ее материальным положением, так как она не смогла найти работы по своей специальности и, по заключению апелляционного суда, без экономической поддержки супруга в качестве лица без образования и матери-одиночки не имела перспектив улучшения экономической ситуации.

bb) Это неравноправие супруги отражается в содержании брачного договора. В любом случае согласованное исключение права на получение средств на содержание именно в момент заключения брачного договора объясняет очевидное одностороннее ограничение в правах в случае развода, которое не компенсируется запланированным оформлением брака и не дает супруге никаких преимуществ.

Выравнивание обеспечения в форме равноправного раздела совместно нажитого имущества, с одной стороны, аналогично равному распределению доходов и, как правило, предусматривается в брачном договоре (абз. 2 § 1408, § 1587 «о» ГПК). Однако, с другой стороны, закрепляется право на обеспечение в старости; по этой причине безоговорочный отказ от него допустим в определенных

пределах. Соглашения о праве на обеспечение должны проверяться по тем же критериям, что и полный или частичный отказ от обеспечения (решение коллегий Верховного федерального суда по гражданским делам 158 = FamRZ 200005; см. также решение коллегий от 6 октября 2004 г. — XII ZB 57/03 — FamRZ 200887; решение коллегий от 28 ноября 2007 г. — XII ZR 132/05 — FamRZ 200884). Содержание в старости, по определению коллегий, является основой законодательно установленных прав в случае развода; закон придает ему как выражению супружеской солидарности особое значение, что, конечно, не исключает отказа от него, например, в случае заключения брака в преклонном возрасте. Другие положения недействительны. Поэтому исключение права на содержание согл. абз. 1 § 138 ГГК недействительно, если его один из супругов уже при заключении брачного договора перед началом семейной жизни не обладает достаточным для обеспечения старости состоянием, в противном случае отказ несовместим с принципами супружеской солидарности. Это допустимо в случае, если в брачном договоре указано, что один из супругов занимается исключительно воспитанием общего ребенка и полностью или частично отказывается от трудовой деятельности на период нахождения в браке. Имеющийся в таком отказе риск устраняется путем равного распределения обязанностей по обеспечению между обоими супругами с недопустимостью полного обременения одного из супругов в случае расторжения брака (см. решение коллегий от 9 июля 2008 г. — XII ZR 6/07 — FamRZ 20000013 и решение коллегий от 6 октября 2004 г. — XII ZB 57/03 — FamRZ 200887).

Положение дел в данном случае следующее. По условиям брачного договора после рождения ребенка супруга прекращает трудовую деятельность и обеспечивает домашнее хозяйство и уход за ребенком; выбор места жительства определяется местом работы супруга. Только после того, как ребенок перестанет нуждаться в круглосуточном уходе матери, она имеет право и обязана, снова возобновить трудовую деятельность на прежнем или другом подходящем месте работы.

При заключении брачного договора супруги осознанно подтвердили, что беременная в тот момент супруга в ближайшее время прекратит трудовую деятельность, т. е. не будет платить взносы на пенсионное обеспечение (за исключением отпуска по уходу). Связанный с рождением ребенка отказ супруги от создания основы собственного обеспечения мог рассматриваться в случае развода в качестве предвидимой проблемы. Тем более что на момент заключения договора последующее возобновление работы супруги у прежнего работодателя, по мнению Верховного земельного суда, не было гарантировано, и супруга в то время не могла рассчитывать на трудоустройство в системе ведения хозяйства по образованию. Фактически только спустя семь лет после рождения ребенка супруга стала

исполнять обязанности временно отсутствующих сотрудников, а через десять лет заключила временный договор с ведомством по образованию, что в момент заключения договора было невозможно предусмотреть. Заключение договора с исключением права на содержание было умышленным. Так как ограничение в правах не компенсировано супруге ни в какой иной форме, то согл. абз. 1 § 138 ГГК это положение договора недействительно.

3. По этой причине суд первой инстанции рассмотрел право на распределение обеспечения. Оспариваемое решение также подлежит отмене, т. к. в нем размер обеспечения супруга из средств СОФИЗ оценено неправильно.

а) Приобретенные супругом за время нахождения в браке требования (в размере 305,65 €) основаны на данных на 1 января 2002 г. (14,67 ед. обеспечения x 4,00 € = 58,68 €), а также в период пенсионного страхования до 1 января 2002 г. с начальным кредитованием, доля которого в период нахождения в браке составляет 246,97 € (113 месяцев [приходящееся на период супружества время гарантированного обеспечения]: 151 месяц [полное время негарантированного обеспечения] = 70,37 % от 350,96 € [включая начальное кредитование]). Основой для расчета начального кредитования служит содержащийся в § 78, абз. 1 § 79 предл. 1 устава СОФИЗ переходный регламент для застрахованных лиц в «возрасте далеком от пенсионного», т. е. супруга не достигшего на 1 января 2002 г. возраста 55 лет. Этот переходный регламент по решению Верховного федерального суда и коллегии является неприменимым (см. решение Верховного федерального суда по гражданским делам 1727 и далее, а также решение коллегий от 18 февраля 2009 г. — XII ZB 221/06 — предназначенное к публикации). Рассчитанный таким образом размер начального кредитования поэтому не может служить основанием для принятия судебного решения или быть заменен индивидуальным расчетом (решения коллегий от 5 ноября 2008 г. — XII ZB 53/06 — FamRZ 200004 и от 18 февраля 2009 г. — XII ZB 221/06 — предназначенное к публикации).

б) Судейская коллегия не может принять окончательного решения. Принятие частичного решения также не является возможным. Приобретенные супругом реально делимые права на обеспечение из средств Сообщества врачей и средств СОФИЗ должны быть пересчитаны с учетом приобретенных супругой прав на законодательно установленное пенсионное обеспечение и ставок пенсии для чиновников по методу котировки. При этом права на обеспечение из средств Сообщества врачей учитываются только в соотношении к сумме всех приобретенных супругом прав, также как и котировка приобретенных супругом прав. Как соотношение размеров всех приобретенных супругом прав, так и необходимая котировка приобретенных супругом прав не могут быть определены без данных о размере приобретенных в период супружества прав на обеспечение из средств СОФИЗ. По этой причине дело было возвращено в Высший земельный суд

для уточнения в уставе СОФиз соответствия ставки для лиц в «возрасте далеко от пенсионного» и прав супруга за время нахождения в браке и принятия на их основании нового решения о распределении прав на обеспечение.

с) Для продолжения производства коллегия указывает на следующие моменты:

Высший земельный суд будет применять в производстве § 148 Гражданского процессуального кодекса до тех пор, пока отсутствует правовое обоснование недействительности переходного регламента в § 78, предл. 1 абз. 1 § 79 устава СОФиз для застрахованных лиц в «возрасте, далеко от пенсионного», для расчета прав супруга на получение обеспечения из средств СОФиз. При этом Высшему земельному суду в принципе запрещается возвращать дело в суд первой инстанции по вопросам семейного права до уточнения нового переходного регламента в уставе СОФиз (см. решение коллегии от 18 февраля 2009 г. — XII ZB 221/06 — предназначенное к публикации).

Судебные инстанции по праву исходят из того, что претензии супруга на средства СОФиз реализуются только в отношении пособия, что в соответствии с актуальной концепцией распределения обеспечения требует перерасчета согл. § 1587 «b», абз. 3, № 2 ГТК в совокупности с положением о фактической стоимости. Такой перерасчет должен осуществляться на основании положения о фактической стоимости в редакции четвертого постановления об изменении положения о фактической стоимости от 2 июня 2008 г. (BGBl. I 969) (см. решение коллегии от 19 февраля 2009 г. — XII ZB 221/06 — предназначенное к публикации).

Хане Вазениц Фукс
Везина Дозе

Предшествующие решения:

Суд первой инстанции Констанц, решение от 14.10.2004 — 3 F 197/03 —

Высший земельный суд Карлсруэ во Фрайбурге, решение от 12.04.2006 — 18 UF 247/04

CONTENTS

Tatiana Akulina akuliniat@yandex.ru Right to health protection as an element of state-legal institute of the organization of public health services in Europe and Russia. Establishment, Development and comparative legal analysis The right to the Highest Attainable Standard of Health: General Comment no. 14 (2000) on Health; 11/08/2000. T/C.12/2000/4. Committee on Economic, Social and Cultural Rights Twenty-second session Geneva, 25 April — 12 May 2000 / International Health Law and Ethics (extraction) (Translation from English)	5
Tatiana Alexeeva talaxeeva@hse.spb.ru Institute of the moral power in the constitutional projects of Simón Bolívar The moral power suggested by Bolívar (The appendix to the Constitution of Venezuela of 1819); The Decree of the General congress, the ninth year of independence (annex); The project of the constitution for the Bolivian Republic 1826 (extraction) (Translation from Spanish)	36
Mikhail Antonov mantonov@hse.spb.ru Right interpretation as the basic way to studying of legal institutes and the phenomena (on an example of the realistic legal theory of M. Tropera)	54
Alexander Volkov akvolkov@hotmail.com Legal regulation of transportation of natural gas on the main pipelines in the European Union and the Russian Federation. Directive 2009/73/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in natural gas and repealing Directive 2003/55/EC (Translation from English)	63
Dmitry Nefedov dnefedov@hse.spb.ru A comparative legal analysis of general and special character of banking personality	74
Polina Ryabinchuk pryabinchuk@hse.spb.ru Institute of clearing of responsibility for default or inadequate execution of obligations under the contract on performance of civil work by the right of Great Britain and Russia. The Scheme for Construction Contracts (England and Wales) Regulations 1998 (Amendment) (England) Regulations 2011 № 2333» (Translation from English)	92
Svetlana Solomonova ssolomonova@hse.spb.ru Legal regulation the marriage contract institute in Russia and Germany The Decision of the Supreme Federal court XII ZB 94/06 from March, 18 th , 2009 (Translation from German)	159
	173
	186
	199
	215

The studies were implemented in the framework of the Programs of Fundamental Studies of the Higher School of Economics in 2011.

**СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ
В ИССЛЕДОВАНИЯХ
ПРАВОВЫХ ИНСТИТУТОВ И ЯВЛЕНИЙ
В ОТРАСЛЕВОМ, СТРАНОВЕДЧЕСКОМ
И ВРЕМЕННОМ АСПЕКТАХ**

*Труды Лаборатории
сравнительно-правовых исследований*

Налоговая льгота — Общероссийский классификатор продукции
ОК 005-9, т. 2; 95 3004 — научная и производственная литература

Подписано в печать 27.12.2011. Формат 60х84/16. Печать цифровая.
Усл. печ. л. 14,0. Тираж 200. Заказ 85626.

Отпечатано с готового оригинал-макета, предоставленного авторами,
в типографии Издательства Политехнического университета.
195251, Санкт-Петербург, Политехническая ул., 29.
Тел.: (812) 550-40-14
Тел./факс: (812) 297-57-76.