

Научно-просветительское
сетевое издание
с международным участием

Теология

Философия

Право

#2 (14) 2020



*Scientific and Educational Edition
Theology. Philosophy. Law
with international participation*

www.theophil.ru

18+

Рецензируемое
научно-просветительское сетевое издание
с международным участием
ТЕОЛОГИЯ. ФИЛОСОФИЯ. ПРАВО / THEOLOGY. PHILOSOPHY. LAW.
№ 2 (14) ОТ 30.12.2020

Главный редактор
А.М. Иванов (Владивосток)

Редакционная коллегия
А.В. Алексеев (Москва), А. А. Иванов (Тольятти), С. В. Каменев (Владивосток),
С. В. Шошин (Саратов), О.А. Дмитриева (Волгоград),

*Зарегистрировано в Федеральной службе по надзору в сфере связи,
информационных технологий и массовых коммуникаций как сетевое издание.
Свидетельство о регистрации Эл № ФС77-66963 от 25.08.2016 г.*

Учредитель и издатель журнала
Алексеев Алексей Викторович

Периодичность - 1 раз в полугодие

Журнал включен в систему Российского индекса научного цитирования (РИНЦ)

*Материалы статей публикуются в авторской редакции.
Авторы несут полную ответственность за подбор и грамотное изложение фактов,
содержащихся в статьях; высказываемые ими взгляды не обязательно совпадают со взглядами
редакции.*

При перепечатке и использовании материалов статей ссылка на журнал обязательна.

*Электронная почта редакции: **feophil@gmail.com***

Номер телефона редакции: + 7 (985) 7217699

*Адрес в сети интернет: **www.theophil.ru***

ISSN 2541-8947 (On-line)

СОДЕРЖАНИЕ / CONTENTS

Слово к читателю.....	4
-----------------------	---

СТАТЬИ / ARTICLES

ТЕОЛОГИЧЕСКИЕ ИССЛЕДОВАНИЯ / THEOLOGICAL RESEARCH

Пчелкина С.Ю. Уроки диалектики в учении о любви Максима Исповедника.....	8
--	---

ФИЛОСОФСКИЕ ИССЛЕДОВАНИЯ / PHILOSOPHICAL RESEARCH

Ом Ю Джон, Иванов А.М. Философско-правовые проблемы юридической ответственности без вины	19
--	----

ЮРИДИЧЕСКИЕ ИССЛЕДОВАНИЯ / LEGAL RESEARCH

Кутюхина И.И. К вопросу о повороте исполнения решения суда.....	32
Иванов А.А. О контрольной функции государства	41
Герасименко А.А., Иванов А.М. Отдельные аспекты правового регулирования государственных закупок в России и за рубежом	56
Лаура Мисайлидис Стрикис, Иванов А.М. Некоторые аспекты структуры международных контрактов	98

Слово к читателю

Настоящий номер снова выходит с международным участием.

Раздел **«Теологические исследования»** открывает работа «Уроки диалектики в учении о любви Максима Исповедника» (С.Ю. Пчелкина, г. Владивосток). Автор размышляет о том, что любовь в учении Максима Исповедника представлена не только как особенное свойство человеческой природы, она есть системообразующее начало человеческого бытия и основное понятие философской антропологии христианского философа Восточной Римской империи. Максим Исповедник применяет диалектический метод, осуществляя гносеологическое деление понятия любви на два рода любви – любви страстной и бесстрастной. Плод диалектики страсти и бесстрастия – любовь как Страсть Бесстрастная. Бесстрастная любовь благотворно влияет на ум, чувства, желания и волю человека. Значение диалектического учения о любви Максима Исповедника – в сочетании христианского богословия и рационального метода философии (диалектики) в осмыслении человека.

Автор замечает, что в наше секуляризированное время «страсти», «страстям», «страстности» придаётся скорее позитивное значение, поскольку по смыслу отождествляется с блаженством, удовольствием, радостью. Достаточно обратиться к современному искусству (особенно кино и литературе), так или иначе воспроизводящему картины этой болезненной страстности, от которой люди страдают, но при этом не видят другого источника радости. Конечный плод подобного рода страстности – боль, разочарование, опустошенность, уныние. Таков диагноз той страстности, которая возникает в человеке по причине любви к вещному, конечному, неподлинному. Критерием сравнения двух антропологий является понятие любви, как влечение человека к тому, что придаёт полноту его бытию, целокупно собирая его личность вокруг объекта любви. Если объект любви – Бог, тогда складывается одна антропологическая картина, а когда нечто вещное, преходящее – тогда другая, противоположная.

Раздел **«Философские исследования»** статьей «Философско-правовые проблемы юридической ответственности без вины» (Ом Ю Джон, Республика

Корея; А.М. Иванов, Владивосток) предлагает один из подходов к осмыслению ответственности. Понимание вины напрямую связано с понятием справедливости, которое, по сути, является чувством меры ответственности за содеянное. Правосудие в обществе, обычно, настолько воспринимается справедливым, насколько ответственность, по действующим оценкам общества, соразмерна вине содеянного. Поскольку общественные оценки деяния и оценки лица, совершившего деяние, могут не совпадать, то у лица, не допустившего антиобщественного поведения, при признании его виновным по действующему законодательству, чувство справедливости может быть ущемлено. В данной статье соотношение вины и ответственности осмысливается через представление ответственности при отсутствии вины, затрагиваются проблемы, связанные с этим и возможные перспективы их разрешения в будущем.

В разделе «**Юридические исследования**» переход от философии права к праву совершается работой «К вопросу о повороте исполнения решения суда» (И.И. Кутюхина, Владивосток). Исследование посвящено рассмотрению положений процессуального законодательства, касающихся вопросов поворота исполнения решения суда, а также актуальные практические проблемы правоприменения в этой сфере. По мнению автора, институт поворота исполнения решения суда в настоящее время является важнейшим процессуальным институтом, призванным гарантировать восстановление прав ответчика, а также устанавливающим особые дополнительные гарантии защиты прав ответчика в связи с предъявлением к нему необоснованного требования. В результате применения исследуемого процессуального института, полагает автор, может произойти полное устранение последствий вынесения судом необоснованного судебного решения.

В следующей статье этого раздела, «О контрольной функции государства» (А.А. Иванов, Тольятти) раскрывается роль и значение контрольной функции государства и ее место в ряду иных функций, с точки зрения теории государства и права. Для эффективного осуществления любого управленческого процесса необходимым является получение субъектом управления информации об

изменении объекта управления в результате производимого им управляющего воздействия. Независимо от формы осуществления управляющего воздействия и его целей, государственный аппарат испытывает потребность в получении точной и достоверной информации о процессах, происходящих в тех сферах, управление в которых осуществляется. В различных государствах мира исторически складывались системы бюджетно-финансового и административного государственного контроля, часто появлялась разветвленная сеть специальных контрольных органов. Автор полагает, что можно вести речь о появлении новой функции государства, контрольной. Однако, при наличии «разветвленной сети специальных контрольных органов» вряд ли можно вести речь о появлении «новой» функции государства, тем более, что автор упоминает о реформе контрольного законодательства в РФ. История государства и права свидетельствует о том, что контрольная деятельность – это неотъемлемая функция государства, существующего на налоги, ибо невозможно осуществлять финансово-налоговую функцию без контрольно-ревизионной функции.

Знакомство читателей со сравнительно-правовыми исследованиями продолжается в статье «Отдельные аспекты правового регулирования государственных закупок в России и за рубежом» (А.А. Герасименко, А.М. Иванов, Владивосток). Проведенный сравнительно-правовой анализ отдельных сторон регулирования государственных закупок в России и за рубежом приоткрывает новые грани для оценки опыта нашей страны. В работе затрагивается нормативная база некоторых стран в области государственных закупок, оценивается возможная перспектива использования зарубежного опыта правового регулирования госзакупок в России.

Завершает раздел исследование «Некоторые аспекты структуры международных контрактов» (Лаура Мисайлидис Стрикис, Бразилия, А.М. Иванов, Владивосток). В период глобализации торгово-экономические отношения проходят весьма оживленно и право должно учитывать нюансы договоров, которые касаются не только торговых отношений, но и сложных отношений между людьми, традициями, культурами. Следовательно, в таких договорах необходимо придерживаться строгих принципов международного права, в дополнение к

методам разрешения споров, совместимых с динамикой торговых отношений в ходе глобализации.

И, как всегда, приглашаем к научно-просветительской деятельности всех исследователей, кому близка тематика журнала.

Редакция научного журнала

«Теология. Философия. Право / Theology. Philosophy. Law»

УДК: 1.177.61

ГРНТИ: 02.51.15

ВАК: 09.00.13

**УРОКИ ДИАЛЕКТИКИ В УЧЕНИИ О ЛЮБВИ МАКСИМА
ИСПОВЕДНИКА**

Пчелкина Светлана Юрьевна

Доцент, кандидат философских наук,

Школа искусств и гуманитарных наук,

Дальневосточный федеральный университет,

Россия, г. Владивосток

greet.svet@mail.ru

**THE LESSONS OF DIALECTICS IN THE TEACHING ABOUT LOVE OF
MAXIM THE CONFESSOR**

Svetlana Y. Pchelkina

Far Easten Federal University,

Russian Federation, Vladivostok

АННОТАЦИЯ

Любовь в учении Максима Исповедника представлена не только как особенное свойство человеческой природы, она есть системообразующее начало человеческого бытия и основное понятие философской антропологии христианского философа Восточной Римской империи. Максим Исповедник применяет диалектический метод, осуществляя гносеологическое деление понятия любви на два рода любви – любви страстной и бесстрастной. Плод диалектики страсти и бесстрастия – любовь как Страсть Бесстрастная. Бесстрастная любовь благотворно влияет на ум, чувства, желания и волю человека. Значение диалектического учения о любви Максима Исповедника – в сочетании христианского богословия и рационального метода философии (диалектики) в осмыслении человека.

ABSTRACT

Love in the teachings of Maxim the Confessor is presented not only as a special property of human nature, it is the system-forming principle of human existence and the basic concept of the philosophical anthropology of the Christian philosopher of the Eastern Roman Empire. Maxim the Confessor applies the dialectical method, realizing the epistemological division of the concept of love into two kinds of love - passionate and passionless love. The fruit of the dialectic of passion and dispassion is love as passionless passion. Impassive love has a beneficial effect on the mind, feelings, desires and will of a person. The meaning of the dialectical doctrine of love by Maxim the Confessor is in the combination of Christian theology and the rational method of philosophy (dialectics) in understanding a human.

Ключевые слова: Максим Исповедник; «Четыре сотни глав о любви»; человек; любовь; диалектика страсти и бесстрастия; страсть бесстрастная; познание; желание; воля.

Key words: Maxim the Confessor; "Four hundred chapters about love"; human; love; dialectic of passion and dispassion; passionless passion; knowledge; desire; will.

Современный французский религиозный философ Э. Жильсон оригинальность средневековой христианской философии любви мыслил в том, что, по его словам, «проблематичной становится сама природа любви». И, если античная философия стремилась понять, что именно нужно любить, то христианская философия задавалась вопросом, что это значит в целом для человека – любить [4, 367]. Пример такого рода христианского учения о любви мы находим в философии Максима Исповедника.

Учение о любви преподобного Максима Исповедника (550 г. – 662 г.) изложено им нескольких сочинениях, самым известным из которых является трактат «Четыре сотни глав о любви» [1]. Взгляд христианского философа привлекает внимание жизненной правдой о человеке, которая, по словам русского богослова И. В. Попова состоит в том, что человеку естественно быть нравственным, нежели безнравственным, поскольку любовь не только как нравственное понятие, но и как психическое состояние осуществляет «единящее действие», интегрируя разнообразные свойства человеческого существа до

целокупности: «Человек обязан воспитать её в себе, чтобы возвратиться в отечество первоначального блаженного единения всех вещей» [7, 441]. Любви как силе, которая способна как собрать воедино личность человека, так и разрушить её, если она неистинна, посвящены сочинения Максима Исповедника.

В «Сотнице» Максима Исповедника любви придается первенствующее значение в структуре человеческой природы, т.к., по словам А. В. Маркова: «Любовь для него не чувство, не влечение и даже не форма бытия. Любовь – это подлинность, любовь человека – само бытие его таким, каким он должен быть» [5, IX]. Это основополагающее значение понятия любви проявляется в том, что оно (понятие любви) служит в учении прп. Максима мерилom качеств ума, чувств и воли человека. Содержание каждого из этих свойств находится в прямой зависимости от наличия или отсутствия любви, а все вместе они составляют личностное содержание конкретного человека. Такая комплексность вполне вписывается в современную стилистику представления человека в сложной и многомерной полноте его бытия. И в целом учение о любви прп. Максима превращается в систематическое изложение сущности человека, где главная тема – анализ любви – позволяет целостно осмыслить человека, т. к., в представлении прп. Максима, как человек любит, влияет на то, как он мыслит, чувствует и действует в направлении своей воли.

Как же человек любит? Э. Жильсон, ссылаясь на западных средневековых мыслителей, пишет, что они исходили из той реальности человека, где любовь – опыт эгоизма и чувственности, для которого характерно то, что оно непосредственно обращено на «я», на полагание «само себя объектом своего желания» [4, 357-361]. Но такая любовь доставляет удовольствие, но не удовлетворяет.

По рассуждениям прп. Максима, представителя православной святоотеческой богословской традиции, любовь есть «благое расположение души» [1, 20], противоположностью которой является «страстность». И то и другое зависит от душевной направленности человека: если он живет, направляя себя к Богу, тогда это – «благое расположение», а если в направлении к чему-

либо земному тогда это есть «страстность». При этом, заметим, что в тексте «Четыре сотни глав о любви» само слово «любовь» у прп. Максима используется только в связке со словом «Бог»: «любовь к Богу» или «любящий Бога». Любовь как «страстность» словом «любовь» нигде не обозначается, поскольку, если нет любви к Богу, то все остальное не есть любовь, а есть *страсть* или *пристрастность*. Объяснить это противопоставление простой ссылкой на основные идеи христианского учения недостаточно. «Четыре сотницы» или просто «Сотница», как для краткости, обозначают творение прп. Максима, есть специфическое явление в истории христианской мысли: в качестве богословского трактата оно вместе с тем содержит в себе явные признаки трактата по психологии, и даже может послужить учебником практического руководства человеку в его повседневной жизни. И когда прп. Максим соотносит понятие любовь с понятием Бога, а страсть с понятием греха, то к этому следует относиться и как к психологической оценке, в том смысле, что различие любви и страсти определяется конкретными проявлениями, которые вполне можно наблюдать и описать. Так, плод любви, как благое расположение к Богу есть блаженство, которое внешним образом выражается отсутствием раздражения, негативных эмоций, обиды, печали, наличием радости и спокойствия. В то время как страсти всегда оборачиваются возбужденностью, потерей покоя, тревожностью, а, в конечном итоге, психо-эмоциональным опустошением человека («унынием»), поскольку, по словам прп. Максима: «Страсть есть не естественное движение души» [1, 43].

Проблема любви в христианской философии «в точности параллельна проблеме познания» [4, 363], что подтверждается ходом рассуждения прп. Максима. «Жизнь ума», понимаемая им как «просвещение познания», рождается от любви к Богу» [1, 21], и «чрез любовь ум восхитится» [1, 22]. Любовь к Богу формирует «чистый ум», который занимается «исследованием», т.е. познанием. Чистый ум, в представлении прп. Максима, способен как к познанию видимого, так и невидимого порядка вещей [1, 38]. Если ум направлен на познание видимого бытия, он исследует естественные свойства вещей, «ищет самую их

причину» [1, 38]. В направлении на познание невидимого бытия, другими словами, сверхчувственного, чистый ум также нацелен на то, чтобы «узнать естественные свойства оных, и что из сего следует и какой о них промысел Божий» [1, 38]. Высшее состояние ума – это уразумение «естества» Бога, которое есть раскрытие хотя бы нескольких свойств Бога, поскольку во всей своей полноте Бог остается непознаваемым [1, 46]. Другими словами, любовь придает уму человека свойства почти безграничные, во всяком случае, по сравнению с теми, что обычно доступны человеческому уму. Таким образом, познание выступает следствием любви, и истинная любовь раскрывает умственные способности к истинному познанию, а не истинная лишает ум способностей к истинному познанию. Если ум, по метафорическому выражению прп. Максима, «пригвожден» к чему-либо земному, т.е. находится под влиянием антипода любви – страсти, – то помыслы становятся «похотными» и «ненавистливыми» [1, 14]. В познании такой ум может рождать только «погрешительное суждение» [1, 43], и рождает «мысленный образ греха», т.е. «идол» [1, 48].

Образ истинного познания, который возникает у человека, любящего Бога, Максим Исповедник описал не только в «Сотнице», но и в «Послании к Иоанну Кубикулярию о любви». Прежде всего, как говорится в «Послании», любовь удостоверяет любящего в существовании того, кто любим [2, 146]. Другими словами, прп. Максим, предлагает разрешение проблемы о познаваемости и непознаваемости существования Бога, и любовь – это ключ к познанию бытия Бога и всего им сотворенного. Бог открывается для познания, только через любовь к Нему. А через богопознание человек получает способность к познанию и всего остального, т.е. того, что мы привычно называем природными явлениями (познанием чего занимаются современные науки). Познание такого рода, согласно христианскому философу, будет давать более полное представление, чем «глаз, прикованный к зримым формам чувственных вещей» [1, 147]. Смысл этих рассуждений вполне соотносим с когнитивным принципом – познавать в широкой перспективе: познание движется от конкретно целого к конкретно частному. И удержание познания в поле этого конкретно-целого не позволяет

познанию ни заикливаться на частностях (наоборот, переходить от одного познанного свойства к другому), ни растекаться, теряя связь с реальным объектом познания. Истинная любовь, «мудро подчиняя разуму то, что находится в нашей власти» [2, 146], таким образом, не ослепляет ум, не искажает познание, а укрепляет и расширяет познавательные возможности.

Познание, в свою очередь, определяет содержание чувств – в виде желаний, а предмет желания определяет направление движения воли. Истинная любовь придает истинность чувствам, а не истинная рождает неистинное чувство. Если критерием ума чистого и не чистого является правильное или неправильное знание о сущем, то критерием истинных и неистинных чувств является наличие или отсутствия счастья. Счастье зависит от того, от чего человек испытывает радость или печаль, от чего он больше страдает или, наоборот, получает блаженство, наслаждение: «Водящийся земными пожеланиями желает или явств, или удовлетворения подчревных движений» [1, 81]. Наслаждение не является само по себе правильным или неправильным чувством. Правильная или неправильная радость наслаждения обусловлена тем, как человек любит. Если он любит Бога, тогда он будет любить ближнего, и не будет для него иных радостей и наслаждений, как доставить угодное Богу, избавив ближнего от невзгод и печалей. Греховное чувство, тождественное по смыслу с понятием неистинного чувства, порождается любовью к вещам приходящим, к числу которых относится и человек в своем земном, плотском естестве. Такое чувство неистинно, потому что рано или поздно радость кончается, и, по выражению прп. Максима, «истребляется злостраданием или печалованием» [2, 51]. Неизбежность печального исхода для неправильных чувств, рожденных неправильными желаниями, как раз и объясняется тем, что человек любит нечто ограниченное по своей природе, в то время как в своём стремлении к счастью человек желает, чтобы счастье не кончалось. Счастье будет бесконечным, только если желания будут наполнены бесконечным, т.е. Богом: «Подлинно вкусивший сладость оного презирает все удовольствия, рождающиеся от вожделетельной силы» [2, 81].

Любовь к Богу в своём пределе должна полностью переродить чувствующую, вожделеющую сторону человека, перенаправив движение его желаний. В сочинении «Десять глав о добродетели и пороке» прп. Максим говорит о желании «тяжких страданий святых» как идеале вожделения. На первый взгляд – противоестественная цель для человеческого желания. Но в логике богопознания то, что является противоестественным, становится присущим естеству человека, не искаженного грехом: «Изначала похищенные прелестью наслаждения, мы предпочли смерть подлинно сущей жизни. И поэтому мы с благодарением несем телесный труд, умерщвляющий это наслаждение, чтобы, самой кончиной его упразднив вместе с ним и смерть, получить обратно вернувшуюся к нам жизнь...» [3, 261]. Наверное, это самое сложное для человека – осуществить радикальную перемену в своих чувствованиях, чтобы, как пишет прп. Максим, непременно мучиться и страдать, притупляя «в нас жало наслаждения» [3, 262]. Сложно принять это как наиболее соответствующее природе человека, но свою убежденность в этом вопросе прп. Максим доказал не только словами, но и подвигом личного мученичества.

В отношении влияния любви на волю различие между подлинным и неподлинным проявлением воли Максим Исповедник определяет через творение или не творение «зла», и из контекста этих рассуждений можно вывести вполне современное по звучанию обоснование нравственности – как проявление «здоровой воли». Зло, согласно прп. Максиму, есть растление плоти и души внутри самого человека и «не исполнение закона» в отношении ближнего. В «Послании к Иоанну Кубикулярию о любви» истинная любовь «убеждает волю двигаться соответственно естеству и не бунтовать против логоса природы» [2, 147]. Дело любви есть такое «исполнение закона», под которым понимается «долготерпеть и милосердовать», а также «благоразумное пользование вещами» [1, 26]. Таким образом, «злая воля» есть результат расколотого, разделённого естества, расчленённого на множество мнений и представлений [2, 148]. По причине этой расколотости человек подпадает под действие трёх пороков – неведения, себялюбия и тирании [2, 148]. Смысл порока – в разрушении личности

человека. Порочность неведения, как мы это понимаем из рассуждения прп. Максима, видится в фальсификации познавательной активности человека: знание, которое человек вырабатывает в себе по ходу жизни вместо того, чтобы быть путеводителем, направляет человека по ложному пути. Себялюбие – это порок, из-за которого человек обречен на одиночество и заброшенность, а это ослабляет его жизненный потенциал, ведь жизнь одного конкретного человека укрепляется добрыми связями с другими людьми. Тирания есть совокупное действие пороков неведения и себялюбия, поскольку неправильное понимание жизни приводит к неправильному пониманию себя, а из этого вытекает неправильное отношение к окружению человека как стремление к уничтожению и уничтожению всех и вся.

Совокупность пороков неведения, себялюбия и тирании Максим Исповедник всё вместе называет «злоупотреблением собственными силами» [2, 148]. Действие «злой воли», в конечном итоге, разрушает личность человека, т. к. направление его воли противно его естеству. «Злая воля» – это противоестественная воля человека. Человек «доброй воли», наоборот, стремясь к исполнению требований естества, которое изначально нравственно, «собирает себя в единую простоту и тождество» [2, 149], и, выражаясь языком современной философии, приходит к переживанию экзистенциальной полноты.

Когда Максим Исповедник сравнивает два вида любви – к Богу и к тварному миру, то не следует думать, что речь идет о необходимости выбирать в качестве объекта только Бога и направлять силу любви в сторону только одного Бога. Именно в рассмотрении двух родов любви и обнаруживается использование Максимом Исповедником диалектического метода, сущностным моментом которого является деление «природы», когда, как пишет В. В. Петров, «само «деление» Максим рассматривает как метод познания», который есть способ несовершенный, но вынужденный по причине несовершенства ума человека, ещё не соединившегося с Богом [6, 69].

Диалектический метод со всей очевидностью прослеживается в «Главах о любви», и само понятие любви осмысливается Максимом Исповедником в

диалектическом отношении страсти и бесстрастия. Благодаря этому создается впечатление полноты осмысливаемости сущности человека, сочетающего в себе черты любви земной (плотской) и любви ангельской (духовной). И то и другое имманентно сущности человека, поскольку, если бы было только первое состояние, то рано или поздно оно привело бы к аннигиляции человеческого до состояния зверинного. А ангельскую любовь могут испытывать только сугубо духовные существа («ангелы»), в то время как человек по своей природе существо духовно-плотское. Он не зверь и не ангел, он – человек.

В идеале человек должен добиться состояния «обожения» (одно из главных понятий в общей системе богословия Максима Исповедника), которое в логике прп. Максима выражается в диалектическом «разрешении» (устранении) противоречия между двумя родами любви – любви к Богу и любви к земному. Смысловое противоречие и конфликт отношений между этими родами любви исчезнет через Любовь к Богу, поскольку на этой основе у человека воспитается истинная любовь и ко всему тварному, прежде всего, к ближнему.

Диалектика как метод двойного умозрения святого философа в отношении проблемы любви особенно ярко проявляется в его рассуждениях о бесстрастности любви. При этом бесстрастность не надо путать с бесчувствием, эмоциональной холодностью, рациональными доводами рассудка. Когда Максим Исповедник говорит о любви, то очень чувствуется при чтении его произведений, что это любовь горячая, пламенная. Это – Страсть, но Страсть бесстрастная!

Привычно полагать, что страсть есть свойство греховной любви. Это так, если страстность направлена на сугубо «тварную» сторону жизни. Есть в нашем языке выражение «больная страсть», означающее неистинную любовь, возникающую по причине любви к вещам, которая руководит умом и поступками, чувствами и верой. Такая «страстность» – есть причина болезненных состояний человека. Недаром, в христианском лексиконе слово «страсть» синонимично слову «страдание». Примечательно, что в наше

секуляризированное время «страсти», «страстям», «страстности» придаётся скорее позитивное значение, поскольку по смыслу отождествляется с блаженством, удовольствием, радостью. Ради наглядности, достаточно обратиться к современному искусству (особенно кино и литературе), так или иначе воспроизводящему картины этой болезненной страстности, от которой люди страдают, но при этом не видят другого источника радости. Но мудрость христианского подхода к пониманию страстности заключается в диагнозе, с которым не поспорит и современный психолог (профессиональный!). Конечный плод подобного рода страстности – боль, разочарование, опустошенность, уныние. Таков диагноз той страстности, которая возникает в человеке по причине любви к вещному, конечному, неподлинному.

Из рассуждений о любви Максима Исповедника, через его диалектическое рассмотрение страсти и бесстрастия, складывается специфическая антропологическая система: воля возбуждается чувствами, чувства умом, а ум – либо любовью (бесстрастной страстью), либо страстью (неистинной любовью). Таким образом, можно сказать, что в учении прп. Максима просматривается двойная антропологическая структура: 1) представление о человеке, каков он есть сейчас (в греховном положении) и 2) представление о человеке, каким он должен быть (через обожение). Критерием сравнения двух антропологий является понятие любви, как влечение человека к тому, что придаёт полноту его бытию, целокупно собирая его личность вокруг объекта любви. Если объект любви – Бог, тогда складывается одна антропологическая картина, а когда нечто вещное, преходящее – тогда другая, противоположная.

Истинность суждений Максима Исповедника легко проверить на практике, когда, читая его произведения, по словам А. Маркова, «мы учимся переживать и мыслить то, что прежде не переживали и не мыслили, но о чем догадывались всякий раз, когда жалели или проявляли щедрость» [5, 16].

Список литературы

Источники:

1. Максим Исповедник, преподобный. Четыре сотни глав о любви // Максим Исповедник, преподобный. Мистагогия / Пер. с др.-греч. А. И. Сидорова. М.: РИПОЛ классик, 2019. С. 19 – 149.
2. Максим Исповедник, преподобный. Послание к Иоанну Кубикуларию // Творения преподобного Максима Исповедника. Книга 1.: Богословские и аскетические трактаты. Под ред. А. И. Сидорова. М.: Мартис, 1993. С. 148 – 153.
3. Максим Исповедник, преподобный. Десять глав о добродетели и пороке // Творения преподобного Максима Исповедника. Книга 1.: Богословские и аскетические трактаты. Под ред. А. И. Сидорова. М.: Мартис, 1993. С. 261 – 262.

Исследования:

4. Жильсон Э. Дух средневековой философии / Пер. с французского Г. В. Вдовиной – М.: Институт философии, теологии и истории св. Фомы, 2011. 560 с.
5. Марков А. Как милость меняет ход истории; вступит. статья // Максим Исповедник, преподобный. Мистагогия / Пер. с др. греч. А. И. Сидорова – М.: РИПОЛ классик, 2019. С. I – XVI.
6. Петров В. В. Максим Исповедник: онтология и метод в византийской философии VII в. М.: ИНФРАН, 2007. 200 с.
7. Попов И. В. Естественный нравственный закон: Психологические основы нравственности. Сергиев Посад: 2-я тип. А. И. Снегиревой, 1897. XIX, 597, III с.

УДК 340.115.7; 340.122

**ФИЛОСОФСКО-ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ ЮРИДИЧЕСКОЙ
ОТВЕТСТВЕННОСТИ БЕЗ ВИНЫ**

Ом Ю Джон,

*Магистр 2 курса Юридической школы
Дальневосточного федерального университета,
Россия, г. Владивосток,
Доктор права Юридической школы
Национального университета Чхонбук,
Республика Корея
yoojeong.eom@gmail.com*

Иванов Александр Михайлович

*канд. юрид. наук, доцент кафедры теории и истории
государства и права Юридической школы
Дальневосточного федерального университета,
г. Владивосток
Ami_25.07@bk.ru*

**PHILOSOPHIC LEGAL PROBLEMS OF JURIDICAL RESPONSIBILITY
WITHOUT BEING GUILTY**

Yoo Jeong Eom

*2nd year master's student of the Law School
of the Far Eastern Federal University
Russia, Vladivostok,
Juris Doctor of the Law School
of the Jeonbuk National University,
Republic of Korea*

Aleksandr M. Ivanov
Dr. of Law, Associate Professor
of the Chair of Theory & History of State and Law,
Law School of FEFU,
Russia, Vladivostok

АННОТАЦИЯ

Понимание вины напрямую связано с понятием справедливости, которое, по сути, является чувством меры ответственности за содеянное. Правосудие в обществе обычно настолько воспринимается справедливым, насколько ответственность, по действующим оценкам общества, соразмерна вине содеянного. Поскольку общественные оценки деяния и оценки лица, совершившего деяние, могут не совпадать, то у лица, будучи признанным виновным по действующему законодательству чувство справедливости может быть ущемлено. В данной статье соотношение вины и ответственности осмысливается через представление ответственности при отсутствии вины, затрагиваются проблемы, связанные с этим и возможные перспективы их разрешения в будущем.

ABSTRACT

The comprehension of guilt is directly connected with the notion of justice, which, in its essence, is a feeling of a measure of responsibility for committed act. The justice in a society is usually interpreted to be just inasmuch the responsibility, according to the actual social evaluations, is proportionate to the guilt of the committed act. Since the social evaluations of a commitment and the evaluations of the person, who had committed the act, may not coincide, the feeling of justice of the person after being recognized as guilty according to the legislation in force, might be hurt. The following article considers the correlation of guilt and responsibility through the notion of responsibility without being guilty, takes into consideration some problems connected with it and possible perspectives of their solution in future.

Ключевые слова: вина; формы вины; юридическая ответственность; уголовное право; правовая политика.

Key words: guilt; forms of guilt; juridical / legal responsibility; criminal law; legal policy.

Introduction

The democratic principles of justice say that there is no crime without guilt and no one can be convicted without being guilty... From the formal point of view, juridical / legal responsibility is a result of application of a law norm, first of all – realization of its sanction. Explanation of social nature of legal responsibility depends on what the given society considers to be the violation of law and whom it considers to be infringer of the law. As far as violation of law is an infringement of the ruling order of social relations, by a person, i.e. in the end - infringement of society - to that extension the restoration of the infringed condition, prosecution of the violator and prevention of similar infringements in future – has been always the social affair. That is why this social function is being fulfilled by an official representative of the society – the State, and the function itself has not a private but public character. Moreover, due to historical process it became juridical liability of the state power. [2, 280-281]

Morals cannot be disassociated from human minds and actions and is usually considered to cover the range of laws. Due to their different scopes and coverage, it is also important to clarify and distinguish the terms when handling the guilty deeds. This article deals with the concepts of responsibility and guilt first, and separates out the different meanings of moral and legal meanings of responsibility and guilt. The relationship between legal responsibility and legal guilt along with the problems of juridical responsibility without a sense of guilt will be followed, and the conclusion will be drawn out in the end with a brief summary.

1. Concepts of Responsibility and Guilt

A. Responsibility

While *responsibility* is frequently used as a synonym for *liability*, both concepts are distinguished from each other in criminal law. Liability is imposed by law. There is no liability unless a law is enacted imposing it [14, 204]. However, law does not impose liability out of the blue. Whether civil or criminal, there is a factual basis for imposing it; and the factual bases of civil and criminal liability have common elements. These

are harm, conduct, and causal relation between the conduct and the harm. At its minimum, conduct is voluntary outward bodily motion. Liability is not imposed for harm caused by involuntary motion. We can say, that juridical responsibility – is the liability of the person, who had committed the violation of law, to suffer unfavorable consequences (hardships). [3, 316]

Where liability is imposed, voluntary motion, causal relation, and harm are always present. Absolute or strict liability is imposed on the basis of these three elements alone. Hence, in the primary sense that responsibility is the basis of liability, voluntary motion causing harm is responsibility [14, 204].

The essentials of criminal responsibility could be described in three different ways, as follows: (i) *The act must be wrong, and the actor must know what he is doing and must will to do it*; (ii) *In addition to the elements of (i), the actor must know that his act is wrong*; (iii) *In addition to the elements of (i) and (ii), the actor must have a sense of personal guilt*. Neither a sense of personal guilt nor knowledge that the act is wrong is essential for a mentally abnormal actor to be criminally responsible [14, 209-210].

B. Guilt

The drama of guilt is enacted upon a wider stage than that set by law. There are many types of conduct in daily lives that may give rise to some guilt, but not necessarily to ‘legal guilt’. Since this concept of legal guilt is arguably weighted with moral significance, the relationship between it and moral guilt also needs to be presented.

The concept of legal guilt has a circumscribed role, not only within life but within the law itself. Judgments of guilt are neither to be identified with, nor implied by, judgments of invalidity or judgments of civil liability. The legal concept of guilt is restricted to the criminal law, and it is within this area of law that verdicts of guilt are rendered. Consideration of this practice of rendering verdicts is essential if one is to grasp the nature of legal guilt.

There are two main theories of guilt in criminal law science: 1) evaluation theory

(normative, ethical), when the guilt of a person for the committed act is reduced to the evaluation (social, moral, political) characteristic of it by a court, when formulating its reproach; 2) psychological theory, which reflects a subjective (inner, psychic) person's relation to his socially dangerous and violating the law activity or inactivity/ negligence and to their socially dangerous consequences.[1, 225] According to the last, psychological theory, each socially dangerous and directed against the law activity (inactivity) of a responsible person is considered to be volitional and conscious. Each volitional and conscious act is reasonable (done with a reason) and purposeful, i.e. is committed according to a certain reason/ motive and to achieve specific purposes. Does it mean, if there is neither motive nor purpose, there is no guilt in the actions of a person?

i. The Verdict of Guilt

A 'verdict' is not a statement of fact that one is or is not guilty as charged. Verdicts themselves are neither true nor false, but valid or invalid. It is an essential characteristic of verdicts that they make things happen rather than state what is so. If a verdict is valid a person becomes, by virtue of that fact, either guilty or not guilty before the law. This concept of legal guilt is referred to here as "legally operative guilt."

Validity conditions for verdicts – there is a common understanding as to what communicative behavior in what settings constitutes a verdict.

The meaning of legally operative guilt – One's status is thereby transformed into that of the legally condemned.

Presuppositions of the practice – a number of background conditions are presupposed by a legal practice embodying the concept of guilt, which include the presuppositions of a verdict and the practice respectively, a general commitment throughout the society, and the social practice embodying guilt presupposing beliefs.

Functions served by the practice of rendering verdicts of guilt – Practices come into existence and persist for a variety of reasons. They may also, once in existence, serve interests that were not factors leading to their genesis.

Legally operative guilt and factual legal guilt – Some might argue that legally

operative guilt is the entire substance of the concept of legal guilt, while jurors are asked to consider whether a person is in fact guilty before they reach a verdict of guilt. A concept of legal guilt that is logically independent of a verdict of guilt is a concept that guides those charged with reaching a verdict. Thus, it would seem wise to acknowledge the presence of two legal concepts of guilt and to address oneself to their relationship.

ii. Factual Legal Guilt

As previously stated, the norms governing the practice of rendering verdicts require that those charged with the responsibility consider the evidence relevant to factual legal guilt. In the own system of criminal law, a verdict of guilt is to be returned only if it is believed beyond a reasonable doubt that the defendant is indeed guilty. Although the verdict is not a statement of fact, it presupposes beliefs about the facts. This brings us to a consideration of the nature of factual legal guilt. ‘When is a person considered guilty’ is what to be discussed.

First, conduct is normally a prerequisite for legal guilt. This means that a person must actually commit a certain act. It is not enough for him to merely think of doing it, nor is it enough for him simply to have a status of a certain kind, such as being a member of a certain race [12]. Second, the conduct must normally be conscious. Individuals are not guilty for what they do while asleep. Third, there must be legal wrongdoing. Even the most egregious moral wrong does not occasion legal guilt unless the wrong is also a legal one. Fourth, one must have the capacity to appreciate the significance of the norms applicable to one. Animals and infants, for example, do not have the ability to experience guilt.

Finally, it is normally a prerequisite for legal guilt that there be conscious fault or culpability with respect to wrongdoing, that is, there must be a “guilty mind”. Whatever defeats one’s fair opportunity to behave otherwise than he did - typically some reasonable ignorance of fact or limitation on his freedom of action - may excuse him.

These conditions are common to most legal systems. The connection that factual legal guilt has with our moral conceptions of guilt is less clear: moral fault is not essential for legal guilt. Nevertheless, there may be a connection between legal guilt and moral fault that is more than merely accidental.

iii. Moral and Legal Guilt

Moral and legal guilt may differ significantly. There is no concept in morality comparable to legally operative guilt; one is never morally guilty merely by virtue of being judged as such [17, 134].

Moral guilt is always factual guilt. Further, the law may specify in a relatively arbitrary way the norms that regulate conduct and the circumstances under which violation of these norms incurs guilt.

Moreover, *legal guilt* is restricted to those situations in which a wrong is done to society [ibid]. It is not enough that someone's personal rights have been violated. For the most part, however, moral wrongs that establish guilt arise in situations where another's rights have been violated; the guilt is not necessarily done to the society that conceives itself as threatened by the conduct.

Further, in being morally guilty there is no implication of being justifiably liable to punishment. There may be entitlement to criticize and to be resentful or indignant, but in a variety of situations where moral guilt arises, either the wrong done is not appropriately viewed as punishable, or the relationship is in no way seen as righted by punishment.

In addition, the objects of moral guilt differ from those generally of concern to the law. Maxims such as "the law aims at a minimum; morality at a maximum" and "the law is concerned with external conduct; morality with internal conduct" draw attention to the different emphases of law and morality [12].

Finally, moral guilt may remain forever in doubt once all the facts are in. Moral reflection allows for the judgment that a person is and yet is not guilty; this depends on one's perspective, which is not precisely defined by any authoritative pronouncement.

iv. The Sense of Guilt

Guilt is a human sentiment that manifests itself in our inhibition from doing what we believe to be wrong and in our feeling guilty when we do what we believe to be wrong []. Thus, it operates both in a forward- and a backward-looking manner. Guilt is the feeling most closely connected with wrongdoing, taking as its object belief in wrongdoing. A person who feels guilt holds certain beliefs and is disposed to feel and act in certain specific ways; however, it is not the human disposition to feel guilt related to the legal practices.

2. Relationship between Legal Responsibility and Legal Guilt

Legal responsibility is exactly equivalent to liability to punishment. The sole question in every case is: *Is this person liable, by the law of the land, to be punished for the act which he has done?*

Moral guilt does not determine criminality. Moral responsibility may exist without legal responsibility. Thus a child of six may steal, knowing that it does wrong, but English law refuses to regard such a child as capable of any crime. Equally legal responsibility may exist where moral responsibility is denied, as in certain cases of persons of unsound mind [15, 276-277]. But while legal responsibility does not correspond to the popular conception of moral responsibility, the law is not arbitrary in imputing liability to persons. It proceeds upon principles, and it is in determining those principles that the study of the law may afford profitable illustrations to the moralist.

For the purposes of the criminal law, 'accountable' may be said to be synonymous with rational, and 'person' may be defined as rational creature. Since it is the character of the intention which determines the character of the act, some degree of knowledge is necessary in order that any act may be a crime, but that degree may vary according to the nature of different offences. There are many circumstances under which acts, which would otherwise be crimes, are deemed innocent.

The consciousness of wrongdoing is the essential element in responsibility under the law. The power of the criminal to do, or to refrain from doing, the act complained

of, is a matter of no importance [15, 285]. Personality is, for the law, conscious being in relation to a certain environment. Consciousness and position are both necessary to it, indeed the relation between them is personality. Granted a certain position, the law neither permits the human being in that position to fall below, nor requires him to rise above, a certain standard. Such is legal responsibility.

3. Problems of Juridical Responsibility Without Being Guilty

It has been said that: “The greatest problem that ‘confronts’ the criminal law as a social institution is the test of the responsibility of a person for his crime”, and “Certainly no one who has studied the problem of mental disease in relation to criminal responsibility can be content with either the present rules or their administration”. Thus it seems that the tests being used are not doing what they are supposed to do well enough; consequently there is need of a better test or tests.

A test of responsibility is a means by which to tell whether the prerequisites of responsibility were in the actor’s mind. A test of responsibility indicates that if this or that was not in an actor’s mind, he was not responsible [14, 217]. By indicating that, it says that this or that is an essential of responsibility. Yet this does not show what all the essentials are, and there are still disputes over it.

Some people suggest that the concept of responsibility be discarded; however, if we do not know just what all the essentials of responsibility are, we would not know just what it is suggested that we discard. Also, since there is no way that the concept could be discarded, the problem of volition will remain.

Another problem might be when considering a corporation or legal person as subject of crime. Currently, there is a tendency of development of criminal legislation in many countries in the direction of establishing criminal responsibility not only for physical but also for legal persons. Culpability will mostly be determined by the steps taken by the organization prior to the crime to prevent it and find the culprit. There are

very serious doubts about the measures that corporations are subjected to, even in the rare cases where criminal cases against them end in a trial and conviction.

Let's touch on the arguments in favor of such legal regulation. Some scientists say, that legal entities have long been recognized as subjects of law in civil and administrative law. Even if it is so, is there a sense to establish for legal entities one more liability? Though, when committing a crime in business sphere, it is often impossible to specify the specific person who committed the tort in all its constituent elements. Further, criminal liability of legal entities is considered (e.g. within the framework of the Dutch legal order) as a necessary condition for effective fight against organized crime (dubious means). The Supreme court of the Netherlands noted that in order to establish intent, a legal entity must give explicit consent to the actions of an individual (employee), that is, know about his actions and approve them. In this case, the actions of an individual (employee) can be considered as the actions of the legal entity itself. Why? If an employee, a person has been employed in the name of a corporation and acted as employee, we understand that he was employed by a certain chef and for commitment of his actions he also got an order from his boss. Why then the collective of a corporation should be punished, when imposing a fine on the corporation? In such a case the real infringer of a law avoids his punishment

The analysis of a significant number of theories that reveal the essence of a legal entity allows us to determine one of them that, in our opinion, correctly reflects the nature of such a complex social phenomenon – the “theory of fictions”. The fictitiousness of a legal entity as a subject of law indicates that the corporation cannot commit any act (including criminal law) as a kind of independent personality, abstracted from the collective that makes it up. In other words, the act of a legal entity is a fiction.

It should be recognized that the very idea of imposing criminal liability on a corporation arose for reasons of pragmatism and expediency, and from a social point of view, all this is justified, but transferring this socially useful idea to the sphere of criminal justice, one could not ignore the canons established in it. Among them, one of

the first places (perhaps the first) is the principle of guilt-imputation for guilt, the guilt of subjective imputation. Therefore, it was necessary to think through the mechanism or mechanisms of the guilty (and not only causal) connection of a legal entity (corporation) with the harmful, dangerous consequences of the crime committed by it.

Summarizing theoretical developments on the issue of recognition for a corporation the status of a subject of criminal liability and punishment, with retrospective criminal liability should be accepted as the responsibility of the perpetrator, endure the public censure, expressed a negative evaluation of the person and his acts, and be punished accordingly, we can state the following: under the current criminal policy, this obligation under any circumstances should not be shifted from the perpetrator to a third party. Thus, the position on the separation of the concepts of “subject of crime” and “subject of criminal responsibility” cannot be considered correct. Criminal liability and punishment in criminal legislation are focused on the person who committed the crime, and the corporation cannot be recognized as the subject of the crime. However, it seems that, without logical contradictions, the functions of criminal responsibility for various offenses against legal entities can be performed by civil or administrative law.

Conclusion

In conclusion, the basis on liability and responsibility need to be preceded in order to understand the concept of judicial responsibility, and there are differences of applications – whether to be factual or strictly legal – between moral guilt and legal guilt. Considering that the sense of personal guilt and knowledge that the act is wrong are required for normal actors to be criminally responsible and the necessity of supplements for the test of responsibility is suggested, the essentials of criminal responsibility accord with the concept of governmental just powers would be supportive.

References

- 1) Иванов А., Корчагин А. Пути развития уголовного права до начала XXI

века. – LAP LAMBERT Academic Publishing, 2014. – 316 с. (Ivanov A., Korchagin A. Put'i rasvitiya ugovnogo prava do nachala XXI veka. – LAP LAMBERT Academic Publishing, 2014. – 316 p.)

2) Спиридонов Л.И. Теория государства и права. Учебник. – М.: Проспект, 2000. – 304 с. (Spiridonov L.I. Teoriya gosudarstva i prava. – М., 2000. – 304 p.)

3) Черданцев А.Ф. Теория государства и права. Учебник для вузов. – М.: Юрайт-М, 2001. – 432 с. (Cherdantsev A.F. Teoriya gosudarstva i prava. – М., 2001. – 432 p.)

4) Chiao, Vincent. Responsibility without Resentment // Criminal Law in the Age of the Administrative State, 2018, pp. 220–252.

5) DeLapp, Kevin M. Giving Responsibility a Guilt-Trip: Virtue, Tragedy, and Privilege // Philosophica, vol. 85, 2012, pp. 35–66.

6) English, Rosalind. Guilty, but Not Responsible? // Rosalind English. The Guardian, Guardian News and Media, 29 May 2012 // URL: www.theguardian.com/law/2012/may/29/will-neuroscience-change-criminal-justice.

7) Gordy, Eric. Approaches to Guilt // Guilt, Responsibility, and Denial, 1st ed., University of Pennsylvania Press, 2013, pp. 46–68.

8) Hart, H. L. A., and John Gardner. Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law. 2nd ed., Oxford University Press, 2008.

9) Hornle, Tatjana. Guilt and Choice in Criminal Law Theory - A Critical Assessment // Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice, vol. 4, no. 1, 2016, pp. 1–24.

10) Joseph, Cheney C. On Guilt, Responsibility and Punishment // Louisiana Law Review, vol. 35, no. 5, 1975, pp. 1307–1312.

11) Mooji, Antoine. Guilt In Law And Psychopathology // Intentionality, Desire, Responsibility, pp. 251–276.

12) Morris, Herbert. The Decline of Guilt // Ethics, vol. 99, no. 1, Oct. 1988, pp. 62–76. MORRIS, HERBERT. Encyclopedia.com, 18 Apr. 2020 // URL: www.encyclopedia.com/medicine/psychology/psychology-and-psychiatry/guilt.

13) Schaap, Andrew. Guilty Subjects and Political Responsibility: Arendt, Jaspers and the Resonance of the 'German Question' in Politics of Reconciliation // Political Studies, vol. 49, no. 4, Sept. 2001, pp. 749–766.

14) Snyder, Orvill C. Criminal Responsibility // Duke Law Journal, vol. 1962, 1962, pp. 204–218.

15) Taylor, T. Wardlaw. The Law and Responsibility // The Philosophical Review, vol. 7, no. 3, May 1898, pp. 276–285.

16) Tebbit, Mark. Responsibility and Guilt. // Philosophy of Law: An Introduction, 2nd ed., Psychology Press, 2005, pp. 157–178.

17) Warnock, G. J. and Herbert Morris. On Guilt and Innocence: Essays in Legal Philosophy and Moral Psychology. // Nous, vol. 14, no. 1, p.134.

18) Young, Iris Marion. Guilt versus Responsibility. // Responsibility for Justice, 2011, pp. 75–94.

УДК 347.9

ГРНТИ 10.31.21

К ВОПРОСУ О ПОВОРОТЕ ИСПОЛНЕНИЯ РЕШЕНИЯ СУДА

Кутюхина Ирина Игоревна

Магистр 2 курса Юридической школы

Дальневосточного федерального университета,

г. Владивосток

ikutiukhina@mail.ru

**THE ISSUE OF REVERSAL OF JUDGEMENT ENFORCEMENT OF
COURT DECISIONS**

Irina I. Kutyukhina

2nd year Master of Law School

Far Eastern Federal University,

Vladivostok

АННОТАЦИЯ

Исследование посвящено рассмотрению положений процессуального законодательства, касающиеся вопросов поворота исполнения решения суда, а также актуальные практические проблемы правоприменения в этой сфере.

ABSTRACT

The study is devoted to the consideration of the provisions of procedural legislation concerning the issues of turning the execution of a court decision, as well as topical practical problems of law enforcement in this area.

Ключевые слова: исковое производство; поворот исполнения; решение суда; арбитражный суд; суд общей юрисдикции.

Key words: action proceedings; turn of execution; the court's decision; court of Arbitration; court of general jurisdiction.

Актуальность настоящего исследования обусловлена наличием вопросов теоретической и практической плоскости, которые возникают при рассмотрении заявлений, касающихся такого процессуального института как – поворот исполнения судебного решения.

Институт поворота исполнения решения суда в настоящее время важнейшим процессуальным институтом, призванным гарантировать восстановление прав ответчика, а также устанавливающий особые дополнительные гарантии защиты прав ответчика в связи с предъявлением к нему необоснованного требования.

В результате применения исследуемого процессуального института происходит полное устранение последствий вынесения судом необоснованного судебного решения.

Под поворотом исполнения судебного решения в гражданском и арбитражном процессах в правовой науке понимается – восстановление в судебном порядке прав и законных интересов ответчика [8, 119].

Вместо отмененного судебного решения выносится новое, а также применяются последствия поворота исполнения судебного решения, ввиду чего, у ответчика возникает право требовать восстановления первоначального положения и возврата ему того, что было передано истцу.

В данном контексте под возвратом в первоначальное положение в юридической литературе понимается – то имущественного положение, которое противные стороны занимали по отношению друг к другу до исполнения принятого судебного решения [10, 105].

Нормативно-правовое обоснование института поворота исполнения судебного решения содержится в статьях 443-445 Гражданского процессуального кодекса РФ (далее – ГПК РФ), а также в статьях 325, 326 Арбитражного процессуального кодекса РФ (далее – АПК РФ).

В силу ч. 3 ст. 15 АПК РФ принимаемые арбитражным судом решения, постановления, определения должны быть законными, обоснованными и мотивированными. Несмотря на это, по правовым основаниям ежегодно отменяется либо изменяется значительное количество судебных актов [1].

Аналогичным образом и в ГПК РФ закреплено, что принимаемые решения должны быть соответствия со статьями 195, 198 ГПК РФ:

1. законными и обоснованными;
2. содержать полный, мотивированный и ясно изложенный ответ на требования истца и возражения ответчика.

Кроме того, к тому моменту, когда принятое судом решение отменено либо изменено ответчиками как правило уже исполнены судебные предписания, что обуславливает необходимость восстановления нарушенных прав лиц, необоснованно вынесенным судебным решением. Указанный вопрос решается с помощью процессуального института – поворота исполнения судебного решения.

Конституционный суд РФ (далее по тексту – КС РФ) в своем Определении от 30.06.2020 №1584 указал, что положения ст. 443 ГПК РФ, устраняющие последствия вынесения судом неправильного судебного решения, направлены на установление дополнительных гарантий защиты прав стороны по делу вследствие предъявления к нему необоснованного требования [3].

В соответствии со ст. 443 ГПК РФ в случае отмены решения суда, приведенного в исполнение, и принятия после нового рассмотрения дела решения суда об отказе в иске полностью или в части ответчику должно быть

возвращено все то, что было с него взыскано в пользу истца по отмененному решению суда [2].

Аналогичная норма содержится и в ч. 1 ст. 325 АПК РФ, предусматривающая возврат того, что было взыскано с истца в пользу ответчика при условии, если приведенный в исполнение судебный акт был отменен полностью или в части и принят новый.

Отметим, что особенностью института поворота исполнения судебного решения суда является то, что ответчик выступает единственным субъектом за кем закреплено исключительное право на инициирование процесса применения правовых последствий по отмененному решению.

Кроме того, Конституционный суд РФ в своем Определении от 30.01.2020 №139-О указал – ответчику должно быть возвращено то, что было с него взыскано в пользу истца по отмененному решению суда (поворот исполнения решения суда).

Правовая сущность института поворота исполнения судебного решения заключается в восстановлении первоначального имущественного положения ответчика, которое существовало до произведенного взыскания в пользу истца в процессе исполнения отмененного решения суда.

Сформулированные в науке процессуального права и выработанные высшими судебными инстанциями правовые позиции на практике часто не находят своего применения. В юридической науке отмечается, что причиной тому – чрезмерный формализм толкования и применения институт поворота судебного решения [8, 120].

Несмотря на сформировавшуюся позицию в юридической науке, Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда РФ (далее по тексту – ВС РФ) в определении от 25 мая 2015 г. по делу №305-ЭС15-1030, а40-43320/20114 указала, что суд не может подходить формально к вопросу о повороте исполнения судебного акта, механически восстанавливая утраченное правовое

положение, без учета общих правовых принципов, на которых основано как процессуальное, так и материальное право.

В частности, указанная позиция, базируется на следующих общеправовых принципах по мнению ВС РФ:

1. право на справедливое судебное разбирательство, включающее право на доступ к правосудию;
2. принципы законности, равенства всех перед законом и судом;
3. принцип состязательности;
4. право на уважение собственности.

Д.Е. Зайков исходя из этого отмечает, что правоприменительные органы не придают соответствующим процессуальным нормам никакого расширительного толкования, поскольку руководствуются буквальным смыслом текста процессуального закона [8,121].

Для возникновения права на поворот исполнения судебного решения необходимо наличие совокупности ряда юридических фактов, которые закреплены в ч. 1 ст. 325 АПК РФ и ст. 445 ГПК РФ. К таковым относятся:

1. принятое судебное решение исполнено полностью или в части ответчиком (должником);
2. исполненный судебный акт отменен полностью или в части;
3. в законную силу вступило новое судебное решение.

Ранее КС РФ указывал, что предусмотренная ч. 1 ст. 325 АПК РФ возможность поворота исполнения судебного акта предоставляет ответчику возможность восстановить свои нарушенные права в порядке, предусмотренном действующим процессуальным законодательством [4].

Суды заняли однозначную позицию в данном вопросе, что нормы процессуального права не допускают поворот исполнения судебного акта, полностью или частично исполненного, а впоследствии отмененного вышестоящим судом, до дня принятия нового судебного акта о полном или

частичном отказе в иске, либо оставлении иска без рассмотрения полностью или в части, либо прекращении производства по делу [5]. Соответственно, в судебных актах делается вывод о невозможности поворота исполнения судебного акта в такой ситуации.

Ранее нами отмечалось, что основанием для осуществления поворота исполнения судебного решения является не только отмена исполненного судебного акта полностью, но и в части.

При повороте исполнения судебного акта ответчику возвращается все то, что было взыскано с него в пользу истца по отмененному или измененному в соответствующей части судебному акту.

В свою очередь на практике существует ряд проблем, которые могут препятствовать реализации поворота исполнения судебного акта могут:

1. фактическая невозможность такого поворота;
2. недопустимость нарушения прав и законных интересов третьих лиц.

Например, если у истца есть в наличие индивидуально-определенное имущество, которое подлежит возврату ответчику, является обязательным условием поворота исполнения судебного акта.

Но в его отсутствие ответчик не лишен права самостоятельно в установленном порядке осуществить судебную защиту своих прав и законных интересов на спорное имущество путем подачи в суд соответствующего искового заявления в суд.

Несмотря на это в судебной практике встречается и иная позиция, согласно которой не может быть отказано в повороте исполнения судебного акта в связи с тем, что истец не является собственником индивидуально-определенного имущества на момент вынесения соответствующего решения суда [3].

Данное противоречие окончательно было разрешено ВС РФ, который в п. 23 Постановления Пленума от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» сформировал позицию, согласно которой, кредитор не вправе требовать в суде от должника исполнения обязательства в натуре, если объективно это невозможно, например, в случае гибели индивидуально-определенной вещи, которую должник был обязан передать кредитору.

Кроме того, также остается неурегулированным практический вопрос, касающийся возврата денежных средств в порядке поворота исполнения судебного решения, взысканных в процессе принудительного исполнения судебного решения и направленных на возмещение расходов по совершению исполнительных действий, когда судебный акт находится в процессе исполнения в Федеральной службе судебных приставов [6].

В данном случае с ответчика могут быть взысканы дополнительные расходы в соответствии с Федеральным законом от 02.10.2007 г. № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» (далее по тексту — Закон об исполнительном производстве) [7].

Закон об исполнительном производстве, в частности ст. 112 говорит нам о том, что с ответчика может быть взыскан исполнительский сбор в связи с неисполнением требований исполнительного документа в установленный для добровольного исполнения срок, а также расходы по совершению исполнительных действий в соответствии со ст. 116 Закона Об исполнительном производстве и штрафа, налагаемые на должника в процессе исполнения судебного решения в связи с неисполнением законных требований судебного пристава-исполнителя согласно ст. 113 Закона Об исполнительном производстве.

Заключение

Таким образом, проведенный нами анализ процессуального законодательства на предмет изучения института поворота исполнения решения суда в гражданском и арбитражном процессах, а также судебной практики КС РФ и ВС РФ позволяет нам заключить, что основания и порядок применения института поворота исполнения судебного решения в ГПК РФ и АПК РФ направлен прежде всего на устранение возможных неблагоприятных правовых последствий неправильного, незаконного или необоснованного судебного решения, которое полностью или частично приведено в исполнение.

КС РФ уже в своих решениях неоднократно отмечал, что существование правомочия суда осуществить поворот исполнения решения суда для устранения последствий вынесения судом неправильного судебного решения и закрепление обязанности судов первой, апелляционной, кассационной и надзорной инстанций рассмотреть вопрос о повороте исполнения решения суда является прежде всего дополнительной гарантией защиты прав стороны по делу вследствие необоснованно предъявленного искового заявления [9, 35].

Полагаем, что дальнейшее развитие юридической практики и науки способствуют устранению спорных вопросов в практической и теоретической плоскостях и процессуальный институт поворота исполнения судебных решений дополнительной гарантией эффективности правосудия в Российской Федерации.

Список литературы

1. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 № 95-ФЗ // СПС «КонсультантПлюс»;
2. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14.11.2002 № 138-ФЗ // СПС «КонсультантПлюс»;
3. Определение Конституционного Суда РФ от 30.06.2020 № 1584-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Щукина

Александра Филипповича на нарушение его конституционных прав статьей 443 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации»;

4. Определение Конституционного Суда РФ от 19.12.2017 № 3024-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Лаута Александра Викторовича на нарушение его конституционных прав положением части третьей статьи 445 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс»;

5. Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 6 июля 2012 г. № Ф01-2639/12 по делу № А38-6804/2009 // СПС «КонсультантПлюс»;

6. Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 23 ноября 2015 г. № Ф04-17386/15 по делу N А45-15371/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

7. Федеральный закон «Об исполнительном производстве» от 02.10.2007 № 229-ФЗ // СПС «КонсультантПлюс»;

8. Зайков Д.Е. Поворот исполнения судебного акта в арбитражном процессе: проблемы правоприменительной практики // Российский юридический журнал № 3. 2017. С. 118 – 128;

9. Коробов О.А., Белоножкин А.Ю. Некоторые вопросы, возникающие при повороте исполнения судебного акта // Российский судья. 2018. № 12. С. 34 – 38;

10. Кулик Т.Ю. Некоторые вопросы поворота исполнения судебных актов арбитражных судов // наука и образование хозяйство и экономика предпринимательство право и управление. 2020. №4. С. 104-106.

УДК 342

ГРНТИ 10.07.21

О КОНТРОЛЬНОЙ ФУНКЦИИ ГОСУДАРСТВА

Иванов Александр Александрович

канд. юрид. наук,

Тольяттинский государственный университет

г. Тольятти

ale_iv@mail.ru

ON THE CONTROL FUNCTION OF THE STATE

Alexander A. Ivanov

Candidate of Legal Sciences

Togliatti State University

Togliatti

АННОТАЦИЯ

Раскрываются роль и значение контрольной функции государства и ее место в ряду иных функций с точки зрения теории государства и права. Проблематика контрольной функции государства рассматривается на пример современной Российской Федерации.

ABSTRACT

The role and significance of the control function of the state and its place in a number of other functions from the point of view of the theory of state and law are disclosed. The problems of the control function of the state are considered as an example of the modern Russian Federation.

Ключевые слова: аппарат государства; законность; классификация; конституция; контроль; функция.

Key words: state apparatus; legality; classification; constitution; control; function

Введение

Для эффективного осуществления любого управленческого процесса необходимым является получение субъектом управления информации об изменении объекта управления в результате производимого им управляющего воздействия. Высказанное положение является справедливым и при рассмотрении нами управления в масштабах государства – независимо от формы осуществления управляющего воздействия и его целей, государственный аппарат испытывает потребность в получении точной и достоверной информации о процессах, происходящих в тех сферах, управление в которых осуществляется. Данным положением обуславливается то обстоятельство, что в различных государствах мира исторически складывались системы бюджетно-финансового и административного государственного контроля, часто появлялась разветвленная сеть специальных контрольных органов.

Не является исключением в этом отношении и Российская Федерация – современное состояние контроля в нашем государстве характеризуется многообразием его видов, разнообразием контрольных средств, множеством органов, осуществляющих контроль, при значительных различиях в их правовом статусе, большим объемом законов и подзаконных нормативных актов, регламентирующих осуществление государственного контроля.

Данное обстоятельство, а также непрерывное усиление контрольных возможностей государства в настоящее время дает основания утверждать о появлении новой – контрольной – функции государства, наравне с иными функциями, которые традиционно выделяются теоретиками права. Осознание возникновения подобной функции государства для теоретиков и практиков права представляет важность в том отношении, что оно может направить государственный аппарат на достижение им цели выстраивания максимально эффективной контрольной деятельности, которая в сложившихся условиях будет рассматриваться не как обеспечивающая часть любого управленческого процесса, но как самостоятельная деятельность государственных органов и их должностных лиц, выполняющая свои обособленные от других задачи в механизме государственного управления.

Актуальность данного исследования обусловлена не только важностью задач, которую контрольно-надзорная деятельность выполняет в процессе осуществления государственного управления, но также и реформой контрольного законодательства, которая произошла в Российской Федерации в 2020 году.

Изменения в сфере государственного и муниципального контроля в будущем будут обусловлены не только внесением изменений в Конституцию Российской Федерации [1] (например, теперь в Конституции РФ получил свое упоминание парламентский контроль, Конституционный Суд РФ обозначен как орган конституционного контроля и др.), разработкой нового КоАП РФ и изменениями в иных нормативно-правовых актах общего характера, но также и принятием 31 июля 2020 года специальных федеральных законов «О государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле в Российской Федерации» [3] и «Об обязательных требованиях» [4], которые предполагают самые существенные изменения в сфере организации контрольно-надзорной деятельности в нашем государстве.

Объект

Объектом исследования являются общественные отношения, возникающие в связи с реализацией современным государством своей контрольно-надзорной функции, что рассматривается на примере соответствующих механизмов, созданных в последние годы в Российской Федерации.

Предмет

Предметом исследования являются нормы российского права, регулирующие деятельность уполномоченных органов государства по реализации государством своей контрольно-надзорной функции. Исследованы особенности развития российского законодательства и государственного аппарата в последние годы, проанализированы некоторые закономерности,

которые можно обнаружить в этом процессе. Рассматриваются некоторые тенденции, связанные с развитием контрольной функции государства в современном мире.

Цель

Целью исследования выступает комплексное рассмотрение становления контрольной функции современного государства как с точки зрения теории права, так и с точки зрения законодательной и правоприменительной практики.

Методы

Исследование построено с точки зрения диалектической связи между развитием теоретических положений науки государства и права и практической законодательной и правоприменительной работой. В работе применяются методы историко-правового анализа, методы анализа и синтеза, обобщения, толкования и классификации.

Результаты/обсуждение

Проанализированная литература по проблемам теории государства и прав позволяет прийти к выводу, что в настоящее время у теоретиков права еще не сложилось единого подхода к перечню функций государства, подход здесь в значительной степени субъективен. Например, В.Н. Хропанюк, определяя функции государства как «основные направления его деятельности, в которых выражается сущность и социальное назначение государственного управления обществом», выделяет такие внутренние функции, как экономическую, социальную, охраны правопорядка, природоохранительную, а также функцию финансового контроля, выражающуюся у данного автора в выявлении и учете государством доходов производителей [20].

Как указывается в современном учебнике политологии, при государственно-центристской модели мира внутренняя и внешняя политика какого-либо государства во многом были раздельными, что вызывало

параллельное развитие исследований соответствующих направлений [18]. С высказанным положением вполне можно согласиться. Начиная со второй половины XX века процессы глобализации постепенно стали обуславливать размывание между внешним и внутренним в повседневном существовании государств. С одной стороны, большое количество международных организаций стали активно использовать свои контрольные полномочия в отношении государств-членов данных организаций (таких, например, как МАГАТЭ или ЮНЕСКО), а, с другой стороны, некоторые государства также принимают на себя обязательства осуществлять определенные действия на международной арене в интересах иных государств (например, в соответствии со ст. 79.1 действующей редакции Конституции РФ, «Российская Федерация принимает меры по поддержанию и укреплению международного мира и безопасности, обеспечению мирного сосуществования государств и народов, недопущению вмешательства во внутренние дела государства»).

Сделанное замечание позволяет говорить о том, что в условиях распространения глобальных проблем современности (изменение климата, международная наркопреступность, терроризм, экономический кризис и др.) традиционные классификации функций государства на внутренние (например, функции развития культуры, правоохранительную, социальную, экологическую, экономическую) и внешние (оборона, поддержание международного сотрудничества) уже утратили свое значение и нуждаются в пересмотре. Имеет смысл в изменяющихся общественных отношениях рассмотреть также вопрос о выделении новых государственных функций, которые бы могли бы максимально точным образом описать характер деятельности современных государств.

Как пишет А.В. Мелехин, в функциях государства прослеживается прямая связь с основными целями и задачами государства, стоящими перед ним на том или ином этапе его развития. Цель представляет собой желаемый конечный результат деятельности государственных и негосударственных структур. Достижение цели предполагает необходимость согласованных и системных действий всех субъектов управленческого процесса [17].

Н.И. Матузов и А.В. Малько в свою очередь отмечают, что формы осуществления функций государства – это однородная деятельность органов государства, посредством которых эти функции реализуются. К правовым формам реализации функций государства данные авторы относят правотворческую, правоприменительную и правоохранительную [16], что в целом соответствует традиционной теории разделения властей на законодательную, исполнительную и судебную.

На подобную классификацию хотелось бы возразить, согласившись с Н. Колпаковым, что концепция разделения властей имеет, прежде всего, ориентирующий характер», что «в угоду догматическому его пониманию не следует закрывать глаза на реальную ситуацию. О необходимости в современных условиях говорить о большем чем ранее количестве ветвей власти пишет и В. Оробинский, указывающий, что «дополнительная польза от разделения властей – специализация, в рамках которой каждый служащий может выполнять одну какую-то операцию, доведенную до автоматизма» [19].

На наш взгляд, теория разделения властей нуждается в переосмыслении, совершенствовании, дальнейшем творческом развитии. Усложнение и ускорение общественных процессов, их бесконтрольность, объективно происходящее «втягивание» в орбиту государственного регулирования доселе неизвестных феноменов общественного бытия и многие другие факторы обуславливают необходимость создания новых властных институтов и структур, способных существенно повысить эффективность и вместе с тем обеспечить законность и справедливость управления социумом [15].

При этом мы считаем слишком широким подход И.М. Байкина, в соответствии с которым в каждом конкретном государстве можно выделить столько ветвей власти, сколько можно отыскать органов государственной власти. Основанием для выделения новых ветвей власти, о которых не упоминал Монтескье, служит формальный подход к определению «ветви государственной власти», а именно: осуществление государственной власти посредством каких-либо органов и соответствующих им процедур. А значит, конкретному органу

государства будет принадлежать полномочие на осуществление определенного типа власти (контрольной, контрольно-надзорной, надзорной, прокурорской, уполномоченной, банковской (денежной) и т. д.) [9].

На наш взгляд, в качестве аксиомы можно рассматривать то обстоятельство, что управление, в рамках которого субъект не может оценить своего влияния на те процессы, регулирование которых осуществляется, в целом, не может рассматриваться как эффективное. Подобная деятельность, с одной стороны, будет влечь как неэффективный перерасход ресурсов, а, с другой стороны, достижение поставленной цели здесь будет труднодостижимым (ведь управляющий субъект просто не сможет оценить ни протекание процесса, ни результат достижения данной цели).

Поэтому любые изъяны в рамках осуществления контрольно-надзорной деятельности автоматически приводят к изъянам в государственно-управленческой деятельности, что обуславливает важность выстраивания системы всестороннего контроля, позволяющего фиксировать как негативные, так и позитивные изменения в процессах, происходящих в государстве.

В соответствии терминологическим словарем понятие контроля может быть раскрыто через деятельность, которая осуществляется «в целях организации выполнения законов и иных нормативных правовых актов, указаний вышестоящих органов, соблюдения дисциплины, должного использования финансовых средств и имущества, организации работы с предложениями, заявлениями и жалобами граждан и т.д.» [14].

В данном случае, нет никаких оснований ограничивать деятельность по контролю рамками одной какой-то ветви власти. Действительно, действующая Конституция РФ говорит нам как о контроле законодательных органов (ст. 103.1 – «парламентский контроль»), так и о контроле органов судебных (ст. 125 – «Конституционный Суд Российской Федерации является высшим судебным органом конституционного контроля»). Широки также и контрольные полномочия Президента РФ, которые реализуются как им непосредственно, так и посредством института Администрации Президента РФ, Совета Безопасности

РФ, полномочных представителей. Дальнейшее развитие данных контрольных полномочий можно ожидать в связи с принятием федерального закона о Госсовете РФ.

Что касается контроля исполнительных органов власти, то можно отметить, что в соответствии с Указом Президента РФ от 09.03.2004 г. №314 (с изменениями на 20 ноября 2020 года) «О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти» [8], российская система подобных органов в настоящее время включает в себя федеральные министерства, федеральные службы и федеральные агентства. Указанные органы отличаются функциями, осуществляемыми в механизме государственного управления, к числу которых относятся такие как функция по принятию нормативных правовых актов, по управлению государственным имуществом, по оказанию государственных услуг, а также функции по контролю и надзору, к числу которых осуществление действий по контролю и надзору за исполнением органами государственной власти, органами местного самоуправления, их должностными лицами, юридическими лицами и гражданами установленных общеобязательных правил поведения; выдача разрешений (лицензий) на осуществление определенного вида деятельности или конкретных действий, регистрация актов, документов, прав, объектов, а также издание индивидуальных правовых актов.

Что касается распределения данных функций между органами исполнительной власти, в Указе отмечено, что именно федеральная служба является федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по контролю и надзору в установленной сфере деятельности. Однако данное положение нивелируется указанием на то, что как федеральное министерство, так и федеральное агентство не вправе осуществлять функции по контролю и надзору, а также функции по управлению государственным имуществом, *кроме случаев, устанавливаемых указами Президента Российской Федерации или постановлениями Правительства Российской Федерации.*

Федеральные министерства к тому же осуществляют координацию и контроль деятельности находящихся в его ведении федеральных служб и федеральных агентств.

Можно отметить, таким образом, что, в той или иной степени, функции контроля в той или иной степени свойственны всем органам, принимающим участие в процессе государственного управления. Более того. В последние годы наметилось также и обособление (в том числе, конституционное) специальных контрольно-надзорных органов. Уже довольно длительное время в специальной литературе встречаются сомнения в возможности отнесения контрольно-надзорных органов (прокуратура, различные инспекции, Счетная палата РФ, Банк России) к той или иной из «классических» трех ветвей власти; в последние годы подобные сомнения стали разделяться и законодателем. Например, в соответствии с Законом Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации от 5 февраля 2014 г. № 2-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации и прокуратуре Российской Федерации», глава 7 Конституции Российской Федерации изменила название на «Судебная власть и прокуратура», что недвусмысленно свидетельствует о выводе такого надзорного органа, как прокуратура из судебной или какой-то иной ветви власти.

В 2020 году в законодательстве Российской Федерации произошли изменения, кардинальным образом затрагивающие вопросы различных сфер государственного управления. Важное место среди этих изменений занимает реформа контрольно-надзорного законодательства. Нельзя не отметить принятие важного, «этапного» нормативно-правового акта в сфере организации контрольно-надзорной деятельности - Федерального закона от 31 июля 2020 г. № 248-ФЗ «О государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле в Российской Федерации».

В современный период впервые качество всеобщности в 2013 году приобрел финансовый контроль. Укрепление финансово-контрольной системы началось ещё в 2011 году с принятием Федерального закона № 6-ФЗ «Об общих принципах организации и деятельности контрольно-счётных органов субъектов

Российской Федерации и муниципальных образований» [5]. Концептуальные изменения 2013 года коснулись как внешнего, так и внутреннего государственного и муниципального финансового контроля. Новый Федеральный закон от 5 апреля 2013 года «О Счётной палате Российской Федерации» [6] значительно расширил полномочия данного контрольного органа. В Федеральном законе от 7 мая 2013 года «О парламентском контроле» [7] Счётная палата Российской Федерации названа субъектом парламентского контроля. В соответствии со статьей 265 Бюджетного кодекса РФ [2] в редакции 2013 года, государственный (муниципальный) финансовый контроль подразделяется на внешний и внутренний, предварительный и последующий.

В настоящее время государством сделана попытка распространить подобную всеобщность на все виды государственной контрольно-надзорной деятельности, что может проявляться, например, в том, что именно в финансовом секторе хозяйствования зародилась система управления рисками, которая занимает первостепенное место для понимания отличий принятого в 2020 году закона «О государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле».

Отличается данный подход от традиционного в области распределения государством своих ресурсов (ресурсы, выделяемые для осуществления контрольной деятельности – временные, кадровые, материальные и другие – распределяются не равномерно, а с учетом размера существующих в контролируемой сфере рисков, что затрагивает вопросы как частоты, так и глубины осуществляемых контрольных мероприятий). Существующие риски регулярно переоцениваются исходя из существующих фактов и угроз, важнейшее место среди которых занимает характер деятельности контролируемого объекта. Подобный подход обязательно должен характеризоваться своей открытостью, что предполагает доведение информации о проводимых контрольных мероприятиях до подконтрольных лиц [10].

На наш взгляд, рассматриваемый федеральный закон может своим принятием знаменовать о наступлении третьего этапа в развитии современного

контрольно-надзорного законодательства. В данном случае, первый этап можно отождествлять с принятием в 2001 году Федерального закона от 8 августа 2001 года № 134-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при проведении государственного контроля (надзора)», а второго – с Федеральным законом от 26.12.2008 № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля».

Принятая в 2008 году редакция закона довольно быстро перестала соответствовать уровню развития системы государственного управления и требованиям повышения эффективности в регулировании общественных отношений. Данное обстоятельство привело к включению в него новых институтов, связанных с возможностью применения риск-ориентированного подхода (статья 8.1. «Применение риск-ориентированного подхода при организации государственного контроля (надзора)» была введена Федеральным законом от 13.07.2015 № 246-ФЗ), организации и проведения мероприятий, направленных на профилактику нарушений, проведению мероприятий по контролю без взаимодействия с подконтрольными субъектами (статья 8.2. «Организация и проведение мероприятий, направленных на профилактику нарушений обязательных требований, требований, установленных муниципальными правовыми актами» и 8.3. «Организация и проведение мероприятий по контролю без взаимодействия с юридическими лицами, индивидуальными предпринимателями», введенные федеральным законом от 03.07.2016 № 277-ФЗ). Значительно более подробным образом указанные институты были урегулированы в законе 2020 года. Включая девятнадцать глав и девяносто восемь статей, новый закон в значительной степени меняет подходы к регулированию государственной контрольно-надзорной деятельности.

В данном случае можно согласиться с М.Ф. Тучковым, отмечающим что, несмотря на ряд недостатков закона о государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле, можно говорить о значительном продвижении по пути создания системного акта, регламентирующего контрольно-надзорную

деятельность исполнительных органов государственной власти и органов местного самоуправления [13]. Принятый закон в совокупности с рядом других актов, принятие которых им предусмотрено, может послужить основой полноценного законодательного оформления новой (контрольно-надзорной) отрасли отечественного законодательства.

Формы реализации контрольной функции государства, предусмотренные в новом законе, характеризуют связь государства с правом, как одним из основных средств властвования. Как пишет Ю.А. Приймак, именно через право государство проводит в жизнь свои функции, решает экономические, политические, идеологические задачи [12].

Несмотря на множественность существующих подходов к классификации функций государства (продолжительность действия; принцип разделения властей; степень важности, характера тех противоречий, на преодоление которых функции направлены; историческая судьба функций) [11], основным подходом на наш взгляд должен являться такой критерий, как сфера общественной жизни, в которой реализуется функция государства, в частности, сфера осуществления государственными органами контрольно-надзорной деятельности, являющейся неотъемлемой частью осуществления процесса управления обществом.

Выводы

Функциям государства даются различные определения в специальной литературе, но упрощенно они могут рассматриваться как основные направления его деятельности. Функции выражают предназначение государства, в связи с чем перечень функций может изменяться в процессе исторического развития.

В качестве «новой» функции российского государства мы считаем необходимым выделить его контрольную функцию. Генетически, данная функция зародилась, прежде всего, в сфере регулирования финансовой сферы, в последующем значительно расширила рамки своего использования. Нормативная работа, ведущаяся в этом отношении, позволяет говорить о

появлении новой функции государства. Однако отсутствие в тексте действующих нормативно-правовых актов лаконичного и единообразного определения контрольной деятельности, существующая терминологическая путаница (например, в плане отождествления понятий контроля и надзора) вызывает проблемы в практическом правоприменении, что требует своего законодательного разрешения в будущем.

Дополнительный импульс развитию данной функции придает развитие современных информационных технологий, которые позволяет расширить рамки контрольной деятельности. Меняются также организационные структуры, сама методология осуществления государственного контроля (в частности, развивается риск ориентированный подход).

Список литературы

1. Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г.) // Российская газета от 25 декабря 1993 г. № 237 (с изм. и доп.)
2. Бюджетный кодекс Российской Федерации от 31 июля 1998 г. № 145-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации от 3 августа 1998 г. № 31 ст. 3823 (с изм. и доп.)
3. Федеральный закон от 31 июля 2020 г. № 248-ФЗ «О государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле в Российской Федерации» // Собрание законодательства Российской Федерации от 3 августа 2020 г. № 31 (часть I) ст. 5007
4. Федеральный закон от 31 июля 2020 г. № 247-ФЗ «Об обязательных требованиях в Российской Федерации» // Собрание законодательства Российской Федерации от 3 августа 2020 г. № 31 (часть I) ст. 5006
5. Федеральный закон от 7 февраля 2011 г. № 6-ФЗ «Об общих принципах организации и деятельности контрольно-счетных органов субъектов Российской Федерации и муниципальных образований» // Собрание законодательства Российской Федерации от 14 февраля 2011 г. № 7 ст. 903 (с изм. и доп.)

6. Федеральный закон от 5 апреля 2013 г. № 41-ФЗ «О Счетной палате Российской Федерации» // Собрание законодательства Российской Федерации от 8 апреля 2013 г. № 14 ст. 1649 (с изм. и доп.)
7. Федеральный закон от 7 мая 2013 г. № 77-ФЗ «О парламентском контроле» // Собрание законодательства Российской Федерации от 13 мая 2013 г. № 19 ст. 2304 (с изм. и доп.)
8. Указ Президента РФ от 9 марта 2004 г. № 314 «О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти» // Собрание законодательства Российской Федерации от 15 марта 2004 г. № 11 ст. 945 (с изм. и доп.)
9. Байкин И.М. Современный взгляд на проблему теории разделения властей Ш.Л. Монтескье // Современное право. 2010. № 7. С. 11-14.
10. Благовестникова А.А. Риск-ориентированный подход при осуществлении государственного контроля (надзора) за соблюдением трудового законодательства // Отечественная юриспруденция. 2018. № 6 (31). С. 30-32.
11. Земскова А.И. Место и значение правозащитной функции государства в системе функций государства: вопросы классификации // Вестник Волгоградской академии МВД России. 2010. № 2 (13). С. 5-8.
12. Приймак Ю.А. Взаимосвязь между сущностью, формой и функциями государства, а также факторы, влияющие на эволюцию функций государства // Власть Закона. 2019. № 3 (39). С. 214-221.
13. Тучков М.Ф. Правовые проблемы реформирования контрольно-надзорной деятельности // Современные проблемы и пути повышения конкурентоспособности бизнеса. Материалы международной научно-практической конференции. Москва, 2020. С. 53-64.
14. Авакьян С. А. Конституционный лексикон: Государственно-правовой терминологический словарь — М.: Юстицинформ, 2015. 640 с.
15. Керимов А.Д. Современное государство: вопросы теории. — М: Норма, 2007. 144 с.
16. Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права. — М.: Юрист, 2001. 512 с.

17. Мелехин А.В. Теория государства и права. – М.: 2009. 325 с.
18. Мельвиль А.Ю. Политология. – М.: Проспект, 2008. 618 с.
19. Оробинский В. Основы права: теория, практика и как с этим жить. – Рн/Д: Феникс, 2019. 336 с.
20. Хропанюк В.Н. Теория государства и права. – М.: Дабахов, Ткачев, Димов, 1995. 394 с.

УДК 34.096

ГРНТИ 10.01.33

ОТДЕЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ГОСУДАРСТВЕННЫХ ЗАКУПОК В РОССИИ И ЗА РУБЕЖОМ

Герасименко Анастасия Аркадьевна,

Магистр 2 курса Юридической школы

Дальневосточного федерального университета,

Россия, г. Владивосток,

gerasimenko_anastasiia94@mail.ru,

Научный руководитель:

Иванов Александр Михайлович

канд. юрид. наук, доцент кафедры теории и истории

государства и права Юридической школы

Дальневосточного федерального университета,

г. Владивосток

Ami_25.07@bk.ru

ABOUT SOME ASPECTS OF LEGAL REGULATION OF PUBLIC PROCUREMENT IN RUSSIA AND ABROAD

Anastassiya A. Gerasimenko

2nd year master's student of the Law School

of the Far Eastern Federal University

Russia, Vladivostok

Aleksandr M. Ivanov

Dr. of Law, Associate Professor

of the Chair of Theory & History of State and Law,

Law School of FEFU,

Russia, Vladivostok

АННОТАЦИЯ

Сравнительно-правовой анализ отдельных сторон регулирования государственных закупок в России и за рубежом приоткрывает новые грани для оценки опыта нашей страны. В статье затрагивается нормативная база некоторых стран в области государственных закупок, оценивается возможная перспектива использования зарубежного опыта правового регулирования госзакупок в России.

ABSTRACT

Comparative legal analysis of some aspects of regulation of public procurement in Russia and abroad opens new sides for the evaluations of the experience of our country. The article describes the normative base of some countries in the field of public procurement, and possible perspectives of usage of foreign experience in legal regulation of public procurement are analyzed.

Ключевые слова: государственные закупки; закупки товаров, работ, услуг; контрактная система; правовое регулирование; принципы госзакупок.

Keywords: public procurement; procurement of goods, works, services; contract system; legal regulation; principles of public procurement.

Введение

Для жизнеобеспечения и улучшения благосостояния общества государство исполняет различные функции, среди которых учет и контроль развития внутренней экономики играет ключевую роль. Одной из составляющих этой государственной деятельности являются закупки товаров, работ и услуг для обеспечения нужд, как государственных, так и муниципальных. Такие закупки являются эффективным средством управления экономикой, в связи с тем, что государственные закупки составляют значительную долю бюджета. Правительства стран всего мира пытаются решить задачу по совершенствованию системы закупок, как с точки зрения правовой формы, так и с позиций практической применимости [15].

Законодательство, регламентирующее закупочную деятельность

А. Россия

Законодательство, регулирующее сферу государственных и муниципальных закупок в Российской Федерации, основывается на положениях Конституции РФ, Гражданского кодекса РФ, Бюджетного кодекса РФ и состоит из Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее – Закон № 44-ФЗ), иных федеральных законов и нормативных правовых актов, связанных с закупочной деятельностью. Институт государственных закупок товаров, работ или услуг имеет комплексный характер, поэтому он обладает многоступенчатой иерархией нормативно-правовых источников, направленных на регулирование отношений, возникающих в данной сфере. Такие нормативно-правовые источники регулирования можно разделить на 5 групп:

1. Конституция Российской Федерации. Данный нормативно-правовой акт обладает высшей юридической силой на всей территории России. В связи с этим, указанные в основном законе нашей страны положения стали опорой в определении основ и руководящих начал законодательства, направленного на регулирование закупочной деятельности. Так, согласно ст. 8 Конституции РФ на территории страны гарантированы единство экономического пространства, свободное перемещение финансовых средств, товаров и услуг, свобода экономической деятельности, а также обеспечение конкуренции на рынке. Нормативные правовые акты, принимаемые в России, не должны противоречить Конституции РФ. Положения ст. 71 Конституции РФ относят к ведению Российской Федерации установление порядка организации и деятельности федеральных органов исполнительной власти, установление правовых основ единого рынка, гражданское законодательство [1].

2. Кодифицированные нормативные правовые акты, к числу которых относятся Гражданский кодекс РФ (далее – ГК РФ), Налоговый кодекс РФ (далее – НК РФ), Бюджетный кодекс РФ (далее – БК РФ), Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ).

Первая часть ГК РФ [3] определяет: 1) институт «юридического лица», организационно-правовую форму участника закупки; 2) порядок участия Российской Федерации, субъектов РФ, муниципальных образований в отношениях, регулируемых гражданским законодательством; 3) общие положения о договоре; 4) ряд норм, регулирующих порядок проведения торгов [18]. В свою очередь, вторая часть ГК РФ [4] регулирует отношения по поставке товаров для государственных или муниципальных нужд, подрядным работам и выполнению научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ для государственных или муниципальных нужд.

Деятельность государства по осуществлению закупок приводит к расходованию средств бюджета, а значит, по своей природе интегрирована в бюджетный процесс [13]. В этой связи основополагающим источником финансового регулирования сферы государственных закупок является БК РФ [2], который: 1) относит к бюджетным ассигнованиям на оказание государственных и муниципальных услуг ассигнования на закупку товаров, работ и услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд; 2) определяет порядок заключения государственных и муниципальных контрактов в соответствии с планом-графиком закупок товаров, работ, услуг и в пределах лимитов бюджетных обязательств; 3) обязует получателей бюджетных средств вести реестры закупок, осуществленных без заключения государственных или муниципальных контрактов; 4) определяет принятие бюджетных обязательств получателем бюджетных средств путем заключения государственных (муниципальных) контрактов, иных договоров с физическими и юридическими лицами, индивидуальными предпринимателями; 5) определяет особенности правового положения казенных учреждений, обязанности казенного учреждения в случае уменьшения как получателю бюджетных средств главным распорядителем (распорядителем) бюджетных средств ранее доведенных лимитов бюджетных обязательств, приводящего к невозможности исполнения казенным учреждением бюджетных обязательств, вытекающих из заключенных им государственных (муниципальных) контрактов; 6) определяет основы

государственного и муниципального финансового контроля, виды бюджетных нарушений и бюджетные меры принуждения, применяемые за их совершение.

3. Федеральные законы. Основополагающим нормативным актом, регулирующим закупки в бюджетной сфере, является Закон № 44-ФЗ, который направлен на то, чтобы: 1) повысить эффективность, а также результативность осуществления государственных и муниципальных закупок товаров, работ, услуг; 2) обеспечить гласность и прозрачность осуществления закупок; 3) предотвратить коррупцию и другие злоупотребления в ходе того, когда:

- происходит планирование закупок; - определяются поставщики (подрядчики, исполнители); - заключается гражданско-правовой договор, в качестве предмета которого выступает поставка товара, выполнение работы либо оказание услуги для государственных и муниципальных нужд;

- исполняются условия заключенного контракта; - осуществляется мониторинг закупок товаров, работ, услуг; - происходит аудит в рассматриваемой сфере; - контролируется соблюдение законодательства РФ и иные нормативных правовых актов, регламентирующих контрактную систему в сфере государственных закупок [18].

Важно отметить, что принципиальным отличием Закона № 44-ФЗ от ранее действовавшего федерального закона от 21.07.2005 № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» является то, что с принятием данного закона произошло существенное изменение и расширение ранее действующей системы закупок: 1) был создан принципиально новый ресурс - Единая Информационная система; 2) была введена система планирования, нормирования и обоснования закупок; 3) введены методы, с помощью которых определяется начальная цена контракта; 4) введены контрактные службы; 5) введены в практику новые правила, руководствуясь которыми обеспечивается заявка и исполняется контракт в целом; 6) введены и реализуются антидемпинговые меры; 7) был разработан и внедрен Реестр банковских гарантий. Иными словами, новая система, предусмотренная Законом № 44-ФЗ,

стала регламентировать весь процесс закупочной деятельности государства. Если согласно ранее действовавшего закона регламентировались лишь какие-то отдельные аспекты данной деятельности, то в соответствии с новым законом стал рассматриваться весь процесс в качестве единого и неразрывного, начиная с этапа, на котором происходит планирование закупок, и завершая этапом, в рамках которого контролируется исполнение контракта в целом, заключенного сторонами. Таким образом, нормами Закона № 44-ФЗ охвачены практически все сферы действия института государственного заказа в условиях современной рыночной экономики [35].

Отдельно заметим, что после введения Закона № 44-ФЗ также произошло расширение перечня видов ответственности, к которым могут привлекаться должностные лица в сфере государственных закупок. При этом, контрольные органы в сфере закупок руководствуются главой 29 КоАП РФ, закрепляющей порядок рассмотрения дела об административном правонарушении. Основные составы административных правонарушений в сфере государственных закупок предусмотрены в ст.ст. 7.29-7.32.1 КоАП РФ. Подобные дела от имени контрольных органов в сфере закупок рассматриваются должностными лицами, перечень которых содержится в ст. 23.66 КоАП РФ, а именно - руководителями и заместителями федеральных органов исполнительной власти в сфере закупок, их структурных подразделений и территориальных органов, органов исполнительной власти субъектов РФ и их структурных подразделений.

Помимо Закона № 44-ФЗ данную сферу регулируют также и иные нормативные правовые акты. В частности, в Федеральном законе от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» установлены антимонопольные требования, предъявляемые к торгам, запросу котировок цен на товары, запросу предложений, особенностям порядка рассмотрения антимонопольными органами жалоб, если будут нарушены процедура торгов и порядок заключения договоров, порядок осуществления процедур, которые включены в исчерпывающие перечни процедур в сферах строительства [11]. Федеральный закон от 02.05.2006 № 59-ФЗ «О порядке рассмотрения обращений граждан

Российской Федерации» [6] закрепляет права граждан на обращение в государственные органы и органы местного самоуправления, а также устанавливается порядок рассмотрения обращений граждан государственными органами, органами местного самоуправления и должностными лицами. В Федеральном законе от 06.04.2011 № 63-ФЗ «Об электронной подписи» [7] урегулированы отношения, связанные с использованием электронной подписи при совершении гражданско-правовых сделок, оказании государственных и муниципальных услуг, исполнении государственных и муниципальных функций, при совершении иных юридически значимых действий.

4. Подзаконные нормативные правовые акты. Как известно, в случаях, предусмотренных законодательством РФ о контрактной системе в сфере закупок, Президент РФ, Правительство РФ, федеральные органы исполнительной власти, Государственная корпорация по атомной энергии «Росатом», Государственная корпорация по космической деятельности «Роскосмос» вправе принимать нормативные правовые акты, регулирующие отношения в рассматриваемой нами сфере. Интересно в этой связи заметить, что на сегодняшний день прямых указов Президента РФ в рамках рассматриваемого нами института государственных закупок не предусмотрено, но существуют отдельные акты, действие которых в определенной степени влияет на государственную закупочную деятельность. Например, Указ Президента РФ от 28.11.2015 №583 «О мерах по обеспечению национальной безопасности Российской Федерации и защите граждан Российской Федерации от преступных и иных противоправных действий и о применении специальных экономических мер в отношении Турецкой Республики». В рамках данного указа запрещается выполнять определенные работы турецким субъектам на территории РФ, такие как деятельность в сфере архитектуры и инженерного проектирования, оказание комплексных туристических услуг и обработка древесины.

На основании п.4 ст.3 ГК РФ во исполнение положений кодекса и Указов Президента страны должны приниматься Постановления Правительства РФ. Среди таких актов можно назвать Постановление Правительства РФ от

30.06.2004 № 331 «Об утверждении Положения о Федеральной антимонопольной службе» устанавливает полномочия и организацию деятельности Федеральной антимонопольной службы в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, Постановление Правительства РФ от 25 ноября 2013 г. № 1062 «О порядке ведения реестра недобросовестных поставщиков» устанавливает правила ведения реестра недобросовестных поставщиков (подрядчиков, исполнителей) [11].

Таким образом, перечень нормативных правовых актов в сфере государственных закупок в Российской Федерации обширный. Более того, он регулирует не только закупочные процедуры, но и контроль в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных нужд.

Вместе с тем, нетрудно заметить, что указанная система закладывает конкуренцию как минимум трех федеральных законов, обладающих формально одинаковой юридической силой. Как следует из п. 1 ст. 2 Закона № 44-ФЗ, законодательство о размещении заказов основывается на ГК РФ и БК РФ, но включает их в себя как «иные федеральные законы», приоритет перед которыми имеет Закон № 44-ФЗ. При этом, законодатель не уточняет, в чем заключается правовая сущность понятия «основывается» и на каких конкретных нормах ГК РФ и БК РФ «основывается» законодательство о размещении заказов [21]. Исходя из этого нельзя не согласиться с В.В. Ваниным в том, что «существующая система источников правового регулирования отношений в сфере публичных закупок не гармонизирована, поскольку в основе ее лежит конкуренция трех федеральных законов... каждый из которых, формально обладая равной по отношению к остальным юридической силой, закрепляет приоритет собственных норм» [12].

Анализ правоприменительной практики свидетельствует о выработке единой позиции по вопросу о приоритете норм ГК РФ по отношению к Закону № 44-ФЗ. Так, в Постановлении Арбитражного суда Московского округа от 14.03.2016 № Ф05-20049/15 по делу № А41-29146/2015 отмечено, что отношения

сторон регулируются Законом № 44-ФЗ, нормы которого, в том числе и об ответственности за нарушение обязательств, являются специальными по отношению к нормам ГК РФ. Аналогичная точка зрения изложена в Постановлении Арбитражного суда Поволжского округа от 13.07.2016 № Ф06-10222/16 по делу № А49-9838/2015: требования Закона № 44-ФЗ являются специальными по отношению к общим нормам ГК о договорах. Следовательно, отказ судов в удовлетворении части исковых требований со ссылкой на общие нормы ГК РФ не свидетельствует о неправильном применении апелляционным судом норм материального права [9; 10].

По нашему мнению, если нормы Закона № 44-ФЗ противоречат ГК РФ по порядку, заключению, изменению, расторжению, то применению подлежат нормы ГК РФ. Закон № 44-ФЗ, как специальный закон, может конкретизировать общие нормы гражданского права, но не может противоречить им. Если же специальные правила в иных законах не противоречат ГК РФ, обладающему перед ними приоритетом, то такие правила подлежат применению к соответствующим отношениям. Несоответствие ГК РФ специальных правил должно прямо следовать из содержания тех или иных норм: ГК РФ должен содержать прямой запрет либо исключать возможность установления других предписаний. В ином случае установление иных правовых норм является допустимым.

По справедливому утверждению М.Г. Чуприна, выделение гражданского права в качестве базиса контрактной системы имеет огромное практическое значение, потому что иная ее надстройка в виде норм права, содержащих отдельные положения, регулирующие порядок осуществления закупок для обеспечения государственных и муниципальных нужд, должна не столько соответствовать положениям Закона № 44-ФЗ, сколько зиждиться на общих началах гражданского законодательства [32]. Данный вывод основан на системном анализе действующего законодательства и правоприменительной практики. Так, Верховный Суд РФ в Определении от 18 мая 2017 г. № 303-ЭС16-19977 по делу № А37-499/2016 прямо указал на гражданско-правовой характер

отношений участия органов государственной власти (местного самоуправления) и частного капитала. Значимость ГК РФ подчеркнута в ст. 2 Закона № 44-ФЗ, который называет его основой законодательства о контрактной системе [8]. Корреляция норм Гражданского кодекса РФ и иных законов, регулирующих отношения по поставке товаров для государственных или муниципальных нужд, также очевидна.

Приведенные ранее размышления дают основание заключить, что в законодательстве о контрактной системе наличествует конвергенция частного и публичного права. Однако вести речь о полной гармонизации данного законодательства, к сожалению, пока не приходится.

В качестве решения создавшейся проблемы считаем целесообразным устранить противоречия между нормами Закона № 44-ФЗ и ГК РФ посредством внесения соответствующих изменений и дополнений в Гражданский кодекс РФ, при этом применять его как основной кодифицированный акт в области гражданского законодательства, с учетом норм специального Закона № 44-ФЗ.

Кроме того, следует с сожалением констатировать, что показатели эффективности правоприменения в области контрактной системы далеки еще от совершенства, отраслевые нормы не всегда являются дополнением друг друга, а их количество и скорость изменения придают путаницу. По справедливому утверждению Н.Г. Вилковой и А.С. Гриневич, значительное и частое изменение норм Закона № 44-ФЗ (в период с 2013 по 2018 г. принято около 60 редакций закона), издание многочисленных подзаконных нормативных правовых актов Президента РФ, Правительства РФ, федеральных органов исполнительной власти Российской Федерации приводит к трудностям правоприменения, добавляет характерных особенностей объекту закупки – вектору поведения государственных заказчиков и поставщиков, чьи взаимоотношения детерминированы собственными интересами в рамках действующих субъективных прав и обязанностей [14].

Значительное нагромождение норм из разных отраслей права приводит к тому, что субъекты финансовых и экономических правоотношений, являющиеся

реальными и потенциальными участниками процедуры поставки товаров, работ и услуг для публичных нужд, теряются в массиве норм права, не успевают следить за потоком их изменения, соотношением юридической силы таких изменений, неверно трактуют нормы права и т.д. Это, в свою очередь, порождает проблемы в правоприменительной практике в сфере государственных и муниципальных закупок, нарушает работу контрактной системы как целостного механизма.

На наш взгляд, выход видится в проведении масштабной систематизации нормативного материала и подготовке единого кодифицированного правового акта «О контрактной системе публичных закупок». Единый кодекс контрактной системы должен олицетворять общую систему правового регулирования, исходя из общих принципов контрактной деятельности, содержать общий и типовой унификатор закупочной процедуры и документации, единый перечень правонарушений в данной области и т.д.

Б. США

Как показывает практика, правовое регулирование государственных закупок играет очень важную роль в системе государственных отношений, как внешнеполитических, так и внутри страны [35]. В этой связи необычайно важно провести сравнение нормативной базы регламентирующей закупочную деятельность в России с другими странами.

В первую очередь, следует отметить, что законодательство о государственных закупках в разных странах мира развивалось с особенностями правовых систем и традиций. В силу этого наблюдаются заметные различия в структуре законодательства, а также различия в соотношении законов (актов) в общем объеме нормативных документов по вопросу закупок. Весьма богатый исторический опыт и достаточно устойчивую экономику имеют такие страны как США и Германия, на которые и предлагаем обратить внимание.

В США основу нормативно-правового регулирования государственных закупок в настоящее время составляют Правила закупок для федеральных нужд (Federal Acquisition Regulations, FAR) и Правила закупок для нужд обороны –

дополнение (Defense Federal Acquisition Regulations - Supplement, DFARS), в которых весьма детально проработаны принципы и процедуры государственных закупок. Именно этими документами регламентируется вся система федеральных закупок в США. В целом законодательная основа системы закупок для государственных нужд в США носит двухуровневый характер: - общегосударственное законодательство, регламентирующее организацию процесса государственных закупок и устанавливающее юридические нормы, касающиеся конкретных видов закупок, отнесенных к компетенции соответствующих органов исполнительной власти на федеральном уровне; - специальное законодательство, обеспечивающее реализацию процедур и форм контрактов, а также отражающее требования к информационному обеспечению процессов закупок и анализу их результатов [29]. Национальное законодательство США также регламентирует деятельность органов, ответственных за формирование и использование информационных ресурсов в области государственных закупок.

В. Германия

Достаточно специфичная организация государственных закупок и ее нормативно-правовое регулирование в Германии, где контрактные отношения не выделяются в отдельное законодательство, а являются одним из аспектов антимонопольного законодательства, цель которого предусмотреть невозможность его нарушений, как со стороны заказчика, так и со стороны участников размещения заказа. Для оказания услуг на данный момент национальное законодательство, регламентирующее государственные (публичные) закупки в Германии, включает в себя следующие акты: Положение о заключении публичных контрактов – Die Vergabeverordnung (VgV), Закон о противодействии ограничениям конкуренции – (GVB), Положение об оказании отдельных видов услуг – Sektorenverordnung (SektVO), Положение о заключении публичных контрактов в области Обороны и безопасности (VSVgV). Помимо этого, используется ряд директив ЕС, которые устанавливают пороговые значения финансовых затрат, при которых решается вопрос участия других государств членов ЕС и ВТО при заключении и реализации государственных

(публичных) договоров [26]. Иными словами, нормативно-правовое регулирование государственных (публичных) контрактов в Германии имеет достаточно широкие, но четко выраженные границы и складывается из национального законодательства, специализированных инструкций негосударственного характера, но тем не менее признаваемых государством в качестве обязательных, а также имплементированных в национальное законодательство правовых актов ЕС. Это весьма схоже с нормативно-правовым регулированием государственных закупок в РФ, которое в значительной мере сконцентрировало положения о контрактной системе в специализированных правовых актах. Однако, например, «Положение о заключении публичных контрактов» является по своей сути лишь путеводителем между иными нормативными актами, регулирующими отношения в сфере государственных (публичных) контрактов. В отличие от Закона № 44-ФЗ, который содержит в себе не только положения об иных нормативно-правовых актах, применимых при осуществлении государственных (публичных) контрактов, а также основополагающие принципы, отдельные процессуальные механизмы, применимых при определении поставщика и т.п. Так, например, принципы осуществления государственных (публичных) закупок закреплены в § 97 GWB – Закона о защите конкуренции, в то время как в РФ принципы нашли свое отражение в Главе 1 Закона № 44-ФЗ.

Обобщая сказанное выше, отметим, что, российская контрактная система публичных закупок в настоящее время – это комплексный межотраслевой правовой институт, обеспеченный правовым регулированием ГК РФ, Законом № 44-ФЗ, БК РФ, КоАП РФ и значительным числом подзаконных нормативных правовых актов. Совершенствование действующего законодательства в сфере осуществления публичных закупок открывает новые перспективы для широкого спектра компаний малого и среднего бизнеса, ориентирует направление вектора импортозамещения, определяет выгодные приоритеты развития и преференции российских предпринимателей по отношению к зарубежным поставщикам товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд.

Отдельные черты механизма регулирования государственных закупок в России и за рубежом

Институт государственных закупок является важной составляющей современной российской экономики. Такое положение сложилось в силу того, что огромные по своим объемам заказы поступают на рынок именно от государственных органов и муниципальных образований. Помимо закупки товаров и услуг, государство, являясь крупнейшим заказчиком, выступает одним из важнейших инвесторов, закупаая продукты и услуги для нужд сфер образования, медицины, армии и т.д.

По мнению Т.Г. Шешуковой, в настоящий время государственные закупки - это один из наиболее адекватных, соответствующих времени инструментов преобразования экономики [34]. С этим можно согласиться, ведь с помощью государственных закупок, государство поддерживает российский (национальный) бизнес, в том числе малое предпринимательство, в силу того, что последнему из-за недобросовестной конкуренции и административных препон сложно «встать на ноги» и развиваться. Институт государственных закупок оказывает стимулирующее влияние, что положительным образом сказывается на экономической стабильности малого бизнеса.

В современных условиях проблема совершенствования системы государственных и муниципальных закупок, носящая многоаспектный характер, приобретает все большую актуальность. Для России проблема совершенствования системы государственных и муниципальных закупок определяется тем, что доля государственной собственности в национальной хозяйственной системе сегодня превышает 60%, и в динамике этот процент продолжает расти. С одной стороны, на национальном уровне необходимо решать традиционную проблему повышения уровня открытости и прозрачности системы государственных и муниципальных закупок, что призвано обеспечить достижение максимальной эффективности указанных закупок по соотношению их цены и качества. С другой стороны, перманентные санкции Запада в отношении России приводят к необходимости поиска Российской Федерацией

новых путей обеспечения конкурентоспособности, в том числе при осуществлении государственных и муниципальных закупок в рамках Евразийского экономического союза (ЕАЭС) [28].

Посмотрим на отдельные стороны зарубежного опыта организации государственных закупок в России, США и ФРГ.

А. Россия

В первую очередь, рассмотрим механизм государственных закупок в России, являющийся одним из основополагающих инструментов регулирования экономики, который имеет весомое влияние на ее структуру и динамику и определяет социально-экономическое развитие страны [19].

Порядок проведения закупочной деятельности в России в рамках Закона № 44-ФЗ отличается тем, что в данном законе регулируется каждый шаг закупки. Не допускается наличие каких-либо пробелов или недомолвок. За любое нарушение порядка проведения процедуры следует отмена закупки и наложение штрафных санкций на заказчика. [31] Условно, процесс проведения государственных закупок в России можно разделить на следующие этапы: планирование, размещение государственного заказа (осуществление закупок), заключение контракта, исполнение и предоставление отчетности [23].

Рассмотрим указанные этапы несколько подробнее.

1. Процесс планирования в рамках Закона № 44-ФЗ начинается со сбора потребностей. На стадии сбора потребностей собирается информация о заявках на закупку товаров, работ или услуг, которые включают в себя информацию о наименовании, характеристиках, места поставки, количества, цены и т.д. Следующей стадией планирования, является подготовка и публикация плана графика закупок. План график закупок формируется на три года и включает в себя позиции, которые в свою очередь, содержат всю необходимую информацию о закупке.

2. Вторым условным этапом проведения закупочной процедуры в рамках Закона № 44-ФЗ, является этап размещения заказов (осуществления закупок). Размещение государственного заказа – это процесс проведения конкурсного

отбора среди претендентов, главной целью которого является эффективное и в положенный срок заключение договора по поставке продукции [31]. Важным этапом размещения является выбор способа определения поставщика. В Законе о закупках размещение государственного заказа реализуется путем:

- проведения торгов в виде конкурса или аукциона (в том числе в электронном виде);
- без проведения торгов путем запроса котировок и предложений, а также закупка у единственного поставщика.

После публикации план-графика необходимо разместить в ЕИС закупочную документацию. На основе закупочной документации в ЕИС создается извещение, которое содержит информацию об организации заказчика, краткое описание условий контракта, описание объекта закупки, ИКЗ, способ определения поставщика, сроки подачи заявок участников, а также размер обеспечения заявки и исполнения контракта.

Важным моментом является то, что в рамках Закона № 44-ФЗ все закупки дублируются на отобранных Минэкономразвития электронно-торговых площадках. Обычно, закупка на электронно-торговых площадках проходит стадии подачи заявок, работы комиссии и публикации протокола. На стадии подачи заявок поставщики в рамках ранее опубликованного извещения подают заявки участников в двух частях, которые не видит, как сам заказчик, так и другие поставщики. Первая часть заявки должна содержать согласие поставщика на поставку товара, выполнение работ или оказание услуг на условиях, указанных в конкурсной документации. Вторая часть заявки должна включать в себя: всю информацию о поставщике; копии документов, соответствия товара, работы или услуги требованиям законодательства Российской Федерации; документы о соответствии поставщика на участие в закупке; документы о подтверждении квалификации участника [23]. На данной стадии работы комиссия рассматривает их на соответствие требованиям и выносит оценку. Заявки участников, не соответствующие требованиям документации, не участвуют в оценке. На данной же стадии определяется победитель.

Победителем признается участник, который соответствует всем требованиям закупочной документации, а также предложивший самое выгодное предложение.

3. Заключение государственного контракта. На данной стадии происходит формирование условий допуска к участию в размещении заказа и критериев оценки заявок. Контракт заключается с победителем на условиях, которые были описаны в опубликованном извещении. Также, в контракт включаются условия об ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение как со стороны заказчика, так и со стороны поставщика. При отказе победителя заключать договор, организация окажется в реестре недобросовестных поставщиков сроком на два года, а также потеряет обеспечение контракта.

4. Исполнение контракта подразумевает под собой комплекс мер, реализуемых после заключения контракта, направленных на достижение целей осуществления закупки путем взаимодействия заказчика с поставщиком. На данном этапе, заказчик осуществляет приемку и оплату по указанному в контракте товару, выполненной работе или оказанной услуге.

5. Все заказчики, работающие в рамках Закона № 44-ФЗ обязаны публиковать в ЕИС следующие отчеты: отчет об объеме закупок у субъектов малого предпринимательства, социально ориентированных некоммерческих организаций; информацию об исполнении контракта (результатах отдельного этапа исполнения контракта); отчет по мониторингу реализации крупных проектов с государственным участием [23]. Среди указанных видов отчетов регулярным, то есть публикуемым раз в год является отчет о закупках у СМП и СОНО. Оставшиеся отчеты должны публиковаться в рамках каждой процедуры.

Важно также отметить, что в России, начиная с 2019 г. контрактная система полностью переведена в информационное поле в рамках ЕИС, которая предназначена для обеспечения свободного и безвозмездного доступа к полной и достоверной информации в сфере закупок, используется для проведения закупочных процедур, а также для формирования, обработки и хранения

информации. Закупочные операции и контакты заказчиков и участников осуществляются через электронные площадки [27].

Таким образом, осуществление государственных закупок в России имеет четкую законодательно закрепленную процедуру, состоящую из этапов планирования, размещения, заключения, исполнения, приемки результатов и контроля. Данная последовательность является обязательной при проведении торгов, так как каждая стадия призвана повышать прозрачность проведения закупок и эффективность расходования бюджетных средств. Соблюдение последовательности осуществления государственного заказа и установленных законом требований позволяет сохранить финансовые ресурсы заказчиков и эффективно регулировать контрактную систему государственных закупок.

Б. США

Рассмотрев механизм государственных закупок в России, перейдем к рассмотрению мировых особенностей и тенденций развития систем закупок для государственных нужд. Представляется, что наибольший опыт государственных закупок накоплен в Соединенных Штатах Америки, где много десятилетий складывалась система государственных контрактов и на данный момент она успешно и эффективно регулируется федеральными правилами планирования, размещения и исполнения государственного заказа [24].

В целом система закупок для государственных нужд в США характеризуется следующими особенностями:

- во-первых, система закупок на национальные нужды в США носит децентрализованный характер;
- во-вторых, система закупок, производимых в США непосредственно на государственные нужды, схожа с советской системой материально-технического снабжения – Госснаба СССР;
- в-третьих, осуществление закупок в интересах обеспечения нужд федеральных органов власти в США возложено на единый орган - Управление общих услуг – GSA (General Services Administration);
- в-четвертых, проведение специализированных закупок для государственных нужд осуществляется отдельными ведомствами: Министерством обороны США (Department of

Defense - DoD); Агентством по исследованию и развитию в области энергетики (The United States Energy Research and Development Administration - ERDA); Национальным управлением по авиации и исследованию космического пространства (National Aeronautics and Space Administration - NASA) и др. Нужно заметить, что система государственных закупок США охватывает в общей сложности около 100 федеральных ведомств, представляющих государственный, хозяйственный и научно-технический комплексы; - в-пятых, в США сложилась своеобразная нормативно-методическая структура системы закупок для государственных нужд.

Выше отмечалось, что национальное законодательство США также регламентирует деятельность органов, ответственных за формирование и использование информационных ресурсов в области государственных закупок. Центр данных по федеральным закупкам США периодически издает руководство по представлению информации, который включает следующие основные разделы: - полный перечень отчитывающихся, а также не отчитывающихся по государственным закупкам ведомств; - необходимые инструкции для узлов сбора данных по государственным закупкам в каждом ведомстве; - разъяснения о том, какие данные и с какой периодичностью требуется представлять по государственным закупкам [29].

Центральная информационная система федеральных закупок США является основным источником консолидированной информации о государственных закупках. Эти данные Центральной информационной системы используются в качестве основы для подготовки периодических и специальных отчетов: президенту страны, конгрессу США, бюджетному управлению Соединенных Штатов, федеральным ведомствам, коммерческим структурам и некоммерческим общественным организациям [27].

Центральная информационная система федеральных закупок США, в базе данных которой есть сведения о государственных закупках с 1979 г.:

- готовит и ежегодно выпускает отчеты о государственных закупках;

- составляет отчеты на основе индивидуальных запросов любых потребителей (на платной основе);

- оказывает клиентам помощь в разработке требуемой структуры отчета (на платной основе).

Важную роль в осуществлении государственных закупок в США играет система электронных торгов, призванная:

- автоматизировать рутинные процедуры взаимодействия органов, осуществляющих государственные закупки, с потенциальными подрядчиками;
- существенно снизить затраты ресурсов на выполнение процедур государственных закупок;
- многократно сократить сроки проведения операций по осуществлению государственных закупок.

В то же время электронные торги при осуществлении государственных закупок в США используются в основном для закупок по упрощенным процедурам для контрактов с ограниченной стоимостью (до \$100000), что обусловлено очень жесткой регламентацией процедур осуществления федеральных закупок. Этим регламентам осуществления государственных закупок полностью удовлетворяет вариант их проведения с помощью документов на бумажных носителях. В то же время указанные регламенты создают определенные сложности при осуществлении государственных закупок посредством электронных торгов.

Важными условиями эффективного применения электронных торгов при осуществлении государственных закупок являются:

- развитое законодательство в сфере регулирования использования Интернет-технологий, средств связи и защиты информации, отвечающее принципам управления системой государственных закупок;
- разработка и внедрение базовых стандартов безопасности для компьютерных сетей, обслуживающих государственные закупки.

Значительным и принципиальным отличием двух систем является то, что в США система государственных закупок является централизованной, в России – децентрализованной. В обеих системах, безусловно, есть свои минусы и

плюсы, но, как показывает практика, централизованная система является более стабильной и надежной, хотя менее оперативной и более бюрократизированной. Считается, что одним из главных преимуществ централизованной системы является низкий уровень коррупции. Это связано с тем, что основной процесс закупок производится крупными центрами, которые выполняют функцию государственных закупок за других [16]. В качестве еще одного важного отличия следует назвать то, что в системе государственных закупок США государственный заказчик не ищет мнимой экономии, связанной с ценой контракта, напротив, он заключает контракты с целью получения минимальных издержек и с минимальным ущербом экономике в целом. В нашей же системе цена является приоритетным показателем, несмотря на возможный ущерб в перспективе из-за таких контрактов [25].

В. Германия

Конечно, есть примеры эффективной децентрализованной системы государственных закупок, например в Германии, хотя, там уровень развития системы государственных закупок и экономики в целом гораздо выше. Все же, наряду с системой государственных закупок США давайте обратим внимание на опыт организации государственных закупок в Германии.

ФРГ как член ЕС ведет закупочную деятельность в полном соответствии с положениями законодательства Евросоюза, касающегося государственных закупок. Адаптация национального законодательства Германии в сфере размещения государственных заказов к требованиям Евросоюза происходила достаточно просто, поскольку ФРГ всегда ориентировалась в организации государственных закупок на основные принципы, определяющие функции и задачи государства при управлении системой государственных закупок, включая создание конкурентной среды, исключение дискриминации и т.д., позволяющие в конечном итоге рационально расходовать государственные средства [29]. Положения, касающиеся порядка осуществления государственных закупок, отвечающие требованиям законодательства ЕС, изложены в законе ФРГ о недопустимости ограничения конкуренции, то есть в антимонопольном законе.

Эти положения полностью соответствуют требованиям Евросоюза об удовлетворении государственных нужд посредством закупок на основе принципов рыночной экономики. Однако, в национальной системе государственных закупок Германии наблюдается и определенная специфика.

Во-первых, в Германии система контроля государственных закупок представлена двумя инстанциями: 1) апелляционной – в форме независимых учреждений; 2) судебной – в форме судебных органов. Практика осуществления государственных закупок в Германии показала, что возможности оспаривать решение о размещении государственного заказа в указанных инстанциях дают позитивные результаты, поскольку публикации, выносимых этими инстанциями вердиктов способствуют дальнейшему развитию права конкуренции в сфере государственных закупок.

Во-вторых, позитивным моментом реализации государственных закупок в ФРГ является установленный законом для апелляционной и судебной инстанции ускоренный порядок рассмотрения жалоб на действия государственного заказчика. Это очень важно, поскольку в этом случае обжалование решений государственного заказчика не приводит к задержке инвестирования средств. Здесь уместно вспомнить, что в России ФАС подобные апелляции имеет право рассматривать в течение полугода, и это безусловно негативно сказывается на развитии прав конкуренции в сфере государственных закупок и увеличивает период производственно-сбытового цикла в хозяйственном обороте.

В-третьих, важным аспектом системы государственных закупок в Германии является децентрализация процессов закупок для удовлетворения государственных нужд, когда и федеральные, и региональные, и местные органы власти, и частные структуры, функционирующие в секторах жизнеобеспечения районов страны, размещают в соответствии с национальным законодательством заявки на государственные заказы самостоятельно и под свою ответственность.

В-четвертых, значимым фактором осуществления государственных закупок в ФРГ является использование раздельной системы правил размещения государственных заказов, предусматривающей, в том числе, использование

различного порядка контроля и обжалования действий заказчика: - с одной стороны это государственные заказы, которые в денежном выражении находятся выше пороговых величин, предусмотренных директивами Евросоюза; - с другой стороны это государственные заказы, которые в денежном выражении находятся ниже пороговых величин, предусмотренных соответствующими директивами ЕС.

В-пятых, на развитие системы государственных закупок в Германии позитивно влияет взаимодействие федерального министерства экономики, ответственного за организацию процессов государственных закупок, с участниками процесса государственных закупок, чтобы добиться общего подхода в понимании положений нормативных актов и рассмотрения на регулярной основе предложений по их совершенствованию.

В-шестых, представляет интерес работа в ФРГ общественной организации «Форум госзаказа», которая усилиями ученых и профессиональных экспертов на протяжении длительного времени: - с одной стороны, обеспечивает анализ новых явлений и процессов, происходящих в сфере государственных закупок как в Германии, так и за рубежом; - с другой стороны, формирует отношение профессионального сообщества к нововведениям, происходящим в сфере государственных закупок.

Реакция профессионального сообщества в сфере государственных закупок в Германии на динамику развития системы государственных закупок в стране и в мире выражается: - в доведении на регулярной основе своего мнения до сведения правительства; - в присуждении (ежегодно) от имени «Форума госзаказа» премии за лучшую научную работу в сфере государственных закупок (Public Procurement Award).

В-седьмых, в Германии в государственных учреждениях практикуется назначение независимых лиц, ответственных за размещение государственных заказов. Работа этих лиц контролируется вышестоящими органами надзора и представителями Счетной палаты ФРГ. Такая практика внедрена потому, что заказчики нередко предпринимают попытки обходить отдельные положения

законодательства о государственных закупках и снять с себя часть обязательств, что приводит к случаям недобросовестной конкуренции.

В-восьмых, важное значение в системе реализации государственных закупок ФРГ играет внедрение систем обеспечения качества у государственных заказчиков и подрядчиков, направленных, в том числе на обеспечение мер по борьбе с коррупцией в сфере государственных закупок.

В свете рассматриваемого вопроса интересно также отметить, что в Федеральном агентстве по закупкам Германии (Federal Procurement Agency) как правительственном учреждении, осуществляющем закупки для федеральных органов государственной власти, фондов и научно-исследовательских институтов, наряду с Федеральной службой оборонных технологий и закупок (Federal Office for Defence Technology and Procurement) сформирован комплекс механизмов, обеспечивающих профессионализм и высокую квалификацию сотрудников, включая: - службу профессиональной поддержки; - службу по организации семинаров и тренингов по предотвращению коррупции; - совет по предотвращению проявлений коррупции.

Более того, в Федеральном агентстве по закупкам Германии для новых сотрудников обязательно участие в тренингах по предотвращению коррупции. В агентстве также используется такой механизм противодействия коррупции как регулярная ротация персонала (раз в 5-8 лет). Указанный механизм, с одной стороны, нацелен на устранение установления длительных контактов сотрудников агентства с поставщиками, а с другой, обеспечивает расширение профессиональных возможностей сотрудников агентства.

Г. Отдельные черты механизма госзакупок в иных странах

Немало положительных черт можно выделить и в системах государственных закупок других стран. Так, например, в Австралии прозрачность государственных закупок обеспечивается обязательной публикацией в сети Интернет всей информации о государственной закупке, включая: план закупок заказчика, извещение о конкретной закупке, документация к конкретной закупке, сведения об исполнении контракта. В

соответствии с национальными правилами госзакупок все заказчики обязаны публиковать извещение и документацию о государственных закупках стоимостью свыше десяти тысяч австралийских долларов. На портале системы госзакупок AusTender (www.tenders.gov.au) помимо стандартных документов о закупках представляется большой объем следующей статистической информации о государственных закупках: - статистика участия в государственных закупках индивидуальных предпринимателей, предприятий малого и среднего бизнеса; - сведения о контрактах на поставку в интересах государственных нужд с иностранными поставщиками; - информация о лучших категориях товаров и услуг с учетом анализа стоимости контрактов; - список лучших поставщиков товаров и услуг.

А вот в Бразилии, например, прозрачность государственных закупок обеспечивается предоставлением информации на «Портале прозрачности» – Transparency Portal (www.portaldatransparencia.gov.br), где помимо этого предоставляется информация о расходах на осуществление государственных закупок и об исполнении бюджета в целом. Особенности системы Transparency Portal, связанные с отсутствием требований прохождения регистрации и получение пароля, а также с автоматическим (без выполнения специальных операций) режимом наполнения информации посредством извлечения необходимых сведений из информационных систем органов государственной власти, обеспечили национальной системе Transparency Portal широкую международную известность и признание как реализующей лучшую технологию обеспечения прозрачности и предотвращения проявлений коррупции в сфере государственных закупок.

В Великобритании существует практика обсуждения государственных закупок, по сценарию включающему: - описание характера закупки, - разъяснение участнику закупки процедуры рассмотрения и оценки заявок; - обсуждение достоинств и недостатков предложения участника закупки заказчиком; - заслушивание мнения поставщика о процессе закупки, проблемах, с которыми он столкнулся при осуществлении закупки; - вопросов, касающихся

итогах закупки. При этом, в Великобритании опрос участников проводится в течение 15 дней после заключения контракта в форме личной беседы (по телефону) или видеоконференции. Возглавляет процедуру руководитель закупки. Важным аспектом данной дискуссии является то, что на всех ее этапах запрещено раскрывать информацию о предложениях других поставщиков. Результаты обсуждения фиксируются и сохраняются в документах о закупке. Материалы с такими обсуждениями снижают вероятность юридических проблем, а также повышают уровень доверия поставщиков к процедурам закупки.

В Канаде в целях обеспечения единства системы государственных закупок в стране существует Кодекс этического поведения государственного заказчика (The Code of Conduct for Procurement), закрепляющий требования, согласно которым представитель заказчика: - руководствуется в своей деятельности нормами законодательства о государственных закупках; - обязан незамедлительно сообщить в письменной форме о фактах подкупа или нарушений законодательства о государственных закупках; - должен избегать конфликта интересов, в том числе связанный с семейным положением; - не должен принимать подарки от интересантов участия в системе государственных закупок.

В отношении поставщиков в Кодексе этического поведения установлены требования, согласно которым поставщик не должен склонять заказчика к нарушению закона и нанимать сотрудников контрактной службы в течение установленного Кодексом периода времени.

Одним из мировых лидеров в сфере информационного обеспечения государственных закупок является Южная Корея. В распоряжении центрального ведомства Южной Кореи по государственным закупкам есть полностью интегрированная, сквозная система электронных закупок KONEPS (www.pps.go.kr), которая охватывает весь цикл электронных закупок, начиная с регистрации участников и заканчивая контролем и оплатой контракта. Система электронных закупок KONEPS обеспечивает электронный обмен документами,

связанными с закупками, с большим количеством (более 140 внешних систем), обеспечивая полную автоматизацию процесса государственной закупки, включая: - сбор данных о квалификации поставщика; - формирование отчета о поставке; - выставление счета-фактуры; - обеспечение электронной оплаты контракта.

В целях исключения злоупотреблений и коррупционных проявлений в сфере государственных закупок в стране используются электронные сертификаты, обеспечивающие распознавание отпечатков пальцев (Fingerprint Recognition e-Bidding). Благодаря этой системе пользователь может осуществить закупку для одной организации только с применением биометрического ключа доступа. Единая база биометрических данных пользователей при этом отсутствует. Информация с отпечатками пальцев хранится только в электронном файле поставщика, что обеспечивает конфиденциальность данной информации.

Если говорить об общих подходах к осуществлению государственных закупок в разных странах, то можно отметить, что практически во всех странах G20 в интересах обеспечения прозрачности закупок практикуются публикации решений об определении поставщика и о заключении контракта с победителем государственных закупок [30]. В интересах обеспечения единства и целостности национальной системы государственных закупок в странах G20 используется три вида нормативно-правовых актов, определяющих этические нормы поведения участников системы государственных закупок: во-первых, это законы и подзаконные нормативные правовые акты, практикуемые в Австралии, США, Южной Корее и ряде стран ЕС (Австрия, Бельгия, Великобритания, Испания, Чехия); во-вторых, это отдельный свод правил этического поведения в сфере государственных закупок, практикуемые в Бразилии, Канаде, Мексике, Турции и ряде стран ЕС (Нидерландах, Франции); в-третьих, это рекомендации, касающиеся осуществления процедур государственных закупок, практикуемые в ряде стран ЕС (Дания, Ирландия, Германия).

В целом анализ современных особенностей развития систем закупок для государственных нужд в отдельных странах мира позволяет выделить

следующие общие тенденции их развития: - открытость и прозрачность; - обеспечение качества процедуры закупки; - соблюдение этических норм поставщиками и заказчиками; - непрерывное совершенствование системы; - обеспечение качества закупаемых товаров и услуг; - безопасность; - обеспечение оперативности закупки; - усиление обратной связи с участниками системы; - минимизация государственных расходов.

Таким образом, современные тенденции развития систем закупок для государственных нужд в мировой практике обусловлены поиском рациональных пропорций между: - открытостью и прозрачностью систем государственных закупок, с одной стороны, и их безопасностью для государства, с другой стороны; - минимизацией бюджетных расходов на государственные закупки, и обеспечением должного качества закупаемых товаров и услуг; - усилением обратной связи с участниками системы государственных закупок, и непрерывным совершенствованием системы государственных закупок; - обеспечением оперативности государственных закупок, и обеспечением качества процедур государственных закупок; - соблюдением этических норм поставщиками при государственных закупках, с одной стороны, и соблюдением этических норм заказчиками, с другой.

Возможные перспективы использования зарубежного опыта для развития российской контрактной системы

В России развитие современной системы государственных закупок началось в 1990-х гг. с установления принципа добровольности заключения контракта между поставщиком и государственными заказчиками. В настоящее время система государственных закупок – это контрактная многоуровневая система, основанная на единых подходах и принципах. На систему государственных и муниципальных закупок выделяется значительная доля бюджетных средств, порой превышающая треть всех расходов. При этом, средства, выделяемые из бюджетов на государственные закупки, направляются как на приобретение определенных товаров, работ, услуг, непосредственно необходимых для осуществления деятельности государственных органов-

заказчиков, так и на инвестиционные товары, с помощью которых государство воздействует на национальную экономику. Государство закупает необходимую продукцию для нужд здравоохранения, армии, культуры, спорта, образования. Большая часть средств идет на закупку продукции, необходимой для реализации государственных программ.

Складывающаяся система государственных закупок положительно влияет на экономику, повышает деловую активность и эффективность национальной экономики, но этим не ограничивается. Система государственных и муниципальных закупок экономит бюджетные средства, что положительно влияет на развитие государственной экономической системы и на расходные статьи бюджета.

В целом следует подчеркнуть, что за 30 лет в Российской Федерации:

- создана нормативно-правовая база регулирования системы государственных и муниципальных закупок;
- создана информационная прозрачность государственных и муниципальных закупок;
- сформулирован регламент внедрения закупок;
- определена ответственность поставщика и заказчика закупок;
- сформулированы основные требования контроля за эффективным расходом бюджетных средств;
- определены правила участия иностранных поставщиков в закупках [34].

В этой связи не лишним будет, на наш взгляд, напомнить, что в настоящее время в Российской Федерации указанные выше федеральные законы всесторонне регулируют и регламентируют почти все процессы, связанные с государственными закупками. Финансовое обеспечение государственных закупок происходит за счет средств федерального, регионального и местного бюджетов, в зависимости от статуса заказчика. Все действия заказчика и поставщика контролируются Федеральной антимонопольной службой (ФАС РФ), которая проверяет участников закупочной деятельности на предмет соблюдения соответствующего законодательства. Если выявляются нарушения законодательства или условий контракта, а также случаи одностороннего отказа от заключения контракта или его расторжения, юридические или физические

лица, выступающие в сфере государственных и муниципальных закупок в лице поставщика, подрядчика или исполнителя, включаются в Реестр недобросовестных поставщиков. Данный реестр был создан с целью снижения рисков заключения контрактов с недобросовестными исполнителями.

Несмотря на достигнутые успехи, система государственных закупок в России, играя важную роль в системе национального товарооборота продукции, а также стимулируя конкуренцию и национальную экономику в целом, должна развиваться и далее с учетом зарубежного опыта.

Настоящее исследование показывает, что в современных условиях в мировой практике государствами широко используются системы общественных закупок, созданные и функционирующие на основе принципиально разных моделей, включая централизованную, децентрализованную и смешанную системы. Особенности организации механизма госзакупок и его регулирования во многом зависят от системы государственного управления, традиций взаимодействия хозяйствующих субъектов в условиях государственного регулирования, их деятельности, развития взаимосвязей и в целом от экономического уровня стран, а также воздействия внешних факторов в условиях глобальной экономики.

Зарубежный опыт государственных закупок представляет несомненный интерес, поскольку поможет разработать и внедрить в российскую практику государственных закупок новые подходы. В этой связи, считаем целесообразным еще раз остановиться на положительном опыте реализации политики США и ФРГ в области организации и регулирования института государственных закупок, которые, на наш взгляд, могут быть применены к российской действительности.

Как показало проведенное исследование, национальная система государственных закупок США можно охарактеризовать такими признаками, как: – жесткая регламентация процедур, взаимодействие и контроль между ведомствами дают возможность противодействовать коррупции; – обширное использование методики планирования государственных нужд; –осуществление

конкурсных торгов согласно единой методологии, применение библиотеки типовых контрактов и банка данных полезных свойств закупаемой продукции; – применение отличающихся друг от друга механизмов контроля исполнения контрактов, анализ эффективного обеспечения государственных (публичных) нужд и системы управления поставками продукции; – специальные информационные средства управления контрактными системами решают проблему публичной открытости и гласности абсолютно всех контрактных процессов и их итогов [20].

Большое значение в практике США придается процедуре планирования государственного заказа. Прогноз закупок представляет собой план-график размещения государственного заказа. При этом в США планирование основано на контроле каждой закупки на всех этапах реализацией контракта. В соответствии с Законом № 44-ФЗ в 2015 году план-график стал структурированным, что позволяет видеть все внесенные изменения, тем самым, поддерживается принцип открытости. Однако эта область требует более тщательной разработки, чтобы сделать план-график более эффективным.

Федеральная контрактная служба США предоставляет полную информацию о планировании государственных закупок. Это позволяет узнать об осуществлении государственных закупок еще до торгов. В системе общего доступа можно найти информацию по каждой интересующей закупке. В перечень данных, которые входят в информационный лист о закупке, включается: - наименование органа-заказчика; - ценовой диапазон; - формы контракта, в т.ч. форма его реализации; - данные об ответственных лицах.

В Российской Федерации сейчас ситуация складывается так, что данная практика размещения государственного заказа приближается в этом отношении к опыту США, у причастных органов в планах полная прозрачность всех процессов [24].

Федеральная контрактная система США примечательна своим разветвленным организационно-функциональным аппаратом, который управляется единым центром. Иными словами, главным преимуществом

системы государственных закупок в США является ее централизация, когда заказчиком выступает один специализированный государственный орган, благодаря чему значительно сокращаются расходы бюджетных средств по сравнению с децентрализованной системой, действующей в России, в которой заказчиком выступает любой государственный орган или бюджетная организация [36]. По нашему мнению, данный опыт был бы полезен в России в настоящих условиях. Центральным органом управления закупками в США выступает Офис государственного заказа США. Далее, что, возможно, необходимо как практика для применения в РФ из американского опыта - в США большое значение уделяется квалификации чиновников, которые отвечают за планирование государственного заказа. Перед ними ставятся высокие требования, т.к. вопрос их компетенции затрагивает интересы государства. В российской действительности, по словам многих ученых, серьезная проблема связана именно с квалификацией кадров в сфере государственных закупок, из-за чего теряется эффективность реализации бюджетных средств. Однако в настоящее время законодатель ужесточает санкции за нарушение предписаний закона в сфере подготовки кадров [33].

С 1 января 2015 года в российской системе государственных закупок было введено двухуровневое планирование - среднесрочное и оперативное. К среднесрочному можно отнести трехлетние планы закупок. Помимо этого, заказчики обязаны формировать подробные планы-графики закупок на текущий год, т. е. оперативное планирование.

Много положительных черт, которые Россия могла бы взять на вооружение, имеет также контрактная система ФРГ. Исходя из того, что Германия входит в состав ЕС, на нее накладываются обязанности по исполнению союзного законодательства. Однако законодательство Европейского союза заимствовало некоторые положения законодательства Германии в вопросах невозможности ограничения конкуренции и недопустимости создания монополий [24]. Контроль над процедурами государственных закупок в Германии интересен тем, что он представляет собой двухуровневую систему,

которая включает в себя апелляционную инстанцию и судебную. В ФРГ чрезвычайно популярна возможность оспаривать итоги размещения заказа, в силу того, что решение, принимаемое по итогам торгов, публикуется в официальных источниках, что влечет за собой повышение прозрачности в области информирования населения и иных участников государственных закупок. Важно также подчеркнуть, что решения, принимаемые апелляционной и судебной инстанциями, которые контролируют исполнение системы государственных закупок, публикуются в различных источниках и служат для дальнейшего развития законности проведения государственных закупок. Жалобы рассматриваются в ускоренном порядке, что позволяет не задерживать приобретение товаров и услуг [17].

Еще один аспект, на который, на наш взгляд, России необходимо обратить внимание, это то, что в Германии по итогам торгов участник, который предложил наиболее выгодные для заказчика условия получает возможность заключить контракт. Очень важно отметить тот факт, что в Германии, в отличие от большинства стран, под выгодой для заказчика понимается не самая низкая цена, а качественный товар по доступной цене, именно это является первостепенной целью заказчика - доступная цена за качественный товар. Иными словами, после проведения торгов в Германии контракт на поставку товаров и услуг для нужд государства заключается с более выгодным участником с экономической точки зрения. При этом экономической выгодой в Германии считается не снижение цены в результате проведения торгов, и не приобретение самых дешевых товаров, работ и услуг. Для Германии получение качественных товаров по приемлемой и доступной цене – вот, что является основной экономической выгодой торгов. Кроме того, следует обратить внимание и на то, что одним из механизмов обеспечения контроля над размещением государственного заказа в ФРГ является деятельность общественной организации экспертов и ученых «Форум госзаказа». Эта организация помогает производить обмен мнениями, формировать отношение к новым явлениям в сфере государственных закупок. В результате многие вопросы можно рассмотреть со стороны независимых

экспертов, найти новые решения проблем, а также это помогает реализовывать принцип открытости и достоверности.

Рассмотрим возможности использования опыта передовых стран в российской практике организации государственных закупок. Российское законодательство предусматривает регулирование всех стадий закупочного процесса: планирование закупок (на 1-3 года); определение поставщика и заключение контракта; исполнение контракта и отчетность. Все это сопровождается сквозным мониторингом, контролем и аудитом [22].

Так же, как и в США и Германии, данный закон регулирует отношения, которые направлены на обеспечение государственных и муниципальных нужд в целях повышения эффективности, результативности осуществления закупок товаров, работ, услуг. Главными принципами является гласность и прозрачность осуществления закупок, предотвращения коррупции и других злоупотреблений. Важной особенностью Закона № 44-ФЗ является выстраивание четкой контрольной системы.

В рамках этой системы проводимые закупки проходят: ведомственный контроль; контроль со стороны контрольных органов в сфере закупок, органов казначейства, органов внутреннего финансового контроля и общественный контроль общественных объединений, объединений юридических лиц. Кроме этого закупки подлежат аудиту, который осуществляется Счетной палатой РФ, контрольно-счетные органы субъектов РФ и муниципальных образований. Минэкономразвития России реализует мониторинг закупок.

Суть российской системы государственных и муниципальных закупок заключается в том, что ключевым вопросом является не процесс выбора победителя торгов, с которым заключается контракт, а качество проведения процедуры государственных закупок. Однако процессу выбора поставщика необходимо уделить особое внимание.

Здесь возникает еще одна проблема - это составление технического задания к товару. Сложность заключается в том, чтобы не нарушить законы о конкуренции и прописать нужные характеристики товара, не ущемляющие

участников закупки. Это также может привести к заключению договора с поставщиком, предоставляющим некачественный товар или услугу.

Главным отличием российской системы организации государственных закупок от немецкой является то, что критерием при выборе поставщика товаров является цена. В законодательстве меньше внимания уделяется качеству товаров при выборе поставщиков. Это помогает сэкономить бюджетные деньги, но возрастает возможность поставки некачественного товара.

Таким образом, международный опыт государственных закупок представляет заинтересованность с целью исследования и введения ранее не применяемых подходов к организации отечественных государственных закупок, при помощи государственных закупок осуществляется выполнение социальных и экономических программ страны, поощряется формирование в области народного хозяйства, в том числе инновационных проектов, поддерживается продукция национальных производителей, кроме того регулируются определенные общественные процессы. Опыт западных стран может помочь повысить эффективность процедуры организации государственных закупок. Если при определении экономически выгодного участника будет учитываться качество товара, как в Германии, это поможет приобретать качественные товары по доступной цене.

Из практики США Россия может использовать подход к формированию структуры организации закупок с единым центром, что усилит контроль над размещением государственного заказа.

В целом, на наш взгляд, в целях совершенствования отечественной системы государственных закупок России, как и большинству развитых стран мира, необходимо принять основополагающие требования, на которых и должен быть ориентирован процесс закупок для государственных нужд. Эти требования включают следующее:

1. Проведение государственных закупок должно осуществляться публично, информация по процедурам должна быть общедоступна. При этом необходимо соблюдать принцип «презумпции открытости информации»,

заключающийся в том, что пользователь информации не обязан объяснять причины, по которым он запрашивает эту информацию, а государственный орган должен доказать, ссылаясь на нормы законодательства, почему он отказывает в предоставлении этой информации.

2. Государственные закупки должны совершаться с максимальной эффективностью (соотношение цены и качества товаров, работ или услуг), что должно реализовываться путем повышения конкурентности в процедурах государственных закупок, расширения географии подрядчиков и т.д.

3. Процедуры должны осуществляться таким образом, чтобы все виды издержек заказчиков на осуществление закупок были минимизированы.

4. Результаты государственных закупок и действия конкретных заказчиков должны быть подконтрольны распорядителям бюджетных средств, а также специальным уполномоченным органам.

Заключение

Подводя итоги исследования, можно сформулировать следующие выводы. Правовое регулирование государственных закупок играет очень важную роль в системе государственных отношений, как внешнеполитических, так и внутри страны. Показатели эффективности правоприменения в области контрактной системы далеки еще от совершенства, отраслевые нормы не всегда являются дополнением друг друга, а их количество и скорость изменения придают путаницу. Значительное нагромождение норм из разных отраслей права приводит к тому, что субъекты финансовых и экономических правоотношений, являющиеся реальными и потенциальными участниками процедуры поставки товаров, работ и услуг для публичных нужд, теряются в массиве норм права, не успевают следить за потоком их изменения, соотношением юридической силы таких изменений, неверно трактуют нормы права и т.д. Это в свою очередь, порождает проблемы в правоприменительной практике в сфере государственных и муниципальных закупок, нарушает работу контрактной системы как целостного механизма.

На наш взгляд, выход видится в проведении масштабной систематизации нормативного материала и подготовке единого кодифицированного правового акта «О контрактной системе публичных закупок». Единый кодекс контрактной системы должен олицетворять общую систему праворегулирования, исходя из общих принципов контрактной деятельности, содержать общий и типовой унификатор закупочной процедуры и документации, единый перечень правонарушений в данной области и т.д.

Проведение сравнительных исследований нормативной базы регламентирующей закупочную деятельность в России с другими странами может помочь в совершенствовании отечественного законодательства. Законодательство о государственных закупках в разных странах мира развивалось с особенностями правовых систем и традиций. В силу этого наблюдаются заметные различия в структуре законодательства, а также различия в соотношении законов (актов) в общем объеме нормативных документов по вопросу закупок.

В качестве решения возникающих проблем считаем целесообразным устранить противоречия между нормами Закона № 44-ФЗ и ГК РФ посредством внесения соответствующих изменений и дополнений в Гражданский кодекс РФ, при этом применять его как основной кодифицированный акт в области гражданского законодательства, с учетом норм специального Закона № 44-ФЗ.

Совершенствование действующего законодательства в сфере осуществления публичных закупок открывает новые перспективы для широкого спектра компаний малого и среднего бизнеса, ориентирует направление вектора импортозамещения, определяет выгодные приоритеты развития и преференции российских предпринимателей по отношению к зарубежным поставщикам товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд.

Список литературы

1. Конституция Российской Федерации. Принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г., с учетом поправок, внесенных Законами РФ о

поправках к Конституции РФ от 1.07.2020. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_28399/7faf10d5db4889ccd421abd45b63fd2b43a3dea7/ (дата обращения: 13.12. 2020)

2. Бюджетный кодекс Российской Федерации от 31.07.1998 № 145-ФЗ (ред. от 01.10.2020) // Собрание законодательства РФ. - 1998. - № 31. - Ст. 3823. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_19702/ (дата обращения: 13.12. 2020)

3. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 31.07.2020) // Собрание законодательства РФ. - 1994. - № 32. - Ст. 3301. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/ (дата обращения: 13.12. 2020)

4. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 № 14-ФЗ (ред. от 27.12.2019, с изм. от 28.04.2020) // Собрание законодательства РФ.- 1996.- № 5.- Ст. 410. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_9027/#dst0 (дата обращения: 13.12. 2020)

5. Федеральный закон от 05 апреля 2013 года N 44-ФЗ (ред. от 27.06.2019) «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.10.2019). URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_144624/ (дата обращения: 13.12. 2020)

6. Федеральный закон от 02.05.2006 № 59-ФЗ «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации» (ред. от 27.12.2018) // Собрание законодательства РФ. - 2006. - № 19. - ст. 2060. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_59999/ (дата обращения: 13.12. 2020)

7. Федеральный закон от 06.04.2011 № 63-ФЗ «Об электронной подписи» (ред. от 08.06.2020) // Собрание законодательства РФ.- 2011.- № 15.-

Ст. 2036. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_112701/ (дата обращения: 13.12. 2020)

8. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 18.05.2017 № 303-ЭС16-19977 по делу № А37-499/2016 // СПС КонсультантПлюс.

9. Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 13.07.2016 № Ф06-10222/16 по делу № А49-9838/2015;

10. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 14.03.2016 № Ф05-20049/15 по делу № А41-29146/2015 // СПС КонсультантПлюс

11. Буралова М.А. Нормативно-правовое обеспечение государственных и муниципальных закупок для государственных и муниципальных нужд / М.А. Буралова, Т.Р. Матаева // Влияние новой геополитической реальности на государственное управление и развитие Российской Федерации. Материалы II Всероссийской научно-практической конференции. Под редакцией З.А. Саидова.- 2019.- С. 121-124.

12. Ванин В.В. Правовое регулирование удовлетворения государственных нужд в рыночной экономике России: теория и практика: автореф. дис. ... д-ра юрид.наук: 12.00.03, 12.00.14 / В.В. Ванин.- Ростов-на-Дону, 2007. С. 12.

13. Варламов Е.А. Нормативно-правовая база, регулирующая сферу государственных и муниципальных закупок в Российской Федерации / Е.А. Варламов, А.М. Савина // Colloquium-journal.- 2019.- № 15-8 (39).- С. 46-52.

14. Вилкова Н.Г. Особенности правового регулирования контрактной системы в сфере / Н.Г. Вилкова, А.С. Гриневиц // Вестник современных исследований.- 2019.- № 1.14 (28).- С. 13-17.

15. Герасименко А.А., Иванов А.М. О понятии и принципах государственных закупок // Теология. Философия. Право. 2020. №1. С.95-105.

16. Дайрабаева Н.К. Зарубежный опыт организации государственных закупок на примере США / Н.К. Дайрабаева // Вестник КарГУ.- 2017.- №3.- С. 115-118.

17. Зарубежный опыт организации государственных контрактов / А.Ю.Андреев, П.В. Путков, И.В. Павлова // Актуальные проблемы экономики, учета, аудита и анализа в современных условиях. Сборник научных работ студентов, аспирантов и профессорско-преподавательского состава по итогам Национальной научно-практической конференции. Под редакцией М.В. Петровской, В.З. Чаплюка, Л.Н. Сорокиной.- 2019.- С. 364-370.
18. Липатова Е.А. Нормативно-правовое обеспечение государственных закупок для государственных нужд / Е.А. Липатова // Синергия Наук.- 2020.- № 43.- С. 722-729.
19. Лунёва А.В. Правовое регулирование закупок в эпоху цифровой экономики / А.В. Лунёва // Юридические науки, правовое государство и современное законодательство. Сборник статей X Международной научно-практической конференции.- 2020.- С. 51-54.
20. Паулов П.А. Опыт управления закупками в США / П.А. Паулов, В.А. Сотникова // Бюллетень науки и практики.- 2018. Т. 4.- № 11.- С. 401-404.
21. Перова Г.С. Закон принят, вопросы возникли / Г.С. Перова // СПС КонсультантПлюс, 2005.
22. Постникова Е.В. Эволюция правового регулирования свободы предоставления услуг в Европейском Союзе / Е.В. Постникова // Международное право и международные организации.- 2012.- № 4.- С. 93-111.
23. Романов А.В. Анализ механизма проведения государственных закупок в рамках 44-ФЗ / А.В. Романов // Роль науки и образования в модернизации современного общества. Сборник статей по итогам Международной научно-практической конференции.- 2019.- С. 157-160.
24. Росляков А.А. Сравнительно-правовой анализ систем государственных закупок в РФ, США и ФРГ / А.А. Росляков // Наука XXI века: актуальные направления развития.- 2020.- № 1-2.- С. 593-597.
25. Ростовцева Н.А. Опыт системы государственных закупок в США и ФРГ для применения в России / Н.А. Ростовцева // Научный альманах.- 2018.- № 11-1 (49).- С. 185-189.

26. Садовский Ян.В. Система государственных закупок ФРГ / Ян.В. Садовский // Актуальные проблемы административного, финансового и информационного права в России и за рубежом. Материалы межвузовской научной конференции на базе кафедры административного и финансового права Юридического института Российского университета дружбы народов. Российский университет дружбы народов; отв. ред. А. Р. Батяева.- 2016.- С. 240-248.
27. Салихов Д.Р. Государственные и корпоративные закупки: современное состояние и перспективы правового регулирования / Д.Р. Салихов // Аллея науки.- 2018. Т. 2.- № 5 (21).- С. 257-267.
28. Тебекин А.В. Проблемы развития системы государственных и муниципальных закупок в России и потенциальные пути их решения в рамках единого экономического пространства ЕАЭС / А.В. Тебекин, В.Г. Жигулин // Маркетинг и логистика.- 2018.- № 2 (16).- С. 93-105.
29. Тебекин А.В. Современные мировые особенности и тенденции развития систем закупок для государственных нужд / А.В. Тебекин, В.Г. Жигулин // Транспортное дело России.- 2018.- № 4.- С. 85-92.
30. Устинова О.Е. Зарубежный опыт управления государственными закупками и особенности российской практики в условиях реформирования контрактной системы / О.Е. Устинова // Инновационное развитие экономики.- 2019.- № 2 (50).- С. 183-187.
31. Федотов Д.А. Механизм проведения государственных закупок в России / Д.А. Федотов // Вектор экономики.- 2019.- № 1 (31).- С. 77-87.
32. Чуприн М.Г. Соотношение норм частного и публичного права как правовая сущность законодательства о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд / М.Г. Чуприн // Юрист.- 2020.- № 6.- С. 43-48.
33. Шедько В.М. Государственные закупки и механизм их реализации / В.М. Шедько // Державинские чтения. Сборник статей XIV Международной

научно-практической конференции. Отв. редактор О.И. Александрова.- 2019.- С. 213-216.

34. Шешукова Т.Г. Система государственных закупок: понятие, влияние на экономику / Т.Г. Шешукова // Международный бухгалтерский учет. - 2018. - Т. 21, № 5. - С. 520 – 527.

35. Эсаулова Р.М. История развития правового регулирования государственных закупок в России / Р.М. Эсаулова // Проблемы эффективного использования научного потенциала общества. Сборник статей Международной научно-практической конференции.- 2018.- С. 157-163.

36. Юдин Д.В. Система государственных закупок как механизм повышения эффективности использования бюджетных средств / Д.В. Юдин // Международный журнал гражданского и торгового права.- 2020.- № 1.- С. 120-125.

НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ СТРУКТУРЫ МЕЖДУНАРОДНЫХ КОНТРАКТОВ

Мисайлидис Стрикис Лаура

Магистр 2 курса Юридической школы,

Дальневосточный федеральный университет,

Россия, г. Владивосток

laura.strikis@gmail.com

Научный руководитель:

Иванов Александр Михайлович

канд. юрид. наук, доцент кафедры теории и истории

государства и права Юридической школы

Дальневосточного федерального университета,

г. Владивосток

Ami_25.07@bk.ru

RELEVANT POINTS IN THE COMPOSITION OF INTERNATIONAL CONTRACTS

Laura Misailidis Strikis

2nd year master's student of the Law School

of the Far Eastern Federal University

Russia, Vladivostok

Aleksandr M. Ivanov

Dr. of Law, Associate Professor

of the Chair of Theory & History of State and Law,

Law School of FEFU,

Russia, Vladivostok

АННОТАЦИЯ

В период глобализации торгово-экономические отношения проходят весьма оживленно и право должно учитывать нюансы договоров, которые касаются не только торговых отношений, но и сложных отношений между людьми, традициями, культурами. Следовательно, в таких договорах необходимо придерживаться строгих принципов международного права, в дополнение к методам разрешения споров, совместимых с динамикой торговых отношений в ходе глобализации.

ABSTRACT

In a globalized world economic and commercial relations transcend borders with extreme agility and ease, and the law must shape the nuances of contracts that involve not only trade relations, but also complex relationships between different peoples, traditions and cultures. Therefore, in contracts of this nature it is essential to adhere to strict principles of international law, in addition to methods of conflict resolution that are compatible with the dynamics of commercial relations in the globalized world.

Ключевые слова: права человека; международные контракты / договоры; арбитраж; разрешение споров; правовая политика.

Key words: human rights; international contracts; arbitration; resolving conflicts; legal policy.

Introduction

In a globalized world like the one we live in, where the internet is part of our daily lives connecting us and allowing us to relate to people from all over the world, commercial interaction would not be of much difference, even in ancient times where commercial relations were hampered by the lack of practicality from technology, contracts have never ceased to exist, even those that covered more than one national legal system.

Thus, we can glimpse the basic concept of international contracts, that is, a contract instrument belonging to the sphere of Private International Law that regulates the legal relations between two parties which elements of links link more than a single distinct legal system.

Concept

The jurist Luiz Olavo Batista brings us the international character of the contracts accepted by Brazilian law: “a contract has an international character when, due to the acts concerning its execution or execution, or the situation of the parties regarding their nationality or their domicile, or the location of its object, it has a link with more than one legal system”. [10, 82] Another similar definition of international contracts we can find in the view of jurist Irineu Strenger: “International trade contracts are all by or plurilateral manifestations of the free will of the parties, aiming at patrimonial or service relations, which elements are binding on two or more extraterritorial legal systems, due to the strength of the domicile, nationality, principal place of business, place of contract, place of performance, or any circumstance that expresses an indicative link of applicable law”. [21]

With regard to the principles that govern international contracts, we see that these are the same as those found in contracts that bind only one legal order, or as we can refer to “national contracts”, these are: Principle of good faith, Pacta sunt servanda and Autonomy of the Will. The same applies to the essential requirements in drawing up a “national contract” such as the qualification of the parties involved in the business relationship, the description of the assets to be the subject of the contract, the exact description of the duties and responsibilities that bind the parties to the contract, determining the forum of election to resolve future conflicts and / or arbitration clause. This is because what makes an international contract or not, whether it has international characteristics or not, is precisely the fact that it involves more than one national legal system, and this becomes noticeable when we see the determination of domicile, nationality, Lex voluntatis, location of headquarters, center of main activities, forum, etc ... all of which describe the territoriality of more than one country.

An important point still to be considered about the concept of international contracts is that described in article 1 of the “Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts” held on March 17, 1994, to which Brazil was a signatory. This article states that: “This Convention shall determine the law applicable

to international contracts. It shall be understood that a contract is international if the parties thereto have their habitual residence or establishments in different States Parties or if the contract has objective ties with more than one State Party. This Convention shall apply to contracts entered into or contracts to which States or State agencies or entities are party, unless the parties to the contract expressly exclude it. However, any State Party may, at the time it signs, ratifies or accedes to this Convention, declare that the latter shall not apply to all or certain categories of contracts to which the State or State agencies and entities are party. Any State Party may, at the time it ratifies or accedes to this Convention, declare the categories of contract to which this Convention will not apply.”[5] The referred article endorses the aforementioned regarding the concept of the international contract, but it includes States as part of the contract, whether these are contracts between States, or between state agents and private companies. However, even though Brazil is a signatory to this convention, it has not yet been ratified in its domestic legal system.

As for the classification of contracts, Maristela Basso lucidly presents us with three fundamental phases, namely: “formation (generation), completion (improvement) and execution (consummation). However, in each of these parts there will be an adjustment of the will showing particular contours to the contract, but all are indispensable for the constitution, modification and extinction of the legal bonds”.[13]

When talking about international contracts, we can see that some clauses are essential as far as the composition of the referred contract is concerned; this is because these clauses help in the resolution of conflicts. They are: forum election clause, hardship clause and arbitration clause.

Autonomy of Will and Forum Election Clause

When dealing with international contracts and in the elaboration of their essential clauses, it is essential to mention and discuss the autonomy of the will between the parties regarding the decision of the right to be applied to the contract when resolving conflicts. According to Professor Maristela Basso, although the autonomy of the will between the parties is widely admitted by the legal system, this does not mean

“unlimited freedom of action and absolutism” because in their words “international trade has contributed to strengthening the foundations of *lex voluntatis*, which, however, cannot remove certain limiting elements, such as: the imperative and public order laws that are in force in the country where the contract will be executed”. [12] “In international contracts the limitations to the autonomy of the parties result from both the notions of internal public order and international public order. As for the first, we must understand that complex rules and imperative principles determined by the legislator and on which the legal building is based, with the understanding that it is basically up to the judge to interpret its content - from the intimate forum of the one who judges, based on pillars of legal and social construction”. [12, 199]

According to Luiz Olavo Baptista, the negotiator who, when drafting the contract, should pay important attention when choosing which rules of international law should be applied to the contract. [10] The fact is that although the international contract contains in its constitution the incidence of two or more legal systems, at the time of determining the law to be applied to settle the contractual order and possibly existing conflicts, the law of a single State should be linked to the contract, thus preventing the emergence of a self-regulated contract or said lawless contract. Further, Luiz Olavo Baptista, who knowingly elucidates that “the clauses of choice of law and forum are, of course, formulas that many think can definitively resolve the question of the applicable law”, however, “whoever wants, and who has a certain international experience knows that they do not generate absolute certainties. Hence the choice, by many, of the arbitration clause as a means of avoiding conflicts of law”. [12, 201]

It must be understood that the choice of the law to which the contract will be governed must be made with caution, the chosen legal system must be in line with and in favor of the practices determined in the contract, as its legal effects will only be produced in the country it accepts the norm that gives the parties the right to this choice. Clause of choice of forum in its concept in the words of Luciano Benetti Timm: “The choice of forum clause is a clause inserted in a contract, which determines the choice by the parties of which court will have jurisdiction over a possible dispute, involving

the contract. Its limitation derives from procedural rules of the countries at stake. The choice of forum does not imply the application of the material law of the country of the elected court. In the absence of a specific law election clause applicable to the dispute (or in the prohibition of autonomy of the will in some countries), it may result in the application of the conflictual rules of the country of the elected forum, to resolve the apparent conflict of rules in space and, consequently, a legal system unwanted by the parties”. [23]

Some legal systems restrict the so-called “freedom” of action, which supposedly allows the clause of choice of jurisdiction, as is the case at the beginning of the Brazilian legal system that in its article 9 of the Law of Introduction to the Brazilian Civil Code limits the action of autonomy will when determining that: “Art. 9o In order to qualify and govern the obligations, the law of the country in which they are constituted shall apply,” [2] that is, the aforementioned article provides that while as a public order rule, its determination cannot be removed by the will of the parties. However, this does not mean that the forum election clause is prevented, since the same legal order in its article 25 in the Civil Procedure Code provides specifically in this respect: “Art. 25. It is not the responsibility of the Brazilian judicial authority to process and judge the action when there is a clause for the election of an exclusive foreign forum in an international contract, which was accused by the defendant in the defense. § 1 The provisions of the caput do not apply to the cases of exclusive international competence provided for in this Chapter. § 2 Art. 63, §§ 1st to 4th”. [3]

However, this should be a clause expressed in the contract “Art. 63. The parties can modify their jurisdiction by reason of the value and the territory, choosing a forum where action arising from rights and obligations will be proposed. Paragraph 1. The choice of court only takes effect when it appears in a written instrument and expressly refers to a specific legal business”. [3]

Still regarding the forum election clause, we see its repeated acceptance based on the Buenos Aires Protocol that was introduced by Brazilian law through Decree No. 2,095, of December 1996, which in its Articles 4 and 5 provides: “Article 4:

1. In conflicts arising from international contracts in civil or commercial matters, the courts of the State Party in whose jurisdiction the contractors have agreed to submit in writing shall be competent, provided that such adjustment has not been obtained in an abusive manner. 2. It is also possible to agree on the election of arbitral tribunals.

Article 5: 1. The jurisdiction election agreement can be made at the time of the conclusion of the contract, during its term or once the dispute has arisen. 2. The validity and effects of choice of forum shall be governed by the law of the States Parties that would have jurisdiction in accordance with the provisions of this Protocol. 3. In any case, the most favorable right of validity of the agreement will be applied”.

The Hague Convention on the choice of forum agreements held in 2005 also talks about this and in its article 1 “1. This Convention is applicable, in proceedings of an international nature, to exclusive choice of court agreements concluded in civil or commercial matters”. Right afterwards in your art. 5 stipulates that: “The court or courts of a Contracting State designated by an exclusive choice-of-court agreement have jurisdiction to decide any dispute to which the agreement applies, unless it is considered null and void under the law of that State. 2. A court having jurisdiction under paragraph 1 may not refuse to exercise its jurisdiction on the grounds that the dispute must be decided by a court of another State”. [4] This provides greater support for the forum election clause.

Another international convention that addresses this issue is the Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts, which, although Brazil has not yet ratified the provisions in Articles 7 and 8: “Article 7: The contract is governed by the right chosen by the parties. The parties’ agreement on this choice must be expressed or, in the absence of an express agreement, it must be evident from the conduct of the parties and the contractual clauses, considered as a whole. This choice may refer to the entire contract or part of it. The choice of a specific forum by the parties does not necessarily imply the choice of the applicable law.

Article 8: The parties may, at any time, agree that the contract is totally or partially subject to a right other than that by which it previously governed, whether or not this

was chosen by the parties. However, such modification will not affect the formal validity of the original contract or the rights of third parties”.[5]

Even though the Law of Introduction to the Civil Code limits the clause on the choice of court, the Brazilian legal system has shown itself to be receptive and favorable to its application as long as it is used expressly. Even though Brazil has not ratified the aforementioned convention, it is possible to see that its legal system is in line with the international regulations that deal with the subject in question.

Lex Mercatoria

The illustrious doctrine writer Irineu Strenger conceptualizes *lex mercatória* as “a set of procedures that enable adequate solutions to the expectations of international trade, without necessary connections with national systems and in a legally effective way”. [21, 58-59]

In the view of Antônio Carlos Rodrigues do Amaral they would be “The customary rules developed in international business applicable in each determined area of international trade, approved and observed regularly”. [6, 59]

Josué Scheer DeBres presents us what are the sources of *lex mercatoria* cited by the doctrine: “a) The general principles of contract law that are related to domestic law and international law as an example: *pacta sunt servanda*, *culpa in contrahendo*, *exceptio non adimplenti contractus*, principle of good faith; b) The use of international commercial customs practices, resulting from voluntary and repeated actions of equivalent procedures by the operators of economic trade; c) Standard contracts or standards, which would be regulations or formulas for contracts, generally prepared by international organizations, and are standardized, with numerous points in common, but differentiated by the characteristics of each branch of trade, such contracts seek to standardize commercial practice; d) Arbitral jurisprudence is the environment in which *lex mercatoria* takes place, given the close link between *lex mercatoria* and arbitration”. [14]

At this point we can glimpse that Lex Mercatória does not follow its own legal order or that in itself it respects a State law, this is because its practice originates from accepted international commercial practices, so it is not difficult to come across jurists who reject its application in contracts because they see it as an act of disrespect for the state legal order. However, it must be considered that allied to the principle of the autonomy of the will, the lex mercantil can be applied as long as it is properly expressed between the parties.

Still in defense of his practice, Pedro Pontes de Azevedo states that: “International arbitration is the means by which the emanations of the lex mercatoria are applied, provided that the contractors admit, when the pact, such a form of conflict resolution. Therefore, there is no need to talk about an affront to the sovereignty of States, nor about an affront to public order”. [8]

Also in this context, quoting José Alexandre Tavares Guerreiro: “(...) the arbitration jurisprudence integrates, in turn, the content of the lex mercatoria, which, even without constituting an order or system, tends to become institutionalized, increasingly overcoming the insufficiency of the conflict method (of laws and jurisdiction) of private international law, for the discipline of international contracts, since the result of the application of this method is exactly the determination of a national law, which is no longer consistent with the contemporary needs”. [16, 166]

Hardship Clause

In an objective way in the words of the author Leonardo Gomes de Aquino “It is considered hardship the substantial alteration of the balance of the contract caused by factors, such as, economic, social, financial, legal, technological, political, or others, which cause harmful consequences for either party”. [7]

In the words of Luiz Olavo Batista, he conceptualizes the hardship clause, as: “(..) a clause that allows the revision of the contract if circumstances arise that substantially alter the primitive balance of the parties’ obligations. This is not a special application of the theory of unpredictability to which some want to bring this clause

back, (...). It is a new technique to find an adequate reaction to the occurrence of facts that alter the parties' economy, to maintain ... under the control of the parties, a series of potential controversies and to ensure the continuation of the relationship in circumstances that, according to the schemes traditional legal systems could lead to the termination of the contract". [10,143-144]

We have that the emergence of hardship clauses originates from long-term international contracts, which at the time of its conclusion could not predict the nuances of the international market with its crises, generating an imbalance in the rights and obligations previously agreed between the parties and thus damaging the compliance with this contract, in this way with the aim of preserving commercial relations, allows the hardship clause the possibility of revision, a renegotiation of the terms previously agreed thus readapting and preserving the contractual balance due to the supervenience of an unpredictable fact.

The International Institute for the Unification of Private Law (UNITROID) is an independent intergovernmental organization, headquartered at Villa Aldobrandini, in Rome, and aims to study the needs and methods to modernize, harmonize and coordinate private law and, in particular, trade between states and groups of states, as well as formulating uniform instruments, principles and rules to achieve these objectives.

This institute issued a document that clearly and objectively gathers the concepts related to international contracts.

Among these principles are described some of the elements that make up the hardship clause, as adduced by the illustrious master in Constitutional Law by PUC-SP Vladimir Oliveira da Silveira: "The hardship clauses presuppose some elements - many of them legally established in the UNIDROIT principles, as seen in art. 6.2.2 - for its incidence (i) unpredictability of the event; (ii) inevitability, (iii) externality in relation to the parties' will; (iv) great difficulty in executing the contract; (v) excessive burden on one of the parties when fulfilling the obligation and, consequently, (vi) contractual imbalance". [19]

It is important to note that the hardship clause is not to be confused with the force majeure clause. The Vienna Convention on the International Sale of Goods of 1980 in its article 79 clarifies to us what is “force majeure”: “Article 79 (1) A party is not responsible for the failure of any of its obligations if it proves that such failure to perform was due to an impediment beyond her control and that it was unreasonable to expect her to take it into account when the contract was concluded, to prevent or overcome it, or to prevent or overcome its consequences”. [1]

Brazilian law also does this by defining force majeure in Article 393 Sole Paragraph of the Civil Code: “Art. 393. The debtor is not liable for damages resulting from unforeseeable circumstances or force majeure, unless expressly held responsible for them. Single paragraph. The act of God or force majeure occurs in the necessary fact, the effects of which it was not possible to prevent or prevent”. [2]

In this way, we have that force majeure translates into an unpredictable fact, which is beyond the control of the human will, its occurrence is inevitable, making the execution of the contract impossible, however, as Dr. Carolina Gladyer explains: “... the central idea of this principle is linked to the fact that, in the event of unforeseeable circumstances or force majeure, the parties should be exonerated or released from their obligation. This is the effect of the events provided for in this contractual clause”. [17]

Although the two clauses are similar in their concepts, we can see that the difference between them lies in the fact that while the force majeure clause represents a clear exception to the “Pacta Sunt Servanda” principle and is based on the damage caused by the unpredictable fact, the hardship clause in turn shows itself as a complement to the aforementioned principle, as well as according to the teaching of the other Vladimir Oliveira da Silveira “... the hardship clause is based on the Theory of Excessive Onerosity, not constituting as a main element for its characterization, the unpredictability of the event, but the excessive cost that comes from it to one of the contracting parties”. [19]

We can glimpse from the principle of UNIDROIT in its article 7.1.7 these elements of connection and division concerning the force majeure and hardship clause.

“Article 7.1.7 (Force majeure) (1) Non-performance by a party is excused if that party proves that the non-performance was due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences. (2) When the impediment is only temporary, the excuse shall have effect for such period as is reasonable having regard to the effect of the impediment on the performance of the contract. (3) The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on its ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, it is liable for damages resulting from such non-receipt. (4) Nothing in this article prevents a party from exercising a right to terminate the contract or to withhold performance or request interest on money due”.

The illustrious Doctor also adds that certain elements are necessary for the application of the clause in question, which are: “... (i) the main events that would give him the opportunity (ii) the people competent to carry out the rehabilitation, (iii) the negotiation modalities and (iv) the consequences of these, that is, the possibility of third party intervention in the renegotiation of the contract or even the hypothesis of partial or total suspension of the effects of the contract while the renegotiation lasts”.

[19]

The elements mentioned above are important because although we are dealing with a supervening and unpredictable event, we can still determine how to apply a certain clause. Regarding the effects of this clause, they are duly clarified in the UNIDROIT Principle in its article 6.2.3: “Article 6.2.3 (Effects of hardship)

(1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based. (2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance. (3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court. (4) If the court finds hardship it

may, if reasonable, (a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed; or (b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium”.

Thus, we can state that its effects are specifically the renegotiation, the right to go to court and by its decision to terminate or modify the contract.

Arbitration Clause

Arbitration clauses are a means of resolving conflicts belonging to private law, which do not adhere to state jurisdiction. They are aggregated in international contracts, through the inclusion of agreements called “arbitration clause”, which allows the parties to agree the solution by arbitration in case of future contractual disputes, this will occur through a decision made by arbitrators of private competence, and will be appointed by the litigating parties, this is called an “arbitration commitment”, that is, the adjustment between parties, anticipating and determining the arbitration procedure after the issue arises.

The sentence handed down by the national arbitral tribunal has the value of an extrajudicial enforcement order, and may be enforced before the Brazilian Court without the need for prior approval, but in case of doubt or suspicion by the foreign party, it is possible to carry out arbitration in a national arbitral tribunal, however with a foreign referee. Therefore, it is possible to verify that the arbitration clause presents itself as a rival of state justice, and this is due to the fact that it presents positive results in filling the gaps left by the national legal system, mainly with regard to the conflict of laws to be applied (national or international) as well as for its speed, however, it is precisely because it is effective and does not have national laws at its core that many jurists see pejoratively in arbitral justice, because in a certain way when choosing an arbitral tribunal the parties choose to withdraw the competence to resolve conflicts from national courts.

In Brazil, the arbitration law is determined by Decree Law No. 9,307, of 23 September 1996 and presents itself as a kind of arbitration convention, which, as stated above, is the will agreement that determines and details the solution of conflicts by

submitting this before the arbitral tribunal. However, it is important to note that the law distinguishes between arbitration clause and arbitration commitment. Article 4 of the referred law presents the arbitration clause as: “Art. 4 The arbitration clause is the convention by which the parties to a contract undertake to submit to arbitration any disputes that may arise, regarding such contract”.

Articles 9 and 11 of the same law determine the arbitration commitment as:

“Art. 9° The arbitral commitment is the convention through which the parties submit a dispute to the arbitration of one or more persons, which may be judicial or extrajudicial. Art. 11. The arbitral commitment may also contain: I - place, or places, where arbitration will take place; II - the authorization for the arbitrator or arbitrators to judge by equity, if so agreed by the parties; IV - indication of national law or corporate rules applicable to arbitration, when the parties so agree”.

In this way, we see that the distinction between the two is that the first arises when the parties elect the arbitral tribunal before the dispute arises; whereas, the second shows that the election by the arbitral tribunal occurs after the dispute arises.

Luciano Benetti Timm still teaches us that: “The arbitration clause can be full or empty. It is filled in the assumptions in which it is written with all the elements for the institution of arbitration: language, place of arbitration, arbitration institution, regulation, provision on the burden of succumbence. The clause is empty, when it indicates the preference of the parties through arbitration, without, however, enabling the immediate institution of arbitration, and the injured party must appeal to the Judiciary under the terms of article 7 of Law No. 9,307 / 96, if the other part becomes recalcitrant. More dangerously, the arbitration clause can be pathological, which happens when the parties elect a non-existent arbitral institution or even in conflict with state jurisdiction”. [23]

As an explanation of the advantages of the arbitration clause, the author Garcez does not present the conveniences of applying arbitration as a method used to resolve conflicts in international contracts: a) avoiding the length of judicial proceedings, and

consequently promoting greater speed in resolving the conflict; b) avoid the innumerable amount of judicial remedies that are proper to the state jurisdiction, thus promoting the same effect of speed; c) the possibility of the process being carried out in confidence; d) the possibility for the judgment to be carried out by an arbitrator specialized in the case with regard to technical or more specific matters; e) to allow the process in question to be judged by the generics, general principles of international trade, general rules of law, by equity, or even by the legislation of the country that may be chosen by the parties; f) the possibility that the litigation may take place in a country chosen by the parties, that is, neutral”. [15, 146-148]

Conclusion

Having made the weightings and detailed analyzes on the structure of the main and most relevant clauses of international contracts, especially those that establish cogent strength, we can infer that despite the robustness and guarantees existing in the midst of these determinations, the use of arbitration as a resolution of conflicts finds applicability resistance in Brazil.

It is true that the clauses of choice of forum, hardship and arbitration, here analyzed extensively, give force to international contracts, fundamentally with regard to the rigid principiological foundation, especially those of *lex voluntatis* and *lex mercatori*. These clauses are of paramount importance for international contracts, as they derive not only from the force of self-enforcement, but also the means of resolving conflicts, and all with faithful observance and respect for the will of the parties.

And in a globalized world in which commercial relations transcend borders with extreme agility and ease, the law must shape the nuances of contracts and commercial relations that involve not only trade relations, but also complex relationships between different peoples, traditions and cultures. Therefore, in contracts of this nature it is essential to adhere to strict principles of international law, in addition to methods of conflict resolution that are compatible with the dynamics of commercial relations in the globalized world.

Finally, it appears that in the Brazilian scenario the use of alternative means of resolving conflicts such as arbitration is very reluctant, because, although there is a significant legislative framework that prescribes it, in Brazil, culture is still ingrained. to use the role of the state to guarantee and protect rights, which contributes to a close view that arbitration is an antagonist of state justice, although the country has not yet ratified the Inter-American Convention on Law Applicable to International Contracts.

Bibliography:

1. Convenção da ONU sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. Site http://www.cisg-online.ch/__temp/CISG_portugues.pdf. Acessado dia 01/05/2020
2. Civil Code of Brazil, URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. (Acessado dia 01/05/2020)
3. Civil Procedure Code of Brazil , URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm (Acessado 29/04/2020)
4. Hague Conference on Private International Law, URL: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=98>. (Acessado 29/04/2020)
5. Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts” held on March 17, 1994. URL: <http://www.oas.org/juridico/English/Treaties/b-56.html> (Acessado dia 27/04/2020)
6. AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do. (coord.) Direito do Comércio Internacional: Aspectos Fundamentais. São Paulo: Aduaneiras, 2004. p. 59.
7. AQUINO, Leonardo Gomes de; As Particularidades Conceituais da Cláusula de Hardship; IJP - Revista Jurídica – n.º 15/2012
8. AZEVÊDO, Pedro Pontes de; A Lex Mercatória e a sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro. *prim@ facie* – ano 5, n. 9, jul./dez. 2006, pp. 93-105.

9. BAPTISTA, Luiz Olavo. Contratos Internacionais. São Paulo: Lex Editora, 2010.
10. BAPTISTA, Luiz Olavo. Dos Contratos Internacionais: Uma Visão Teórica e Prática. São Paulo: Saraiva, 1994.
11. BAPTISTA, Luiz Olavo. Dos Contratos Internacionais – Uma Visão Teórica e Prática. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 143-144.
12. BASSO, Maristela. A Autonomia da Vontade nos Contratos Internacionais do Comércio; Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 12, p. 198-211, 1996.
13. BASSO, Maristela. Cartas de Intenção ou Contratos de Negociação. RT 94-5, Nov. 1994.
14. DEBRES, Josué Scheer; O Contrato Internacional à Luz do Direito Internacional Provado Brasileiro - Revista Eletrônica de Direito Internacional, vol. 6, 2010, pp. Disponível em: <http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/volume6/>
15. GARCEZ, José Maria Rossani. Elementos Básicos de Direito Internacional Privado. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 146-148.
16. GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Fundamentos da Arbitragem Comercial Internacional. Tese doutorado. USP: São Paulo, 1989
17. RABELO, Carolina Gladyer; Contratos Internacionais e Clausula Harsdship. Augusto Guzzo Revista Acadêmica, 2015, N°15, 144-155.
18. SANTOS, André Luiz Rigo Costa dos; Cláusulas de Hardship: A Possível Solução para Assegurar Relações Contratuais Internacionais em Tempos de Crise como a Brasileira. Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica. Vol 1, nº 1, jan-jun 2017, p. 136-159. ISSN2526-6284.
19. SILVEIRA, Vladmir Oliveira da, A Cláusula de Hardship nos Contratos de Comércio Internacional. URL: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/077.pdf>. Acessado dia 01/05/2020
20. SOARES, Marta Gonçalves da Silva; A Cláusula de Eleição de Foro em Contratos Internacionais. Monografia apresentada no Curso de Especialização (Pós-

Graduação *Latu Sensu*) "O Novo Direito Internacional", organizado pelo Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1ª edição, 1999-2000

21. STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais do Comércio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986

22. STRENGER, Irineu. *Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria*, São Paulo: Ltr, 1996.

23. TIMM, Luciano Benetti; *A Cláusula de Eleição de Foro Versus a Cláusula Arbitral em Contratos Internacionais: Qual é a Melhor Opção entre as Partes?* Researchgate, São Paulo, 2015 – URL: https://www.researchgate.net/profile/Luciano_Timm/publication/268058181_A_CLAUSULA_DE_ELEICAO_DE_FORO_VERSUS_A_CLAUSULA_ARBITRAL_EM_CONTRATOS_INTERNACIONAIS_QUAL_E_A_MELHOR_OPCAO_PARA_A_SOLUCAO_DE_DISPUTAS_ENTRE_AS_PARTES/links/5554968308ae6fd2d820393e/A-CLAUSULA-DE-ELEICAO-DE-FORO-VERSUS-A-CLAUSULA-ARBITRAL-EM-CONTRATOS-INTERNACIONAIS-QUAL-E-A-MELHOR-OPCAO-PARA-A-SOLUCAO-DE-DISPUTAS-ENTRE-AS-PARTES.pdf Acessado 04/05/2020