

РОССИЙСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ ДРУЖБЫ НАРОДОВ



Вестник Российского университета дружбы народов.

Серия: ЮРИДИЧЕСКИЕ НАУКИ

2020 Том 24 № 4

doi: 10.22363/2313-2337-2020-24-4

<http://journals.rudn.ru/law>

Научный журнал
Издается с 1997 г.

Издание зарегистрировано Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор)

Свидетельство о регистрации ПИ № ФС 77-61212 от 30.03.2015 г.

Учредитель: Федеральное государственное автономное образовательное учреждение высшего образования «Российский университет дружбы народов»

Главный редактор

О.А. Ястребов,

доктор юридических наук, профессор, РУДН,
г. Москва, Российская Федерация.

Техническое и организационное обеспечение,
взаимодействие и контакты с партнерами
и официальными структурами.

E-mail: yastrebov-oa@rudn.ru

Заместитель главного редактора

Н.А. Власенко,

доктор юридических наук, профессор,
РУДН, г. Москва, Российская Федерация.

Научная политика, качество публикуемых
материалов, формирование выпусков.

E-mail: vlasenko-na@rudn.ru

Ответственный секретарь

П.Н. Андреева,

РУДН, г. Москва, Российская Федерация.

Переписка с авторами, документооборот
журнала, информационная инфраструктура
журнала, организация рецензирования
материалов.

E-mail: andreeva-pn@rudn.ru

Члены редакционной коллегии

Абашидзе Аслан Хусейнович, доктор юридических наук, профессор, Российский университет дружбы народов, г. Москва, Российская Федерация

Байдельдинов Даулет Лаикович, доктор юридических наук, профессор, Казахский национальный университет имени аль-Фараби, г. Алматы, Республика Казахстан

Варламова Наталья Владимировна, кандидат юридических наук, доцент, Институт государства и права Российской академии наук, г. Москва, Российская Федерация

Васильева Татьяна Андреевна, доктор юридических наук, доцент, Институт государства и права Российской академии наук, г. Москва, Российская Федерация

Джансараева Рима Еренатовна, доктор юридических наук, профессор, Казахский национальный университет имени аль-Фараби, г. Алматы, Республика Казахстан

Еремьян Виталий Владимирович, доктор юридических наук, профессор, Российский университет дружбы народов, г. Москва, Российская Федерация

Клишас Андрей Александрович, доктор юридических наук, профессор, Российский университет дружбы народов, г. Москва, Российская Федерация

Либенберг Сандра, доктор права, профессор, Стелленбосский университет, г. Стелленбос, Южно-Африканская Республика

Немытина Марина Викторовна, доктор юридических наук, профессор, Российский университет дружбы народов, г. Москва, Российская Федерация

Паназиотопулос Димитриос, доктор права, профессор, Афинский университет, г. Афины, Греция

Почкаев Роман Юлианович, кандидат юридических наук, доцент, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» в Санкт-Петербурге, г. Санкт-Петербург, Российская Федерация

Пьетробон Алессандра, доктор юридических наук, профессор, Падуанский университет, г. Падуя, Италия

Робинсон Николас А., доктор юридических наук, профессор, Университет Пейс, штат Нью-Йорк, Соединенные Штаты Америки

Тимошина Елена Владимировна, доктор юридических наук, доцент, Санкт-Петербургский государственный университет, г. Санкт-Петербург, Российская Федерация

Вестник Российского университета дружбы народов.
Серия: ЮРИДИЧЕСКИЕ НАУКИ

ISSN 2313-2337 (Print) ISSN 2408-9001 (Online)

Периодичность: 4 выпуска в год

Языки публикаций: русский, английский.

Журнал индексируется в *Russian Science Citation Index (RSCI)* на платформе *Web of Science*, в *РИНЦ*, перечень *BAK*, *eLIBRARY.RU*, *Google Scholar*, *Ulrich's Periodicals Directory*, *WorldCat*, *Cyberleninka*, *DOAJ*, *EBSCOhost*, *East View*, *Dimensions*, *ResearchBib*, *Lens*, *Microsoft Academic*, *Research4Life*, *JournalTOCs*.

Цель журнала и направленность публикаций

Журнал публикует статьи по фундаментальным и прикладным проблемам юридической науки, рецензии на монографии и обзоры научных мероприятий.

Цель журнала — публиковать результаты оригинальных научных исследований по широкому кругу вопросов современного развития государства и права, истории законодательства и государственных институтов, философии и социологии права.

В журнале публикуются результаты научных исследований по широкому спектру правовых проблем, в том числе по тематике, соответствующей специальностям ВАК юридические науки: 12.00.01, 12.00.02, 12.00.03, 12.00.04, 12.00.06, 12.00.08, 12.00.09, 12.00.10, 12.00.11, 12.00.12, 12.00.13, 12.00.14, 12.00.15. Материалы основаны на современной методологии юридической науки, содержат доктринальные подходы, отражают новейшие тенденции в законодательстве и правоприменительной практике России и зарубежных стран, международном правовом регулировании.

Политика журнала базируется на соблюдении норм научной этики.

Основным критерием отбора материалов для опубликования является их научный уровень, все статьи проходят внешнее рецензирование (двойное слепое).

Материалы для опубликования представляются через онлайн-систему: <http://journals.rudn.ru/law/about/submissions#onlineSubmissions>.

Требования к публикуемым материалам, правила оформления статей, архив и дополнительная информация размещены на сайте: <http://journals.rudn.ru/law>.

Редакторы: И.А. Гроник, К.В. Зенкин

Редактор-переводчик: В.В. Степанова

Компьютерная верстка: Е.В. Попова

Адрес редакции:

1115419, Российская Федерация, г. Москва, ул. Орджоникидзе, д. 3

Тел.: +7 (495) 955-07-16;

e-mail: publishing@rudn.ru

Почтовый адрес редакции:

117198, Российская Федерация, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6

Тел.: +7 (495) 434-22-12; e-mail: lawj@rudn.ru

Подписано в печать 15.10.2020. Выход в свет 15.12.2020. Формат 70×100/16.

Бумага офсетная. Печать офсетная. Гарнитура «Times New Roman».

Усл. печ. л. 33,86. Тираж 500 экз. Заказ № 1050. Цена свободная.

Федеральное государственное автономное образовательное учреждение высшего образования

«Российский университет дружбы народов» (РУДН)

117198, Российская Федерация, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6

Отпечатано в типографии ИПК РУДН

115419, Российская Федерация, г. Москва, ул. Орджоникидзе, д. 3, тел. +7 (495) 952-04-41; publishing@rudn.ru

RUDN University



RUDN JOURNAL OF LAW

2020 VOLUME 24 No. 4

DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4

<http://journals.rudn.ru/law>

Founded in 1997

Founder: PEOPLES' FRIENDSHIP UNIVERSITY OF RUSSIA

EDITOR-IN-CHIEF

Oleg A. Yastrebov,

Doctor of Legal Sciences, Professor;
RUDN University, Moscow, Russia.

Technical and organizational
support, engagement
and communication with partners
and official structures.

E-mail: yastrebov-oa@rudn.ru

DEPUTY EDITOR-IN-CHIEF

Nikolay A. Vlasenko,

Doctor of Legal Sciences, Professor,
RUDN University, Moscow, Russia.

Scientific policy, quality of published
materials, formation of issues.

E-mail: vlasenko-na@rudn.ru

EXECUTIVE SECRETARY

Polina N. Andreeva,

RUDN University, Moscow, Russia.

Journal records management,
document circulation, information
infrastructure of the journal,
organization of reviewing materials.

E-mail: andreeva-pn@rudn.ru

EDITORIAL BOARD

Aslan Kh. Abashidze, Doctor of Legal Sciences, Professor, RUDN University, Moscow, Russian Federation

Daulet L. Baideldinov, Doctor of Legal Sciences, Professor, Al-Farabi Kazakh National University, Almaty, Republic of Kazakhstan

Natalia V. Varlamova, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Institute of State and Law Russian Academy of Sciences, Moscow, Russian Federation

Tatiana A. Vasilyeva, Doctor of Legal Sciences, Associate Professor, Institute of State and Law Russian Academy of Sciences, Moscow, Russian Federation

Rima Y. Dzhansarayeva, Doctor of Legal Sciences, Professor, Al-Farabi Kazakh National University, Almaty, Republic of Kazakhstan

Vitaly V. Yeremyan, Doctor of Legal Sciences, Professor, RUDN University, Moscow, Russian Federation

Andrey A. Klishas, Doctor of Legal Sciences, Professor, RUDN University, Moscow, Russian Federation

Sandra Liebenberg, LL.D. (Witwatersrand), Professor, Stellenbosch University, Stellenbosch, South Africa

Marina V. Nemytina, Doctor of Legal Sciences, Professor, RUDN University, Moscow, Russian Federation

Dimitrios Panagiotopoulos, Doctor of Law, Professor, University of Athens, Athens, Greece

Roman Yu. Pochekaev, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, National Research University Higher School of Economics in Saint Petersburg, Saint Petersburg, Russian Federation

Alessandra Pietrobbon, PhD in Law, Full Professor, University of Padova, Padova, Italy

Nicholas A. Robinson, S.J.D., Professor, Pace University, NY, USA

Elena V. Timoshina, Doctor of Legal Sciences, Associate Professor, Saint Petersburg State University, Saint Petersburg, Russian Federation

RUDN JOURNAL OF LAW
Published by the RUDN University, Moscow, Russia

ISSN 2313-2337 (Print) ISSN 2408-9001 (Online)

Frequency: Quarterly (4 times per year)

Publication languages: Russian, English

The Journal is indexed: *Russian Science Citation Index (elibrary.ru), RSCI (in Web of Science platform), DOAJ, Google Scholar, Ulrich's Periodicals Directory, WorldCat, East View, Cyberleninka, Dimensions, EBSCOhost, ResearchBib, Lens, Microsoft Academic, Research4Life, JournalTOCs.*

Purpose and scope of the journal

RUDN Journal of Law publishes articles on the fundamental and practical issues of legal science, book and conference reviews.

The purpose of the journal is to publish the results of original scientific researches on a wide range of issues of modern development of the state and law, the history of legislation and state institutions, philosophy and sociology of law.

The journal publishes the results of research on a wide spectrum of legal issues.

The papers published are based on contemporary methodology of the legal science, contain doctrinal approaches, reflect new tendencies in legislation and law enforcement practice of Russia and foreign countries, international legal regulation.

The policy of the journal is built upon the observance of norms of scientific ethic.

The key criteria for the selection of materials is their scientific value.

The submission of the manuscripts is operated through an online system: <http://journals.rudn.ru/law/about/submissions#onlineSubmissions>.

The submission requirements, instructions regarding manuscripts, archive and additional information are available on the website of the journal: <http://journals.rudn.ru/law>.

Editors: I.A. Gronic, K.V. Zenkin

Editor-translator: V.V. Stepanova

Computer design E.V. Popova

Address of the Editorial Board:

3 Ordzhonikidze str., Moscow, 115419, Russian Federation

Ph. +7 (495) 952-04-41; e-mail: publishing@rudn.ru

Postal Address of the Editorial Board:

6 Miklukho-Maklaya str., Moscow, 117198, Russian Federation

Ph. +7 (495) 434-22-12; e-mail: lawj@pfur.ru

Printing run 500 copies. Non-fixed price.

“Peoples’ Friendship University of Russia” (RUDN University)

6 Miklukho-Maklaya str., Moscow, 117198, Russian Federation

Printed at RUDN Publishing House:

3 Ordzhonikidze str., Moscow, 115419, Russian Federation,

Ph. +7 (495) 952-04-41; e-mail: publishing@rudn.ru

СОДЕРЖАНИЕ

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ

Rafalyuk E.E. The law of the future: searching for new truths or conserving traditional values? (Рафалюк Е.Е. Право будущего: поиск новых истин или сохранение традиционных ценностей?).....	843
Dovgan X. Concretization of law: legal forms (Довгань К. Законодательные формы конкретизации права).....	864
Фетюков Ф.В. Законодательство о клонировании человека: мировой опыт и правовая модель для современной России.....	881

МЕТОДОЛОГИЯ ПРАВОВЫХ ИССЛЕДОВАНИЙ

Zakharova M.V., Przhilenskiy V.I. Precariat in science and research: legal and philosophic comprehension of the issue in the global challenges perspective (Захарова М.В., Пржиленский В.И. Научный прекариат: правовое и философское осмысление проблемы в условиях глобальных вызовов).....	901
Романовская О.В. Либертарианский патернализм и его влияние на развитие правовых институтов в России и за рубежом.....	919

ИСТОРИКО-ПРАВОВЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ

Кошель А.С. «Мини-парламенты» в постдиктатурных демократиях Западной Европы и Латинской Америки.....	942
Трикоз Е.Н. Военно-сословные кодификации в средневековой Японии: эпоха первых сёгунов.....	965

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

Изотова А.Н. Правовое регулирование тайны связи в информационном обществе.....	985
Магомедова О.С., Коваль А.А., Левашенко А.Д. Торговля данными: разные подходы, одна реальность.....	1005
Кирилова К.В. Федеральный патентный суд Германии как институт защиты патентных прав.....	1024

АДМИНИСТРАТИВНОЕ И ФИНАНСОВОЕ ПРАВО

Кикавец В.В. Публичный интерес в сфере закупок.....	1039
Муравьева М.С. Юридическая судьба объектов, размещенных в зонах с особыми условиями использования территорий с нарушением установленных ограничений.....	1063

УГОЛОВНОЕ ПРАВО

Скрипченко Н.Ю. Ответственность за торговлю людьми по российскому уголовному праву: вопросы законодательной техники и правоприменения.....	1078
---	------

ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО

Бертовский Л.В. Особенности допроса лиц старших возрастных групп.....	1100
Русакова Е.П. Электронное гражданское судопроизводство в Индонезии, Таиланде, Малайзии.....	1122

СОДЕРЖАНИЕ

Багыллы С.Т., Павлова Л.Н. Подсудность заявлений о пересмотре судебных актов по вновь открывшимся или новым обстоятельствам и процессуально-правовые последствия ее нарушения	1141
Буштец Н.В. Коммуникативные барьеры в суде с участием присяжных заседателей и организационно-правовые способы их преодоления	1169

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО. ЗАРУБЕЖНОЕ ПРАВО

Копылова Е.А. О генезисе и будущем института прокурора <i>amicus curiae</i> в международном праве	1187
Новикова Т.В. Автономия воли в Гаагской Конвенции о праве, применимом к агентским соглашениям	1205
Гамбарян А.С. Коллизионное правило «Lex posterior» в армянском праве	1224

РЕЦЕНЗИИ. НАУЧНЫЕ ФОРУМЫ

Липинский Д.А. Система юридической ответственности: аналитический обзор монографий И.А. Кузьмина	1240
Андреева П.Н. Юридические инновации (доктрина, практика, техника): XXII Международный научно-практический форум «Юртехнетика». Презентация журнала «Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки»	1250

CONTENTS

STATE AND LAW IN CONTEMPORARY WORLD

Elena E. Rafalyuk. The law of the future: searching for new truths or conserving traditional values?	843
Xenia Dovgan. Concretization of law: legal forms	864
Fyodor V. Fetyukov. Development of legislation on human cloning: world experience and a promising legal model for modern Russia	881

LEGAL RESEARCH METHODOLOGY

Maria V. Zakharova, Vladimir I. Przhilenskiy. Precariat in science and research: legal and philosophic comprehension of the issue in the global challenges perspective	901
Olga V. Romanovskaya. Libertarian paternalism and its influence on the development of legal institutions in Russia and abroad	919

HISTORICAL AND LEGAL RESEARCH

Alexey S. Koshel. Mini-parliaments in the post-dictatorship democracies of Western Europe and Latin America	942
Elena N. Trikoz. Military-estate codes in medieval Japan: era of the first shogunates ...	965

CIVIL LAW

Anzhelika N. Izotova. Legal regulation of communication privacy in the information society	985
Olga S. Magomedova, Alexandra A. Koval, Antonina D. Levashenko. Trade in data: different approaches, one reality	1005
Karina V. Kirilova. Federal patent court of Germany as an institute for the protection of patent rights	1024

ADMINISTRATIVE AND FINANCIAL LAW

Vitaly V. Kikavets. Public interest in public procurement	1039
Marina S. Muravyeva. The legal fate of the objects placed in areas with special conditions for the use of territories in violation of established restrictions	1063

CRIMINAL LAW

Nina Yu. Skripchenko. Responsibility for trafficking in persons under Russian criminal law: issues of legislative technology and law	1078
---	------

PROCEDURAL LAW

Lev V. Bertovsky. Features of interview of elderly people	1100
Ekaterina P. Rusakova. Electronic civil proceedings in Indonesia, Thailand, Malaysia	1122

Safura T. Bagylly, Larisa N. Pavlova. Jurisdiction of applications for the revision of judicial acts on newly discovered or new circumstances and the procedural and legal consequences of its violation	1141
Nikita V. Bushtets. Communication barriers in jury trials and organizational and legal ways to overcome them	1169

INTERNATIONAL LAW. FOREIGN LAW

Ekaterina A. Kopylova. The genesis and critics of the prosecutors <i>amicus curiae</i> in international law.....	1187
Tatiana V. Novikova. Party autonomy in the Hague convention on the law applicable to agency	1205
Artur S. Ghambaryan. The conflict rule “Lex posterior” in Armenian law	1224

REVIEWS. SCIENTIFIC FORUMS

Dmitry A. Lipinsky. System of legal liability: analytical review of monographs by I.A. Kuzmin	1240
Polina N. Andreeva. Legal innovation (doctrine, practice, technique). XXII International Scientific and Practical Forum “Yurtekhnets”. Presentation of the journal “RUDN Journal of Law”	1250



ГОСУДАРСТВО И ПРАВО В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ

STATE AND LAW IN CONTEMPORARY WORLD

DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-843-863

Research Article

THE LAW OF THE FUTURE: SEARCHING FOR NEW TRUTHS OR CONSERVING TRADITIONAL VALUES?

Elena E. Rafalyuk

The Secretariat of the Court of the Eurasian Economic Union,
Minsk, Republic of Belarus

Abstract. The digitalization of the economy and society, the introduction of artificial intelligence in human activities actualize a number of new issues related to both the legal support of these processes, and areas of development of law as a regulatory system, and the relationship between law and technology. Understanding of law in conjunction with other social institutions determines its role not only as a normative regulator, but as a cultural and historical phenomenon. The aim of the article is to analyze the problem of changing the value (ethical and moral) element of law in the context of technology development. The investigation will be based on an interdisciplinary approach. The author concludes that the progress of law is defined by the values protected by it, which traditionally includes justice, equality, good faith, common sense, etc. The transformation of human-technology relations at the present stage raises the question of moving toward technological humanism or turning to traditional humanism. The author formulates the hypothesis that the law in its value component cannot be replaced by artificial intelligence. The research studies the forms of securing value ideas in international law. By the example of international acts and case law it is shown that international organizations are in search of a balance between the use of artificial intelligence and respect for human rights. It is concluded that the law is able to maintain its essential foundation without turning into technology, addressing universal principles of law, and searching for the balance between scientific and technological progress and human rights.

Key words: artificial intelligence, digitalization, transformation of law, human rights, international organizations, principles of law, axiology, values, neuroethics, interdisciplinarity

© Rafalyuk E.E., Nikolaeva A.I., 2020.



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

Conflicts of interest. The author declared no conflicts of interest.
Translated from Russian into English by A.I. Nikolaeva.

Article received 11 August 2020

Article accepted 15 October 2020

For citation:

Rafalyuk, E.E. (2020) The law of the future: searching for new truths or conserving traditional values? Trans. into Engl. by A.I. Nikolaeva. *RUDN Journal of Law*. 24 (4), 843–863. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-843-863.

Law is a part of society and it reacts to all changes that occur in it. Digitalization as a global trend in the development of economy and society based on transformation of information into digital form (Khalin, Chernova, 2018:47), shift to other forms of communication through on-line technologies, introduction of remote working and studying, which were widely used during the fight against COVID-19 pandemic, undoubtedly influence the development of law as a regulatory system.

Legal theorist and philosopher Werner Krawietz noted that “...New technological possibilities have changed the practical possibilities that a person has in his/her legal actions, but with them and through them, the social reality of law has also changed” (Krawietz, 1998:123).

The change in the “human-technology” relationship (Vlasova, 2015:170–173, Kasavina, 2018:129–142, Rostova, 2019:50–59) as a philosophical problem raises before legal science a new range of issues related both to the legal support of digitalization and various legal aspects of artificial intelligence application and development of law in the digital age, and correlation between law and technology in general¹.

The use of artificial intelligence is rapidly expanding, including in the field of legal activity. “Robotization and technologization of legal activity are quite common” (Khabrieva, 2018:13): self-learning algorithms are used for analyzing large amounts of data and investigating crimes², artificial intelligence is used to perform certain tasks of a lawyer (Ponkin, Redkina, 2018:91–109), in judicial and banking activities, corporate procedures (Vojnikanis, Semenova, Tyulyaev, 2018:140), etc.

¹ Concerning the Russian legal doctrine we can mention a few articles devoted to the development of law in the digital age: Zaloilo, M.V., Pashentsev, D.A. (2019) National legal order of Russia in the conditions of digitalization. *Bulletin of Saint Petersburg University. Law*. Vol. 10. Issue 2. 196–209; Mazhorina, M.V., Terentjeva, L.V., Shakhnazarov, B.A. (2019) International private law in the context of the development of information and communication technologies. *Topical issues of Russian law*. No. 5 (102). 169–182; Muratova, O.V. (2019) The concept of transnational consumer law in the modern world. *Lex Russica*. No. 7 (152). 20–28; Talapina, E.V. (2018) Law and digitalization: new challenges and prospects. *Russian Law Journal*. No. 2. 5–17; Khabrieva, T.Ya., Chernogor, N.N. (2018) Law in the conditions of digital reality. *Russian Law Journal*. No. 1. 85–102; etc.

² Donk, R. (2020) Using algorithms in police investigations, available at: // <https://www.ru.nl/ai/news-events/news/vm-news/using-algorithms-police-investigations/> (Accessed 01 June 2020).

The expanding digitalization generates a normative transformation (Tikhomirov, 2020).

The normative transformation seems to be taking place in several directions. Firstly, legal regulation of various aspects of artificial intelligence and robotics application is being developed (Neznamov, Naumov, 2017:14–25). Secondly, the law itself, as a social institution, is undergoing certain changes: “it gradually accepts, as subjects and new atypical objects, phenomena that, according to the old legal classification, have an inanimate, non-subjective and non-objective character like genome engineering, biotechnology, Internet, and artificial intelligence” (Sinyukov, 2019:11).

So, it can be noted that the Law of the Russian Federation No. 1-FKZ “On Amendment to the Constitution of the Russian Federation” dated March 14, 2020 (Article 1, paragraph 6, subparagraphs “v”, “g”) revised Article 71, subparagraphs “I” and “m” of the Constitution of the Russian Federation of December 12, 1993, according to which “information technologies, ensuring security of an individual, society and the state when applying information technologies, and circulation of digital data” are under the authority of the Russian Federation.

Transformation of law in a global sense (not only its normative “envelope”) owes to the multidimensional nature of law, interpreted as a part of culture (García Cívico, 2018:13), and as a system of social communications (Antonov, Polyakov, Chestnov, 2013:78–95).

The synthetic understanding of law in the context of combination of sciences and arts that make up the “great anthropology” of human culture (Häberle, 2006:151; 2002:104; Häberle, Kotzur, 2003:5) seems relevant today, when human and individual is replaced by technical and typical; therefore it is important to refer to art as “a form of creativity, way of spiritual self-realization of a person through sensory and expressive means” (Ivin, 2004), form of social consciousness, and specific kind of practical-spiritual development of the world” (Il'ichyov, Fedoseev, Kovalyov, Panov, 1983), and to law as to art. Let us recall the definition of *law* introduced by Celsus, the ancient Roman lawyer, as “the art of good and justice” (*Jus est ars boni et aequi*).

S.S. Alekseev, a Soviet and Russian legal theorist, devoted several his works to the study of social value of law. He justified the importance of the value-based characteristic of law as a necessary and socially useful tool for social development, identified specific properties of law (normativity, formal certainty, coercion, and dynamism) and showed their social value in regulation of public relations. The scientist described law as an independent value due to its specific content, which is also reflected in the fact that “legal norms embody the prevailing moral principles, i.e., the basics of justice” (Alekseev, 2019: 47). The author highlighted the relationship between law and culture, noting that the properties of law, legal technique, and legal language can be characterized “as gradually accumulating elements of intangible spiritual culture” (Alekseev, 2019:201).

Professor Jesus Garcia Civico studied the relationship between law, society and culture from the perspective of the “man-society-culture-law relationship” (García Cívico, 2018:15).

Miguel Reale, legal theorist and philosopher, the author of the “three-dimensional theory of law”, believed that law involve normative (norm), factual, social and historical (fact), and ethical and moral (the value of justice, which is put as the task to be preserved) elements. According to Reale, through multiple forms of correlation between facts, values, and norms, arise and develop various legal experiences, which, in their turn, are mutually influenced and overlap (Reale, 1985:203–224, 1997).

A broad understanding of law in relation to other social institutions determines its role not only as a statutory regulator, but as a cultural and historical phenomenon. The increasingly spreading introduction of artificial intelligence into life effects the development of each of the elements of law (normative, factual and ethical). Legal science and philosophical thought are increasingly turning to the issue of future law. Several options for future law development have been substantiated (Khabrieva, 2018:15).

Using the Socratic method of posing questions in learning the truth, I will indicate several problems and judgments, which may encourage discussion about the future of law.

What is the role of the value-based core of law in the era of digitalization and robotization?

To analyze this issue, I will turn to the ideas of Emilio Serrano Villafaña, the legal theorist and philosopher, who looked at the progressive development of law through its goals and values (Serrano Villafaña, 1973–1974:466). The author did not deny the development of law in accordance with the spirit of the time: “...since social progress is, in its turn, the progress of civilization and culture, hence the progress of law reflects not only legal forms, but also the forms of civilization and culture of society that give it life. [...] Law must perform a progressive function and develop in accordance with time and with the reality and relationships it regulates” (Serrano Villafaña, 1973–1974:462–463). At the same time, Serrano distinguished “formal” and “substantial” progress of law. The former involves the technical aspect of law, the legislative expression of legal ideas, and their logical and clear expression (Serrano Villafaña, 1973–1974:469). According to the scientist, it is not the concern for the legal technique but for the goals and values that the norms are designed to implement that constitutes a perfect law and defines its functions. “The function of law is to reflect this changing social reality and regulate numerous legal relationships for the benefit of security, certainty, and common good; these are the goals of law among which justice is of prime importance” (Serrano Villafaña, 1973–1974:472).

It seems that this scholar's point of view can be accepted by modern scientific thought. Law regulates social relations, and therefore develops along with them. However, it is the goals and values of the law that determine its progressive development.

Is the new digital reality able to change the traditional values of law?

The formation of electronic culture which is taking place “on the basis of the process of global informatization of society, the development of digital technologies, creation of alternative computer reality, unified virtual environment of the Internet, is only a part of big changes associated with the emergence of a new type of society in line with scientific and technological development” (Kasavina, 2018:131).

New society — new values? Leaving this question open, I would like to note that the content of universal principles of law, including equality³, rationality, etc. is at risk of modification, since scientific and technical progress contributes to the formation of new standards of life and work, and artificial intelligence offers society “highly developed and intelligent machines” that compete with humans by analyzing large amounts of information and independently solving problems.

Can introduction of artificial intelligence into legal activities effect the relationship between law and human consciousness? As professor N.A. Vlasenko argued “Law is a phenomenon of consciousness that expresses the objective values and requirements of human existence and is the unconditional source and absolute criterion of all human institutions” (Vlasenko, 2012:121).

We cannot ignore the fact that besides human activity a “machine” is being introduced into legal practice, which makes the issues of acceptable limits and legal principles of artificial intelligence participation in the process of legal decision-making, as well as scientific verification and control of the operation of such artificial systems relevant.

Neuroethics, which claims to constitute morality of a new neuro-improved society, where cognitive improvement and artificial intelligence will prevail, and a naturalistic paradigm in understanding of morality is gaining popularity (Sidorova, 2018:79).

Thus, the relationship between “law and robotization” can be looked at as an ethical problem, where a new relationship between man and technology is being formed. What will they be like? Will they move towards “technical humanism” (Sanz Larruga, 1997:516) or return to traditional values of humanism, following the *circle* of “humanism — posthumanism — transhumanism — technohumanism — humanism” (Yakovleva, 2014:40–42)?

³ “Such transhumanistic perspectives, from the point of view of F. Fukuyama (Fukuyama, F. The World's Most Dangerous Ideas: Transhumanism. Foreign Policy. 2004. No. 144. 42–43), pose a threat to one of the most important ideas of a democratic society — the idea of equality. After all, there may be people more perfect than their peers, people who are physically more resilient and more intelligent” (Cit. by: Sinica, 2015: 419–423).

These neuroscience data allow us to replace part of the human intellectual operations with machine operations. The sensory and emotional spheres of a person, which are the basis of creative activity, have also become the “object of pretension” by artificial intelligence. Scholars express different opinions on this issue. One of them stems from the idea that “Art and feelings cannot be replaced by artificial intelligence” (Zhilkin, 2018:19). Another allows for the possibility of introducing artificial intelligence into the emotional domain, in case emotions are “recognized as another way of thinking” (Minsky, 2006), thus admitting “the possibility of a machine analog to such type of thinking” (Karpov, Gotovcev, Rojzenzon, 2018:91).

Law in the context of axiological methodology is based on values. The conditionality of values by human activity (“only for man and only through man does reality acquire a value character”) (Rasheva, Gomonov, 2006:173), allows us to assert that law at the value-based level cannot be replaced by artificial intelligence acting through algorithms and schemes, invented by person.

What are the mechanisms for preserving the essential core of law?

Universal principles of law, which are based on moral and ethical nature and express cultural and historical traditions, reflect the values of law.

International law demonstrates various forms of implementing the concept of justice (Tolstyh, 2009:188) and other legal values.

These include imperative norms of general international law (*jus cogens*), treaties and customary rules, general principles of law recognized by civilized nations, and a special mechanism for resolving disputes called *ex aequo et bono* (in justice and fairness).

Thus, in accordance with Article 38 of the Statute of the International Court of Justice: “The court, which is obliged to resolve disputes referred to it on the basis of international law, shall apply: a) international conventions, whether general or special, establishing rules expressly recognized by the contesting states; b) international custom as evidence of universal practice recognized as a rule of law; c) general principles of law recognized by civilized nations; d) subject to the provision referred to in Article 59, the judicial decisions and doctrines of the most qualified public law specialists of various nations as an auxiliary means for determining the principles of law”. Under Article 38, paragraph 2, of the Statute, the Court may decide a case *ex aequo et bono* if the parties agree so⁴.

Article 34 of the MERCOSUR Permanent Appeals Court stipulates that *ad hoc* arbitrations and the Permanent Appeals Court may resolve disputes *ex aequo et bono* if the parties agree so⁵.

⁴ Statute of the International Court of Justice, available at: <https://www.un.org/ru/icj/statut.shtml#chap2> (Accessed 10 June 2020).

⁵ Protocol de Olivos on the settlement of disputes in MERCOSUR of 18 February 2002, available at: http://www.tprmercosur.org/es/docum/Protocolo_de_Olivos_es.pdf (Accessed 10 June 2020).

The possibility of applying generally recognized principles and norms of international law, as well as international customs as evidence of universal practice recognized as a legal norm, is stipulated in Clause 50 of the Statute of the Court of the Eurasian Economic Union (Annex No. 2 to the Treaty on the Eurasian Economic Union dd. May 29, 2014)⁶.

The application of general principles of law and international customs by courts makes it possible to form a value-based component in judicial decisions based on the provisions of natural justice. As Professor T.N. Neshataeva argues “The latest practice of European courts shows the need to provide a new understanding of human rights in order to resolve contradiction between natural justice and scientific progress: the courts deal with cases of euthanasia, sex change operations and human cloning. In the absence of positive law, all these disputes are considered in terms of priority of human rights” (Neshataeva, 2004).

The decision of the Court of the European Union of 8 April 2014 in the case “Digital Rights Ireland Ltd v Minister for Communications, Marine and Natural Resources and Others and Kärntner Landesregierung and Others” the Directive of the European Parliament and the Council 2006/24 /EC of 15 March 2006 on data retention obtained or processed by providing publicly available electronic communications services or networks and amending Directive 2002/58/EC was considered invalid⁷ because it entailed extensive and serious interference in the fundamental human rights concerning respect of private life and protection of personal data.

Regarding the application of Article 8 of the European Convention on human⁸ rights, the European Court of Human Rights explained that “in accordance with the development of modern technologies, the concept of “correspondence” covers telephone and fax communications, e-mail, pager communication and Internet use, as well as letters by regular mail⁹. Other means of communication may also fall within the scope of Article 8 of the Convention in the future [...]” (Harris, O’Boyle, Warbrick, 1995).

⁶ Statute of the Court of the Eurasian Economic Union (Annex No. 2 to the Treaty on the Eurasian Economic Union of May 29, 2014). Computer-Assisted Legal Research System “Consultant Plus” (Accessed 10 June 2020).

⁷ Judgment of the Court (Grand Chamber) 8 April 2014, C-293/12 and C-594/12, available at: <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62012CJ0293&lang1=en&type=TEXT&ancre=> (Accessed 19 June 2020).

⁸ Note: Article 8 of the European Convention on Human Rights “Right to respect for private and family life

1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.
2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic wellbeing of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others”, available at: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_RUS.pdf (Accessed 19 June 2020).

⁹ Halford v. UK, 1997-III, 24 EHRR 523; Taylor-Sabori v. UK, HUDOC (2002), 36 EHRR 248; Copland v. UK, 2007-I, 45 EHRR 858; Kennedy v. UK, HUDOC (2010), 52 EHRR 207.

International organizations are searching for balance between application of artificial intelligence and respect for human rights.

The 2005 Declaration on Human Rights and the Rule of Law in the Information Society states that the rights and freedoms enshrined in the European Convention on Human Rights must be guaranteed to all without exception, regardless of the technical means used¹⁰.

In April 2020, the Committee of Ministers of the Council of Europe adopted Recommendation CM/Rec (2020) 1 to member States on the impact of algorithmic systems on human rights¹¹, which specifies a set of guidelines calling on governments to ensure respect for human rights when using, developing or purchasing algorithmic systems. States should ensure that algorithmic systems take into account reliability, confidentiality, data protection and security guarantees in order to prevent and reduce the risk of human rights violations and other adverse consequences for individuals and society¹².

Earlier, the European Commission for the Efficiency of Justice adopted the European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their Environment on December 3, 2018¹³. This document sets forth the principles of using artificial intelligence in judicial systems and their environment: 1) the principle of respect for fundamental rights; 2) the principle of non-discrimination; 3) the principle of quality and safety; 4) the principle of transparency, impartiality, and reliability; 5) the principle of user control. The document states that the use of tools and services based on artificial intelligence must be carried out in good faith, taking into account the basic human rights specified in the European Convention on Human Rights and the Convention on the Protection of Personal Data, as well as in accordance with other fundamental principles set forth in the Charter.

The conducted research allows us to look at law in the interdisciplinary context and ensure that modern problems of jurisprudence may only be studied with the holistic approach. The complex nature of modern jurisprudence, its “inseparable” inclusion in the system of scientific knowledge, implies making a fully justified “legal” decision of any type and level only in the interplay of legal knowledge and data of

¹⁰ Declaration of the Committee of Ministers on human rights and the rule of law in the Information Society CM (2005) 56 final, available at: http://www.ifapcom.ru/files/Deklaratsiya_Komiteta_ministrov_o_ppravah_cheloveka_i_verhovenstve_prava_v_informatsionnom_obschestve.pdf (Accessed 23 June 2020).

¹¹ Recommendation CM/Rec(2020)1 of the Committee of Ministers to member States on the human rights impacts of algorithmic systems. Adopted by the Committee of Ministers on 8 April 2020 at the 1373rd meeting of the Ministers’ Deputies, available at: https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectId=09000016809e1154 (Accessed 8 June 2020).

¹² Algorithms and automation: Council of Europe issues guidelines to prevent human rights breaches, available at: https://search.coe.int/directorate_of_communications/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016809e1f15 (Accessed 8 June 2020).

¹³ European Charter of Ethics on the use of artificial intelligence in judicial systems and the realities around them, available at: <https://rm.coe.int/ru-ethical-charter-en-version-17-12-2018-mdl-06092019-2-/16809860f4> (Accessed 8 June 2020).

other, primarily social, sciences (Tarasov, 2019:126). Today, binding with natural science disciplines is also of great importance.

It is obvious that artificial intelligence is embedded in society, partially replacing the intellectual activity of a person. It is important to find the place of the human being and their humanistic nature in the emerging digital society, thus it is fundamental to preserve the value-based ideals of humanism.

Law, as a social institution, will undoubtedly undergo and is undergoing changes. At the same time, “it is necessary to overcome the obvious underestimation of the mechanisms of formation of legal consciousness and legal behavior in science and practice. Otherwise, only “textual” law will remain” (Tikhomirov, 2020). Raising the role of law and rule through education, upbringing, and ideology is one of the directions of development of the legal culture of society. At the same time, scientists have yet to comprehend the possibilities of harmonizing the values of law and digitalization of social life.

The important issue is how law can preserve its essence without turning into technology. Let us answer this question metaphorically: “I imagine this measure to be something extremely thin — a razor blade, because it is often as difficult to find it, implement, and observe it as it is to walk on a razor blade that is almost invisible due to its extreme sharpness” (Efremov, 2017:69). “You should not take my expression about walking on a razor blade literally ... it is rather the highest subtlety of decisions, research, laws and morals and, of course, the choice of direction” (Efremov, 2017:702). One of the ways is to appeal to the universal principles of law as a starting point from a moral and ethical basis, as well as to find a balance between scientific and technological progress and human rights.

References / Библиографический список

- Alekseev, S.S. (2019) *Social'naya cennost' prava v sovetskom obshchestve [The social value of law in Soviet society]*. S. S. Alekseev; Foreword by S. A. Stepanov; Introductory article by A.P. Semitko. Yekaterinburg: University of the Humanities. LXXX. (Series “Purpose and Power of Law”). (in Russian).
- Алексеев С.С. Социальная ценность права в советском обществе / С. С. Алексеев; предисловие С. А. Степанова; вступительная статья А. П. Семитко. Екатеринбург: Гуманитарный университет, 2019. LXXX, 223 с. (Серия «Предназначение и могущество права»).*
- Antonov, M.V., Polyakov, A.V., Chestnov, I.L. (2013) *Kommunikativnyi podhod i rossiiskaya teoriya prava [The communicative approach and the Russian theory of law]*. *Jurisprudence*. 6 (311), 78–95. (in Russian).
- Антонов М.В., Поляков А.В., Честнов И.Л. Коммуникативный подход и российская теория права // Правоведение. 2013. № 6 (311). С. 78–95.*
- García Cívico, J. (2018) *Derecho y cultura: una dimensión cultural del derecho. Anuario Facultad de Derecho — Universidad de Alcalá XI*. 3–43. (in Spanish).
- Häberle, P. (2002) *Pluralismo y Constitución*. España. Editorial: Tecnos. (in Spanish).
- Häberle, P. (2006) *Verdad y Estado constitucional*. México D.E., Instituto de investigaciones jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. (in Spanish).

- Häberle, P., Kotzur, M. (2003) *De la soberanía al derecho común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*. México: UNAM. (in Spanish).
- Efremov, I.A. (2017) *Lezvie britvy [Razor blade]*. Saint-Petersburg, “Alphabet-Atticus” Publ. (in Russian).
Ефремов И.А. Лезвие бритвы. СПб.: «Издательская Группа «Азбука-Аттикус», 2017.
- Harris, DJ, O’Boyle, M, Warbrick, C. (1995) *Law of the European Convention on human rights*. Butterworths, London, Dublin, Edinburgh.
- Ivin, A.A. (ed.) (2004) *Filosofiya: Enciklopedicheskii slovar' [Philosophy: Encyclopedic Dictionary]*. Moscow, Gardariki Publ. (in Russian).
Философия: Энциклопедический словарь / под ред. А.А. Ивина. М.: Гардарики, 2004. 1072 с.
- Il'ichyov, L.F., Fedoseev, P.N., Kovalyov, S.M., Panov, V.G. (eds.) (1983) *Filosofskii enciklopedicheskii slovar' [Philosophical Encyclopedic Dictionary]*. Moscow, Soviet Encyclopedia Publ. (in Russian).
Философский энциклопедический словарь / гл. редакция: Л.Ф. Ильичёв, П.Н. Федосеев, С.М. Ковалёв, В.Г. Панов. М.: Советская энциклопедия, 1983. 840 с.
- Karpov, V.E., Gotovcev, P.M., Rojzenzon, G.V. (2018) K voprosu ob etike i sistemah iskusstvennogo intellekta [To the question of ethics and artificial intelligence systems]. *Philosophy and Society*. (2), 84–105. (in Russian).
Карпов В.Э., Готовцев П.М., Ройзензон Г.В. К вопросу об этике и системах искусственного интеллекта // *Философия и общество*, 2018. № 2. С. 84–105.
- Kasavina, N.A. (2018) Chelovek i tekhnika: ambivalentnost' elektronnoi kul'tury [Man and technology: the ambivalence of electronic culture]. *Epistemology and Philosophy of Science*. (55) 4, 129–142. (in Russian).
Касавина Н.А. Человек и техника: амбивалентность электронной культуры // *Эпистемология и философия науки*. 2018. Т. 55. № 4. С. 129–142.
- Khabrieva, T.Ya. (2018) Law Facing the Challenges of Digital Reality. *Journal of Russian Law*. (9), 5–16. DOI: 10.12737/art_2018_9_1. (in Russian).
Хабриева Т.Я. Право перед вызовами цифровой реальности // *Журнал российского права*. 2018. № 9. С. 5–16. DOI: 10.12737/art_2018_9_1.
- Khalin, V.G., Chernova, G.V. (2018) Digitalization and its impact on the russian economy and society: advantages, challenges, threats and risks. *Administrative Consulting*. (10), 46–63. (in Russian).
Халин В.Г., Чернова Г.В. Цифровизация и ее влияние на российскую экономику и общество: преимущества, вызовы, угрозы и риски // *Управленческое консультирование*. 2018. № 10. С. 46–63.
- Krawietz, W. (1998) Sistemas jurídicos modernos en transición. Sobre la comunicación jurídica en las teorías contemporáneas de las normas y de la acción. *Doxa. Universidad de Alicante. Área de Filosofía del Derecho*. (21), 1. 123–143. (in Spanish).
- Minsky, M. (2006) *The Emotion Machine: Commonsense Thinking, Artificial Intelligence, and the Future of the Human Mind*. New York: Simon & Schuster.
- Neznamov, A.V., Naumov, V.B. (2017) Voprosy razvitiya zakonodatel'stva o robototekhnike v Rossii i v mire [Issues of the development of legislation on robotics in Russia and in the world]. *Legal Studies*. (8), 14–25. (in Russian).
Незнамов А.В., Наумов В.Б. Вопросы развития законодательства о робототехнике в России и в мире // *Юридические исследования*, 2017. № 8. С. 14–25.

- Ponkin, I.V., Redkina, A.I. (2018) *Iskusstvennyi intellekt s tochki zreniya prava* [Artificial Intelligence from the Point of View of Law]. *RUDN Journal of Law*. 22 (1), 91–109. Doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-1-91-109. (in Russian).
Понкин И.В., Редькина А.И. Искусственный интеллект с точки зрения права // Вестник РУДН. Серия: Юридические науки, 2018. Т. 22. № 1. С. 91–109. Doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-1-91-109.
- Rasheva, N.Yu., Gomonov, N.D. (2006) *Cennost' prava v kontekste sistemy cennostej sovremenogo rossijskogo obshchestva* [The value of law in the context of the value system of modern Russian society]. *Vestnik MSTU*. (9) 1, 172–181. (in Russian).
Рашиева Н.Ю., Гомонов Н.Д. Ценность права в контексте системы ценностей современного российского общества // Вестник МГТУ, 2006. Том 9. № 1. С. 172–181.
- Reale, M. (1985) *Situación actual de la teoría tridimensional del derecho*. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. (25), 203–224. (in Spanish).
- Reale, M. (1997) *Teoría tridimensional del Derecho: una visión integral del Derecho*. Madrid. Editorial: Tecnos. (in Spanish).
- Rostova, N.N. (2019) *Opposition «Human and Technology» as a Problem of Modern Philosophy*. *Voprosy filosofii i psikhologii*. (6) 1, 50–59. (in Russian).
Ростова Н.Н. Оппозиция «человек и техника» как проблема современной философии // Вопросы философии и психологии. 2019. № 6 (1). С. 50–59.
- Sanz Larruga, J. (1997) *El derecho ante las nuevas tecnologías de la información*. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. (1), 499–516. (in Spanish).
- Serrano Villafaña, E. (1973–1974) *Funciones del derecho en la sociedad cambiante de nuestros días*. *Anuario de filosofía del derecho*. (17), 461–472. (in Spanish).
- Sidorova, T.A. (2018) *Neuroethics: between ethics and morality*. *Idei i idealy = Ideas and Ideals*. 2 (1), 75–99. DOI: 10.17212/2075-0862-2018-2.1-75-99. (in Russian).
Сидорова Т.А. Нейроэтика: между этикой и моралью // Идеи и Идеалы. 2018. № 2. Т. 1. С. 75–99. DOI: 10.17212/2075-0862-2018-2.1-75-99.
- Sinica, A.S. (2015) *Moral'no-eticheskie aspekty teorii iskusstvennogo intellekta* [Moral and ethical aspects of the theory of artificial intelligence]. *Young scientist*. (18), 419–423. (in Russian).
Синица А.С. Морально-этические аспекты теории искусственного интеллекта // Молодой ученый. 2015. № 18. С. 419–423.
- Sinyukov, V.N. (2019) *Digital Law and Problems of Gradual Transformation of the Russian Legal System*. *Lex Russica*. 1(9), 9–18. <https://doi.org/10.17803/1729-5920.2019.154.9.009-018>. (in Russian).
Синюков В.Н. Цифровое право и проблемы этапной трансформации российской правовой системы // Lex russica (Русский закон). 2019. № 1(9). С. 9–18. <https://doi.org/10.17803/1729-5920.2019.154.9.009-018>.
- Tarasov, N.N. (2019) *Istoriya i metodologiya yuridicheskoy nauki: metodologicheskie problemy yurisprudencii* [History and methodology of legal science: methodological problems of jurisprudence]. Moscow, Yurait Publ. (in Russian).
Тарасов Н.Н. История и методология юридической науки: методологические проблемы юриспруденции. М.: Юрайт, 2019. 218 с.
- Tikhomirov, Yu.A. (2020) *Law: A Moment of Stillness or Anticipatory Impact on Social Processes*. *Zhurnal rossijskogo prava = Journal of Russian Law*, (4), 5–16. DOI: 10.12737/jrl.2020.038. (in Russian).
Тихомиров Ю.А. Право: момент покоя или опережающее воздействие на социальные процессы // Журнал российского права. 2020. № 4. С. 5–16. DOI: 10.12737/jrl.2020.038.

- Tolstyh, V.L. (2009) *Kurs mezhdunarodnogo prava [International Law Course]*. Moscow, Wolters Kluwer Publ. (in Russian).
Толстых В.Л. Курс международного права. М.: Волтерс Клувер, 2009. 1031 с.
- Vlasenko, N.A. (2012) Razumnost', pravo, pravotvorchestvo [Reasonableness, law, law-making]. *Legal Technique*. (6), 121–125. (in Russian).
Власенко Н.А. Разумность, право, правотворчество // Юридическая техника. 2012. № 6. С. 121–125.
- Vlasova, E.M. (2015) Izmenenie otnosheniya chelovek — tekhnika v sovremennom obshchestve: problemy novogo gumanizma [Changing the relationship between man and technology in modern society: problems of the new humanism]. *International Journal of Applied and Basic Research*. (1-1), 170–173. (in Russian).
Власова Е.М. Изменение отношения человек — техника в современном обществе: проблемы нового гуманизма // Международный журнал прикладных и фундаментальных исследований. 2015. № 1-1. С. 170–173.
- Vojnikanis, E.A., Semenova, E.V., Tyulyaev, G.S. (2018) Iskusstvennyi intellekt i pravo: vyzovy i vozmozhnosti samoobuchayushchihsiya algoritmov [Artificial Intelligence and Law: Challenges and Possibilities of Self-Learning Algorithms]. *Bulletin of Voronezh State University. Series Law*. (4), 137–148. (in Russian).
Войниканис Е.А., Семенова Е.В., Тюляев Г.С. Искусственный интеллект и право: вызовы и возможности самообучающихся алгоритмов // Вестник ВГУ. Серия Право. 2018. № 4. С. 137–148.
- Yakovleva, E.L. (2014) Motion vector: humanism, posthumanism, transhumanism, technogumanizm and humanism. *Baltic Humanitarian Journal*. No. 2. 40–42. (in Russian).
Яковлева Е.Л. Вектор движения: гуманизм-постгуманизм-трансгуманизм-техногуманизм-гуманизм // Балтийский гуманитарный журнал. 2014. № 2. С. 40–42.
- Zhilkin, V.A. (2018) Iskusstvennyi intellekt i cifrovyte tekhnologii v yuridicheskoi deyatelnosti v cifrovoi real'nosti (na primere Finlyandii) [Artificial intelligence and digital technologies in legal activities in digital reality (on the example of Finland)]. *Journal of Foreign Law and Comparative Law*. (5), 16–21. (in Russian).
Жилкин В.А. Искусственный интеллект и цифровые технологии в юридической деятельности в цифровой реальности (на примере Финляндии) // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2018. № 5. С. 16–21.

About the author:

Elena E. Rafalyuk — Candidate of Legal Sciences, Counsel of the Expert-Analytical Department of the Secretariat of the Court of the Eurasian Economic Union; 5 Kirova str., Minsk, 220006, Republic of Belarus

ORCID ID: 0000-0002-1563-8926

e-mail: rafaliuk_e@mail.ru

ПРАВО БУДУЩЕГО: ПОИСК НОВЫХ ИСТИН ИЛИ СОХРАНЕНИЕ ТРАДИЦИОННЫХ ЦЕННОСТЕЙ?

Е.Е. Рафалюк

Секретариат Суда Евразийского экономического союза,
г. Минск, Республика Беларусь

Цифровизация экономики и общества, внедрение искусственного интеллекта в деятельность человека актуализируют ряд новых вопросов, касающихся как правового обеспечения данных процессов, так и направлений развития права как регулятивной системы, соотношения права и технологий. Понимание права во взаимосвязи с иными социальными институтами определяет его роль не только как нормативного регулятора, но как культурно-исторического явления. Целью исследования является анализ на основе междисциплинарного подхода проблемы изменения ценностного (этико-морального) элемента права в контексте развития технологий. Автор приходит к выводу о том, что прогресс права определяется защищаемыми им ценностями, к которым традиционно относились справедливость, равенство, добросовестность, разумность и др. Трансформация отношений человека и техники на современном этапе ставит вопрос о движении к технологическому гуманизму либо обращении к традиционному гуманизму. Автор формулирует гипотезу о том, что право в своей ценностной составляющей не может быть заменено искусственным разумом. Раскрываются формы закрепления ценностных идей в международном праве. На примере международных актов и судебной практики показывается, что международные организации находятся в поиске баланса между использованием искусственного интеллекта и соблюдением прав человека. Сделан вывод о том, что право способно сохранить свою сущностную основу, не превратившись в технику, обращаясь к универсальным принципам права, а также находя баланс между научно-техническим прогрессом и правами человека.

Ключевые слова: искусственный интеллект, цифровизация, трансформация права, права человека, международные организации, принципы права, аксиология, ценности, нейрoэтика, междисциплинарность

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Перевод статьи с русского на английский язык выполнен Николаевой А.И.

Дата поступления в редакцию: 11 августа 2020 г.

Дата принятия к печати: 15 октября 2020 г.

Для цитирования:

Рафалюк Е.Е. Право будущего: поиск новых истин или сохранение традиционных ценностей? / Пер. с русс. на англ. Николаева А.И. // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2020. Т. 24. № 4. С. 843–863. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-843-863.

Право является частью социума и реагирует на все изменения, происходящие в нем. Цифровизация как общемировой тренд развития экономики и общества, основанный на преобразовании информации в цифровую форму (Khalin, Chernova, 2018:47), переход к иным формам общения посредством он-

лайн-технологий, внедрение дистанционных форм работы и образования, получившие широкое применение в период борьбы с пандемией COVID-19, без сомнения, влияют на развитие права как регулятивной системы.

Как заметил теоретик и философ права Вернер Кравиц, «...новые технологические возможности изменили практические возможности, которыми обладает человек в своих юридических действиях, но с ними и посредством их социальная реальность права также стала иной» (Krawietz, 1998:123).

Изменение отношений «человек — техника» (Vlasova, 2015:170–173, Kasavina, 2018:129–142, Rostova, 2019:50–59) как философская проблема ставит перед юридической наукой новый круг вопросов, касающихся как правового обеспечения цифровизации и различных правовых аспектов применения искусственного интеллекта, так и в целом развития права в цифровую эпоху и соотношения права и технологий¹⁴.

Применение искусственного интеллекта стремительно расширяется, в том числе в сфере юридической деятельности. «Происходит роботизация и технологизация юридической деятельности» (Khabrieva, 2018:13): самообучающиеся алгоритмы используются для анализа больших объемов данных и расследования преступлений¹⁵, искусственный интеллект применяется для выполнения определенных задач юриста (Ponkin, Redkina, 2018:91–109), в судебной и банковской деятельности, корпоративных процедурах (Vojnikanis, Semenova, Tyulyaev, 2018:140).

Расширяющаяся цифровизация порождает нормативную трансформацию (Tikhomirov, 2020).

Нормативная трансформация, как представляется, происходит в нескольких направлениях. Во-первых, развивается правовое регулирование различных аспектов использования искусственного интеллекта и робототехники (Neznamov, Naumov, 2017:14–25). Во-вторых, само право, как социальный институт, претерпевает изменения: «в него постепенно входят на правах субъектов и новых нетипичных объектов явления, по старой юридической классификации имеющие неживой, не субъектный и не объектный характер, — инженерия генома, биотехнологии, Интернет, искусственный интеллект» (Sinyukov, 2019:11).

¹⁴ В российской правовой доктрине вопросам развития права в цифровую эпоху посвящен ряд статей: Залоило М.В., Пашенцев Д.А. Национальный правовой порядок России в условиях цифровизации // Вестник Санкт-Петербургского университета. Право. 2019. Т. 10. Выпуск 2. С. 196–209; Мажорина М.В., Терентьева Л.В., Шахназаров Б.А. Международное частное право в условиях развития информационно-коммуникационных технологий // Актуальные проблемы российского права. 2019. № 5 (102). С. 169–182; Муратова О.В. Концепция транснационального потребительского права в современном мире // Lex Russica. 2019. № 7 (152). С. 20–28; Талапина Э.В. Право и цифровизация: новые вызовы и перспективы // Журнал российского права. 2018. № 2. С. 5–17; Хабриева Т.Я., Черногор Н.Н. Право в условиях цифровой реальности // Журнал российского права. 2018. № 1. С. 85–102; и др.

¹⁵ Donk, R. (2020) Using algorithms in police investigations, available at: <https://www.ru.nl/ai/news-events/news/vm-news/using-algorithms-police-investigations/> (Accessed 01 June 2020).

Так, можно отметить, что Законом Российской Федерации «О поправке к Конституции Российской Федерации» от 14 марта 2020 года № 1-ФКЗ (статья 1, п. 6, пп. «в», «г»)) внесены изменения в статью 71, пп. «и», «м» Конституции Российской Федерации от 12 декабря 1993 года, согласно которым в ведении Российской Федерации находятся: «...информационные технологии...», «...обеспечение безопасности личности, общества и государства при применении информационных технологий, обороте цифровых данных».

Трансформация права в глобальной смысле, не только его нормативной «оболочки», обусловлена многомерностью права, трактуемого как часть культуры (García Cívico, 2018:13), как система социальных коммуникаций (Antonov, Polyakov, Chestnov, 2013:78–95).

Синтетическое понимание права в контексте объединения наук и искусств, составляющих «великую антропологию» человеческой культуры (Häberle, 2006:151; 2002:104; Häberle, Kotzur, 2003:5), представляется актуальным сегодня, когда человеческое и индивидуальное заменяется техническим и типовым, и потому важно обращение к искусству как «форме творчества, способу духовной самореализации человека посредством чувственно-выразительных средств» (Ivin, 2004), «форме общественного сознания, специфического рода практически-духовного освоения мира» (Ilichyov, Fedoseev, Kovalyov, Panov, 1983), а к праву как к искусству. Вспомним определение «права» древнеримского юриста Цельса как «искусства добра и справедливости» («Jus est ars boni et aequi»).

Исследованию социальной ценности права посвятил ряд своих работ советский и российский теоретик права С.С. Алексеев. Он обосновал важность ценностной характеристики права как необходимого, социально полезного инструмента общественного развития, выявил особые свойства права (нормативность, формальная определенность, принуждение, динамизм) и показал их социальную ценность в регулировании общественных отношений. О праве как самостоятельной ценности ученый писал в связи с его специфическим содержанием, которое выражается также в том, что «юридические нормы воплощают в себе господствующие моральные принципы, начала справедливости» (Alekseev, 2019:47). Автор подчеркивал взаимосвязь права и культуры, отмечая, что свойства права, юридическую технику, правовой язык можно характеризовать «в виде постепенно накапливающихся элементов нематериальной духовной культуры» (Alekseev, 2019:201).

Профессор Хесус Гарсиа Цивико рассматривает взаимосвязь права, общества и культуры в ракурсе отношений «человек — общество — культура — право» (García Cívico, 2018:15).

Теоретик и философ права Мигел Реале, автор «трехмерной теории права», считал, что элементами права являются: нормативный (норма), фактологический, социальный и исторический (факт) и этико-нравственный (ценность справедливости, которую ставится задача сохранить). Согласно Реале через множественные формы корреляции между фактами, ценностями и нормами

возникают и развиваются различные круги юридического опыта, которые в свою очередь находятся под взаимным влиянием и перекрываются (Reale, 1985:203–224; 1997).

Широкое понимание права во взаимосвязи с иными социальными институтами определяет его роль не только как нормативного регулятора, но как культурно-исторического явления. Все более распространяющееся внедрение искусственного интеллекта в жизнь влияет на развитие каждого из элементов права (нормативного, фактического и этического). Юридическая наука и философская мысль все чаще обращаются к проблеме будущего права. Обосновывается несколько вариантов развития права в будущем (Khabrieva, 2018:15).

Используя «сократовский метод» постановки вопросов в познании «истины», обозначу несколько проблем и суждений о них, что возможно, станет поводом для продолжения дискуссии о будущем права.

Какова роль ценностного ядра права в эпоху цифровизации и роботизации?

Для анализа данного вопроса обращаюсь к идеям теоретика и философа права Эмилио Серрано Вильяфанье, рассматривающего прогрессивное развитие права через его цели и ценности (Serrano Villafañe, 1973–1974:466). Автор не отрицал развития права в соответствии с духом времени: «...Поскольку социальный прогресс — это, в свою очередь, прогресс цивилизации и культуры, отсюда и прогресс права отражает не только юридические формы, но и формы цивилизации и культура общества, которые дают ему жизнь. [...] Право должно выполнять прогрессивную функцию и развиваться в соответствии со временем и с реальностью и отношениями, которые оно регулирует» (Serrano Villafañe, 1973–1974:462–463). Вместе с тем Серрано различал «формальный» и «сущностный» прогресс права. Первый предполагает технический аспект права, законодательное выражение правовых идей, их логичное и ясное выражение (Serrano Villafañe, 1973–1974:469). По мнению ученого, не столько забота о юридической технике, сколько о целях и ценностях, которые нормы призваны реализовать, это то, что образует совершенный закон и определяет функции права. «Функция права состоит в том, чтобы отразить эту изменяющуюся социальную реальность и регулировать ее многочисленные правовые отношения для безопасности, определенности, общего блага, которые являются целями права. Первичной целью права является справедливость» (Serrano Villafañe, 1973–1974:472).

Представляется, что точка зрения ученого может быть воспринята современной научной мыслью. Право регулирует общественные отношения, и, следовательно, развивается вместе с ними. Однако именно цели и ценности права и их вектор определяют его прогрессивное развитие.

Способна ли новая цифровая реальность изменить традиционные ценности права?

Формирование электронной культуры, происходящее «на основе процесса глобальной информатизации общества, развития цифровых технологий, создания компьютерной альтернативы реальности, единой виртуальной среды Интернета, представляет собой лишь часть больших изменений, связанных с появлением нового типа общества в русле научно-технического развития» (Kasavina, 2018:131).

Новое общество — новые ценности? Оставляя данный вопрос открытым, отмечу, что содержание универсальных принципов права, в числе которых равенство¹⁶, разумность, и др. находится в «зоне риска» модификации, ввиду того, что научно-технический прогресс способствует формированию новых стандартов жизни и труда, а искусственный интеллект предлагает обществу «высокоразвитые и умные машины», которые анализируя большие объемы информации и самостоятельно решая задачи, конкурируют с человеком.

Способно ли внедрение искусственного интеллекта в юридическую деятельность влиять на взаимосвязь права и разума человека? Как отмечает профессор Н.А. Власенко, «Право представляет собой феномен разума, выражающий объективные ценности и требования человеческого бытия и является безусловным источником и абсолютным критерием всех человеческих установлений» (Vlasenko, 2012:121).

Нельзя не учитывать того, что в юридическую деятельность, помимо человека, внедряется «машина», отсюда актуальными становятся вопросы допустимых пределов и правовых принципов участия искусственного интеллекта в процессе принятия юридических решений, а также научной верификации и контроля работы таких искусственных систем.

Получает распространение «нейроэтика», претендующая на основание морали нового нейроулучшенного общества, в котором победит когнитивное усовершенствование и искусственный интеллект, натуралистическая парадигма в понимании морали (Sidorova, 2018:79).

Таким образом, взаимоотношения «права и роботизации» переходят в плоскость этической проблемы, где формируются новые отношения человека и техники. Какими они будут? В направлении движения к «техническому гуманизму» (Sanz Larruga, 1997:516) или возврата к традиционным ценностям гуманизма, пройдя «круг» «гуманизм — постгуманизм — трансгуманизм — техногуманизм — гуманизм» (Yakovleva, 2014:40–42)?

¹⁶ «Подобные трансгуманистические перспективы, с точки зрения Ф. Фукуямы (Fukuyama, F. *The World's Most Dangerous Ideas: Transhumanism // Foreign Policy*. 2004. No. 144. 42–43), несут угрозу одной из важнейших идей демократического общества — идее равенства. Ведь могут возникнуть люди более совершенные, чем их сверстники, люди, физически более выносливые и более умные» (Цит. по: Sinica, 2015:419–423).

Данные нейронаук позволяют замещать часть интеллектуальных операций человека машинными. Чувственная и эмоциональная сферы человека, являющиеся основой творческой деятельности, также становятся «объектом притязаний» искусственного интеллекта. По данному вопросу высказываются разные позиции. Одна из них основана на том, что «Искусство и чувства невозможно заменить искусственным интеллектом» (Zhilkin, 2018:19). Другая же допускает возможность внедрения искусственного интеллекта в эмоциональную область, если эмоции «рассматривать как еще один вариант мышления» (Minsky, 2006), и таким образом, «возможность появления машинного аналога этого типа мышления» (Karpov, Gotovcev, Rojzenzon, 2018:91).

Право в контексте аксиологической методологии базируется на ценностях. Обусловленность ценностей деятельностью человека («только для человека и только через человека реальность приобретает ценностный характер») (Rasheva, Gomonov, 2006:173), позволяет предложить вывод о том, что право на ценностном уровне не может быть заменено искусственным разумом, источником которого являются алгоритмы и схемы, изобретенные человеком.

Каковы механизмы сохранения сущностного ядра права?

Универсальные принципы права, имеющие в своей основе морально-этическую природу и выражающие культурно-исторические традиции, отражают ценности права.

В международном праве есть различные формы проведения концепции справедливости (Tolstyh, 2009:188) и иных ценностей права.

К ним относятся императивные нормы общего международного права (*jus cogens*), договорные и обычные нормы, общие принципы права, признанные цивилизованными нациями, а также специальный механизм разрешения споров «*ex aequo et bono*» (по добру и справедливости).

Так, в соответствии со статьей 38 Статута Международного суда ООН: «1. Суд, который обязан решать переданные ему споры на основании международного права, применяет: а) международные конвенции, как общие, так и специальные, устанавливающие правила, определенно признанные спорящими государствами; б) международный обычай как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы; в) общие принципы права, признанные цивилизованными нациями; д) с оговоркой, указанной в статье 59, судебные решения и доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм». Согласно пункту 2 статьи 38 Статута Суд может разрешать дело *ex aequo et bono*, если стороны с этим согласны¹⁷.

¹⁷ Статут Международного суда ООН, available at: <https://www.un.org/ru/icj/statut.shtml#chap2> (Accessed 10 June 2020).

В статье 34 Постоянного апелляционного суда Меркосур закреплено, что арбитражи *ad hoc* и Постоянный апелляционный суд могут решать споры *ex aequo et bono*, если стороны выразят на это согласие¹⁸.

Возможность применения общепризнанных принципов и норм международного права, а также международных обычаев как доказательства всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы, закреплена в пункте 50 Статута Суда Евразийского экономического союза (приложение № 2 к Договору о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 года)¹⁹.

Применение общих принципов права и международных обычаев судами позволяет формировать ценностный компонент в судебных решениях на основе положений естественного права. Как пишет профессор Т.Н. Нешатаева, «...Новейшая практика европейских судов свидетельствует о необходимости давать новое понимание прав человека с целью разрешения противоречия между естественным правом и достижениями научного прогресса: в судах рассматриваются дела об эвтаназии, операциях по изменению пола и о клонировании человека. В отсутствие позитивного права все эти споры рассматриваются на основе принципа верховенства прав человека» (Neshataeva, 2004).

Решением Суда Европейского Союза от 8 апреля 2014 года по делу «Digital Rights Ireland Ltd v Minister for Communications, Marine and Natural Resources and Others and Kärntner Landesregierung and Others» Директива Европейского парламента и Совета 2006/24 /ЕС от 15 марта 2006 года о сохранении данных, полученных или обработанных в связи с предоставлением общедоступных услуг электронной связи или сетей общего пользования, и изменяющая Директиву 2002/58/ЕС, была признана недействительной²⁰ по причине того, что она повлекла за собой широкомасштабное и серьезное вмешательство в основополагающие права человека на уважение частной жизни и защиту личных данных.

Европейский Суд по правам человека относительно применения статьи 8 Европейской конвенции по правам человека²¹ разъяснил, что «В соответствии с развитием современных технологий понятие “корреспонденция” охватывает

¹⁸ Протокол де Оливос о разрешении споров в Меркосур от 18 февраля 2002 года, available at: http://www.tprmercosur.org/es/docum/Protocolo_de_Olivos_es.pdf (Accessed 10 June 2020).

¹⁹ Статут Суда Евразийского экономического союза (приложение № 2 к Договору о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 года) // СПС «Консультант Плюс» (Accessed 10 June 2020).

²⁰ Judgment of the Court (Grand Chamber) 8 April 2014, C-293/12 and C-594/12, available at: <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62012CJ0293&lang1=en&type=TXT&ancre=> (Accessed 19 June 2020).

²¹ Примечание: Статья 8 Европейской конвенции по правам человека. «Право на уважение частной и семейной жизни: 1. Каждый имеет право на уважение его личной и семейной жизни, его жилища и его корреспонденции. 2. Не допускается вмешательство со стороны публичных властей в осуществление этого права, за исключением случаев, когда такое вмешательство предусмотрено законом и необходимо в демократическом обществе в интересах национальной безопасности и общественного порядка, экономического благосостояния страны, в целях предотвращения беспорядков или преступлений, для охраны здоровья или нравственности или защиты прав и свобод других лиц», available at: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_RUS.pdf (Accessed 19 June 2020).

телефонную и факсимильную связи, электронную почту, общение по пейджеру и использование Интернета, а также письма по обычной почте²². Другие способы связи также могут относиться к сфере действия статьи 8 Конвенции в будущем [...]» (Harris, O’Boyle, Warbrick, 1995).

Международные организации находятся в поиске баланса между использованием искусственного интеллекта и соблюдением прав человека.

В Декларации о правах человека и верховенстве права в информационном обществе 2005 года заявляется, что осуществление прав и свобод, закрепленных в Европейской конвенции по правам человека, должно быть обеспечено для всех без исключения, независимо от используемых технических средств²³.

В апреле 2020 года Комитетом министров Совета Европы была принята Рекомендация CM/Rec(2020)1 государствам-членам о влиянии алгоритмических систем на права человека²⁴, в которой обозначен ряд руководящих принципов, призывающих правительства обеспечить соблюдение прав человека при использовании, разработке или закупке алгоритмических систем. Государства должны обеспечивать, чтобы алгоритмические системы учитывали надежность, конфиденциальность, защиту данных и гарантии безопасности с целью предотвращения и уменьшения риска нарушений прав человека и других неблагоприятных последствий для отдельных лиц и общества²⁵.

Ранее Европейской комиссией по эффективности правосудия была принята «Европейская этическая хартия об использовании искусственного интеллекта в судебных системах и окружающих реалиях» от 3 декабря 2018 года²⁶. Этот документ закрепляет принципы использования искусственного интеллекта в судебных системах и окружающих их реалиях: 1) Принцип уважения основополагающих прав; 2) Принцип недискриминации; 3) Принцип качества и безопасности; 4) Принцип прозрачности, беспристрастности и достоверности; 5) Принцип контроля пользователем. В документе отмечается, что использование инструментов и услуг на основе искусственного интеллекта должно осу-

²² Halford v. UK, 1997-III, 24 EHRR 523; Taylor-Sabori v. UK, HUDOC (2002), 36 EHRR 248; Copland v. UK, 2007-I, 45 EHRR 858; Kennedy v. UK, HUDOC (2010), 52 EHRR 207.

²³ Декларация Комитета министров о правах человека и верховенстве права в Информационном Обществе CM (2005) 56 final, available at: http://www.ifapcom.ru/files/Deklaratsiya_Komiteta_ministrov_o_pravah_cheloveka_i_verhovenstve_prava_v_informatsionnom_obschestve.pdf (Accessed 23 June 2020).

²⁴ Recommendation CM/Rec(2020)1 of the Committee of Ministers to member States on the human rights impacts of algorithmic systems. Adopted by the Committee of Ministers on 8 April 2020», available at: https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectId=09000016809e1154 (Accessed 8 June 2020).

²⁵ Algorithms and automation: Council of Europe issues guidelines to prevent human rights breaches», available at: https://search.coe.int/directorate_of_communications/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016809e1f15.

²⁶ Европейская этическая хартия об использовании искусственного интеллекта в судебных системах и окружающих их реалиях, available at: <https://rm.coe.int/ru-ethical-charter-en-version-17-12-2018-mdl-06092019-2-/16809860f4> (Accessed 8 June 2020).

ществляться добросовестно, с учетом основных прав человека, изложенных в Европейской Конвенции по правам человека и Конвенции о защите персональных данных, а также в соответствии с другими основополагающими принципами, изложенными в Хартии.

Проведенное в данной статье исследование позволяет еще раз обратиться к праву в контексте междисциплинарности и убедиться в том, что современные проблемы юриспруденции находятся в плоскости взаимодействия наук. Комплексный характер современной юриспруденции, ее «неразрывная» включенность в систему научного познания предполагает принятие всесторонне обоснованного «юридического» решения любого вида и уровня только во взаимосвязи юридического знания с данными иных, прежде всего общественных наук (Tarasov, 2019:126). Сегодня важна связь и с естественно-научными дисциплинами.

Очевидно, что искусственный интеллект встраивается в социум, частично заменяя собой интеллектуальную деятельность человека. Представляется важным найти место человека и человеческого в формирующемся цифровом обществе, и здесь основополагающее значение имеет сохранение ценностных идеалов гуманизма.

Право, являясь социальным институтом, без сомнения будет претерпевать и претерпевает изменения. Вместе с тем «предстоит преодолеть явную недооценку механизмов формирования правового сознания и правового поведения в науке и практике. В противном случае останется лишь «текстовое» право» (Tikhomirov, 2020). Повышение роли права и закона через образование, воспитание, идеологию — одно из направлений развития правовой культуры общества. При этом ученым еще предстоит осмыслить возможности гармонизации ценностей права и цифровизации общественной жизни.

Важен вопрос о том, как праву сохранить в себе его сущность, не превратившись в технику? Ответим на этот вопрос метафорически: «Я представляю себе эту меру чем-то крайне тонким — лезвием бритвы, потому что найти ее, осуществить, соблюсти нередко так же трудно, как пройти по лезвию бритвы почти невидимому из-за чрезвычайной остроты» (Efremov, 2017:69). «Нельзя понимать мое выражение о пути по лезвию бритвы буквально ... это скорее высшая тонкость решений, исследований, законов и морали и, конечно, выбора направления» (Efremov, 2017:702). Одним из таких способов является обращение к универсальным принципам права, являющимся его исходным началом, несущим в себе морально-этическую основу, а также поиск баланса между научно-техническим прогрессом и правами человека.

Об авторах:

Елена Евгеньевна Рафалиук — кандидат юридических наук, советник экспертно-аналитического отдела, Секретариат Суда Евразийского экономического союза; 220006, Республика Беларусь, г. Минск, ул. Кирова, д. 5

ORCID ID: 0000-0002-1563-8926

e-mail: rafaliuk_e@mail.ru



DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-864-880

Research Article

CONCRETIZATION OF LAW: LEGAL FORMS

Xenia Dovgan

Academy of Labor and Social Relations,
Moscow, Russian Federation

Abstract. Stability and quality of legislation is checked by time. The organic development of law and the elements of the legal system ensures the protection of the fundamental rights and freedoms of a human and a citizen. In the current living conditions, especially in the period of serious epidemiological upheavals, the effectiveness of the adopted legal acts acquires significant value. This is overwhelmingly important during the period of the legislation update. The effectiveness and unity of legal regulation allows to evaluate the framework legislation. We examine the legislative forms of concretization of the framework legislation at different levels of legal regulation. The research methodology is determined by its sources. The use of the formal legal research method allowed us to analyze legal acts within the system. One of the main mechanisms for implementing the framework legislation is concretization, which enhances balancing law-making, law implementation and law enforcement activities. Due to a certain degree of generalization and abstractness alongside with the direction of legal regulation, key messages, defined at the level of the framework act, are being detailed and concretized in the subordinate act. Considering technical and legal factors, we can trace certain *uncertainty* created by legislator as a means to regulate new social relations and specify them at a subsequent level of legal regulation, taking into account temporary, socio-economic, procedural, ideological and other criteria.

Key words: framework legislation, concretization in law, certainty, legislation, law-making, law enforcement

Conflicts of interest. The author declared no conflicts of interest.

Article received 05 July 2020

Article accepted 15 October 2020

For citation:

Dovgan, X. (2020) Concretization of law: legal forms. *RUDN Journal of Law*. 24 (4), 864–880. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-864-880.

© Dovgan X., 2020.



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЕ ФОРМЫ КОНКРЕТИЗАЦИИ ПРАВА

К. Довгань

Академия труда и социальных отношений,
г. Москва, Российская Федерация

Стабильность и качество законодательства проверяется временем. Органичное развитие права и элементов правовой системы позволяет обеспечить защиту основных прав и свобод человека и гражданина. В условиях модернизации современной жизни, в том числе в период серьезных эпидемиологических потрясений, эффективность принимаемых правовых актов приобретает существенное значение. Особенно это важно в период обновления законодательства. Эффективность и единство правового регулирования позволяет оценить «рамочное» законодательство. Мы рассмотрели законодательные формы конкретизации «рамочного» законодательства на разных уровнях правового регулирования. Методология исследования определена ее источниками. Применение формально-юридического метода исследования позволило проанализировать правовые акты в системе. Одним из основных механизмов реализации «рамочного» законодательства является конкретизация, которая позволяет сбалансировать правотворческую, правореализационную и правоприменительную деятельность. Благодаря определенной степени обобщенности и абстрактности, направлению правового регулирования, заданные на уровне рамочного акта ключевые посылы детализируются, конкретизируются в соподчиненном акте. Индивидуализация общественных отношений способствует правильному применению юридических норм. Если рассмотреть с технико-юридической точки зрения, то можно проследить применение такого средства правового регулирования как «неопределенность», создаваемое законодателем в целях регулирования новых общественных отношений и конкретизации их на последующем уровне правового регулирования с учетом временных, социально-экономических, процедурных, идеологических и иных критериев. Гибкая форма правового регулирования путем абстрактного способа формулирования норм права используется в рамочных актах, что открывает новые возможности для эффективного правового регулирования.

Ключевые слова: рамочное законодательство, конкретизация в праве, определенность, законодательство, правотворчество, правоприменение

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 05 июля 2020 г.

Дата принятия к печати: 15 октября 2020 г.

Для цитирования:

Dovgan X. Concretization of law: legal forms // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2020. Т. 24. № 4. С. 864–880. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-864-880.

Introduction

One of the key challenges in the development of the rule of law is improving legislation. The expansion scope of the legal regulation determines modernization of

technical and legal means. The norms of a general nature, aimed at frequentative implementation, gain particular importance. The need to specify them is determined by law-making, law implementation and law enforcement practice. Legislation, establishing general principles for regulating public relations (framework legislation), determines the further processes of interpretation and concretization. The potential of the “framework” legislation is revealed through concretization. However, the forms of law concretization are not fully understood at the theoretical and practical levels so far.

To consider the concept of *frame* we refer to T.F. Efremova’s explanatory dictionary, which describes the concept of *framework*. It means *limits, boundaries, restrictions in performance*. If we turn to the Comprehensive Legal Dictionary, *framework laws* (also named as skeletal laws, or framework statutes) are a special form of legislative acts adopted by parliament, which establish only general principles for regulating a particular sphere (Suharev, et al., 2002). Certain technical and legal instruments set up limits or boundaries in the framework acts. Meanwhile, the connection with subordinate acts that are in correlation is not lost.

In foreign practice, framework legislation issues are within the jurisdiction of federal states. It is worth noting that such acts are common mainly abroad, namely in France, Germany, Spain, Anglo-Saxon countries and their former colonies. “Rahmengesetz”, translated from German, is a framework law that regulates a certain area of public relations, but not completely. It defines the basic principles, and concretization is carried out at the level of regions, i.e. Bundesländer (Symanyuk, 2014:108–113). The framework laws are based not only on the issues within the joint jurisdiction of the federal state and regional bodies, but also on those within the exclusive jurisdiction of the federal and regional authorities.

Framework legislation implies legislator’s right to adopt rules that only outline the boundaries of legal regulation with a high degree of abstraction.

In Anglo-Saxon countries, framework laws are the legal foundation, which sets out basic rights and duties of citizens that define obligations and principles in general¹. Framework legislation is the foundation of an effective and well-functioning national statistical system (Knut, 2011).

The concept of *frame contract* is a legal category having been introduced into civil law and being fixed in the Civil Code of the Russian Federation. According to Article 429.1. of the Russian Civil Code, a frame contract is an agreement with open conditions that “defines the general terms for the obligatory relationship of the parties, which can be concretized and specified by them”. A frame contract is a type of civil contract. Thus, the legislator enshrined the concept of a frame contract in civil legislation on June 1, 2015 for the first time (Poduzova, 2017:116–118). The relevance to study the framework legislation is determined by its significance for particular legal sciences.

¹ Legal Framework Navigating the Web of Laws and Contracts Governing Extractive Industries (2020), available at: https://resourcegovernance.org/sites/default/files/nrgi_Legal-Framework.pdf. (Accessed 19 January 2020).

A framework law is a kind of general act that contains norms-definitions, norms-principles, norms-goals, and presumptions and provides a normative orientation, setting the vector and/or direction of legal regulation in public relations at various levels (international, federal, regional and local) in order to achieve effective results. The potential of the “framework” legislation is revealed through concretization.

In T.F. Efremova’s (Efremova, 2000) explanatory dictionary the notion *concretize* means *to give a concrete expression to something, to clarify something*. In the legal literature, *concretization* is understood as a feature of law (Vengerov. 1970), a means of filling the gaps (Lazarev, 2018), an attribute of the legal regulation process (A.F. Cherdantsev, 1974), a logical continuation of the transition issues from uncertainty to certainty (Tikhomirov, 2015).

According to N.A. Vlasenko, the transition “from the uncertainty of the law content to its certainty” (Vlasenko, 2013:34) is due to concretization. N.N. Vopenko believes that “concretization is the result of a law-making or law-enforcement process where the maximum certainty and completeness of the meaning of legal norms became possible due to the means of interpretation, detail, clarification or development of separate elements of norms aimed at accurate and complete legal regulation” (Vopenko, 1976:55).

Depending on the stages of legal regulation and their specific features, M.V. Zaloilo identifies three forms of concretization of legal norms: law-making, law-enforcement and law-interpretation. Law-making concretization is understood as “the activity of authorized bodies aimed at adopting new clarifying legal norms based on the meaning and content of the original legal norms” (Zaloilo, 2019). Law-enforcement concretization is an “individualization of norms in accordance with a specific setting, as applied to a specific subject of legal relations” (Zaloilo, 2014). The law-interpretation concretization is aimed at “clarifying and supplementing the interpretation act process, filling the rule of law with new content” (Zaloilo, 2012).

The issues of spatial and hierarchical concretization have also been the research focus of the Russian scholars. S.S. Alekseev, S.V. Polenina, A.F. Cherdantsev looked at the features of concretization at different stages of legal regulation (Alekseev, 1981; Polenina, 1996; Cherdantsev, 1974).

The problem of correlation between the degree of concretization of norms and the hierarchy of sources of law has been addressed by V.A. Tolstik. The author highlights “the straightforward relationship between the degree of generality (abstractness) of legal norms and their hierarchy”, while “the legislator should strive not to establish more general norms in subordinate normative acts than in superior ones, and vice versa” (Tolstik, 2008:117).

Yu.G. Arzamasov, V.M. Baranov, S.V. Boshno, V.V. Lazarev, A.F. Nozdachev, T.A. Pytikova, and V.A. Sivitsky studied hierarchical types of law-making concretization of legal norms. V.A. Sivitsky noted that “laws can be concretized by by-laws in case of a corresponding prescription” and necessity in law enforcement (Sivitsky, 2008:172–128). However, modern legislation makes it possible to single out other forms of spatial and hierarchical concretization of legal norms.

Legal forms of spatial concretization

Spatial concretization exists at the international and domestic levels. The norms contained in international acts are often specified in domestic laws. In the international law, one can come across the acts that apply the concept of *framework*, for example, the UN Framework Convention on Climate Change, the WHO Framework Convention on Tobacco Control and others. After their ratification, conventions, multilateral, bilateral international treaties or agreements have also a significant impact on national legislations. Model provisions of international acts are specified in the laws of respective state, for example, the Federal Law (hereinafter- FZ) dated May 5, 2014 No. 126-FZ “On Amending Certain Legislative Acts of the Russian Federation in Connection with the Accession of the Russian Federation to the Convention on Civil Law Aspects of International Child Abduction” amended a number of Russian acts on the issues of procedural regulation of abducted children return².

The 1969 Vienna Convention³ and the Federal Law “On International Treaties of the Russian Federation”⁴ contain the norms that are identical in terms of content, formal and functional features, with the same wording as “Use of Terms” (“ratification”, “approval”, “acceptance” and “accession”) not to mention the coincidence of numbering.

The provisions of international treaties (agreements) are often specified in the national legislation of the Russian Federation. For example, personal law is an element of the well-established principle of the “personal law of an individual”. Legal capacity of foreign citizens is determined according to the laws of the country whose citizen a person is, or, in case of a stateless person, by his or her place of residence or country of residence. This principle can be traced in many standard international treaties of the Russian Federation on legal assistance, especially in civil matters, for example, in the agreement between the Russian Federation and the Republic of Estonia on legal assistance and legal relations in civil, family and criminal matters (art. 22)⁵.

² Federal'nyi Zakon No. 126-FZ ot 05.05.2014 “O vnesenii izmenenii v otdel'nye zakonodatel'nye akty Rossiiskoi Federatsii v svyazi s prisoedineniem Rossiiskoi Federatsii k Konvencii o grazhdansko-pravovykh aspektakh mezhdunarodnogo pohishcheniya detej” [Federal Law No. 126-FZ “On amendments to certain legislative acts of the Russian Federation in connection with the accession of the Russian Federation to the Convention on Civil Law Aspects of International Child Abduction], available at: <http://www.consultant.ru> (Accessed 19 May 2020).

³ Venskaya konvenciya o prave mezhdunarodnykh dogovorov ot 23.05.1969 [Vienna Convention on the Law of Treaties], available at: <http://www.consultant.ru> (Accessed 19 May 2020).

⁴ Federal'nyi Zakon No. 101-FZ ot 15.07.1995 “O mezhdunarodnykh dogovorah Rossiiskoi Federatsii” [Federal Law No. 101-FZ of July 15, 1995 “On International Treaties of the Russian Federation”], available at: <http://www.consultant.ru> (Accessed 19 May 2020).

⁵ Dogovor mezhdru Rossijskoi Federaciej i Estonskoi Respublikoi o pravovoi pomoshchi i pravovykh otnosheniyah po grazhdanskim, semejnym i ugovolnym delam (Podpisan v g. Moskve 26.01.1993) [Agreement between the Russian Federation and the Republic of Estonia on legal assistance and legal relations in civil, family and criminal matters (Signed in Moscow on 01/26/1993)], available at: <http://www.consultant.ru> (Accessed 19 May 2020).

The Civil Procedure Code of the Russian Federation and the Civil Code of the Russian Federation contain specific provisions (article 399 of the Code of Civil Procedure of the Russian Federation and article 1196 of the Civil Code of the Russian Federation) that the civil and civil procedural legal capacity and legal capacity of foreign citizens and stateless persons are determined by their personal law⁶.

The adverse process can also take place in the legislation when the spatial concretization of national laws is reflected in international norms. Due to rather abstract norms of the framework legislation, standard provisions of particular state rules are specified in international acts. For example, on September 30, 2016, the Government of the Russian Federation approved the “Rules for concluding international treaties of the Russian Federation on the promotion and protection of investments”⁷, which is a framework in relation to all Russian standard agreements with foreign states. Under this agreement (according to its form and provisions), Russia signs international agreements with foreign countries where the maximum degree of commonality is concentrated at the level of the Russian government acts. The framework acts of the Russian supreme executive authority declaratively consolidate the main motives, goals, and objectives of international treaties of the Russian Federation.

Thus, spatial concretization can exist in various forms. The impact of international norms on national law is manifested in various ways, for example, when defining the concepts used in a legal act through interpreting certain legal norms or filling in the gaps in law (Halafjan, 2017:29–37). The adverse process is evident when certain provisions of the national legislation of the state are specified in international treaties or agreements. In one of his works Yu.A. Tikhomirov noted that international law “has a large degree of regulatory concentration. Norms-definitions, norms-principles, norms-goals, collision norms and presumptions determine normative orientation of national norms, setting up the direction of regulation. International norms mainly effect the disposition of national norms. The choice of specific regulators remains with national law” (Tikhomirov, 2002:101–111).

In this case, the norms of international law are a guideline, setting the scope of legal regulation for national legislation, giving freedom to implement and concretize to each state. A high degree of commonality, defining the goals, motives of a legal act, object and orientation of legal regulation, the statement of well-known terms and facts ensure the semantic unity of the subordinate acts. At the same time, the ideological criterion of concretization is observed in national acts.

⁶ Grazhdanskii kodeks Rossiiskoi Federatsii (chast' tret'ya) ot 26.11.2001 No. 146-FZ [Civil Code of the Russian Federation (part three) of November 26, 2001 No 146-FZ], available at: <http://www.consultant.ru> (Accessed 20 May 2020).

⁷ Postanovlenie Pravitel'stva RF ot 30.09.2016 No. 992 “O zaklyuchenii mezhdunarodnykh dogovorov Rossiiskoi Federatsii po voprosam pooshchreniya i zashchity investitsii” [Decree of the Government of the Russian Federation of September 30, 2016 N 992 “On the conclusion of international treaties of the Russian Federation on the promotion and protection of investments”], available at: <http://www.consultant.ru> (Accessed 20 May 2020).

Legal forms of hierarchical concretization

Hierarchical concretization exists at the legislative and subordinate levels of legal regulation. Each state has its own unique legal system, history and culture, which determine how issues are resolved between the federal center and its constituents (Senjakin, 2007; Strashun, 2000). The Constitution of the Russian Federation (Articles 71–73) does not mention the framework laws. However, the examples of framework legislation can be found in federal and regional legislation.

In the domestic legal system, at its federal level, framework legislation can exist in the form of federal constitutional law, federal law, national programs, and strategies, where abstract norms (standard provisions) are specified in other federal acts, for example, federal law. Concretization of the national project program “Safe and high-quality roads”⁸, federal target program “Improving Road Safety in 2013–2020”⁹ is carried out in a number of federal acts, namely, in federal laws on the federal budget for the corresponding period, the Federal Law “On Road Traffic Safety”, the Federal Law “On Roads and Road Activities in the Russian Federation and on Amending Certain Legislative Acts of the Russian Federation”, Federal Law “On the Organization of Traffic in the Russian Federation and on Amending Certain Legislative Acts of the Russian Federation” and others.

A framework law can be concretized not only in the subordinate law, but also in the acts of executive authorities. Thus, the federal law “On additional measures of state support for families with children”¹⁰ defines the main provisions of an additional measure of support for families with children, as maternal (family) capital. Departmental acts are adopted at the level of the Russian Federation Government and relevant bodies that clarify and supplement Federal Law No. 256. For example, Decree of the Government of the Russian Federation of April 9, 2020 No. 474 “On approval of the rules for making monthly payments to families entitled to maternal (family) capital”¹¹, Order of the Ministry of Labor and Social Protection of the Russian Federation

⁸ *Pasport nacional'nogo proekta “Bezopasnye i kachestvennye avtomobil'nye dorogi”* (utv. prezidiumom Soveta pri Prezidente RF po strategicheskomu razvitiyu i nacional'nym proektam, protokol No. 15 ot 24.12.2018) [*Passport of the national project “Safe and High-Quality Roads”* (approved by the Presidium of the Presidential Council for Strategic Development and National Projects, Protocol No. 15 of 12.24.2018)], available at: <http://www.consultant.ru> (Accessed 20 May 2020).

⁹ *Postanovlenie Pravitel'stva RF No. 864 ot 03.10.2013 “O federal'noi celevoi programme “Povyshenie bezopasnosti dorozhnogo dvizheniya v 2013–2020 godah”* [Decree of the Government of the Russian Federation No. 864 of 03.10.2013 “On the federal target program” Improving road safety in 2013–2020], available at: <http://www.consultant.ru> (Accessed 20 May 2020).

¹⁰ *Federal'nyi zakon No. 256-FZ ot 29.12.2006 “O dopolnitel'nyh merah gosudarstvennoi podderzhki semej, imeyushchih detej”* [Federal Law No. 256-FZ of December 29, 2006 “On Additional Measures of State Support to Families with Children”], available at: <http://www.consultant.ru> (Accessed 20 May 2020).

¹¹ *Postanovlenie Pravitel'stva RF No. 474 ot 9.04.2020 “Ob utverzhdenii Pravil osushchestvleniya ezhemesyachnoi vyplaty sem'yam, imeyushchim pravo na materinskii (semeinyi) kapital”* [Decree of the Government of the Russian Federation No. 474 of April 9, 2020 “On approval of the rules for making monthly payments to families entitled to maternal (family) capital”], available at: <http://www.consultant.ru> (Accessed 20 May 2020).

of August 2, 2017 No. 606n “On approval of the Rules for submitting an application for disposal of funds (part of funds) of maternal (family) capital and a list of documents necessary for exercising the right to dispose of funds of maternal (family) capital”¹²).

By creating an invisible framework of legal regulation, framework legislation creates prospects for further concretization; this is either directly stated in the law or follows from the nature of legal relationship. The boundaries of the framework legislation can be determined by the level of political, economic, social, historical and cultural development of the state.

The beginning of 2020 will go down in history as a period of a serious pandemic of coronavirus infection that has affected all areas of our society. The area of jurisprudence is no exception. Presidential Decree dated 02.04.2020 No. 239 “On measures to ensure the sanitary and epidemiological well-being of the population in the Russian Federation in connection with the spread of a new coronavirus infection (COVID-19)”¹³ granted authority to senior officials of constituent entities to determine the system of restrictive measures and other measures to prevent the spread of the new coronavirus infection (COVID-19) in the territory of the corresponding constituent entity of the Russian Federation.

This Decree outlined the general framework for further regulation of issues at the level of constituent entities of the Russian Federation. On the one hand, the Decree laid the foundation for legal regulation of measures to ensure the sanitary and epidemiological well-being of the population, defined the boundaries for further regulation of issues at the regional level, and on the other hand, it created the possibility for the constituent authorities to adopt and amend existing regional acts, based on the provisions of this Decree but taking into account specific features of the region, sanitary and epidemiological situation, and characteristics of the new coronavirus infection (COVID-19). Along with relevance and significance of this Decree, it is also of great interest in terms of legal science.

Due to certain generalization and abstractness and the choice of legal regulation at the level of Presidential Decree, it is possible to take operational measures at the level of constituent entities of the Russian Federation. Such choice of the means

¹² Prikaz Ministerstva truda i social'noi zashchity RF No. 606n ot 2.08. 2017 “Ob utverzhdenii Pravil podachi zayavleniya o rasporyazhenii sredstvami (chast'yu sredstv) materinskogo (semeinogo) kapitala i perechnya dokumentov, neobhodimyyh dlya realizatsii prava rasporyazheniya sredstvami materinskogo (semejnogo) kapitala” [Order of the Ministry of Labor and Social Protection of the Russian Federation No. 606 n of 2.08. 2017 “On approval of the Rules for submitting an application for disposal of funds (part of funds) of maternal (family) capital and a list of documents necessary for exercising the right to dispose of funds of maternal (family) capital”], available at: <http://www.consultant.ru> (Accessed 20 May 2020).

¹³ Ukaz Prezidenta RF ot 02.04.2020 № 239 “O merah po obespecheniyu sanitarno-epidemiologicheskogo blagopoluchiya naseleniya na territorii Rossiiskoi Federatsii v svyazi s rasprostraneniem novoi koronavirusnoi infektsii (COVID-19)” [Decree of the President of the Russian Federation of 02.04.2020 No. 239 “On measures to ensure sanitary and epidemiological well-being of the population in the Russian Federation in connection with the spread of a new coronavirus infection (COVID-19)”], available at: <http://www.consultant.ru> (Accessed 20 May 2020).

of legal regulation defined at the level of the decree of the President of the Russian Federation allows detailing and concretizing the key messages in adopting the interim measures.

From technical and legal points of view, one can trace the use of such a means of legal regulation as “uncertainty” (Vlasenko, 2014), which is deliberately done in order to embrace new public relations and further concretize (Vlasenko, 2008) laws of the constituent entities. In this case, not only the legal properties of concretization are being manifested, but also temporary, spatial, socio-economic, procedural as well as ideological ones. Restrictive measures, based on the sanitary-epidemiological situation and coronavirus infection spread in the regions, can be implemented at different timespans within a month. Such provision is reasonable and essential.

A similar link is evident at the level of joint jurisdiction of the Federation and its constituents. Correlation of federal and regional acts in law enforcement practice raise certain problems, as well as discussions on the doctrine. Problematic issues relate to reproduction (duplication) in the regulatory legal acts of the constituent entities the constitutional norms and federal laws. There is an opinion that federal norms are duplicated in the regulatory legal acts of the constituent entities for convenience of their application (Krokhina, 2001:70–77).

The provisions of laws and acts of ministries are specified at the state level, at the level of public-private institutions and corporations. Federal Law No. 273-FZ “On Combating Corruption”¹⁴ dated December 25, 2008 is a framework law in relation to all state and public-private legal entities. Thus, by decision of the Board of Directors of PAO Gazprom No. 2846 dated November 15, 2016, the Anti-Corruption Policy of PAO Gazprom¹⁵ was approved.

If we look at implementation of acts of executive authorities in regional subordinate acts, we can say that the doctrine focuses on this issue in the works devoted to departmental lawmaking. According to Yu.G. Arzamasov, the key idea is that departmental rulemaking can be carried out both on a competent and delegated basis (Arzamasov, 2003:120–123). S.V. Boshno and T.A. Pytikova assert that the federal executive bodies most frequently use such form of departmental acts as an order, which is explained by the “historical continuity of the most convenient and proven methods of legal regulation” (Boshno, et al., 2005:10–12). Yu.L. Korabelnikova and Yu.V. Yanin argue that the procedure for preparing and issuing legislative acts is a rather time-consuming process; it is the rule-making activity of the federal executive bodies, with the appropriate competence, that allows to regulate the relevant public relations properly (Korabelnikova, et al., 2019:55–58).

¹⁴ Federal'nyi zakon No. 273-FZ ot 25.12.2008 “O protivodeistvii korrupcii” [Federal Law No. 273-FZ of December 25, 2008 “Anti-corruption”], available at: <http://www.consultant.ru> (Accessed 20 May 2020).

¹⁵ The official site of PAO Gazprom (2020), «Anti-corruption policy of PAO «GAZPROM»», available at: <https://www.gazprom.ru/f/posts/60/091228/anti-corruption-policy-2016-11-15-ru.pdf>.

Excessive formalism does not allow the constituents to decide on the choice of a possible variant of behavior. Framework legislation contributes to regulation of public relations, taking into account the specifics of the relevant circumstances.

The development of modern technology creates such social relations that lack legal regulation. As Yu.A. Tikhomirov notes, “legislative regulation does not *keep pace* with the development of relations, serves as a means of their delayed regulation, and does not have an outrunning effect” (Tikhomirov, 2015). In this regard, the issue of proactive lawmaking remains relevant, but ambiguous in the doctrine. Some scholars consider it to be a special type of lawmaking realized in creating legal norms, the subject of regulation of which are public relations that were not previously regulated by law (Baranova, 2016:43–45). Other authors believe that the forward reflection of reality is one of the principles of legal regulation (Tikhomirov, Rafalyuk, Khludeneva, 2014; Baranov, 2017).

Proactive lawmaking is not just a legal concept or legal term. It is a law-making tool, the use of which involves a particular risk. Proactive lawmaking is an integral part of strategic planning. Legal regulation in accordance with the goals and objectives of strategic regulation can serve as an example of proactive lawmaking, for example, Law of the Republic of Mari El dated March 6, 2008 No. 5-3 “On regulatory legal acts of the Republic of Mari El” (Zaloilo, 2019).

Recently, some regions of this country, such as Volgograd, Voronezh and Tambov regions, the Altai Territory, as well as the Krasnodar Territory, are trying to fill legislative gaps at the Federation level by adopting acts on vesting executive bodies of the constituent entities of the Federation with managerial functions in the field of protection and use of forest stands located on agricultural land. However, there is no common solution to this issue in the legislative activity of the constituent entities. The above functions are carried out either by agricultural authorities, or forestry bodies, or bodies responsible for the use of natural resources with their structural units. And if these powers were consolidated in the jurisdiction of one governing body, it would ensure the land use sustainability, as well as conserve the positive effect of the stands.

There is a law No. 95-ZS dated December 6, 2017 “On ensuring the peace and quiet of citizens in the Altai Territory”¹⁶, which has no analogues at the federal level. It speaks about certain independence and initiative in adopting local laws, which is encouraged, however, such laws make up only a small part against the general picture.

More than twenty regions in Russia have their own laws “On beekeeping”, which establish the obligations of beekeepers, as well as regulate their rights. Moreover, nomadic maps, apiary placement norms and other mechanisms for the beekeeping industry development were also developed along with the adoption of the law, for

¹⁶ Zakon Altaiskogo kraya No. 95-ZS ot 06.12 2017 goda “Ob obespechenii tishiny i pokoya grazhdan na territorii Altaiskogo kraya” [Law of the Altai Territory No. 95-3S dated December 6, 2017 “On ensuring peace and quiet of citizens in the territory of the Altai Territory”], available at: <http://www.consultant.ru> (Accessed 20 May 2020).

example, “On Beekeeping”¹⁷ in the Altai of December 6, 2010 (No. 110-ZS)¹⁸. In 2016, the federal “Veterinary rules for maintenance honeybees for the purpose of their reproduction, cultivation, sale and use for pollination of agricultural entomophilous plants and the production of beekeeping” were approved. They establish the requirements for the conditions of keeping honeybees by citizens and legal entities as well as the requirements for implementation of measures for quarantine of bees, mandatory preventive measures and diagnostic studies of bees¹⁹.

Framework legislation may exist at the level of acts of the head of the constituent entities of the Russian Federation, when they are specified in the acts of regional ministries and departments, for example, the Decree of the Governor of the Altai Territory “On Approval of the Regulation on the Ministry of Construction, Transport, Housing and Communal Services of the Altai Territory” dated December 8, 2016²⁰. It is a framework act, since it approves the structure and basic powers of the relevant regional ministry. However, regional acts may be concretized in other regional acts as well. If we consider the Order of the Ministry of Regional Development of the Altai Republic No. 301-D dated June 17, 2019 “On approval of the procedure for the accumulation of municipal solid waste (including their separate accumulation) in the Republic of Altai and the recognition of the order of the Ministry of Regional Development of the Republic of Altai No. 447-D dated October 30, 2017”²¹, we can see that its main provisions are specified in the order of the Tariff Committee of the Republic of Altai No. 55-VD dated August 17, 2018 “On establishing standards for the accu-

¹⁷ Zakon Altaiskogo kraia No. 110-ZS ot 6.12. 2010 “O pchelovodstve” [The law of the Altai Territory No. 110-3S dated 6.12. 2010 “On beekeeping”], available at: <http://www.consultant.ru> (Accessed 20 May 2020).

¹⁸ Lel'ko, A. (2018) Pchely v zakone. [Bees in the law]. Bulletin of the agro-industrial complex, 2. Online, available at: <http://vestnikapk.ru/articles/aktualno/pchely-v-zakone/> (Accessed 25 May 2020).

¹⁹ Prikaz Minsel'hoza Rossii No. 194 ot 19.05.2016 “Ob utverzhdenii Veterinarnykh pravil sodержaniya medonosnykh pchel v celyakh ih vosproizvodstva, vyrashchivaniya, realizacii i ispol'zovaniya dlya opyleniya sel'skohozyajstvennykh entomofil'nykh rastenii i polucheniya produkcii pchelovodstva” [Order of the Ministry of Agriculture of Russia No. 194 dated 19.05.2016 “On approval of the Veterinary Rules for maintenance of honeybees for the purpose of their reproduction, cultivation, sale and use for pollination of agricultural entomophilous plants and production of beekeeping”], available at: <http://www.consultant.ru> (Accessed 20 May 2020).

²⁰ Ukaz Gubernatora Altaiskogo kraia “Ob utverzhdenii Polozheniya o Ministerstve stroitel'stva, transporta, zhilishchno-kommunal'nogo hozyajstva Altaiskogo kraia” ot 8.12.2016 [Decree of the Governor of the Altai Territory “On approval of the Regulation on the Ministry of Construction, Transport, Housing and Communal Services of the Altai Territory” dated December 8, 2016], available at: <http://www.consultant.ru> (Accessed 20 May 2020).

²¹ Prikaz Minregionrazvitiya Respubliki Altaj No. 301-D ot 17.06.2019 “Ob utverzhdenii Poryadka nakopleniya tverdyykh kommunal'nykh othodov (v tom chisle ih razdel'nogo nakopleniya) na territorii Respubliki Altaj i priznaniy utrativshim silu prikaza Ministerstva regional'nogo razvitiya Respubliki Altaj ot 30.10.2017 № 447-D” [Order of the Ministry of Regional Development of the Republic of Altai No. 301-D dated June 17, 2019 “On approval of the procedure for the accumulation of municipal solid waste (including their separate accumulation) in the Republic of Altai and recognition of the order of the Ministry of Regional Development of the Republic of Altai No. 447-D dated October 30, 2017”], available at: <http://www.consultant.ru> (Accessed 20 May 2020).

mulation of solid municipal waste in the Republic of Altai and recognizing some of the orders of the Tariff Committee of the Republic of Altai repealed”²².

On the other hand, regional acts can also be concretized at the level of regional enterprises, organizations, and corporations. The Decree of the Government of the Altai Territory No. 297 dated July 31, 2019 “On approving the state program of the Altai Territory “Providing the population of the Altai Territory with housing and communal services” characterizes the current state of gas supply and gasification of the Altai Territory. These provisions are concretized at the level of regional establishments, for example, in standards of PAO Gazprom Gas Distribution²³.

The adverse process is possible as well; acts of regional bodies can be concretized in the acts of the head of a constituent entity of the Russian Federation, for example, the Decree of the Government of the Altai Territory No. 392 dated October 16, 2018 “On executive bodies of the Altai Territory”²⁴ is a framework law in relation to the Decree of the Governor of the Altai Territory “On approval of the Regulation on the inspection of financial, economic and procurement control in the Altai Territory” dated November 13, 2018²⁵.

One can also distinguish the municipal level of the framework law. It can be treated within the same principle as the regional one.

Conclusion

Legal forms of concretization exist at different levels of legal regulation. *Uncertainty* in the framework legislation, allows balancing the process of legal regulation with the help of concretization. The level of uncertainty in the framework legislation may vary; it seems to depend on the volume and content of regulated social relations. Through concretization a legal norm gains further development. The boundaries

²² Prikaz Komiteta po tarifam Respubliki Altaj No. 55-VD ot 17.08.2018 “Ob ustanovlenii normativov nakopleniya tverdyh kommunal'nyh othodov na territorii Respubliki Altaj i priznanii utrativshimi silu nekotorykh prikazov Komiteta po tarifam Respubliki Altaj” [Order of the Tariff Committee of the Republic of Altai No. 55-VD dated August 17, 2018 “On Establishing Standards for the Accumulation of Solid Municipal Wastes in the Republic of Altai and Recognizing some of the Orders of the Tariff Committee of the Republic of Altai repealed”], available at: <http://www.consultant.ru> (Accessed 20 May 2020).

²³ Postanovlenie Pravitel'stva Altaiskogo kraja No. 297 ot 31.07.2019 “Ob utverzhdenii gosudarstvennoi programmy Altaiskogo kraja “Obespechenie naseleniya Altaiskogo kraja zhilishchno-kommunal'nymi uslugami” [Decree of the Government of the Altai Territory No. 297 of July 31, 2019 “On approval of the state program of the Altai Territory” Providing the population of Altai Territory with housing and communal services”], available at: <http://www.consultant.ru> (Accessed 20 May 2020).

²⁴ Postanovlenie Pravitel'stva Altaiskogo kraja ot 16.10.2018 № 392 “Ob organah ispolnitel'noi vlasti Altaiskogo kraja” [Decree of the Government of the Altai Territory of October 16, 2018 No. 392 “On Executive Bodies of the Altai Territory”], available at: <http://www.consultant.ru> (Accessed 20 May 2020).

²⁵ Ukaz Gubernatora Altaiskogo kraja “Ob utverzhdenii Polozheniya ob inspekcii finansovo-ekonomicheskogo kontrolya i kontrolya v sfere zakupok Altaiskogo kraja” ot 13.11. 2018 [Decree of the Governor of AK “On approval of the Regulation on the inspection of financial and economic control and procurement control in the Altai Territory” dated November 13, 2018], available at: <http://www.consultant.ru> (Accessed 20 May 2020).

of concretization should take into consideration temporary, socio-economic, procedural, ideological and other criteria. Concretization contributes to a detailed regulation of the framework legislation and to filling gaps.

Within the framework of international legal regulation, framework legislation can act as an international act, as well as a national one. The provisions of an international act may be concretized in national legislation if ratified. Meanwhile, the provisions of national law may be disclosed in international treaties or agreements.

Federal laws also contain framework laws. Standard provisions from federal laws, federal constitutional laws can be concretized in other acts, such as federal laws, ministerial acts (departments), regional acts, acts of state corporations (enterprises), etc. Acts of the Government of the Russian Federation and relevant ministries (departments) can also be framework.

Framework legislation also exists at the level of constituent entities of the Russian Federation. Regional acts may be framework in relation to federal acts due to the proactive law-making development. Regional acts may be framework in relation to other regional acts and acts of regional establishments. Similarly, acts of the head of the region may have the signs of a framework act. Regional authorities formally have broad powers to adopt laws, including the sphere of exclusive jurisdiction, however, in practice, they adhere to the policy of predominant concretization of federal legislation and do not adopt laws in exclusive jurisdiction very often.

The right to proactive law-making will have practical significance when the problem of uncertainty of the legal regulation boundaries of the constituent entities of the Russian Federation is solved. According to paragraph 1, article 12 of the Federal Law No. 119-FZ of June 26, 1999 (repealed, but this provision is still relevant for current legislation as it correlates with the federal law now in force) on issues related to the subjects of joint jurisdiction of the Russian Federation and its constituent entities, “federal laws are issued to define the basis (general principles) of legal regulation, including the principles of delimitation of powers between federal bodies of state power and bodies of state power of the constituent entities of the Russian Federation; federal laws are also aimed at realization of powers of federal executive bodies.”

Framework legislation defines the general framework of a legal act for further regulation of public relations. On the one hand, it defines the foundations of legal regulation, and on the other, it creates the possibility of differentiation of subordinate acts, based on the specific features of social relations. Due to a certain degree of generalization and abstractness and the choice of the direction of legal regulation at the level of the law there is an opportunity for taking operational measures at the level of constituent entities of the Russian Federation. The key provisions of the framework law are concretized in the legislation of the subordinate acts.

The legislator has the right to adopt regulations that just outline the boundaries of legal regulation with the help of a high degree of abstraction in order to *embrace* new social relations and concretize at a subsequent level of legal regulation, taking into account certain criteria. A flexible form of legal regulation through an ab-

stract way of formulating the rules of law is used in framework acts; this opens new opportunities for effective legal regulation.

References / Библиографический список

- Alekseev, S.S. (1981) *Obshchaya teoriya prava: v 2 t.* [General theory of law: in 2 volumes]. T. I. Moscow, Yuridicheskaya literature Publ. (in Russian).
Алексеев С.С. Общая теория права: в 2 т. Т. I. М.: Юрид. лит., 1981. 361 с.
- Arzamasov, Ju.G. (2003) Vedomstvennoe normotvorchestvo: ponyatie i funkcii. [Departmental rule-making: concept and functions]. *Public Administration*. 4(24), 120–123. (in Russian).
Арзамасов Ю.Г. Ведомственное нормотворчество: понятие и функции // Государственная служба. 2003. № 4(24). С. 120–123.
- Baranov, V.M. (2017) *Ocherki tehniki pravotvorchestva. Izbrannye trudy: monografiya.* [Essays on the technology of lawmaking. Selected Works: Monograph]. Moscow, Justice Publ. (in Russian).
Баранов В.М. Очерки техники правотворчества. Избранные труды: монография. М.: Юстиция, 2017. 585 с.
- Baranova, M.V. (2016) Anticipatory law-making in the legal system of modernity. *Bulletin of the Saratov State Law Academy*. (1), 43–45. (in Russian).
Баранова М.В. Опережающее правотворчество в правовой системе современности // Вестник Саратовской государственной юридической академии. № 1. 2016. С. 43–45.
- Boshno, S.V., Rytikova, T.A. (2005) Prikaz: normativnyi ili pravoprimeritel'nyi akt? [Order: regulatory or enforcement act?]. *Lawyer*. (10), 10–12. (in Russian).
Бошно С. В., Рытикова Т.А. Приказ: нормативный или правоприменительный акт? // Юрист. 2005. № 10. С. 10–12.
- Cherdancev, A.F. (1974) *Pravovoe regulirovanie i konkretizaciya prava.* [Legal regulation and concretization of law]. *Application of Soviet law: Collection of articles*. Sverdlovsk, 15–37. (in Russian).
Черданцев А.Ф. Правовое регулирование и конкретизация права // Применение советского права: Сборник статей. Свердловск, 1974. С. 15–37.
- Efremova, T.F. (2000) *Novyi slovar' russkogo yazyka. Tolkovo-slovoobrazovatel'nyj.* [The new dictionary of the Russian language. Interpretative and word-building]. Moscow, Russkii yazyk Publ. (in Russian).
Ефремова, Т.Ф. Новый словарь русского языка. Толково-словообразовательный. М.: Русский язык, 2000. 1232 с.
- Halafjan, R.M. (2017) Ispol'zovanie mezhdunarodnyh norm v kachestve sredstva obespecheniya pravovogo kachestva normativnyh pravovyh aktov Rossiiskoi Federatsii [The use of international norms as a means of ensuring legal quality of regulatory legal acts of the Russian Federation]. *Bulletin of the Institute of Legislation and Legal Information. M.M. Speransky*. 1 (42), 29–37. (in Russian).
Халафян Р.М. Использование международных норм в качестве средства обеспечения правового качества нормативных правовых актов российской федерации // Вестник Института законодательства и правовой информации им. М.М. Сперанского. 2017. № 1 (42). С. 29–37.
- Knut, L. (2011) Constitutional and legal protection of the right to food worldwide, available at: https://en.wikipedia.org/wiki/Framework_law. (Accessed 01 June 2020).

- Korabelnikova, Ju.L., Janin, Ju.V. (2019) The role of departmental rulemaking in state lawmaking. *Academic Thought*. 1 (6), 55–58. (in Russian).
Коробельникова Ю.Л., Янин Ю.В. Роль ведомственного нормотворчества в государственном правотворчестве // Академическая мысль. 2019. № 1 (6). С. 55–58.
- Krokhina, Yu. A. (2001) Legislative process concerning budgetary sector in the subjects of Russian Federation. *Journal of Russian Law*. 5, 70–77. (in Russian).
Крохина Ю.А. Правотворчество субъектов Российской Федерации в бюджетной сфере // Журнал российского права. 2001. № 5. С. 70–77.
- Lazarev, V.V. (2018) *Probely v prave i puti ih ustraneniya*. [Gaps in law and ways to address them]. Moscow, Norma Publ. (in Russian).
Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. М.: Норма, 2018. 184 с.
- Poduzova, E.B. (2017) Framework Contract (Contract with Open Terms and Conditions): The First Results of the Civil Law Reform. *Lex Russica*. 6 (127), 116–128. (in Russian).
Подузова Е.Б. Рамочный договор (договор с открытыми условиями): первые итоги реформы гражданского права // Lex Russica (Русский закон). 2017. № 6 (127). С. 116–128.
- Polenina S.V. (1996) *Zakonotvorchestvo v Rossiiskoi Federacii* [Lawmaking in the Russian Federation]. Moscow, The Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences Publ. (in Russian).
Поленина С.В. Законотворчество в Российской Федерации. М.: Институт государства и права РАН, 1996. 146 с.
- Senjakin, I. N. (2007) *Federalizm kak princip rossiiskogo zakonodatel'stva*. [Federalism as a principle of Russian law]. Saratov: Saratov State Academy of Law Publ. (in Russian).
Сенякин И.Н. Федерализм как принцип российского законодательства. Саратов: Саратовская гос. акад. права. 2007. 502 с.
- Sivickij, V.A. (2008) *Teoreticheskaya model' edinogo normativnogo pravovogo (mnogostupenchatogo) akta kak sposoba konkretizacii norm sily zakona* [Theoretical model of a unified normative legal (multistage) act as a way to concretize the rule of law]. *Specification of legislation as a technical and legal method of rule-making, interpretive, law enforcement practice: Materials of the International Symposium (Gelendzhik, September 27–28, 2007)*. Nizhny Novgorod: Nizhny Novgorod Academy of the Ministry of Internal Affairs of Russia. 172–128. (in Russian).
Сивицкий В.А. Теоретическая модель единого нормативного правового (многоступенчатого) акта как способа конкретизации норм силы закона // Конкретизация законодательства как технико-юридический прием нормотворческой, интерпретационной, правоприменительной практики: Материалы Международного симпозиума (Геленджик, 27–28 сентября 2007 года). Нижний Новгород: Нижегородская академия МВД России. 2008. С. 172–188.
- Strashun, B.A. (ed.) (2000) *Konstitucionnoe (gosudarstvennoe) pravo zarubezhnyh stran*. [Constitutional (state) law of foreign countries]. General Part. Moscow, BEK Publ. (in Russian).
Конституционное (государственное) право зарубежных стран. Часть общая. Отв. ред. Страшун Б.А. М.: БЕК, 2000. 784 с.
- Suharev, A.Ja., Krutskih, V.E. (eds.) (2002) *Bol'shoi juridicheskii slovar'* [Big law dictionary]. Moscow, INFRA-M Publ. (in Russian).
Большой юридический словарь. Под ред. Сухарева А.Я., Крутских В.Е. 2. изд, перераб. и доп. М.: ИНФРА-М, 2002. 703 с.
- Symanyuk, N.V. (2014) Evolution and Forms of the Constitutional-Law Regulation of the Procedure of Distribution of Jurisdictions in the Federal Systems of Russia and Germany. *Russian Law: education, practice, researches*. 2 (83), 108–113. (in Russian).

- Сыманюк Н.В. Эволюция и формы конституционно-правового регулирования порядка распределения компетенции в федеративных системах России и Германии // Российское право: образование, практика, наука. 2014. № 2 (83). С. 108–113.
- Tikhomirov, Yu.A. (2002) International law acts: nature and methods of influence. *Journal of Russian Law*. (1), 101–111. (in Russian).
- Тихомиров Ю.А. Международные правовые акты: природа и способы влияния // Журнал российского права. 2002. № 1. С. 101–111.
- Tikhomirov, Yu.A., (2015) Metodologija analiza i ocenki riskov v zakonodatel'noj dejatel'nosti. [Methodology of analysis and risk assessment in legislative activity]. *Legal Technology*. 9, 49–52. (in Russian).
- Тихомиров Ю.А. Методология анализа и оценки рисков в законодательной деятельности // Юридическая техника. 2015. № 9. С. 49–52.
- Tikhomirov, Y.A., Rafalyuk, E.E., Khludeneva, N.I. (eds.), (2014) *Legal models and reality: monograph*. O.A. Akopyan, N.V. Vlasova, S.A. Gracheva etc; Moscow, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation: INFRA-M Publ. (in Russian).
- Правовые модели и реальность: монография / О.А. Акопян, Н.В. Власова, С.А. Грачева и др.; отв. ред. Ю.А. Тихомиров, Е.Е. Рафалюк, Н.И. Хлуденева. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации: ИНФРА-М, 2014. XIV. 280 с.
- Tolstik, V.A. (2008) K voprosu o zavisimosti mezhdru stepen'yu konkretizacii norm prava i ierarhie istochnikov prava [On the issue of relationship between degree of concretization of the norms of law and hierarchy of sources of law]. *Specification of legislation as a technical and legal method of rule-making, interpretive, law enforcement practice: Materials of the International Symposium (Gelendzhik, September 27–28, 2007)*. Nizhny Novgorod: Nizhny Novgorod Academy of the Ministry of Internal Affairs of Russia. 117–126. (in Russian).
- Толстик В.А. К вопросу о зависимости между степенью конкретизации норм права и иерархией источников права // Конкретизация законодательства как технико-юридический прием нормотворческой, интерпретационной, правоприменительной практики: Материалы Международного симпозиума (Геленджик, 27–28 сентября 2007 года). Нижний Новгород: Нижегородская академия МВД России. 2008. С. 117–126.
- Vengerov, A.B. (1970) Konstitucionnyi kontrol' v SSSR [Constitutional control in the USSR]. *Jurisprudence*. 3. 32–35. (in Russian).
- Венгеров А.Б. Конституционный контроль в СССР // Правоведение. 1970. № 3. С. 32–35.
- Vlasenko, N.A. (2008) Konkretizaciya v prave: priroda i puti issledovaniya. Konkretizaciya zakonodatel'stva kak tehniko-juridicheskij priem normotvorcheskoj, interpretacionnoj, pravoprimenitel'noj praktiki: Materialy Mezhdunarodnogo simpoziuma [Concretization in law: the nature and ways of research. *Concretization of legislation as a technical and legal technique of norm-setting, interpretation, law enforcement practice*]. *Materials of the International Symposium (Gelendzhik, September 27–28, 2007)*. Nizhny Novgorod, Nizhny Novgorod Academy of the Ministry of Internal Affairs of Russia. 57–68. (in Russian).
- Власенко Н.А. Конкретизация в праве: природа и пути исследования. Конкретизация законодательства как технико-юридический прием нормотворческой, интерпретационной, правоприменительной практики // Конкретизация законодательства как технико-юридический прием нормотворческой, интерпретационной, правоприменительной практики: Материалы Международного симпозиума (Геленджик, 27–

28 сентября 2007 года). Нижний Новгород: Нижегородская академия МВД России. 2008. С. 57–68.

Vlasenko, N.A. (2013) Uncertainty in law: nature and forms of expression. *Journal of Russian Law*. 2 (194), 32–44. (in Russian).

Власенко Н.А. Неопределенность в праве: природа и формы выражения // Журнал российского права. № 2 (194). 2013. С. 32–44.

Vlasenko, N.A. (2014) Concretization in Law: Methodological Basics of Research. *Journal of Russian Law*. 7 (211), 60–75. (in Russian).

Власенко Н.А. Конкретизация в праве: методологические основы исследования // Журнал российского права. № 7 (211). 2014. С. 60–75.

Vlasenko, N.A. (2014) *Razumnoost' i opredelennost' v pravovom regulirovanii*. [Reasonableness and certainty in legal regulation]. Moscow. INFRA-M Publ. (in Russian).

Власенко Н.А. Разумность и определенность в правовом регулировании. Москва: ИНФРА-М. 2014. 154 с.

Voplenko, N.N. (1976) *Oficial'noe tolkovanie norm prava* [The official interpretation of the rule of law]. Moscow, Yuridicheskaya literature Publ. (in Russian).

Официальное толкование норм права / Вопленко Н.Н. М.: Юрид. лит, 1976. 118 с.

Zaloilo, M.V. (2019) Anticipatory nature of law-making and the problem of synchronization of legal regulation. *Journal of Russian Law*. (9), 20–29. (in Russian).

Залоило М.В. Опережающий характер правотворчества и проблема синхронизации правового регулирования // Журнал российского права. 2019. № 9. С. 20–29.

Zaloilo, M.V. (2014) Limits and technique of concretization of legal rules in lawmaking. *Journal of Russian Law*. (11), 34–41. (in Russian).

Залоило М.В. Пределы и техника конкретизации юридических норм в правотворчестве // Журнал российского права. 2014. № 11. С. 34–41.

Zaloilo, M.V. (2012) Law-enforcement Concretization of legal norms. *Journal of Russian Law*. (8), 50–56. (in Russian).

Залоило М.В. Правоприменительная конкретизация юридических норм // Журнал российского права. 2012. № 8. С. 50–56.

About the author:

Xenia Dovgan — Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Academy of Labor and Social Relations; 119454, Moscow, st. Lobachevsky, 90

ORCID ID: 0000-0003-4614-1936

e-mail: dok2122@bk.ru

Об авторе:

Довгань Ксения — кандидат юридических наук, доцент, Академия труда и социальных отношений; 119454, г. Москва, ул. Лобачевского, д. 90

ORCID ID: 0000-0003-4614-1936

e-mail: dok2122@bk.ru



DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-881-900

Научная статья

ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО О КЛОНИРОВАНИИ ЧЕЛОВЕКА: МИРОВОЙ ОПЫТ И ПРАВОВАЯ МОДЕЛЬ ДЛЯ СОВРЕМЕННОЙ РОССИИ

Ф.В. Фетюков

Уральский государственный юридический университет,
г. Екатеринбург, Российская Федерация

Актуальность исследования обусловлена инвариантностью подходов к правовому регулированию общественных отношений в сфере клонирования человека, необходимостью смысловой дифференциации понятия клонирования, обеспечивающей формирование адекватного отношения общества и государства к клонированию человека и выработку оптимальной модели правового регулирования общественных отношений в этой сфере. Цель исследования заключается в выборе и обосновании перспективной для современной России модели правового регулирования общественных отношений в сфере клонирования человека. Достижение поставленной цели обеспечивает анализ международных правовых актов и системы законодательства иностранных государств, а также сформировавшихся в правовой доктрине и медицинской практике подходы к регулированию общественных отношений в рассматриваемой сфере. На основе полученных эмпирических данных автор проводит общетеоретическую характеристику типа правового регулирования, высказывает рекомендации по совершенствованию правового режима, а также обосновывает перспективность предложенной им модели правового регулирования общественных отношений в сфере клонирования человека. В процессе исследования автором использовались общеправовые средства методологии науки (категории материалистической диалектики, основания, условия и принципы научного познания), системно-структурный метод, общие логические методы (аналогия, синтез, анализ), специально-юридический метод и метод сравнительного правоведения.

Ключевые слова: клонирование человека, тип правового регулирования, правовой режим, правоотношение, лицензирующий орган, законодательство, запрет, дозволение, модель правового регулирования, идентичность

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Информация о финансировании. Исследование выполнено за счет средств субсидии из федерального бюджета на реализацию научного проекта на тему: «Выявление проблем правового регулирования в сфере использования генетической и геномной информации. Подготовка научно-обоснованных предложений по внесению изменений в систему российского законодательства с целью их устранения» (шифр темы: FEUW-2020-0005).

© Фетюков Ф.В., 2020.



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

Дата поступления в редакцию: 07 июня 2020 г.

Дата принятия к печати: 15 октября 2020 г.

Для цитирования:

Фетюков Ф.В. Законодательство о клонировании человека: мировой опыт и правовая модель для современной России // *Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки*. 2020. Т. 24. № 4. С. 881–900. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-881-900.

DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-881-900

Research Article

DEVELOPMENT OF LEGISLATION ON HUMAN CLONING: WORLD EXPERIENCE AND A PROMISING LEGAL MODEL FOR MODERN RUSSIA

Fyodor V. Fetyukov

Ural State Law University,
Yekaterinburg, Russian Federation

Abstract. The relevance of the research is due to the invariance of approaches to the legal regulation of public relations in the field of human cloning, the need for semantic differentiation of the concept of cloning, which ensures formation of an adequate attitude of society and the state to human cloning and development of an optimal model of legal regulation of public relations in this area. The purpose of the research is to select and justify a promising model of legal regulation of public relations in the field of human cloning in modern Russia. Achieving this goal calls for analysis of international legal acts and the system of legislation of foreign countries, as well as approaches to regulating public relations that have been formed in legal doctrine and medical practice. Based on the obtained empirical data, the author conducts a General theoretical characterization of the type of legal regulation, suggest recommendations for improving the legal regime, and substantiates the prospects of the proposed model of legal regulation of public relations in the field of human cloning. The level of philosophical methodology in the study is represented by the General principles of knowledge and categorical structure of science as a whole. The level of General scientific principles and forms of research is characterized by applying the systemic analysis techniques, the method of ascent from the abstract to the concrete, as well as General logical methods: analysis, synthesis, abstraction, and analogy. At the level of concrete scientific methodology, this study employs the comparative method and the special legal method.

Key words: human cloning, type of legal regulation, legal regime, legal relationship, licensing authority, legislation, prohibition, permission, model of legal regulation, identity

Conflicts of interest. The author declared no conflicts of interest.

Funding information. The research was funded from the Federal Budget to implement the project called “Identifying Problems of Legal Regulation in Processing Genetic and Genomic Information. Preparing the Evidence-Based Proposals for Amending Russian Legislation” (subject code: FEUW-2020-0005).

Article received 07 June 2020

Article accepted 15 October 2020

For citation:

Fetyukov, F.V. (2020) Development of legislation on human cloning: world experience and a promising legal model for modern Russia. *RUDN Journal of Law*. 24 (4), 881–900. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-881-900.

Введение

Сущность клонирования как явления объективного мира состоит в воспроизведении генетически идентичной биологической копии (репликации) живого или умершего организма. В результате анализа нормативных правовых актов и специальной литературы в сфере правового регулирования клонирования выявлена необходимость смысловой дифференциации этого понятия. Дело в том, что далеко не все смыслы понятия клонирования (виды клонирования) охвачены правовым регулированием.

Сложившаяся система законодательства в сфере правового регулирования клонирования человека как лакмусовая бумажка отражает отношение общества к определенному виду клонирования человека или к клонированию человека в целом. К примеру, если специальным нормативным правовым актом установлен запрет только на исследования и применение технологии клонирования человека с целью воспроизведения человеческой особи (репродуктивное клонирование), то исследования и применение технологии терапевтического клонирования с целью лечения генетических заболеваний или воспроизводства органов и тканей человека признаются полезными для общества и, следовательно, разрешены.

Следует согласиться с выводом, сделанным в одном из специальных исследований, о том, что вследствие смешения смыслов понятия клонирования глубокое неприятие клонирования как способа воспроизводства человека останавливает разработку новых методов лечения, требующих применения технологии нерепродуктивного (терапевтического) клонирования. Напротив, безответственное одобрение клонирования, вызванное его возможными медицинскими достижениями, может привести к неоправданному (с этой точки зрения) одобрению репродуктивного клонирования (Айón, 2003).

Для адекватного уяснения особенностей правового регулирования клонирования человека в правовых порядках разных государств обратимся к классификации видов клонирования. Наиболее полная, на наш взгляд, классификация видов клонирования проведена по основаниям метода и цели клонирования (Айón, 2003).

По методу клонирование классифицируют на 3 вида:

1. Воспроизведение клеток или цепочек ДНК. Этот вид клонирования не вызывает никаких этических или юридических проблем, подобных тем, которые возникают при клонировании человека (или даже животного).

2. Деление эмбриона. Данный вид клонирования обычно используется в животноводстве и постепенно начинает использоваться при экстракорпоральном оплодотворении (ЭКО) человека с целью получения как можно большего количества эмбрионов для последующего переноса в организм женщины. Суть метода заключается в делении яйцеклетки, искусственно оплодотворенной для создания эмбрионов. Отметим, что деление эмбриона иногда встречается в природе (однотайцевые близнецы, которые идентичны друг другу, но отличаются от своих родителей).

3. Клонирование путем замены ядра клетки. Суть метода заключается в удалении ядра (или его ДНК) из донорской клетки и переносе его в яйцеклетку реципиента, у которой также удалено собственное ядро. Полученная клетка, развитая искусственно, начинает деление и образует эмбрион, генетически идентичный донорской клетке. При этом замена ядра может проводиться с использованием ядра эмбриона (эмбриональной клетки), или с использованием ядра соматической клетки.

В зависимости от поставленной цели клонирование можно классифицировать на репродуктивное и нерепродуктивное (терапевтическое). Цель репродуктивного клонирования состоит в создании идентичных человеческих существ. Конкретной целью может быть, например, получение потомства, генетически идентичного тому или иному человеку. В животноводстве репродуктивное клонирование широко применяется для селекции лучших особей, создания банков органов для ксенотрансплантации (пересадки органов от одного биологического вида другому), для использования трансгенных животных в качестве биореакторов для производства лекарств, воспроизводства умерших домашних животных и т. д. (Añón, 2003).

Цели нерепродуктивного (терапевтического) клонирования не связаны с генетической репликацией. К примеру, видом терапевтического клонирования является отмеченное выше искусственное деление (двойникование) эмбрионов для получения большого количества эмбрионов при искусственном оплодотворении. Неиспользованные при переносе в организм женщины эмбрионы могут храниться для повторного проведения процедур вспомогательных репродуктивных технологий (ВРТ) в будущем или использоваться в пренатальной диагностике (генетический диагноз у одного эмбриона действителен для его близнеца). В некоторых случаях эмбрионы хранятся на случай смерти человека с целью рождения его клона. Наиболее важным видом нерепродуктивного клонирования выступает клонирование эмбриона с целью создания тканей или органов. Ценность созданных путем клонирования органов и тканей состоит в их генетической идентичности тканям реципиента, что позволяет исключить их отторжение организмом реципиента. Противники терапевтического клонирования выступают за признание терапевтического клонирования причинением вреда человеческим эмбрионам, поскольку в некоторых случаях использование эм-

бриона в терапевтических целях влечет его умышленное разрушение (уничтожение) (Mitalipov, 2015).

Мировой опыт правового регулирования общественных отношений в сфере клонирования человека

Парламентская Ассамблея Совета Европы в 1986 году в Рекомендации 1046 об использовании человеческих эмбрионов и плодов в диагностических, терапевтических, научных, промышленных и коммерческих целях обратила внимание сообщества европейских государств на необходимость запрета медицинских манипуляций с эмбрионами человека. В документе также содержится определение понятия клонирования — «создание идентичных человеческих существ путем клонирования или любым другим методом, будь то в целях расового отбора или нет»¹. Однако наиболее значимым документом Совета Европы стала Конвенция о защите прав человека и человеческого достоинства в связи с применением достижений биологии и медицины: Конвенция о правах человека и биомедицине ETS № 164 (заключена в г. Овьедо 04.04.1997)² (далее — Конвенция о правах человека и биомедицине). Статья 18 Конвенции о правах человека и биомедицине запрещает «создание эмбрионов человека в исследовательских целях», а в статье 1 установлено требование «защищать достоинство и идентичность всех людей». Взаимосвязанные положения приведенных статей стали основой для признания на международном уровне права на защиту человеком своей генетической уникальности, обогатившего правовой институт защиты прав человека (Vasiliev, Osaveliyuk, Burtsev, Suvorov, Sarmanaev, Shirokov, 2019:75).

Дополнительный протокол к Конвенции о защите прав человека и достоинства человеческого существа в связи с использованием достижений биологии и медицины, касающийся запрещения клонирования человеческих существ ETS № 168 (Подписан в г. Париже 12.01.1998)³ (далее — Дополнительный протокол), также содержит запрет на любые медицинские манипуляции с человеческим организмом или его клетками с целью репликации живущего или умершего человека.

¹ Council of Europe. Recommendation 1046 on the use of human embryos and fetuses for diagnostic, therapeutic, scientific, industrial and commercial purposes, available at: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=15080&lang=en> (Accessed 06 June 2020).

² Council of Europe, Committee of Ministers. Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine, CETS No. 164. 1997, available at: <https://rm.coe.int/168007cf98>. (Accessed 06 June 2020).

³ Council of Europe, Committee of Ministers. Additional Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine, on the Prohibition of Cloning Human Beings, ETS No. 168. 1998, available at: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164>. (Accessed 06 June 2020).

Конвенция о правах человека и биомедицине и Дополнительный протокол являются международными договорами. В соответствии с международным правом государства, подписавшие их, в случае ратификации международных договоров национальными парламентами обязаны принять релевантные нормативные правовые акты или привести в соответствие с ними действующие нормативные правовые акты.

Одним из первых европейских актов в сфере правового регулирования клонирования человека является Всеобщая декларация о геноме человека и правах человека (Принята 11.11.1997 на 29-й сессии Генеральной конференции ЮНЕСКО) (далее — Декларация). В ст. 1 Декларации содержится важная учредительная норма: «Геном человека лежит в основе изначальной общности всех представителей человеческого рода, а также признания их неотъемлемого достоинства и разнообразия. Геном человека знаменует собой достояние человечества». В соответствии со ст. 11 Декларации «Не допускается практика, противоречащая человеческому достоинству, такая, как практика клонирования в целях воспроизводства человеческой особи. Государствам и компетентным международным организациям предлагается сотрудничать с целью выявления такой практики и принятия на национальном и международном уровнях необходимых мер в соответствии с принципами, изложенными в настоящей Декларации». Однако декларативный характер указанных норм существенно снижает эффективность регулирующего воздействия Декларации.

В октябре 2000 года Европейский Совет принял Хартию основных прав Европейского Союза (Принята в г. Ницце 07.12.2000) (далее — Хартия), запретившую «евгеническую практику, в частности направленную на отбор лиц» и «репродуктивное клонирование человека». Статья 3 Хартии провозгласила право на целостность личности, гарантированное запретом репродуктивного клонирования. От Дополнительного протокола Хартия выгодно отличается тем, что в ней проведено различие между репродуктивным и нерепродуктивным (терапевтическим) клонированием. При этом нерепродуктивное клонирование Хартией не запрещено. Однако этот документ также не имеет нормативного свойства общеобязательности.

В апреле 2003 года по инициативе Германии, Италии, Франции, Швейцарии и ряда других европейских государств Комиссия по правам человека приняла резолюцию 2003/69 «Права человека и биоэтика», в которой была актуализирована проблема клонирования человека. В развитие положений резолюции одним из вопросов повестки 59-й сессии Генеральной Ассамблеи ООН стал вопрос «Международная конвенция против клонирования человека в целях воспроизводства».

Резолюция № 59/280 Генеральной Ассамблеи ООН «Декларация Организации Объединенных Наций о клонировании человека» (Принята в г. Нью-

Йорке 08.03.2005 на 82-ом пленарном заседании 59-й сессии Генеральной Ассамблеи ООН)⁴ побуждает запретить все формы клонирования человека, в случаях, когда они несовместимы с человеческим достоинством и защитой человеческой жизни, а также принять все меры, необходимые для соответствующей защиты человеческой жизни в процессе применения биологических наук. Однако только 84 государства (менее половины от числа государств-членов ООН) подписали этот документ, что, по мнению одного из немецких исследователей, является ярким примером несостоятельности глобальной биополитики (Rosenau, 2018).

Отрицательное отношение европейского общества к клонированию человека демонстрирует также Директива Европейского Парламента и Совета Европейского Союза 98/44/ЕС от 6 июля 1998 г. о правовой охране биотехнологических изобретений (далее — Директива 98/44 / СЕ о правовой охране биотехнологических изобретений), в которой содержится отказ на патентование «процессов клонирования человека» и «использования человеческих эмбрионов в промышленных или коммерческих целях...»⁵.

Перейдем к описанию опыта правового регулирования клонирования человека в правопорядках конкретных государств.

Германия относится к числу государств, занявших решительную и, по мнению многих исследователей, довольно жесткую позицию по рассматриваемому вопросу. За клонирование человека в германском законодательстве предусмотрена уголовная ответственность. При этом проведение исследований человеческих эмбрионов также наказуемо. Введению в Германии в 1990 году уголовной ответственности за деяния, связанные с клонированием человека, предшествовал официальный доклад (Benda Report), опубликованный в 1985 году и содержащий вывод о необходимости введения ограничений в области искусственного воспроизводства и исследования эмбрионов. Считается, что жесткая позиция германского законодателя детерминирована печальным опытом нацизма и «евгеническими» практиками фашистов.

В Великобритании, равно как в Бельгии, законодательство в сфере клонирования намеренно было расширено с целью разрешить создание клонированных эмбрионов для исследований⁶. Законом об оплодотворении и эмбриоло-

⁴ Декларация Организации Объединенных Наций о клонировании человека (принята резолюцией 59/280 Генеральной Ассамблеи от 8 марта 2005 года), available at: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/decl_clon.shtml. (Accessed 30 June 2020).

⁵ Директива Европейского Парламента и Совета Европейского Союза 98/44/ЕС от 6 июля 1998 г. о правовой охране биотехнологических изобретений, available at: Система ГАРАНТ: <http://base.garant.ru/71657580/#ixzz6YWDtMD4W> (Accessed 06 June 2020).

⁶ UNESCO: National Legislation concerning Human Reproductive and Therapeutic Cloning. Paris, France. 2004, available at: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000134277> (Accessed 06 June 2020); The Human Fertilization and Embryology (Research Purposes) Regulations, S.I. 2001, 188, available at: <https://ru.scribd.com/document/361344332/The-Human-Fertilisation-and-Embryology-Research-Purposes-Regulations-2001> (Accessed 06 June 2020).

гии человека, принятым в 1990 году, клонирование путем замены ядра клетки рассматривается в качестве правонарушения, однако общего запрета на клонирование человека в законодательстве не содержится. В 1997 году группой парламентариев, поддержанной Комиссией по науке и технике Палаты общин, было предложено внести поправки в закон и запретить любой вид клонирования человека. Однако в августе 2000 года правительством было объявлено о расширении перечня оснований проведения исследований в сфере терапевтического клонирования на ранних эмбрионах за счет введения нового основания: изучение болезней и расстройств человека и их клеточного лечения. Спустя полтора года в Закон об оплодотворении и эмбрионах были внесены изменения, устанавливающие запрет на репродуктивное клонирование. Однако закон сделал возможным проведение лабораторных исследований эмбриональных стволовых клеток человека при условии, если эмбрион уничтожается сразу после завершения эксперимента, но не позднее четырнадцатого дня развития.

Испанское законодательство довольно полно регламентирует вопросы использования человеческих эмбрионов. Следует отметить, что Испанией был подписан Дополнительный протокол. Общественные отношения в сфере клонирования человека в Испании регулирует Закон о вспомогательных методах репродукции человека от 35 ноября 1998 года, прямо запрещающий репродуктивное клонирование человека, Директива 98/44 / СЕ о правовой охране биотехнологических изобретений и уголовный закон. Раздел V «Генетические манипуляции» Уголовного кодекса Испании содержит описание признаков составов преступлений, связанных с вмешательством в генетику человека. В соответствии с ч. 2 ст. 161 Уголовного кодекса Испании «создание равных человеческих существ путем клонирования или любых других процедур, направленных на расовый отбор» (введена в 1995 г.), наказывается лишением свободы на срок до пяти лет.

В Канаде Закон о вспомогательной репродукции человека, запретивший любые формы репродуктивного и терапевтического клонирования человека, был принят в 2004 году.

В Греции закон 3089/2002 прямо запрещает «репродукцию человека» любым методом клонирования. На практике это позволяет проводить исследования на эмбрионах, оставшихся после процедур ВРТ и переданных исследователям с согласия участников программы ВРТ.

Американское национальное законодательство регулирует только вопросы использования федеральных средств на проведение исследований в сфере клонирования (Pattinson, 2002). В нем содержится запрет на государственное финансирование таких исследований. Однако законы некоторых штатов (Калифорния, Нью-Джерси и др.) допускают возможность терапевтического клонирования в научных и клинических целях⁷.

⁷ Round-up of cloning and stem cell research news. Bionews org. December 16 2003, available at: https://www.bionews.org.uk/page_89120 (Accessed 06 June 2020).

В Индии запрет на репродуктивное клонирование был объявлен Советом в сфере медицинских исследований Индии⁸, а в соответствии с правительственным актом допустимость проведения терапевтического клонирования в каждом конкретном случае должна быть рассмотрена Национальным комитетом по биоэтике⁹.

В Израиле действует достаточно свободный правовой режим создания и исследования эмбриональных стволовых клеток человека. Причем для аргументации такого подхода используется религиозное толкование. В частности, утверждается, что еврейские религиозные учения приводят к концепции исследований эмбриональных стловых клеток и клонирования как морально беспроблемных (Painsack, 2006:175). С 1999 года в Израиле действует закон о моратории на вмешательство в человеческие клетки с целью репликации человека или создания человека с использованием репродуктивных клеток. Подобные специальные законы, как известно, были приняты в Российской Федерации и Новой Зеландии.

Шведский закон № 115 от 14 марта 1991 года регулирует только эксперименты, проводимые на «оплодотворенных яйцеклетках» или гаметах «перед оплодотворением».

Запрет на клонирование человека содержат конституции некоторых европейских государств. К примеру, часть 1 статьи 119 Швейцарской конституции защищает граждан от негативных последствий достижений генетики и репродуктивной медицины, а пункт «а» части 2 ст. 119 содержит прямой запрет на применение любых видов клонирования человека и исследовательскую деятельность, связанную с вторжением в генетический код половых клеток и эмбрионов человека. Конституцией Швейцарии предусматривается применение репродуктивных методов в целях лечения бесплодия или предупреждения наследования ребенком тяжелых генетических заболеваний родителя. Запрещены пожертвование, дарения, мена, купля-продажа эмбрионов и их отдельных клеток. В конституции Ирландии содержится следующая норма: «Государство признает право на жизнь нерожденного и с должным учетом равного права на жизнь матери гарантирует в своих законах уважение и, насколько это практически возможно, своими законами защищать и отстаивать это право» (Pattinson, Caulfield, 2004).

Уголовно-правовой запрет на клонирование человека установлен в большинстве государств. В соответствии с ч. 1 ст. 129 Уголовного кодекса Республики Казахстан клонирование человека или использование человеческого эмбриона в коммерческих, военных или промышленных целях, а равно вывоз по-

⁸ Indian Council of Medical Research. (2000) *Ethical Guidelines for Biomedical Research on Human Subjects*. New Delhi: Royal Offset Printer.

⁹ UNESCO: *National Legislation concerning Human Reproductive and Therapeutic Cloning*. Paris, France. 2004, available at: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000134277>. (Accessed 06 June 2020).

ловых клеток или человеческого эмбриона из Республики Казахстан в этих же целях наказываются лишением свободы на срок до трех лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до двух лет или без такового¹⁰. Согласно ст. 144 Уголовного кодекса Республики Молдова создание человеческих существ путем клонирования наказывается лишением свободы на срок от 7 до 15 лет. В соответствии со ст. 87 Закона Республики Польша от 25 июня 2015 года о лечении бесплодия № 1087 создание эмбриона, генетическая информация которого в ядре клетки идентична генетической информации в ядре клетки другого эмбриона, плода, человека, трупа или останков человека, наказывается лишением свободы на срок от 6 месяцев до 5 лет¹¹.

Тип (порядок) правового регулирования общественных отношений в сфере клонирования человека

В основе правового регулирования общественных отношений в сфере клонирования человека содержится общий запрет, что говорит о применении разрешительного типа правового регулирования. Системы законодательства большинства рассмотренных государств содержат абсолютный запрет на репродуктивное клонирование. Однако в вопросе о возможности терапевтического клонирования такого единства не сложилось. В одном из исследований инвариантность подходов к правовому регулированию общественных отношений в сфере терапевтического клонирования объясняется тем, что правопорядок каждой страны по-разному истолковывает «человеческое достоинство» применительно к возможности проведения клонирования с целью лечения (Kim, 2008:378).

В Конвенции о правах человека и биомедицине, Дополнительном протоколе и Декларации не содержится смысловой дифференциации клонирования в зависимости от цели, поэтому различия в национальных системах законодательства государств-членов Европейского Союза не различают репродуктивное и терапевтическое клонирование. Чаще всего законодательный запрет относится к любому виду клонирования человека. Однако некоторые государства сделали исключение из общего запрета, разрешив проводить исследования в области терапевтического клонирования (Великобритания, Франция, Япония и Австралия).

Анализ законодательства европейских государств позволяет выделить три способа установления запрета клонирования человека: строгий прямой или

¹⁰ Уголовный кодекс Республики Казахстан, available at: https://online.zakon.kz/document/?doc_id=31575252#pos=2071;-29. (Accessed 01 June 2020).

¹¹ Закон Республики Польша о лечении бесплодия, available at: <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU20150001087>. (Accessed 01 June 2020).

косвенный запрет репродуктивного и терапевтического клонирования, запрет только репродуктивного клонирования, срочный мораторий на клонирование (Kalinichenko, 2002:47). Третий способ, как было показано выше, характерен, в частности, для Российской Федерации, Израиля и Новой Зеландии.

Как было отмечено во вводной части настоящего исследования, общественные отношения в сфере клонирования человека не во всех правовых порядках входят в предмет правового регулирования. В одном из исследований приводятся следующие данные¹²: абсолютный запрет на клонирование человека любым способом содержат законодательства тридцати одного государства (в их числе США, Германия, Франция и др.). В пятнадцати государствах (Латвия, Япония, Великобритания и др.) абсолютный запрет относится только к репродуктивному клонированию, т.е. терапевтическое клонирование разрешено. В ряде государств запрета на клонирование человека вообще нет, следовательно, и репродуктивное и терапевтическое клонирование разрешается (Wheat, Matthews, 2004). Действительно, пробел в законодательстве де-факто управомочивает субъектов, находящихся на территории соответствующего государства, на проведение исследований и практики клонирования человека.

Применительно к репродуктивному клонированию описанная ситуация в одном из исследований (Pattinson, Caulfield, 2004) названа «нормативным молчанием». Это означает, что с позиции логики права репродуктивное клонирование является законным в пределах рассматриваемой юрисдикции, однако если бы оно было предпринято, то, скорее всего, был бы быстрый регулирующий ответ. Поэтому в исследовании (Pattinson, Caulfield, 2004) сделан вывод о существовании двух подходов к репродуктивному клонированию: запрета и нормативного молчания.

В данном случае следует воздержаться от вывода об использовании разрешительного типа правового регулирования, так как пробел в законодательстве означает неурегулированность нормами права общественных отношений конкретного рода или вида. Тип (порядок) правового регулирования характеризует сочетание способов правового регулирования, в основе которого лежит общее дозволение или общий запрет. Очевидно, что в ситуации неурегулированности нормами права общественных отношений тип правового регулирования не может сложиться. Однако нормативное молчание не исключает возможность правообразования в судебной практике. К примеру, испанский конститу-

¹² В ходе проведенного исследования автором были изучены научные статьи и аннотации, проиндексированные в Web of Science и Scopus, в которых содержатся аналитические данные о состоянии системы законодательства большинства стран в сфере клонирования человека. При этом все источники были опубликованы в 2004 году после принятия большинством стран базовых нормативных правовых актов в рассматриваемой сфере. Более поздние аналитические данные обнаружить не удалось, поскольку, как представляется, до настоящего времени дальнейшему выбору оптимального правового режима общественных отношений в сфере клонирования человека препятствует недостаточная изученность соответствующих биологических и социальных последствий.

ционный суд еще до принятия в 1998 году Закона о вспомогательных методах репродукции человека в постановлениях № 53/1985 и № 212/1996 запретил экспериментальное создание эмбрионов.

Отсутствие запрета на клонирование человека в станах с неразвитым правовым порядком притягивает в них исследователей со всего мира. Кроме того, в литературе встречаются примеры проведения учеными экспериментов по клонированию человека в нейтральных водах, на которые не распространяется юрисдикция ни одного государства. При этом у исследователей отсутствует дефицит испытуемых добровольцев (Rashidhanova, 2007:8).

В отличие от существующей в настоящее время неоднородности решения вопроса о клонировании человека в разных станах правовой режим научных исследований в смежных с клонированием человека сферах культивирования стволовых клеток и генетической диагностики сформирован однозначно и довольно контрастно.

В одном из современных исследований (Isasi, Kleiderman, Knopper, 2016) в результате анализа системы законодательства шестнадцати государств был сделан вывод о существовании двух подходов к регламентации деятельности в сфере клонирования. Подход, характерный для законодательства КНР, Великобритании, Швеции, Саудовской Аравии и ряда других государств, основан на признании высокого эвристического потенциала экспериментов в рассматриваемой сфере. Поэтому в указанных государствах законодательно разрешены разные виды деятельности, связанные с воздействием на генетический материал человека.

Использование дозволения при разрешительном типе правового регулирования обусловлено государственной системой лицензирования и контроля за субъектами, осуществляющими исследования в сфере клонирования. К примеру, законом о биоэтике, принятым в Саудовской Аравии в 2010 году, установлен разрешительный порядок проведения исследований на живых существах: соответствующие организации обязаны получить разрешение. Контрольные полномочия в указанных сферах принадлежат Департаменту по контролю за этикой научных исследований и Национальному комитету по биоэтике. Подобные контрольные органы созданы и действуют в Новой Зеландии (Королевская комиссия по вопросам редактирования генома и Служба генетического здравоохранения).

В Великобритании, в которой впервые лицензирующий орган предоставил лицензию на терапевтическое клонирование¹³, лицензированием в сфере проведения генетических исследований эмбрионов человека ведает Министерство здравоохранения. При этом исследования проводятся, как правило, част-

¹³ Human Fertilisation and Embryology Authority. HFEA grants the first therapeutic cloning licence for research. Press release, available at: <http://www.hfea.gov.uk/PressOffice/Archive/1092233888/> (Accessed 01 June 2020).

ными исследовательскими группами и не финансируются государством (аналогично США). Заявление соискателя лицензии на проведение манипуляций с геном человека рассматривается Управлением по эмбриологии и искусственному оплодотворению (Human Fertilisation and Embryology Authority), созданным в структуре Министерства здравоохранения. Следует отметить, что лицензия выдается на строго определенные цели.

В КНР в августе 2003 года появился министерский регламент, разрешающий исследования и манипуляции в сфере терапевтического клонирования¹⁴. В Южной Корее правительством был утвержден строгий перечень исследований в области переноса соматических ядер¹⁵.

Второй подход к регламентации деятельности в сфере исследований и использования генома человека характерен для законодательства Германии, Франции, Испании, Бельгии, Эстонии, Канады, Австралии и Грузии, запрещающего вмешательство в генетическую линию человека под угрозой уголовной ответственности. Однозначная и твердая позиция этих стран призвана сдерживать исследователей от проведения экспериментов в сфере клонирования человека.

Выбор перспективной для современной России модели правового регулирования общественных отношений в сфере клонирования человека

В литературе на сегодняшний день не сформировалось однозначной позиции исследователей относительно применения запрета в процессе правового регулирования отношений в сфере клонирования человека. Тем не менее, в литературе отмечается повсеместное введение в системах законодательства разных государств дополнительных (по отношению к общему запрету на репродуктивное клонирование человека) запретов с применением конкретных мер юридической ответственности (Luneva, Safin, 2019).

Ряд исследователей решительно осуждают уголовно-правовой запрет клонирования человека, полагая, что для науки этот способ правового регулирования неприемлем (Navratyil, 2013). Одним из авторов был сделан вывод о том, что вследствие установления запрета на клонирование человека исследования в этой сфере уйдут в тень: будут проводиться в нейтральных водах или в странах с неразвитым правопорядком. Это, по мнению автора, приведет к утрате государством возможности законодательного регулирования клонирования человека (Chester, 2005:335). Однако научные исследования в сфере кло-

¹⁴ UNESCO: National Legislation concerning Human Reproductive and Therapeutic Cloning. Paris, France. 2004, available at: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000134277>. (Accessed 06 June 2020); Jia H. New Chinese rules permit cloning for research. February 3, 2004, available at: <https://www.scidev.net/global/health/news/new-chinese-rules-permit-cloning-for-research.html> (Accessed 01 June 2020).

¹⁵ Israel's health committee approves human cloning in principle. LifeSite Daily News. March 12, 2004, available at: <https://www.lifesitenews.com/news/israels-health-committee-approves-human-cloning-in-principle> (Accessed 06 June 2020).

нирования немислимы без проведения экспериментов с биологическим материалом. Поэтому использование разрешительного типа правового регулирования — вполне разумный и оправданный шаг со стороны государства. Он ограждает человечество от угрозы утраты идентичности и биологической уникальности (Nasrullah, Iqbal, Bibi, 2020), которыми чреваты неконтролируемые эксперименты с клетками человеческого организма. Логика законодателя вполне ясна: если не можешь регулировать общественные отношения, гарантируя при этом безопасность общества, личности и государства, — запрети их. Следует помнить о том, что государство призвано обеспечить защиту своих граждан от негативных последствий развития научно-технического прогресса. Сделать это возможно только за счет установления допустимых пределов научных исследований, в частности, исследований, предполагающих эксплуатацию биологических тканей человека.

В одной из работ наиболее оптимальной признана модель правового регулирования общественных отношений в сфере клонирования человека, сочетающая рамочное законодательство с надзором регулирующего органа (Magri, 2015:490). Как было показано выше, государственная система лицензирования и контроля за субъектами, осуществляющими исследования в рассматриваемой сфере, обуславливает использование законодателем дозволения при разрешительном типе правового регулирования. В свете положительно опыта развитых государств следует сделать вывод о необходимости появления в Российской Федерации федеральной службы по контролю в сфере генетических исследований и репродукции человека.

В 2014 году отечественный ученый А.Г. Блинов опубликовал статью, в которой поставил под сомнение результативность соблюдения установленного в Российской Федерации запрета на репродуктивное клонирование по причине отсутствия в системе законодательства Российской Федерации уголовной ответственности за нарушение соответствующего запрета. Опираясь на позитивный опыт зарубежных стран в части уголовно-правового противодействия клонированию человека, автор предложил пополнить особенную часть Уголовного кодекса Российской Федерации новым составом преступления: «Нарушение законодательства Российской Федерации о временном запрете на клонирование человека» (Blinov, 2014:83). Однако в другой статье, опубликованной в 2018 году, ученый приходит к выводу о преждевременности включения в структуру уголовного закона такого состава преступления, поскольку предмет правового регулирования в рассматриваемой сфере еще не приобрел четких очертаний (Blinov, 2018:143).

Императивное нормативное построение, рассмотренное отечественным правоведом С.С. Алексеевым (Alekseev, 2010:384) в качестве одной из моделей правового регулирования, заключается в сочетании правовой обязанности и юридической ответственности. Опыт многих рассмотренных выше государств подтверждает использование этой модели применительно к правовому регулирова-

нию общественных отношений в сфере клонирования человека: установленный специальным законом запрет (установление обязанности воздерживаться от манипуляций, связанных с клонированием человека) сочетается с юридической ответственностью, установленной, как правило, уголовным законом. В системах законодательства некоторых государств отсутствует специальный закон, в котором бы содержалась регулятивная (запрещающая) норма. В этом случае охранительная норма уголовного закона одновременно устанавливает уголовно-правовой запрет клонирования человека и уголовную ответственность за его нарушение.

Почему же тогда криминализация в Российской Федерации деяний, связанных с несоблюдением временного запрета на клонирование человека, пока преждевременна? Ответ на этот вопрос содержится в преамбуле Федерального закона от 20.05.2002 № 54-ФЗ (ред. от 29.03.2010) «О временном запрете на клонирование человека»: временный запрет на клонирование человека вводится с учетом недостаточно изученных биологических и *социальных* (курсив мой — Ф. Фетюков) последствий клонирования человека. Иными словами, определить степень общественной опасности и, как следствие, определить вид юридической ответственности за нарушение законодательства Российской Федерации о временном запрете на клонирование человека пока не представляется возможным. Законом предусмотрена возможность отмены временного запрета на клонирование человека по мере накопления научных знаний в данной области, определения моральных, социальных и этических норм при использовании технологий клонирования человека. Однако отсутствие указанных выше условий препятствует объективной оценке общественной опасности нарушения запрета на клонирование человека.

Неопределенность социальных и биологических последствий применения технологий клонирования человека препятствует выбору оптимального правового режима исследований в этой сфере. Во многом он определяется соотношением полезных результатов и возможных негативных последствий этих исследований. Известно, что клонирование является единственно возможным способом иметь детей людям с тяжелыми генетическими заболеваниями за счет переноса в женскую гамету ядра соматической клетки матери или отца. Однако в отсутствие гарантии уважения человека, уникальности его личности невозможно оценить пользу клонирования человека объективно невозможно.

В ходе правовой регламентации общественных отношений в рассматриваемой сфере следует отдавать предпочтение дозволению достижения целей терапевтического клонирования альтернативными методами, не связанными с созданием эмбрионов и заменой ядра материнской гаметы. Получение эмбриональных стволовых клеток человека сегодня возможно путем деления эмбриона (Kolberg, 1993:652), клонирования взрослых клеток кожи (Vogel, 2014), выделения стволовых клеток из секционного материала, из материала медицинских аборт (Kurilo, Chernyh, 2003:28; Pestrikova, 2015:25) или из стволовых клеток зародышевой линии (GSC) (Zhang, Peng, Zou, 2018; Martin, Fowler, Cromer, 2020).

Полагаем, что обязательным участником правоотношений в сфере клонирования человека должны выступать государственные органы и учреждения, обеспечивающие контроль (федеральная служба) и оказание услуг (федеральное агентство, государственные учреждения). Объектом правоотношения в рассматриваемой сфере выступают эмбрион, яйцеклетки, соматические клетки человека.

В литературе часто обсуждается проблема правовой природы эмбриона, которая осложняется продолжающимися политическими дебатами о том, является ли «эмбриональная клетка» свойством человеческой жизни (Billingsley, Caulfield, 2004:652). Можно встретить обоснования эмбриона как в качестве субъекта, так и в качестве объекта права. Медицинская практика свидетельствует о том, что в природе эмбрион в возрасте до 14 дней может погибнуть естественным путем. Поэтому в одном из исследований с медицинской точки зрения обосновывается допустимость экспериментов над эмбрионами в возрасте до 14 дней без имплантации (Guryleva, Hamitova, 2019:18).

Специально созданная Ирландская комиссия (The Commission on Assisted Human Reproduction) еще в 2005 г. пришла к выводу о том, что эмбрион *in vitro* должен получать правовую защиту только после переноса в тело женщины¹⁶. Такая позиция вполне логична, ведь в случае применения вспомогательных репродуктивных технологий зачатие происходит после имплантации эмбриона в тело матери и наступления беременности. При таком подходе распоряжение (уничтожение, криозаморозка, донирование) эмбрионов, оставшимися после переноса¹⁷, является правомерным.

В российской правовой действительности не определена правовая природа биоматериала человека. Для этого необходимо провести системное толкование законодательства и судебной практики (Chernus', Tsikhotskii, 2019:86). В статье Ю.Ф. Дружининой сделан верный, на наш взгляд, вывод о вещно-правовой природе эмбриона *in vitro* (Druzhinina, 2017:134). Она проявляется в широкой вовлеченности в гражданский оборот как женских и мужских половых клеток (гамет), так и эмбрионов, полученных в результате их синтеза (оплодотворения женской гаметы). Медицинские услуги, связанные с получением, хранением гамет, а также с их последующим синтезом для получения эмбриона *in vitro*, как правило, оплачиваются пациентами. Очевидно, что право собственности на используемые при ВРТ гаметы и эмбрион *in vitro* принадлежит пациентам — мужчине и женщине, которые обратились за медицинской помощью. В случае использования донорских гамет право собственности на эмбрион *in vitro* у пациентов возникает производным способом. Эмбрион *in vitro* невозможно разделить в натуре без

¹⁶ Building a Culture of Patient Safety, available at: <https://assets.gov.ie/18845/59ff088cfaea4c4f8c93b6b04fae9762.pdf>. (Accessed 06 June 2020).

¹⁷ Приказ Минздрава России от 30.08.2012 № 107н (ред. от 01.02.2018) «О порядке использования вспомогательных репродуктивных технологий, противопоказаниях и ограничениях к их применению» // Российская газета. № 78/1. 2013. 11 апреля.

уничтожения или повреждения, влекущего утрату его предназначения (неделимая вещь). Поэтому на эмбрион *in vitro* распространяется режим общей (долевой или совместной) собственности пациентов. Признак потребляемости вещи проявляется в том, что после переноса эмбриона *in vitro* в матку он становится частью организма женщины, тем самым теряет свою индивидуальную определенность и де-юре перестает существовать как вещь.

Заключение

Для современной России перспективной моделью правового регулирования общественных отношений в сфере клонирования человека следует признать императивное нормативное построение, сочетающее установленный специальным законом запрет (установление обязанности воздерживаться от манипуляций, связанных с клонированием человека) и юридическую ответственность, установленную уголовным законом.

Использование законодателем исключений в виде дозволения при разрешительном типе правового регулирования допустимо при условии формирования государственной системы лицензирования и контроля за субъектами, осуществляющими исследования в рассматриваемой сфере. Государственные органы и учреждения, обеспечивающие контроль (федеральная служба) и оказание услуг (федеральное агентство, государственные учреждения), должны выступать обязательным участником правоотношений в сфере клонирования человека. В частности, предлагаем создать в Российской Федерации федеральную службу по контролю в сфере генетических исследований и репродукции человека.

Недостаточная изученность биологических и социальных последствий клонирования человека препятствует выбору оптимального правового режима исследований в сфере клонирования человека, определяемый соотношением полезных результатов и возможных негативных последствий этих исследований.

Вероятно, по мере накопления научных знаний в сфере терапевтического клонирования человека учеными будут разработаны технологии, позволяющие использовать эмбриональные клетки человека в терапевтических целях, сохраняя при этом их целостность эмбриональной клетки, или технологии терапевтического клонирования без использования эмбриональных клеток человека. Например, для целей терапевтического клонирования альтернативой использованию эмбриональных стволовых клеток может служить использование стволовых клеток зародышевой линии (Zhang, Peng, Zou, 2018; Martin, Fowler, Cromer, 2020). Устранение риска гибели или повреждения эмбриональной клетки человека, используемой при терапевтическом клонировании, а также разработка и применение иных технологий, не связанных с использованием эмбриональных клеток, нивелирует морально-этические и правовые препятствия к формирова-

нию надлежащего правового регулирования общественных отношений в сфере применения технологий репродуктивного клонирования человека.

Сформировавшиеся в правовой доктрине и медицинской практике подходы к регулированию общественных отношений в сфере клонирования (как репродуктивного, так и терапевтического) человека со временем получают нормативное отражение в системе российского законодательства. В частности, законодателю еще только предстоит детально определить правовой статус эмбриона, установить пределы допустимого вмешательства в генетический материал человека, оценить социальную опасность деяний, нарушающих установленный правовой режим общественных отношений в сфере клонирования, и установить за их совершение дифференцированную по степени общественной опасности юридическую ответственность. Как отметил А.Г. Блинов, по мере развития законодательства однородные общественные отношения в сфере клонирования человека вполне могут образовать новую отрасль российского законодательства (Blinov, 2018:143).

Библиографический список / References

- Alekseev, S.S. (2010) *Sobranie sochinenij. V 10 tomah. T. 6: Voskhozhdenie k pravu [Collected works. In 10 volumes. Vol. 6: Ascent to law]*. Moscow, Statute Publ. (in Russian).
Алексеев С.С. Собрание сочинений. В 10 томах. Т. 6: Восхождение к праву. М.: Статут, 2010. 558 с.
- Añón, K.L. (2003) Some Problems of legal regulation on human Cloning. *Global Bioethics*. 16(1), 41–53. DOI: 10.1080/11287462.2003.10800828.
- Blinov, A.G. (2014) Several ways of criminal lawful act against human cloning. *Society and Law*. 1(47), 82–86. (in Russian).
Блинов А.Г. Некоторые направления уголовно-правового противодействия клонированию человека // Общество и право. 2014. № 1(47). С. 82–86.
- Blinov, A.G. (2018) Legal environment for genomic research and prospects for its optimization in Russia. *Herald of Omsk University. Series «Law»*. 4(57), 138–144, doi: 10.25513/1990-5173.2018.4.138-144. (in Russian).
Блинов А.Г. Правовая среда проведения геномных исследований и перспективы ее оптимизации в России // Вестник Омского университета. Серия «Право». 2018. № 4 (57). С. 138–144. DOI: 10.25513/1990-5173.2018.4.138-144.
- Billingsley, B., Caulfield, T. (2004) The regulation of science and the Charter of Rights: would a ban on non-reproductive human cloning unjustifiably violate freedom of expression? *Queen's law journal*. 29(2), 647–679.
- Kim, J. (2008) The Current International Regulations on Human Embryonic Cloning. *Korean Lawyers Association Journal*. 57(2), 373–419. DOI:10.17007/klaj.2008.57.2.010010010.
- Chernus', N.Yu., Tsihotskii, A.V. (2019) The civil-law regime of human biological material. *Russian Juridical Journal*. 1, 81–87. (in Russian).
Чернусь Н.Ю., Цихоцкий А.В. Гражданско-правовой режим биологического материала человека // Российский юридический журнал. 2019. № 1. С. 81–87.
- Chester, R. (2005) Cloning for human Reproduction: One American Perspective. *Sydney Law Review*. 23(319). 319–346.

- Druzhinina, Yu.F. (2017) Legal Regime of Embryo in Vitro. *Journal of Russian Law*. (12), 129–139. DOI: 10.12737/article_5a200506899599.19842755 (in Russian).
Дружинина Ю.Ф. Правовой режим эмбриона in vitro // Журнал российского права. 2017. № 12. С. 129–139. DOI: 10.12737/article_5a200506899599.19842755.
- Zhang, X., Peng, Y., Zou, K. (2018) Germline Stem Cells: A Useful Tool for Therapeutic Cloning. *Current Stem Cell Research & Therapy*. 13(4), 236–242. DOI: 10.2174/1574888X11666160217154559.
- Guryleva, M.E., Hamitova, G.M. (2019) Problemy pravovogo regulirovaniya klonirovaniya cheloveka [Problems of legal regulation of human cloning]. *Medical Law*. (6), 15–22. (in Russian).
Гурылева М.Э., Хамитова Г.М. Проблемы правового регулирования клонирования человека // Медицинское право. 2019. № 6. С. 15–22.
- Isasi, By R., Kleiderman, E., Knopper, B.M. (2016) Editing policy to fit the genome? *Science*. (351), 337–339.
- Kalinichenko, P. (2002) Zapret na klonirovanie cheloveka v evropeiskom prave [Ban on human cloning in European law]. *Constitutional law: Eastern European review*. (4), 45–48. (in Russian).
Калиниченко П. Запрет на клонирование человека в европейском праве // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 2002. № 4. С. 45–48.
- Kurilo, L.F., Chernyh, V.B. (2003) Klonirovanie mlekoopitayushchih zhivotnyh i cheloveka: problemy i perspektivy [Cloning of mammals, animals and humans: problems and prospects]. *Veterinary pathology*. (1), 25–29. (in Russian).
Курило Л.Ф., Черных В.Б. Клонирование млекопитающих животных и человека: проблемы и перспективы // Ветеринарная патология. № 1. 2003. С. 25–29.
- Kolberg, R. (1993) Human embryo cloning reported. *Science*. (262), 652–653.
- Luneva, E.V., Safin, Z.F. (2019) Legal aspects of the protection and limits of the possible human genomeuse. *International Journal of Psychosocial Rehabilitation*. 23(1), 142–148.
- Magri, S. (2015) Research on human embryos and cloning: difficulties of legislating in a changing environment and model approaches to regulation. *Journal of law and medicine*. 12(4), 483–493.
- Martin, R.M., Fowler, J.L., Cromer, M.K. et al. (2020) Improving the safety of human pluripotent stem cell therapies using genome-edited orthogonal safeguards. *Nature Communications*. 11(1), 2713. DOI: <https://doi.org/10.1038/s41467-020-16455-7>.
- Mitalipov, S. (2015) Human therapeutic cloning: advances and technical challenges. *Human reproduction*. (30), 110.
- Nasrullah, N., Iqbal, R., Bibi, S., Muneer, S., Anwar, F. (2020) Ethical issues of human cloning. *Journal of Medical Sciences*. 3(1), 103–106.
- Navratyil, Z. (2013) Legal and ethical aspects of human reproductive cloning. *Acta Juridica Hungarica*. 54 (1), 106–117.
- Pestrikova, A.A. (2015) The creation of embryos — purpose and further use as the base to determine their legal status. *National Association of scientists*. 7-2(12), 23–26. (in Russian).
Пестрикова А.А. Создание эмбрионов — цель и дальнейшее использование как основание определения их правового статуса // Национальная ассоциация ученых. 2015. № 7-2 (12). С. 23–26.
- Pattinson, S. (2002) *Influencing traits before birth*. Aldershot: Ashgate.
- Pattinson, S., Caulfield, T. (2004) Variations and voids: the regulation of human cloning around the world. *BMC Medical Ethics*. 5(9), available at: <http://www.biomedcentral.com/1472-6939/5/9>
- Prainsack, B. (2006) «Negotiating life»: the regulation of human cloning and embryonic stem cell research in Israel. *Social Studies of Science*. 36(2), 173–205.

- Rashidhanova, D.K. (2007) O pravovom regulirovanii otnoshenii klonirovaniya genoma cheloveka [About legal regulation of human genome cloning relations]. *Medical law*. (1), 5–10. (in Russian).
Рашидханова Д.К. О правовом регулировании отношений клонирования генома человека // Медицинское право. 2007. № 1. С. 5–10.
- Rosenau, H. (2018) Chapter 10 Reproductive and Therapeutic Cloning. In: Soniewicka M. (eds) *The Ethics of Reproductive Genetics. Philosophy and Medicine*. Springer: Cham. 131–155. DOI: https://doi.org/10.1007/978-3-319-60684-2_10.
- Vasiliev, S.A., Osavelyuk, A.M., Burtsev, A.V., Suvorov, G.N., Sarmanaev, S.K., Shirokov, A.Yu. (2019) Problems of Legal Regulation of Diagnostics and Editing of the Human Genome in the Russian Federation. *Lex Russica*. (6), 71–79. (in Russian).
Васильев С.А., Осавелюк А.М., Бурцев А.К., Суворов Г.Н., Сарманаев С.К., Широков А.Ю. Проблемы правового регулирования диагностики и редактирования генома человека в Российской Федерации // Lex Russica. 2019. № 6. С. 71–79.
- Vogel, G. (2014) Therapeutic Cloning Reaches Milestone. *Science*. 344(6183), 462–463. DOI: 10.1126/science.344.6183.462.
- Wheat, K., Matthews, K. (2004) World human cloning policies. Rice University James A. Baker III Institute for Public Policy, available at: <http://www.ruf.rice.edu/~neal/stemcell/World.pdf>. (Accessed 06 June 2020).

Об авторе:

Фетюков Фёдор Викторович — кандидат юридических наук, доцент, кафедра теории государства и права, Уральский государственный юридический университет; 620137, Российская Федерация, г. Екатеринбург, ул. Комсомольская, д. 21

ORCID ID: 0000-0003-1621-3142; SPIN-код: 4739-4414

e-mail: fetukov@inbox.ru

About the author:

Fyodor V. Fetukov — Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, the Department of Theory of State and Law, Ural State Law University; 21 Komsomolskaya str., Yekaterinburg, 620137, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0003-1621-3142; SPIN-code: 4739-4414

e-mail: fetukov@inbox.ru



МЕТОДОЛОГИЯ ПРАВОВЫХ ИССЛЕДОВАНИЙ

LEGAL RESEARCH METHODOLOGY

DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-901-918

Research Article

PRECARIAT IN SCIENCE AND RESEARCH: LEGAL AND PHILOSOPHIC COMPREHENSION OF THE ISSUE IN THE GLOBAL CHALLENGES PERSPECTIVE

Maria V. Zakharova, Vladimir I. Przhilenskiy

*Kutafin Moscow State Law University (MSAL),
Moscow, Russian Federation*

Abstract. The article investigates philosophico-theoretical issues of legal regulation of labor relations in the scientific and research sphere in connection with increasing precarization in Russia and the rest of the world. Particular emphasis is made on the analysis of characteristic features of science as a social institution and on assessing the potential negative impact of labor relations precarization on the capability of this institution to perform its basic functions in the face of global challenges. The purpose of the study is to look at the ways of preserving the functionality of research as an institution in the knowledge economy environment using the means and methods of legal regulation in Russia and other countries worldwide. The focus is made on combining the philosophical and legal methods of research with philosophical reflection preceded by a comparative legal analysis of legislative regulation and assessment of its social and legal efficiency. The study has resulted in identifying the peculiarities of governmental and legal regulation of science as a social institution in different countries in the face of grand challenges, as well as the measures taken in different countries to limit the negative impact of the knowledge economy together with the assessment of its socio-legal and politico-administrative effectiveness.

Key words: legal regulation, precariat in science and research, academic capitalism, social security, grand challenges

Conflict of interest. The authors declare no conflicts of interest.

The participation of the authors: M.V. Zakharova — introduction, general overview; V.I. Przhilenskiy — analysis and scientific elaboration of the materials, conclusion, copywriting.

© Zakharova M.V., Przhilenskiy V.I., 2020.



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

Funding information. The scientific research was carried out within the framework of the state assignment 075-00293-20-02 of 05/25/2020. Topic number — FSMW-2020-0030 “Transformation of Russian law in the face of great challenges: theoretical and applied foundations.”

Article received 30 July 2020

Article accepted 15 October 2020

For citation:

Zakharova, M.V., Przhilenskiy, V.I. (2020) Precariat in science and research: legal and philosophic comprehension of the issue in the global challenges perspective. *RUDN Journal of Law.* 24 (4), 901–918. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-901-918.

DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-901-918

Научная статья

НАУЧНЫЙ ПРЕКАРИАТ: ПРАВОВОЕ И ФИЛОСОФСКОЕ ОСМЫСЛЕНИЕ ПРОБЛЕМЫ В УСЛОВИЯХ ГЛОБАЛЬНЫХ ВЫЗОВОВ

М.В. Захарова, В.И. Пржиленский

Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
г. Москва, Российская Федерация

Освещаются философско-теоретические проблемы правового регулирования трудовых отношений в области научной деятельности в связи с ростом их прекариации в российском обществе и зарубежных странах. Особое внимание уделяется анализу специфики науки как социального института и оценке возможных негативных последствий прекариации трудовых отношений для способности данного института выполнять свои базовые функции в условиях глобальных вызовов. Цель данного исследования — рассмотреть способы сохранения функционала науки как института в условиях академического капитализма средствами и методами правового регулирования в России и за рубежом. При этом основной упор делается на сочетании философских и юридических методов исследования, когда философской рефлексии предшествует сравнительно-правовой анализ законодательного регулирования и оценка его социально-правовой эффективности. В результате рассмотрения были выявлены особенности государственно-правового регулирования института науки в разных странах мира в условиях больших вызовов, определены меры, принятые в различных странах с целью ограничений негативного влияния академического капитализма и дана оценка их социально-правовой и политико-административной эффективности.

Ключевые слова: правовое регулирование, научный прекариат, академический капитализм, социальная безопасность, большие вызовы

Конфликт интересов. Авторы заявляют об отсутствии конфликта интересов.

Информация о вкладе авторов: Захарова М.В. — введение, общий обзор; Пржиленский В.И. — анализ и научная проработка материалов, заключение, копирайтинг.

Информация о финансировании. Научное исследование выполнено в рамках государственного задания 075-00293-20-02 от 25.05.2020 г. Номер темы — FSMW-2020-0030 «Трансформация российского права в условиях больших вызовов: теоретико-прикладные основы».

Дата поступления в редакцию: 30 июля 2020 г.

Дата принятия к печати: 15 октября 2020 г.

Для цитирования:

Захарова М.В., Пржиленский В.И. Научный прекариат: правовое и философское осмысление проблемы в условиях глобальных вызовов // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2020. Т. 24. № 4. С. 901–918. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-901-918.

Introduction

The precariat — a new *social* class breaking the classical canons and stereotypes — is becoming an increasingly noticeable phenomenon in the life of people and society.

Precarity is a concept denoting an acute psychological state of life instability caused by a lack of job security and confidence in the future. Due to the developments in labor relations in recent decades, the number of temporary employed people who are deprived of stable and guaranteed earnings has considerably increased. Earlier this form of employment relations was characteristic of the low-skilled labor market but today it is actively spreading to other spheres, including science, research, and education. “The concept of *precariat* is derived from the Latin *precarium* (unreliable, unstable, unguaranteed) ... The precariat is a fundamentally new formation representing a social stratum that personifies alienation not only from the results of their labor, but also from the whole society, sizeable social groups experiencing peculiar and sophisticated forms of exploitation of their labor, their knowledge, and their qualifications, which ultimately affects the quality of their life” (Toshchenko, 2018:6).

This phenomenon was noted more than two decades ago, and it is of growing concern in the countries considered to be among the most stable in terms of social stratification (Campbell, Burgess, 2001:85–108). Although this period looks quite substantial, there is still neither a reliable methodology for studying the precarity relations, nor even a well-tested method for its measuring (Cranford, Vosko, Zukewich, 2003).

It is observed in the sphere of science and research as well. However, identifying the precariat characteristic features as a phenomenon in the sphere of science and research encounters certain difficulties. This is, first of all, due to the fact that, unlike other spheres of labor, precarization in the scientific sphere impacts not only the life standards of those involved and their families but leads to the social well-being deterioration of a vast social stratum or class. On the one hand, research is the type of activities that needs as much legal protection as any other with hired workers, businessmen or civil servants. On the other hand, precarization of science

and research labor jeopardizes the very existence of science and research as a social institution, at least in the form in which it has developed and functioned over the centuries. (Gebel, Baranowska-Rataj, 2012)

In most spheres of human activities, which have recently seen a rise in precarious (non-guaranteed and short-term) labor relations, the ongoing changes do not directly jeopardize national security, however, in the era of grand challenges the risk of research and development institutions to lose its functionality can be really dramatic. At the same time, the growing number of scholars whose employment is regulated by market economy rules inevitably leads to deterioration of their potential both in research and expert and analytical activities. That is why it is so important to correctly assess the implications of the changes in modern science (which, being essentially a dynamic system) cannot remain unchanged, and subsequently develop an efficient strategy for legal regulation of labor relations in the sphere of science and research and the adjacent sphere of higher education (Kalleberg, 2012; Rodgers, Rodgers, 1989; Standing, 2015).

Turning Science into a Direct Force of Production

In most philosophical systems of the 18th and 19th centuries, science was defined as the highest type of cognition or as one of the forms of social consciousness. The philosophy of science of the 20th century added some new dimensions to scientificity: researchers looked at science as a separate social institution, a specific kind of activity, and/or a special phenomenon of culture. In the 21st century, yet another mode of science is becoming more and more clearly visible: at the age of technology, science can also be seen as a technology. This thesis may not seem very original; however, it is not totally free of novelty. The matter is that science has always been a source of technology, but at the same time, by itself, seemed to be something different. It has been argued that science development is the source of technology advancement, and that technology, in its turn, generates scientific thought and can even influence the choice of its priority directions. But the idea that science should change qualitatively, that its structure and content should be altered, is quite new.

Karl Marx, when analyzing society and assessing the prospects for socio-economic transformations, wrote about science as a “variable element of production” and combined it with nature while opposing these two “forces of capital” to workers. Behind all his reflections about the nature of social production and the essence of productive forces under capitalism, a non-trivial point view on the role of science and scientific knowledge in this process can be discerned. “The development of fixed capital,” — Marx wrote, — “indicates to what degree general social knowledge (wissen) has become a direct force of production, and to what degree, hence, the conditions of the process of social life itself have come under the control of the general intellect and been transformed in accordance with it; to what degree the powers of social produc-

tion have been produced, not only in the form of knowledge, but also as immediate organs of social practice, of the real life process” (Marx, Engels, 1969:468–469).

Today, more than a century and a half after the thesis about the transformation of science into a direct force of production was first voiced, the meaning of this statement is beginning to alter, complemented and specified, sometimes in the most unexpected way. It is obvious that not only production should change to become *advanced* enough to comply with the present-day science, but science should also change to meet the production needs to the maximum extent possible. Notably, this involves changing not only the forms of organizing scientific research, but also the structure of scientific knowledge, and even its content.

No one expected that the very essence of science and scientific knowledge would undergo a critical reassessment, that the ideals and their criteria would undergo revision. No one expected that that philosophically justified, methodically perfected and experimentally tested models regulating the correlation between the theoretical and the practical, the fundamental and the applied, the hypothetical and the apodictic, would be reassessed and revised from the point of view of organizational and managerial feasibility as well as financial and economic efficiency. Basically, everything was limited to the analysis of the economic growth data, which inspired optimism: implementation of technical inventions resulted in production growth and rise in research intensity; this increased the dependence on information and information-processing machines, and led to extended use of equipment with computer numerical control, robots and artificial intelligence. All of the above was most obviously associated with the concepts of growth of the intellectual and social power of science, as well as its cognitive and transformative abilities.

External and Internal Management of Science in the Knowledge Society

Today the authorities, the society, and the researchers themselves are in search of a new image of science securing the unity of form and content. For example, the image of a scientific community of “mobile” scientists forming research teams created for short-term projects and funded on a competitive basis is in sharp contrast with the traditional idea of a scientist or a researcher, whose ideal image, like the entire new-European myth of science, is deeply rooted in the culture of the industrial society and successfully adapted to mass consciousness. In 1998, the article entitled “*From the World of Science to the World of Research?*” was published in *Science Magazine*. Bruno Latour, the author of the article, expressed his wish to derive a formula for the changes that have occurred in scientific knowledge. “In the last century and a half, scientific development has been breathtaking, but understanding of this progress has dramatically changed. It is characterized by transition from the culture of “science” to the culture of “research”. Science is certainty; research is uncertainty. Science is supposed to be cold, straight, and detached; research is warm, involving, and risky. Science puts an end to the vagaries of human disputes; research creates contro-

versies. Science produces objectivity by escaping as much as possible from the shackles of ideology, passions, and emotions; research feeds on all of those to render objects of inquiry familiar. There is a philosophy of science, but unfortunately there is no philosophy of research. There are many representations and clichés for grasping science and its myths; yet very little has been done to illuminate research. An association was created 150 years ago for the advancement of science, but what would an Association for the Advancement of Research look like?” (Latour, 1998:77).

The image of science as a common cause to which one serves to the extent of their own understanding of their tasks and goals is being replaced by a new reality, where collective discipline and ability to work in a team is gradually turning into the main virtue, and the freedom of choice is reduced to the freedom of choice of a project offered by a grantor. Such concepts as “devotion to scientific duty” or “selfless devotion to truth” seem hopelessly archaic for describing what is happening within the walls of research or educational institutions. The pompousness has been replaced by the routine practices of regulating activities of scientists and researchers pertaining to the sphere of professional ethics.

As Kevin McClure, a US researcher, pointed out in an interview with Rebecca Koenig, knowledge-based economy influences research goals and objectives, as universities need to compete for grant money. Teachers have to give way to pressure from the management that can set the number of applications and the requested amounts of money necessary to determine the duration of the contracts signed with them. At the same time, some disciplines are becoming more in demand than others due to the market trends. Participation in commercially successful educational programs predetermines teachers’ research interest. Moreover, teachers are asked to think about what and how they teach, and IT and online teaching define not only the structure of knowledge in the courses taught, but also the structure of scientific knowledge in general, including the fundamental one (Koenig, 2019).

Thus, science turns into a factory producing knowledge, just as the scientists, who bravely entered the industrial era, desired. However, the heirs of the Enlightenment found themselves to be neither spiritually nor psychologically ready for what science would become in reality, seeing it turn into a direct force of production right before their eyes. As Steve Fuller wrote, “academics have been caught off-guard because they have traditionally treated knowledge as something pursued for its own sake, regardless of cost or consequences. This made sense when universities were elite institutions and independent inquirers were leisured” (Fuller, 2018:37).

This myth and the image of the scientist behind it is busted not only by the system of funding with maximally depersonalized and highly untransparent money distribution mechanisms. The development of science no longer offers global topics and fundamental directions, and scientific knowledge in and of itself no longer looks like a regular geometric shape with theoretical foundations securely keeping in subordination a variety of experimental data and facts (Becker, Mayer, 2019:147–168).

Replacement of subordination of knowledge forms by coordination that have destroyed the hierarchy of theoretical and empirical, fundamental and technological, led to the situation when the advancement of science is regulated by the same “invisible hand” that regulates the post-industrial economy. The problems of management have come to the fore, and self-consciousness of scientists is being reoriented towards the issues of professional survival through the ability to “procure” or “produce” knowledge. It is impossible to manage science using scientometrics alone, but the old standards of assessment are also demonstrating their inefficiency in the new conditions (Hillmert, Jacob, 2003).

History of science and/or history of knowledge

In order to understand or at least get an idea of what exactly is happening with science, two things are required: to look at science in a historical perspective and put it into a broader context, considering it as the dominant form of knowledge in a given epoch. Indeed, knowledge has always been seen as the greatest value, the possession of which may be a means of improving life under normal conditions, and a means of survival in emergency situations. The extremely simple understanding of knowledge is viewing it as something that allows making the right decision, taking effective action, explaining what is happening and foreseeing the future. Knowledge understood this way is the result of the experience of interaction with nature and other people. Its purpose is successful adaptation to the environment, in terms of both nature and society.

As the complexity and technological capabilities of society increase, the amounts of knowledge grow along with the associated problems: it is becoming increasingly more difficult to accumulate, preserve, evaluate, reproduce, and use knowledge. Cognition is becoming an increasingly complex collective action, involving division of labor, narrower specialization, more complex communication system, and the need for more efficient management. The interaction of the people of knowledge with society becomes a special issue: as one epoch gives way to another, the self-description as well as the system of self-reproduction are being transformed.

A special topic is the evolution of ideals and values of the people of knowledge. Ancient philosophy creates its own ideal of knowledge, which, in addition to pointing out the path to obtaining true freedom and dignity, also explains why theoretical reasoning leads to understanding individual and collective welfare. In medieval Christianity, the functional role of knowledge changes. Now it is the key to soul salvation, and cognition is aimed at personal immortality, although the most successful share their thoughts and experience.

The cult of science and scientific knowledge that was formed in Europe over the past four centuries and subsequently spread throughout the world, has significantly enriched the entire previous set of concepts and imagery, updating the notions and meanings of cognitive activity. The era of industrial production gave birth to a new metaphor — the metaphor of knowledge production, resulting, *inter alia*, in the emer-

gence of such concepts as *spiritual production*, *knowledge production*, *knowledge management*, and *knowledge economy*. Thus, knowledge is no longer discovered, born, or revealed — it is created. Therefore, since the technologies for making things are improving, knowledge production can be likened not even to the work of an artisan or an artist, but to the work of a conveyor factory, or rather a robot-based production complex (especially taking into account that modern technology clusters combine research and production, which presupposes single management, and, hence, unification). All the above is bound to affect the life of employees, even if they previously relied on different standards of work behavior. “Characteristics of the essential meanings of life of the present-day Russian employees”, — Zhan Toshchenko writes, — “are connected with the analysis of value orientations, which determine their consciousness and activity, commensurable with their social experience, characterize the main relations with the external world and with understanding of their personal mission” (Toshchenko, 2018:220–221).

Scholars did not become immediately aware of this circumstance, but those who were concerned about the efficient use of funds, including the funds allocated for science and education, started looking into the issue of the discrepancy between the image of science and the fundamental trends and symbols of the current epoch. The world where the idea of efficiency dominates over others cannot allow financing science that is perceived through images borrowed from previous epochs and cognitive practices that prevailed in those times. An amazing symbiosis of symbols and meanings, found and cultivated by philosophers and preachers, poets, and artists, migrated to science as far back as when it was an integral part of philosophy, theology and/or art. This transfer of symbols and meanings of the past provided the ethics of science with efficient tools for a long time, until it came into conflict with the spirit of the era of technology and total digitalization (Gorshenin, Zatsarinny, 2019).

Is science a servant of technology?

In order to understand what exactly is happening “today”, one needs to compare it with “yesterday”, “the day before yesterday”, etc. For instance, the intellectual history of Europe had some periods when philosophy was a self-sufficient form of cognition, which subsequently gave way to periods of various kinds of “service”. For example, in the Medieval Period, philosophy turned into a servant of theology, and in modern times it has to turn into a strict science, which essentially means just another version of service. The present-day Europeans “modernized” and “utilized” the Christian religion as well, actively involving the church in solving social problems, and directing its organizational and communication capacities towards strengthening ideals and values of humanism. Transformation of church service into a combination of lecture and concert, as well as transformation of confession into a counseling [psychotherapy] session, just like inversion of philosophy from freedom to service, can only be explained by the fact that in the era of religion triumph everything becomes reli-

gion, and in the era of science everything turns into science. Perhaps, the current era of technology requires that everything, including philosophy, religion, and science, should be looked upon as technology. Certainly, these are not production technologies in the original sense of the word (i.e., the knowledge and skills enabling to produce things with predetermined standard parameters). These technologies belong to the category of social and intellectual technologies at the same time or, speaking in terms of Marxist philosophy, these are the technologies of spiritual production. The only remaining question is whether the era of the dominance of technology will turn science into something directly opposite not only to the original project, but also to the previously produced “product” (Polyakova, 2016).

The relationship between theory and technology in the classical model of science seemed simple and clear: technology developers use theory in its entirety (or some individual fragments, components, or theoretical constructs) to build a system of actions or design equipment. They can turn to theorists for explanations as often as necessary, but they can influence neither the structure nor the content of theory. Since the time of the first philosophers, the notion of theoretical knowledge has undergone a long evolution. This notion proceeded from the initial idea of theoretical speculation based on experience of figurative-poetic attitude to the world, towards methodological description of scientific theorization involving a detailed analysis of such processes as generalization, axiomatization, visualization, formalization, abstraction, modeling and many others, which represent this type of intellectual activity as the highest form of knowledge. Theory exists for practice, but it also has an independent value. At the same time, theory, in terms of substance, is independent from practice in the sense that research carried out by theorists should not be determined by implementation of the anticipated results. One of the most important ideals of scientificity is the ideal of objectivity, the essence of which implies separation of theoretical point of view from practice impact, and independence from any pragmatic considerations and interests.

Summing up the above, we can conclude that the meaning of classical cognitive paradigm was reduced to the following formula: *follow all the instructions and your knowledge will be objective*. This is what theorists think, but those who create artificial intelligence systems, or those who discuss the strategies for their development, see theory as one of the types of knowledge that interacts on an equal footing with empirical, experimental, and technological knowledge. For instance, Nick Bostrom, the American researcher, when analyzing the emulation technology development prospects, looked at theoretical knowledge as a resource that can compensate for weaknesses and shortcomings of technology. “Just how much technology is required for whole brain emulation depends on the level of abstraction at which the brain is emulated. In this regard there is a tradeoff between insight and technology. In general, the worse our scanning equipment and the feebler our computers, the less we could rely on simulating low-level chemical and electrophysiological brain processes and the more theoretical understanding would be needed of the computational archi-

ture that we are seeking to emulate in order to create more abstract representations of the relevant functionalities” (Bostrom, 2016:66). Thus, theory and technology turn out to be “equal players” in the creative space.

Theoretical knowledge is not identical to theoretical understanding, but technologies use theoretical knowledge in such a way that it acquires new features: it is fragmented, operationalized, and functionalized. In addition, theoretical knowledge is often interpreted in the context set by technology in such a way that interpretations go far beyond its experimental verification or empirical comparison with facts. As Bostrom points out, “compared with the AI path to machine intelligence whole brain emulation is more likely to be preceded by clear omens since it relies more on concrete observable technologies and is not wholly based on theoretical insight” (Bostrom, 2016:71).

At the same time, reference to antiquity ideals as applied to theoretical knowledge is more related to self-description of science than to reality. For instance, the question of what Galileo was searching and striving for when choosing between scholastic physics and Pythagorean tradition of searching for numbers that govern nature, has been answered by historians of science in different (and sometimes opposite) ways. Scientific revolution of modern times is often seen as a series of brilliant discoveries united by a common idea of mathematical description of nature. Alexandre Koyré directly called it Plato's revenge, referring to transition from rational (but without mathematical formulas) physics of Aristotle (that prevailed in medieval scholasticism) to Galilean science allowing calculation, prediction, and design. Plato is unlikely to have had the idea of combining mathematics, physics and mechanics, which formed the basis of Galileo's method. It looks like the great Italian rendered the observed natural phenomena into mechanical models allowing their measurement and calculation. This point of view is very widespread today, although it is not supported unanimously.

Prestige of the profession of a scientist in Russia and the rest of the world: systemic and dynamic trends

Modern science is far more than mere research and is not limited to implementation of scientific discoveries in technologies, production processes and other professional practices. Today, economy has come to be based on knowledge, which has led to the emergence of an entire new sector: knowledge economy. Education and professional qualification have turned into economic resources, and, as a result, the state and society have to look for new approaches to the task of legal regulation of scientific activity. As Valentina Skvortsova and Alexey Skvortsov point out, transformation of knowledge into a key economic resource of highly developed societies occurs for four reasons: a) natural resources are replaced by artificial ones; b) mechanization and automation of labor increase its efficiency; c) sophisticated machinery turns it into a means of investment; d) smart technologies are gradually

replacing the traditional ones that are associated with processing of natural resources (Skvortsova, Skvortsov, 2014:14).

The state program of the Russian Federation entitled *Scientific and Technological Development of the Russian Federation* approved by Decree No. 3773 of the Government of the Russian Federation on 29 March 2019 (as amended on 31 March 2020)¹ defines the government policy in the sphere of science and its interaction with the economy, state, and society. The text of the program demonstrates awareness of current situation specifics, which have been defined as *grand challenges*, replacing the concept of current global issues. The basic vector of the program is the need to ensure that science performs its main role in the new conditions. The fundamental tasks of science existing from the moment of its birth are to explain what is happening, to forecast the future and to assist the authorities in making effective management decisions. Today, another important aspect is added to these tasks: the national community of scientists, researchers, experts, and analysts must be ready to timely recognize the grand challenges and participate in developing effective response. At the same time, the previous task of ensuring the country's independence and competitiveness through creating efficient system to strengthen and utilize the nation's intellectual potential² is not canceled but clarified.

So, the tasks are set. But are there sufficient resources for their implementation, given the situation in which the employees engaged in science, research and education have found themselves (we refer to the hard times of the 1990s and the reform in education at all levels, which is still underway)? Surveys show that the social prestige of the profession of a scientist or a researcher, which has fallen extremely low after the collapse of the USSR, has not recovered yet, and some scholars believe that the downward trend has not reversed yet (Paveleyeva, 2016:146). The legal status of a scientist or a researcher is an integral part of the social status, and, hence, the social prestige. One can agree with the moderately optimistic point of view that “the soil for raising interest in science still exists in Russia; there is also rather high level of scientific literacy. Thus, if we wish to build innovative economy, develop cutting-edge technologies, have strict public control over their application, provide people with high-quality education and access to scientific knowledge through popularizing science instead of pseudoscience, we must act immediately” (Shuvalova, 2015:39).

¹ Ob utverzhdenii gosudarstvennoy programmy Rossiyskoy Federatsii “Nauchno-tehnologicheskoye razvitiye Rossiyskoy Federatsii” (s izmeneniyami na 31 marta 2020 goda) [On approval of the State Program of the Russian Federation *Scientific and Technological Development of the Russian Federation* (as amended on 31 March 2020)], available at: <http://docs.cntd.ru/document/554102822>.

² Strategiya nauchno-tehnologicheskogo razvitiya Rossiyskoy Federatsii, utverzhdennoy Ukazom Prezidenta RF ot 01.12.2016 № 642 [The Strategy of Scientific and Technological Development of the Russian Federation approved by Decree No. 642 of the President of the Russian Federation dated 01 December 2016], available at: <http://kremlin.ru/acts/bank/41449> (Accessed 21 June 2020).

Labor regulation in science, research and education: issues of compliance

Federal Law No. 443-FZ (*in Russian*: № 443-ФЗ) dated 22 December 2014 *On Amending the Labor Code of the Russian Federation and the Federal Law On Science and State Scientific and Technical Policy*³ introduced an important amendment establishing some special aspects in regulating the work of specialists, heads of science and research institutions and their deputies; under this law the legal status of an employee in the sphere of science and research in Russia depends on one of the three categories. The first category is formed by the so-called “budgetary” employees: scientists and researchers employed by a science and research institutions funded from national or municipal budgets. The second category includes scientists and researchers employed in higher education institutions and further professional training/education organizations funded from the budget as well. Although both the former and the latter can be funded through grants, such funding, irrespective of their amount, is qualified as additional; it is also additional in terms of law. The third category involves employees engaged in the sphere of science, research and education who are remunerated otherwise (not from the budget). These are members of temporary teams financed from various sources, including governmental and non-governmental research funds, venture capital companies, etc. Research and development projects can be commissioned by both commercial structures and government agencies.

Article 52 of the *Law on Science and Scientific and Technical Policy* stipulates that employees do not have to comply with professional standards, including, *inter alia*, rather stringent requirements in terms of professional qualification. At the same time, the *Law on Education* contains such requirements for all employees of educational organizations, including science and research. As pointed out by Nadezhda Chernykh, “if we assume that the professional standard for employees in the sphere of science and research is approved without amending the *Law on Science and Scientific and Technical Policy*, a paradoxical situation will arise where the professional standard will apply to some scientists and researchers, while not applying to some others” (Chernykh, 2019:70).

Meanwhile, the strict regulation of the teachers’ activities is essentially aimed at strict demarcation, convenient from the point of view of record keeping and administration, but completely unacceptable from the point of view of the professional specifics of the activities in the sphere of science, research, and education. One can agree with the point of view of those authors who emphasize the right of higher education

³ Federal'nyy zakon ot 22.12.2014 № 443-FZ «O vnesenii izmeneniy v Trudovoy kodeks Rossiyskoy Federatsii i Federal'nyy zakon “O nauke i gosudarstvennoy nauchno-tehnicheskoy politike”»] [Federal Law No. 443-FZ dated 22 December 2014 *On Amending the Labor Code of the Russian Federation and the Federal Law On Science and State Scientific and Technical Policy*], available at: <http://base.garant.ru/70826604/> (Accessed 21 June 2020).

teachers to engage in science, research and development, which is an essential contribution to their education outcome. As Zoya Dashchinskaya and Natalya Putilo point out, “in the course of their activities, all the teaching staff can exercise the freedom of research creativity guaranteed to them, as well as to all the citizens, by the Constitution of the Russian Federation. However, in order to apply the provisions of the legislation on science to university teaching staff, they must either have the characteristics of science and research employees, or their activity must conform with characteristics of science and research activity in accordance with Russian laws on science” (Dashchinskaya, Putilo 2012:52).

In conclusion, we can refer to a medieval university, where professors were distinguished from schoolteachers by not only sharing knowledge they acquired through similar teaching but by being originally involved in the process of creating new knowledge. Therefore, they could show students where new knowledge came from and how it was created. Such distinction has been challenged by the era of the knowledge society and knowledge-based economy (Slobodskaya, 2018).

Inevitability of new labor regulation for science and research employees: French experience

The problems concerning modernizing regulation in the sphere of science and research are coming to the fore not only in Russia. For instance, France realizes the need for its radical reform as well as renovation of higher education that is intrinsically linked. The draft multi-annual research programming law (*Loi de programmation pluriannuelle de la recherche — LPPR*⁴) has been submitted for discussion. Although the plans and intentions of the reformers are not limited to this project, it occupies an important place in the strategic plans of the ruling French elite due to the fact that it has a powerful potential for the development and even transformation of the whole system of science, research and education. Among other laws and regulations directly or indirectly governing the sphere of research, which have come into effect in France over the past two decades, particularly noteworthy are the following: Law No. 2007-1199 dated 10 August 2007 on Liberties and Responsibilities of Universities (sometimes called the *law on the autonomy of universities*); Decree No. 2009-460 dated 23 April 2009 on the legal status of research lecturers, as well as Law No. 2006-450 dated 18 April 2006 on research evolution (research guidance). However, it is LPPR that (if adopted in the version proposed by the government today) is likely to have a significant impact on the evolution of science, research and education administering in the country.

In accordance with the French national tradition, the relations between scientists (researchers) and managers should be based on the principles of unconditional

⁴ Vers une loi de programmation pluriannuelle de la Recherche, available at: https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/document/document/2019/02/dossier_de_presse_-_vers_une_loi_de_programmation_pluriannuelle_de_la_recherche_-_01.02.19.pdf (Accessed 19 June 2020).

involvement of the state in the activities of the employees in these spheres. French professors were civil servants who held their mandate-based positions for the entire period of their careers until retirement at a certain age. Their salary included a guaranteed fixed amount and various additional payments considering the specifics of the sphere they were engaged in. A set of guarantees completely excluded the possibility, on the part of universities (and the entire state represented by them), to terminate contracts with professors, except for cases of gross non-compliance with professional ethics or job descriptions. This secured the social position of professors, allowing them to fully concentrate on research, expertise, and creative approach to work.

At the turn of the millennium, it became clear that the time of unchallenged dominance of scientific and educational autonomy is becoming a thing of the past, when differences in the national systems of science, research and education began to grow in the once united European space. As a result of the Bologna Process, the European integration and general globalization, the French national system of science management faced the problem of modernization; its core essence is harmonization of principles and approaches in the context of restoration of the lost European unity in the sphere of science, research and education.

The project for the modernization of the research and education sphere announced by French Prime Minister Edouard Philippe in 2019 left no doubt concerning managerial intentions. The issues of finance, employment and innovative development were highlighted as reference points. Speaking to the public, Edouard Philippe confirmed France's status as one of the global leaders in both research and education.

However, despite the impressive success, the need for optimization is obvious and prompts the reformists to focus their efforts on the following three targets: ranking French universities with subsequent introduction of a system of differentiated funding based on ranking; changing the composition of expert committees dealing with research funding (scientists and researchers are to be replaced by government “appointees” and representatives of large corporations); increasing the share of fixed-term contracts in higher education institutions (this model is proposed, in particular, for younger researchers). The above shows that the extremely prosperous France, which protected its science and research professionals from labor precarization longer than others, nevertheless, must move in the general direction.

In this respect, Russia, looking at its western neighbor and accustomed (not without good reason) to borrow positive legislative practices, can hardly consider the vector of precarization of science and research professionals described above to be a successful social project.

Conclusion

Summarizing our analysis, we can argue that precariat in the sphere of science and research is a present-day necessity, and the main task of the Russian society is to make this process manageable and mitigate its negative social consequences as much as possible. Management and science funding mechanisms should not affect science itself,

or its outcome. Classical examples of science testify that a discovery made by researchers under certain conditions may not be made under other conditions or may be made later by other researchers. If not a Catholic, but a Protestant or a Muslim, not a European, but an African or an Asian, had sailed to the American shores, not in the 15th, but in the 16th century, the same continent would still have been discovered. The discoverer might have landed in a completely different place, and the sequence of collection of information, exploration, and mapping might have been completely different. Even the study and exploration of those lands might have been carried out “from the other side” (i.e., starting from the west coast instead of the east coast). However, the newly discovered continent would have been the same and the result of study and exploration would have been the same — the geographical map of North and South America does not depend on the nationality of the mappers, or on their religion, or on who funded and under whose flag exploration and research expeditions were carried out. This key metaphor of discovery outlines various possible ways of science and technology development.

The experience of science development in different countries shows that today the successes and failures of this process depend on many factors, including political system and specifics of administration, current conditions of science, research and education, social institutions, and cultural values. Moreover, scientific life to a very large extent depends on the degree of its integration into technology and (which is essentially the same thing) extent of its involvement in economic development. For instance, the current system of research funding was introduced in the US in the middle of the 20th century and is spreading today with varying speed and intensity throughout the rest of the world. It stems from business management methods of organizing science and research activities, and its by-product is a gradual change in the structure and content of scientific knowledge.

The total digitalization and almost total robotization of production, which occupies the minds of managers today, gives rise to the image of science of the future, where knowledge is produced by robots, and people only control them. It is likely that there will be a place for the “traditional” forms of acquiring knowledge (still unique and exclusive) in that science of the future. It is likely that in order to preserve the historical past of science, special support programs, similar to the current national programs of conservation of endangered languages and cultures of indigenous small-numbered peoples will be developed. It is likely that visiting “traditional” laboratories, seminars and conferences will even become a profitable kind of entertainment business, like today’s medieval workshops or entire villages reconstructed for tourists, where they can see and even *touch* the past. Such images of the future of science, no matter how fantastic and unrealistic they seem today, fully correspond to the interests of those who finance and direct scientific research today.

References / Библиографический список

- Becker, R., Mayer, K.U. (2019) Societal change and educational trajectories of women and men born between 1919 and 1986 in (West) Germany. *European Sociological Review*. (35) 2, 147–168, available at: doi:10.1093/esr/jcy052.

- Bostrom, N. (2016) *Superintelligence: paths, dangers, strategies*. Oxford University Press, Oxford.
- Campbell, I., Burgess, J. (2001) A new estimate of casual employment? *Australian Bulletin of Labour*. (27) 2, 85–108.
- Chernykh, N.V. (2019) The legal status of scientists in Russia and foreign countries. *Relevant problems of Russian law*. 7 (104), 67–77. (in Russian).
Черных Н.В. Правовой статус научных работников в России и зарубежных странах // Актуальные проблемы российского права. 2019. № 7 (104). С. 67–77, available at: doi:10.17803/1994-1471.2019.104.7.067-076
- Cranford, C.J., Vosko, L.F., Zukewich, N. (2003) The gender of precarious employment in Canada. *Industrial Relations*. (58) 3, 454–482, available at: doi: 10.7202/007495ar
- Dashchinskaya, Z.P., Putilo, N.V. (2012) Legal status of researchers in federal legislation and laws of constituent entities of the Russian Federation. *Yearbook of Russian educational legislation*. (7), 49–66. (in Russian).
Дащинская З.П., Путило Н.В. Правовой статус научных работников в актах федерального законодательства и законах субъектов Российской Федерации // Ежегодник российского образовательного законодательства. 2012. Т. 7. С. 49–66, available at: doi10.17803/1994-1471.2019.104.7.067-076
- Fuller, S. (2000) *Sociology of Intellectual Life: the Career of the Mind in and around the Academy*. London, SAGE Publ.
- Gebel, M., Baranowska-Rataj, A. (2012) New inequalities through privatization and marketization? An analysis of labour market entry of higher education graduates in Poland and Ukraine. *European Sociological Review*. (28) 6, 729–741, available at: <https://doi.org/10.1093/esr/jcs012>
- Gorshenin, A.K., Zatsarinny, A.A. (2019) Digitalization of science: a platform approach. *Relevant problems of global research: Russia in a globalizing world. Collection of scientific papers of the participants of the VI All-Russian scientific-practical conference with international participation*. Edited by I.V. Ilyin. 91–96. (in Russian).
Горшенин А.К., Зацаринный А.А. Цифровизация науки: платформенный подход // Актуальные проблемы глобальных исследований: Россия в глобализирующемся мире. Сборник научных трудов участников VI Всероссийской научно-практической конференции с международным участием. Под редакцией И.В. Ильина. 2019. С. 91–96.
- Hillmert, S., Jacob, M. (2003) Social inequality in higher education. Is vocational training a pathway leading to or away from university? *European Sociological Review*. (19), 319–335, available at: doi.org/10.1093/esr/19.3.319
- Kalleberg, A.L. (2012) Book review symposium: guy standing, the precariat: the new dangerous class, reviewed by Arne Kalleberg. *Work, Employment and Society*. (26) 4, 685–686.
- Koenig, R. (2019) «Academic Capitalism» Is Reshaping Faculty Life. What Does That Mean? Available at: <https://www.edsurge.com/news/2019-11-25-academic-capitalism-is-reshaping-faculty-life-what-does-that-mean> (Accessed 11 June 2020).
- Latour, B. (1998) From the world of science to the world of research? *Science*. 10 Apr. (280) 5361, available at: <http://www.ub.edu/prometheus21/articulos/obsprometheus/Latour208.pdf>. (Accessed 11 June 2020).
- Louvel, S. (2010) L'évaluation de la recherche: l'exemple de trois pays européens. S. Louvel, S. Lange. *Sciences de la société*. (79), 11–26, available at: <https://doi.org/10.4000/sds.2726>
- Marx, K., Engels, F. (1969) *Works*. Т. 46, Part II. Moscow, Political Literature Publ. (in Russian).
Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения. М.: Изд. политической литературы, 1969. Т. 46, ч. II. 377 с.
- Pavelyeva, T.Y. (2016) On the prestige of the profession of a scientist. *Socio-political sciences*. (3), 145–147. (in Russian).

- Павельева Т.Ю. О престиже профессии ученого // Социально-политические науки. 2016. № 3. С. 145–147.
- Polyakova, N.L. (2016) New horizons of the theory of society at the beginning of the XXI century: from post-industrialism to neo-capitalism. *Bulletin of Moscow University. Series 18. Sociology and Political Science*. (2), 83–115. (in Russian).
- Полякова Н.Л. Новые горизонты теории общества начала XXI в.: от постиндустриализма к неокapитализму // Вестник Московского университета. Серия 18. Социология и политология. 2016. 22(2). 83–115, available at: <https://doi.org/10.24290/1029-3736-2016-22-2-83-115>
- Rodgers, G., Rodgers, J. (eds.) (1989) *Precarious jobs in labour market regulation: the growth of atypical employment in Western Europe*. Brussels: ILO.
- Shuvalova, O.R. (2015) The prestige of the profession of a scientist in the world and in Russia. *Scientific research*. (2015), 19–42. (in Russian).
- Шувалова О.Р. Престиж профессии ученого в мире и в России // Научноисследовательские исследования. 2015. № 2015. С. 19–42.
- Skvortsova, V.A., Skvortsov, A.O. (2014) Knowledge as an economic resource. *News of higher educational institutions. Volga region. Economic sciences*. 1 (2), 12–21. (in Russian).
- Скворцова В.А., Скворцов А.О. Знания как экономический ресурс // Известия высших учебных заведений. Поволжский регион. Экономические науки. 2014. № 1 (2). С. 12–21.
- Slobodskaya, A.V. (2018) Precariatization of research workers and teachers of higher education: formation of academic precariat. *Gramota*. 7 (93), 106–110. (in Russian).
- Слободская А.В. Прекариатизация научных сотрудников и педагогических работников высшего образования: формирование академического прекариата // Грамота, 2018. № 7(93) С. 106–110, available at: <https://doi.org/10.30853/manuscript.2018-7.22>
- Standing, G. (2015) The precariat and class struggle. *RCCS Annual Review*. (7), 3–16.
- Toshchenko, Zh.T. (2018) *Precariat: from protoclass to new class. Monograph*. Moscow, Nauka Publ. (in Russian).
- Тощенко Ж.Т. Прекариат: от протокласса к новому классу. Монография. М.: Наука, 2018. 350 с.

About the authors:

Maria V. Zakharova — Doctor of Public Law (France), Candidate of Legal Sciences (PhD in Law), Associate Member of the International Academy of Comparative Law, Head of Research and Education Center for Comparative Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL); 9 Sadovaya — Kudrinskaya str., Moscow, 123995, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0002-4527-980, SPIN-code 4006-0617

e-mail: Avis_777@mail.ru

Vladimir I. Przhilenskiy — Doctor of Science (Philosophy), Full Professor, Department of Philosophy and Sociology, Kutafin Moscow State Law University (MSAL); 9 Sadovaya — Kudrinskaya str., Moscow, 123995, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0002-5942-3732; SPIN-code 7170-399

e-mail: viprzhilenskij@msal.ru

Об авторах:

Захарова Мария Владимировна — доктор публичного права (Франция), кандидат юридических наук, член-корреспондент Международной академии сравнительного права, руководитель НОЦ Сравнительного права, Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА); 123995, Российская Федерация, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

ORCID ID: 0000-0002-4527-980, SPIN-code 4006-0617

e-mail: Avis_777@mail.ru

Пржиленский Владимир Игоревич — доктор философских наук, профессор, профессор кафедры философии и социологии, Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА); 123995, Российская Федерация, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

ORCID ID: 0000-0002-5942-3732; SPIN-code 7170-3995

e-mail: viprzhilenskij@msal.ru



DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-919-941

Научная статья

ЛИБЕРТАРИАНСКИЙ ПАТЕРНАЛИЗМ И ЕГО ВЛИЯНИЕ НА РАЗВИТИЕ ПРАВОВЫХ ИНСТИТУТОВ В РОССИИ И ЗА РУБЕЖОМ

О.В. Романовская

Пензенский государственный университет,
г. Пенза, Российская Федерация

Раскрывается степень влияния либертарианства на развитие различных институтов государства и права. Показано, как одно из его течений, либертарианский патернализм, представленный исследователями поведенческой экономики Р. Талером и К. Санстейном, формулирует не только предложения, связанные с улучшениями экономического, финансового и инвестиционного климата любой страны, но и затрагивает иные социальные институты: здравоохранение, охрана окружающей среды, брак и семья, образование. В связи с этим осуществлен общий обзор либертарианского учения. Указывается, что крайним проявлением либертарианства выступают агоризм и авторхия, в рамках которых государство признается как худшая форма организации общественного устройства. Выделены общие обвинения, сформулированные по отношению к государству и праву со стороны основных представителей либертарианства (Ф. Хайека, М. Фридмана, М. Ротбарда и др.). Обозначено политико-правовое значение кейнсианства (идеи Дж. М. Кейнса), отстаивающего усиление роли государства в регулировании экономики и финансов. Проанализированы сущность, значение и основные характеристики либертарианского патернализма, основанного на подталкивании (для этого учеными используется специальный термин — Nudge) граждан к определенной модели поведения (с учетом их поведенческих особенностей), предлагаемой «архитекторами выбора». Выделены формы правового оформления подталкивания в различных социальных сферах. Рассмотрены формы проявления и перспективы внедрения либертарианского патернализма в российском законодательстве применительно к охране окружающей среды, трансплантологии, регистрации брака. Систематизированы аргументы противников либертарианского патернализма. Показано, что для Российской Федерации новая идеология, пытающаяся совместить свободу выбора и государственное регулирование, будет иметь определенные перспективы. Исходя из этого, основные положения либертарианского патернализма (несмотря на их некоторую противоречивость) могут быть использованы в целях улучшения качества государственного управления и повышения эффективности государственного регулирования.

© Романовская О.В., 2020.



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

Ключевые слова: либертарианский патернализм, государственное воздействие, регулирование, экономика, публичные институты, свобода, агоризм, Nudge, архитектура выбора, право

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Информация о финансировании. Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 19-111-50019.

Дата поступления в редакцию: 29 июня 2020 г.

Дата принятия к печати: 15 октября 2020 г.

Для цитирования:

Романовская О.В. Либертарианский патернализм и его влияние на развитие правовых институтов в России и за рубежом // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2020. Т. 24. № 4. С. 919–941. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-919-941.

DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-919-941

Research Article

LIBERTARIAN PATERNALISM AND ITS INFLUENCE ON THE DEVELOPMENT OF LEGAL INSTITUTIONS IN RUSSIA AND ABROAD

Olga V. Romanovskaya

*Penza State University,
Penza, Russian Federation*

Abstract. The article reveals the degree of influence of libertarianism on the development of various institutions of state and law. It is shown how one of its trends, libertarian paternalism, presented by researchers of behavioral economics R. Thaler and K. Sunstein, formulates not only proposals related to improving the economic, financial and investment climate of any country, but also affects other social institutions: health care, protecting environment, marriage and family, education. In this regard, a general review of libertarian teachings has been carried out. It is indicated that the extreme manifestation of libertarianism is agorism and autarchy, in which the state is recognized as the worst form of organizing social organization. General accusations are formulated in relation to the state and law by the main representatives of libertarianism (F. Hayek, M. Friedman, M. Rothbard, etc.). The political and legal significance of Keynesianism (the ideas of J.M. Keynes), which advocates the strengthening of the role of the state in regulating economy and finance, is indicated. The essence, meaning and main characteristics of libertarian paternalism based on pushing (for this purpose, scientists use the special term — Nudge) citizens to a specific model of behavior (taking into account their behavioral characteristics) proposed by the “architects of choice” are analyzed. The forms of legal registration of pushing in various social spheres are highlighted. The forms of manifestation and the prospects for introduction of libertarian paternalism in Russian legislation are considered in relation to environmental protection, transplantology, and marriage registration. The arguments of opponents of libertarian paternalism are systematized. It is shown that for the Russian Federation, a new ideology trying to combine freedom

of choice and state regulation will have certain prospects. Based on this, the main provisions of libertarian paternalism (despite their somewhat contradictory nature) can be used to improve the quality of public administration and increase the efficiency of state regulation.

Key words: libertarian paternalism, government influence, regulation, economics, public institutions, freedom, agorism, Nudge, architecture of choice, law

Conflicts of interest. The author declared no conflicts of interest.

Funding information. The reported study was funded by RFBR, project number 19-111-50019.

Article received 29 June 2020

Article accepted 15 October 2020

For citation:

Romanovskaya, O.V. (2020) Libertarian paternalism and its influence on the development of legal institutions in Russia and abroad. *RUDN Journal of Law*. 24 (4), 919–941. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-919-941.

Введение

Либеральная идея имеет давнюю историю, охватывает многие стороны социальной жизни, благодаря чему выделяют ее основные элементы: политический либерализм, экономический, культурный и др. Одним из ее проявлений выступает либертарианство. Считается, что впервые данный термин использовал английский историк и политический мыслитель Уильям Белшам (1752–1827) в своем произведении «О свободе и необходимости» (Belsham, 1789:16). В нем произошло некоторое противопоставление тех, кто отстаивает свободу воли как некий абсолют, и тех, кто видит определенную причину в основании любого действия. Давнее противостояние причины и следствия было исследовано английским мыслителем с использованием особой терминологии, основанной на самом названии книги в оригинале — «On Liberty and Necessity» — «Libertarian» (сторонник доктрины свободной воли) и «Necessarian» (детерминист).

Некоторое время (вторая половина XIX века) либертарианство использовалось для обозначения анархического учения (допустимый эвфемизм), основные сторонники которого находились во Франции. Причем сцепка была настолько крепкой, что во французском языке эти слова — *libertaire* и *anarchiste* — стали использоваться как синонимы.

Свой расцвет либертарианство получило благодаря австрийской и чикагской школам экономистов, которые провозгласили основные принципы экономического процветания государства. Нельзя не сказать, что либертарианцы-экономисты имеют мировое признание, что подтверждается получением некоторыми представителями Нобелевской премии: Фридрих Август фон Хайек (1974 год), Милтон Фридман (1976 год), Джордж Джозеф Стиглер (1982 год), Джеймс Макгилл Бьюкенен-младший (1986 год), Ричард Талер (2017 год). Од-

новременно либертарианство рассматривается как некое противостояние кейнсианству — учению о конце свободного рынка Джона Мейнорда Кейнса, автора книги «Общая теория занятости, процента и денег». Символом противоборства стала известная формула «Laissez-faire» (с франц. — «позвольте-делать»). Либертарианцы отстаивали на ее основе концепцию минимального вмешательства государства в экономическую сферу, где функции публичной власти должны быть сведены к защите частной собственности, охране внутреннего порядка и обеспечению внешнего суверенитета (хотя даже в этих аспектах у сторонников были некоторые различия). Дж. М. Кейнс предполагал «единодушно-отрицательное отношение экономистов к *laissez faire*» (Bergin, 2017:9) (на фоне Великой Депрессии в США в 1929–1933 гг.), предлагая активную роль государства в регулировании экономических отношений, видя корень зла в отсутствии занятости, произвольном и несправедливом распределении богатства и доходов (Keynes, 2007:960). В 1926 г. он прямо провозгласил конец данному принципу. Дж.М. Кейнс избегал политических вариантов решений повышения экономического благосостояния страны, лишь отмечая, что приверженность принципу невмешательства государства в экономические дела может привести к появлению альтернативной организации общества (тем самым мягко намекая на опасности революции). В то же время он симпатизировал Советской России (точнее некоторым методам экономической политики), считая, что именно там формируется иное отношение к деньгам и распределению материальных благ (Keynes, 2015:224). Добавим, что он был женат на русской балерине Лидии Лопуховой, неоднократно бывал в СССР, выступая там с различными докладами.

Корректировка принципа свободного рынка стала происходить и ранее теории Дж.М. Кейнса. Достаточно упомянуть антитрестовское законодательство (в США — Акт Шермана 1890 г.), а также правила социального страхования, внедренные в начале XX века под давлением социалистов. Сейчас можно констатировать, что либертарианство имеет различные направления, в рамках которых одни и те же теории имеют противоположные оценки. Если М. Фридман признавал государство всеобщего благоденствия утопией, то Л. Эрхард принял новые реалии государственного вмешательства в экономику (провозгласив концепцию «благосостояния для всех» (Erhard, 2001:352), и стал автором «германского чуда» — быстрого возрождения немецкой экономики после Второй мировой войны.

Развитие либертарианства как направления экономической и политической мысли

Вторая мировая война внесла свои коррективы. Один из ключевых тезисов буржуазного общества — «Laissez-faire» — включал в себя и требования к соблюдению свободы — как экономической, так и политической. Гитлеровская Германия показала, что в рамках капиталистической формации возможно со-

здание тоталитарного государства, нацеленного на полное попираание всех ценностей, которые воспевали еще английские и французские мыслители — Дж. Локк, Дж. С. Милль, Ж.-Ж. Руссо, Ш. Монтескье и др. Начало тоталитарному государству было положено демократическим путем. Многие авторы, анализировавшие подобный исход, задавались риторическим вопросом — Если Гитлер пришел к власти законным путем, можно ли говорить о правозаконности фашистского режима? Ф. Хайек неоднократно в этом аспекте упоминал Г. Кельзена (Kelsen, 2015:542) и социалиста Г.Дж. Ласки (Laski, 2005:234), позволивших склоняться к утвердительному ответу (Найек, 2005:9). Столь явное противоречие привело к идеализации неполитической сферы. В устах либертарианцев наличие государства как организации жизни общества обуславливало рост тоталитарных начал.

Именно в послевоенное время Ф. Хайек провозглашает, что господство государства в экономической сфере всегда приводит к попираанию гражданских свобод: «Экономический контроль неотделим от контроля над всей жизнью людей, ибо, контролируя средства, нельзя не контролировать и цели» (Найек, 2005:106). В связи с этим выстроена четкая логическая цепочка: планирование экономической жизни всегда приводит к господству чиновничьего аппарата. Любой экономический и даже социальный вопрос приобретает политический окрас, поскольку его решение зависит не от субъекта предпринимательской деятельности, а от политического института (точнее представителя бюрократического аппарата). Законы рынка Ф. Хайек характеризует как безличные, которым иногда даже трудно найти рациональное объяснение. Тем самым проводится параллель с естественными правами человека, заданными нам от природы. Автор неоднократно проводил подобную мысль в своих произведениях (Найек, 1992:304).

Другой Нобелевский лауреат М. Фридман, отстаивая свободные рыночные отношения, признает, что «нужда в государстве возникает из-за того, что абсолютной свободы не бывает» (Fridman, 2006:50). Однако вмешательство государства должно носить строго ограниченный характер: принятие «правил игры», рассмотрение споров по ним и обеспечение выполнения решений. Любое иное предлагаемое вмешательство должно быть максимально взвешенным, с формулированием всех аргументов «за и против». В другой работе (в соавторстве с супругой — Розой Фридман) (Fridman, Fridman, 2007:356) была выражена общая обеспокоенность (которая усилена в предисловии авторов к более позднему изданию после крушения социалистической системы — в 1990 г.), сможет ли мир преодолеть обозначенную Ф. Хайеком «дорогу к рабству» — усиление государства в экономической жизни общества.

М. Ротбард посвятил целый ряд исследований неэффективности государственных предприятий, которые, по его мнению, подавляют частные инвестиции, разрушают рынок труда и капитала, снижают качество производства и услуг (Rotbard, 2003:273). М. Ротбард выступил также рупором низвержения государства с основного места политико-правовой организации общества, име-

новал его «агрессором», «бандой преступников» (цитируя при этом Альберта Нока, который еще в 1928 г. характеризовал официальных должностных лиц всех государств «профессионально-криминальным классом» (Nock, 1928:146)). М. Ротбард разбирает аргументы в пользу государства *de novo* (лат. — заново), представляя неутешительный вывод: государство — худшая модель самоорганизации общества (Rotbard, 2009:398).

Среди либертарианцев подобный посыл имеет многих сторонников. С.Э. Конкин III (основатель агоризма) считает, что государство — «это банда банд, мафия мафий, заговор заговоров» (Konkin III, 2012:104). Кстати, с М. Ротбардом, не согласившимся с рядом его идей, у С. Конкина была заочная дискуссия (Konkin III, 1981). Р. Лефевр, открывший новое течение — автархию, указывал, что государство не обеспечивает ни закон, ни порядок, считая, что будущее за самоуправлением (в широком смысле этого слова (LeFevre, 1959)): «Правительства разрушают индивидуальность человека посредством принуждения, осуществляемого против собственных граждан»¹. Сторонниками безгосударственного общежития выступили Э. де Ясаи (De Jasay, 1998:238) и М. ван Кревелд (Van Creveld, 1999:436). И тот, и другой предлагают только один путь развития (не соглашаясь на промежуточные варианты): политика государства должна быть направлена только на ограничение собственной власти (в их идеале государство должно самоликвидироваться). Любой встречный вопрос об альтернативе подвергается критике: человечество привыкло жить в рамках государства, необходимо испробовать иной опыт. По-видимому, присутствующий в приведенных работах радикализм лишь дополнял критику либертарианского учения.

К сожалению, чрезмерное обращение именно к крайним взглядам не позволяет увидеть многие правильные начала, лежащие в основе всей либертарианской идеологии, послужившие основой для реформирования системы публичного управления многих стран и доказавшие свою эффективность. В указанном аспекте следует привести теорию минимального государства, теоретиком которой выступил профессор Гарвардского университета Р. Нозик, указывавший, что в государстве изначально заложены тоталитарные тенденции. Их преодоление возможно только при самоограничении публичной власти, бдительности гражданского общества и верховенства принципов конкуренции (Nozick, 2008:424). Р. Нозик избегал экспрессивных характеристик государства. Это, наверно, придало большую популярность его трудам, в отличие от произведений того же М. Ротбарда. В то же время конец XX века показал нам, что стал нарастать общий вектор усиления государственной власти. А 11 сентября 2001 г., став датой самого масштабного теракта в отношении Соединенных Штатов Америки, определило поворотный момент в усилении мобилизационной риторики из уст высших должностных лиц. Концепция «войны против террора», провозгла-

¹ LeFevre, R. (1960) The birth of a man, available at: <https://mises.org/library/birth-man> (Accessed 11 June 2020).

шенная Президентом США Дж. Бушем-младшим 20 сентября 2001 г. в обращении перед обеими палатами Конгресса США (Kuznetsov, 2014:1058), обусловила принятие Патриотического акта 2001 г.², усиление правоохранительных органов и спецслужб, дополнительные ограничения прав человека.

Дополнительный удар по либертарианству был нанесен кризисом 2008 г., когда его основные причины виделись в чрезмерной свободе, позволившей недобросовестным субъектам предпринимательской деятельности раздуть финансовые пузыри, не подтверждаемые экономическими реалиями. «Второе дыхание» получило кейнсианство, а в риторике официальных лиц стали больше звучать фразы о государственной поддержке, публичных интересах, вмешательстве и протекционизме. Если описывать процессы, происходящие в Российской Федерации, то негативное отношение к либерализму (как общей идее) лишь усиливалось. Произошло наслоение на старые обвинения в коррупционных итогах приватизации, сокращении уровня жизни большинства населения, несправедливом характере распределения общественных благ. Однако 2019-й год возродил интерес к либертарианству, чему послужили разные политические события, среди которых особо следует отметить развернутое интервью Президента России В.В. Путина газете «Financial Times»³ (в июне 2019 г.). Глава государства, в числе прочих проблем, упомянул о будущем либеральной идеи: «Наши западные партнеры признали, что некоторые ее элементы, такие как мультикультурализм, нереалистичны». Показательно, что в прямой речи Президента России поднимались разнопорядковые мировые проблемы, но в медийном пространстве наибольший интерес вызвала именно оценка либерализма. Дональд Туск, будучи председателем Европейского Совета, выразил категорическое несогласие⁴. В аналогичном ключе высказалась Т. Мэй (на тот момент — премьер-министр Великобритании)⁵. На приверженность принципам либерализма указали и политики США⁶.

К сожалению, слова главы государства многими интерпретировались так, как считал нужным тот или иной комментатор. Противники либерализма восприняли фразу о нереалистичности как указание на крах всей идеи. Сторонники пытались доказать, что тот самый крах (в оценках комментаторов, а не В.В. Путина) еще не настал. 11 октября 2019 г. Президенту России на заседании Совета глав государств Содружества Независимых Государств даже пришлось

² Act on the «Uniting and strengthening America by providing appropriate tools required to intercept and obstruct terrorism», available at: <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-107publ56/pdf/PLAW-107publ56.pdf> (Accessed 20 July 2020).

³ Vladimir Putin says liberalism has «become obsolete», available at: <https://www.ft.com/content/670039ec-98f3-11e9-9573-ee5cbb98ed36> (Accessed 20 July 2020).

⁴ Bennetts M. Western liberalism is obsolete, warns Putin, ahead of May meeting. *The Guardian*. 2019. 28 Jun.

⁵ Malnick E. Theresa May calls on Vladimir Putin to halt 'irresponsible' activity around the world. *The Telegraph*. 2019. 28 Jun.

⁶ Wise J. Putin praises Trump as «talented», says liberalism has «become obsolete». *The Hill*. 2019. 27 Jun.

представить свое уточнение: «Вы, наверное, обратили внимание: пытаются меня “пощипывать” по поводу того, что я говорил о либерализме. Ничего против либерализма не имею. Но у нас есть свои традиции, свои веками устоявшиеся культурные формы взаимодействия»⁷.

Либертарианство, будучи идеей, представленной, в первую очередь, представителями экономической теории, никогда не ограничивалось исключительно рецептами в области экономики, всегда претендуя на политическую сферу. Заявленная Ф. Хайеком сцепка двух начал — экономики и государства — предопределяла формулирование рекомендаций по изменению законодательства. И даже здесь либертарианство всегда выходило за пределы политической организации общества, представляя рецепты, нацеленные на семейное, образовательное, здравоохранительное законодательство, затрагивая многие основы социальной жизни. Данное учение оказало (и оказывает по настоящее время) заметное воздействие на пересмотр роли государственных институтов в экономике многих стран, став основой реформирования, приведя к деконцентрации власти, повышению ее эффективности, дерегулированию во многих отраслях народного хозяйства, вовлечению институтов сорегулирования и саморегулирования, усилению принципов свободной конкуренции и многому другому. Государство, вбирая в свою повседневную практику большинство рациональных предложений, в то же время несколько настороженно смотрело на крайний посыл, нацеленный на отказ от самого государства. Отчасти поэтому либертарианский патернализм получил особое внимание, поскольку совместил в себе свободу и «мягкое давление», выраженное в подталкивании к принятию необходимых решений.

Либертарианский патернализм Р. Талера: экономика, государство, право

В 2017 г. Нобелевская премия «за вклад в поведенческую экономику» была вручена Р. Талеру, профессору Чикагского университета, благодаря чему состоялось массовое знакомство с либертарианским патернализмом. Р. Талер — один из первопроходцев поведенческой экономической науки, кстати, имеющий российские корни по материнской линии (бабушка и дедушка — Рахиль и Исидор Мельниковы — эмигрировали в Америку из белорусского города Борисов). Следует отметить, что юриспруденция ему не чужда — вначале своей научной деятельности был участником научной программы по уголовному правосудию, опубликовав при этом несколько работ (Thaler, 1977:37–51). И в своих базовых исследованиях, посвященных архитектуре выбора, Р. Талер неоднократно предлагал правовые формы воплощения своих предложений.

⁷ Путин: Меня пытаются «пощипывать» по поводу моих слов о либерализме, available at: <https://eadaaily.com/ru/news/2019/10/11/putin-menya-pytayutsya-poshchipyvayut-po-povodu-liberalizm> (Accessed 20 July 2020).

Занявшись поведенческой экономикой, Р. Талер стал последовательно доказывать, что многие потребители совершают те или иные действия, абсолютно не следуя строгому логическому расчету (Thaler, 1980:39–60). Далее следовали попытки сочетания когнитивной психологии и микроэкономики (Thaler, 1985:199–214) и преломления общих выводов при характеристиках конкретных экономических моделей поведения человека в той или иной сфере (инвестирование пенсионных вкладов (Thaler, Benartzi, et al. 2007:45–79), шведская система социального обеспечения (Cronqvist, Thaler, 2004:424–428) и др.).

Чуть позднее творческий союз с Кассом Санстейном породил цельную концепцию «архитектуры выбора» (Thaler, Sunstein, Balz, 2014), основанную на «мягком подталкивании» (Jolls, Sunstein, Thaler, 1998:1471–1550). Изначально было опубликовано в соавторстве несколько статей (Sunstein, Thaler, 2003:175–179; Sunstein, Thaler, 2003:1150–1202), в последующем появилась итоговая монография (Thaler, Sunstein, 2017:240). Так, появилось новое направление — либертарианский патернализм, который совмещает в себе как ключевые принципы либертарианства, так и некоторые элементы кейнсианства. В его основе заложены психологические особенности многих граждан, которые в своих поступках (особенно, имеющих экономическую оценку) действуют отнюдь не в силу жесткого математического расчета. В этом случае главная задача — выявить особенности поведения граждан, обозначить приоритеты и выстроить модель «подталкивания». Несмотря на то, что ключевые работы Р. Талера были опубликованы в соавторстве с К. Санстейном, Нобелевская премия была вручена только одному автору. Можно только догадываться, что это связано с управленческой активностью К. Санстейна, получившего в Администрации Президента США Б. Обамы прозвище «царя регуляции»⁸. Таким образом, соавтор ушел во второй элемент направления — патернализм.

Р. Талер и К. Санстейн приводят пример с размещением блюд в столовой, где цель — обеспечение здорового питания — может стать основой для их расстановки: более полезные находятся в более доступном месте. Не страдает и свобода выбора, которая не отрицается: «Мы выступаем за деликатные попытки со стороны коммерческих организаций и правительства подталкивать людей к выбору, который улучшит их жизнь» (Thaler, Sunstein, 2017:15). Авторы специально указывают, что есть две крайности — полная свобода и государственный диктат. Расстановка блюд вызывает в научной среде определенную критику, поскольку в последующем Р. Талер и К. Санстейн столь простой пример экстраполируют на глобальные проблемы экономики и общественной жизни. Но в этой части авторы лишь показали, что психология принятия решения присутствует в каждом моменте, а ее понимание улучшает качество управления.

⁸ Levine, M. White House picks panel to review NSA programs. ABC News Network, available at: <https://abcnews.go.com/blogs/politics/2013/08/white-house-picks-panel-to-review-nsa-programs/> (Accessed 20 July 2020).

Примеры подталкивания получают все большее распространение и в российском законодательстве. Так, п. 33(1) Правил продажи отдельных видов товаров, введенный Постановлением Правительства РФ от 28 января 2019 г. № 50⁹, обязывает торговые организации размещать молочные продукты со специальной надписью «Продукты без заменителя молочного жира». Федеральный закон от 23 февраля 2013 г. № 15-ФЗ «Об охране здоровья граждан от воздействия окружающего табачного дыма и последствий потребления табака»¹⁰ запрещает розничную торговлю табачной продукцией с выкладкой и ее демонстрацией (статья 19). Указанные нормативные акты не вводят запреты, но подталкивают граждан к такому выбору, который способствует сохранению их здоровья. К системе «мягкого подталкивания» можно отнести и плоскую шкалу налога на доходы физических лиц (НДФЛ), цели которой заключались в повышении уровня собираемости налога путем стимулирования легализации получаемых доходов. Нельзя не отметить, что цель была достигнута. В 2001 г. поступления в бюджет от НДФЛ возросли сразу на 46 % (Panskov, 2017:105–112). Несмотря на существующую критику, данный эксперимент необходимо признать как самый удачный в «архитектуре выбора». Технологию подталкивания можно наблюдать в законопроекте № 840167-7 «О внесении изменений в Федеральный закон «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств» (внесен группой депутатов Государственной Думы РФ 20 ноября 2019 г.)¹¹, нацеленном на изменение ценообразования в сфере ОСАГО «с учетом личностных характеристик страхователя и лиц, допущенных им к управлению транспортным средством, в частности, наличия у таких лиц неоднократных административных наказаний за грубые нарушения Правил дорожного движения».

В качестве примеров «подталкивания» патерналисты приводят правила кредитования, устанавливающие обязательность раскрытия информации о полной стоимости кредита (напр.: такие требования изложены в Федеральном законе от 21 декабря 2013 г. № 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)»¹²), а также специальные требования к организациям микрозаймов, позволяющие минимизировать «хищнические» кредиты (Федеральный закон от 2 июля 2010 г. № 151-ФЗ «О микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организаци-

⁹ Постановлением Правительства РФ от 28 января 2019 г. № 50 / Собрание законодательства РФ. 2019. № 5. Ст. 395.

¹⁰ Федеральный закон от 23 февраля 2013 г. № 15-ФЗ «Об охране здоровья граждан от воздействия окружающего табачного дыма и последствий потребления табака» / Собрание законодательства РФ. 2013. № 8. Ст. 721.

¹¹ Автоматизированная система обеспечения законодательной деятельности, available at: [http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/\(Spravka\)?OpenAgent&RN=840167-7](http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/(Spravka)?OpenAgent&RN=840167-7) (Accessed 20 July 2020).

¹² Федеральный закон от 21 декабря 2013 г. № 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)» / Собрание законодательства РФ. 2013. № 51. Ст. 6673.

ях»¹³). Следует учитывать, что либертарианский патернализм не покушается на императивные (или диспозитивные) методы правового регулирования. Учение призывает к поиску поведенческих установок человека, исходя из которых регулятор должен строить «архитектуру выбора», которая уже может в себе сочетать различные модели. Р. Талер указывает, что желание получить кредит отодвигает на «второй план» многие чувства, притупляя осторожность в оценке своих финансовых возможностей. Именно поэтому необходима обязательность предоставления полной информации о стоимости кредита. Кстати, в ряде своих работ Р. Талер приводит «уловки», на которые шли кредиторы, чтобы выгоднее продать свои предложения. При этом статистика показывала, что именно «хищнические кредиты» пользовались популярностью. Только введение обязательных правил для кредитной организации (исходя из психологии заемщика) стало правильной «архитектурой выбора».

Вернемся к анализу работ либертарианских патерналистов. Знакомство с ними сразу же показывает, что представленные идеи выходят далеко за пределы экономики. Р. Талер и К. Санстейн отмечают, что их задача — улучшить систему управления, внедрить новые технологии в защиту окружающей среды, здравоохранение, образование, семейное право. Приведем лишь некоторые технологии подталкивания, которые уже оправдали свое предназначение, либо должны оправдать (по мнению авторов).

Либертарианский патернализм и защита окружающей среды

В области защиты окружающей среды положительно оценивается обязанность компаний предоставлять в государственный орган информацию о всех хранимых химикатах, отходах, их степени токсичности и влиянии на человека и природу. Все данные находятся в открытом доступе. Р. Талер и К. Санстейн отмечают, что подобное правило без введения какой-то ответственности привело к значительным сокращениям в США выбросов в окружающую среду. Публичность данных приводит к тому, что институты гражданского общества могут создавать аналог «черного списка», распространять негативную информацию в различных информационных изданиях. В Российской Федерации подобный опыт начинает набирать свои обороты. Федеральным законом от 21 июля 2014 г. № 219-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об охране окружающей среды» и отдельные законодательные акты Российской Федерации»¹⁴ введены дополнительные требования, нацеленные на улучшение состоя-

¹³ Федеральный закон от 2 июля 2010 г. № 151-ФЗ «О микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях» / Собрание законодательства РФ. 2010. № 27. Ст. 3435.

¹⁴ Федеральный закон от 21 июля 2014 г. № 219-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “Об охране окружающей среды” и отдельные законодательные акты Российской Федерации» / Собрание законодательства РФ. 2014. № 30 (Часть I). Ст. 4220.

ния природы. Распоряжением Правительства РФ от 8 июля 2015 г. № 1316-р¹⁵ утвержден Перечень загрязняющих веществ, в отношении которых применяются меры государственного регулирования в области охраны окружающей среды. Приказом Минприроды России от 11 октября 2018 г. № 509 утверждена форма декларации о воздействии на окружающую среду, в которой указываются данные об авариях и инцидентах, повлекших негативное воздействие на окружающую среду, о массе выбросов загрязняющих веществ, массе сбросов загрязняющих веществ, массе или объеме образования и размещения отходов, информация о программе производственного экологического контроля. Однако такая декларация подается раз в семь лет (при условии неизменности основных показателей технологического процесса). Предполагается, что декларация также будет находиться в открытом доступе, но логика патерналистов требует, чтобы одновременно с публичностью формировались и общественные институты, создающие особое внимание к информативной части документов. Государство выполняет роль архитектора (формируя требования к содержанию сведений и обязательности их размещения), но у него должен быть и партнер, обеспечивающий определенную независимость и снижающий коррупционные риски.

Знакомство с американским законодательством (той моделью, которая описывается в научной работе либертарианских патерналистов) указывает на некоторые моменты, не совпадающие с российским, но которые могли бы быть восприняты отечественными нормотворцами. Представление информации регулируется Законом «О контроле за токсичными веществами» (Toxic Substances Control Act (TSCA)¹⁶). Текст нормативного акта, как и различные информационные ресурсы, созданные на его основе, можно найти на сайте Агентства охраны окружающей среды США¹⁷. Агентство готовит ежегодный доклад для представления в Конгресс США об оценке рисков распространения токсичных веществ, проводит постоянные исследования о влиянии токсичных веществ на окружающую среду и меры по минимизации экологического вреда (публикуя экспертные оценки о токсичности веществ¹⁸). TSCA распределяет виды представляемой в Агентство информации (уведомления о риске): некоторые данные — незамедлительно. Для понимания резкого различия подходов в США и России достаточно обратиться к сайту Росприроднадзора, на котором, например, размещены Сведения об образовании, использовании, обезвреживании, транспортировании и размещении отходов производства и потребления по форме 2-ТП (отходы), си-

¹⁵ Распоряжение Правительства РФ от 8 июля 2015 г. № 1316-р / Собрание законодательства РФ. 2015. № 29 (часть II). Ст. 4524.

¹⁶ Toxic substances control act, available at: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-90/pdf/STATUTE-90-Pg2003.pdf> (Accessed 20 July 2020).

¹⁷ U.S. Environmental Protection Agency Report an environmental violation, available at: <https://www.epa.gov/> (Accessed 20 July 2020).

¹⁸ Provisional peer-reviewed toxicity values (PPRTVs), available at: <https://www.epa.gov/pprtv/recent-additions-provisional-peer-reviewed-toxicity-values-pprtvs> (Accessed 20 July 2020).

стематизированные по федеральным округам Российской Федерации за год (последние данные представлены 5 июня 2019 года¹⁹). Скачанная таблица отличается отсутствием информативности, в ней невозможно простому пользователю выделить какую-то нужную информацию. Не содержат необходимой конкретики и Ежегодные государственные доклады «О состоянии и об охране окружающей среды в Российской Федерации»²⁰.

«Архитектура выбора» и здравоохранение

Значительное место в «архитектуре выбора» Р. Талер и К. Санстейн уделяют здравоохранению. В качестве примера взята американская система медицинского страхования, но ее сложно анализировать, примеряя к российской, ввиду значительных принципиальных отличий. Российский гражданин не выбирает продукт страхования, поскольку основные гарантии оказания бесплатной медицинской помощи изначально определяются правительственным документом. В частности, принято Постановление Правительства РФ от 7 декабря 2019 г. № 1610 «О Программе государственных гарантий бесплатного оказания гражданам медицинской помощи на 2020 год и на плановый период 2021 и 2022 годов». Иное дело — предложения ученых об изменении системы дачи согласия на посмертное донорство органов (тканей) человека. Несмотря на то, что ежегодный прирост трансплантационных операций составляет 10–15%, потребность в них не снижается, сохраняется дефицит донорских органов (тканей), который учеными-трансплантологами характеризуется как искусственный (Got'e, Khomiakov, 2019:7–32).

Р. Талер и К. Санстейн отстаивают порядок посмертного донорства, основанный на презумпции согласия. При этом либертарианский подход заключается в том, что отказ от посмертного донорства должен предусматривать максимально простые процедуры (отказ — в один клик) (Thaler, Sunstein, 2017:161). Презумпция согласия предполагает, что любой гражданин изначально считается как давший свое согласие на посмертное изъятие органов (тканей). Свое несогласие он может оформить при жизни, что предполагает ведение специального информационного регистра. Несогласие после смерти гражданина могут заявить также близкие родственники или законные представители.

¹⁹ Сведения об образовании, использовании, обезвреживании, транспортировании и размещении отходов производства и потребления по форме 2-ТП (отходы), систематизированные по федеральным округам Российской Федерации за год, available at: <https://data.gov.ru/opendata/7703381225-rpnstatf2trFO> (Accessed 20 July 2020).

²⁰ О состоянии и об охране окружающей среды Российской Федерации, available at: http://www.mnr.gov.ru/docs/gosudarstvennye_doklady/o_sostoyanii_i_ob_okhrane_okruzhayushchey_sredy_rossiyskoy_federatsii/ (Accessed 20 July 2020).

В Российской Федерации действует Закон от 22 декабря 1992 г. № 4180-1 «О трансплантации органов и (или) тканей человека»²¹. «Ветхость» закона признается многими специалистами, как юристами, так и медиками. Кроме того, некоторые моменты регулируются статьей 47 Федерального закона от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»²². Приказом Минздрава России от 31 октября 2012 г. № 567н утвержден также Порядок оказания медицинской помощи по профилю «хирургия (трансплантация органов и (или) тканей человека)»²³. Приведенные акты, принятые в более позднее время, отчасти исправляют изъяны Закона о трансплантации, вводя понятие листа ожидания (и порядок его ведения), правила учета доноров и донорских органов. Наша страна, будучи пионером трансплантологии (первую операцию провел хирург Ю.Ю. Вороной 3 апреля 1933 г. в городе Херсоне), испытывает серьезный дефицит в донорских органах. Во многом он обусловлен смертельными страхами (Reznik, et al., 2019:169–179), подогреваемыми средствами массовой информации репортажами о «черных» трансплантологах. Систему презумпции согласия пытались признать неконституционной, но дважды безрезультатно благодаря Определениям Конституционного Суда РФ: от 4 декабря 2003 г. № 459-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Саратовского областного суда о проверке конституционности статьи 8 Закона Российской Федерации «О трансплантации органов и (или) тканей человека»»²⁴ и от 10 февраля 2016 г. № 224-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Бирюковой Татьяны Михайловны, Саблиной Елены Владимировны и Саблиной Нэллы Степановны на нарушение их конституционных прав статьей 8 Закона Российской Федерации «О трансплантации органов и (или) тканей человека»».

В настоящее время вынесен на обсуждение проект Федерального закона «О донорстве органов человека и их трансплантации»²⁵ (подготовлен Минздравом России). В нем также сохранена презумпция согласия (статья 13 проекта), но порядок выражения волеизъявления о несогласии на изъятие его органов после смерти в целях трансплантации не отвечает принципам либертарианского патернализма, создавая громоздкую и сложную процедуру (которую выполнит весьма незначительное число граждан). Письменное заявление необходимо заверить либо нотариально, либо у руководителя медицинской организации (при этом проект не расшифровывает, какой именно медицинской организации).

²¹ Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1993. № 2. Ст. 62.

²² Федеральный закон от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» / Собрание законодательства РФ. 2011. № 48. Ст. 6724.

²³ Приказ Минздрава России от 31 октября 2012 г. № 567н // Российская газета (спецвыпуск). 2013. № 78/1. 11 апреля.

²⁴ Определение Конституционного Суда РФ: от 4 декабря 2003 г. № 459-О // Вестник Конституционного Суда РФ. 2004. № 3.

²⁵ ID проекта 02/04/12-19/00098296, available at: <https://regulation.gov.ru/> (Accessed 20 July 2020).

Возможно устное заявление лечащему врачу, но в присутствии не менее двух свидетелей (статья 14 проекта). Подобное процессуальное осложнение не добавит доверия к российской трансплантологии и может использоваться в спекулятивных целях в масс-медиа. Скандальные истории, которые наверняка будут выискиваться журналистами, получают лишь дополнительную аргументацию. Либертарианский патернализм именно потому и привлекает, что архитектура выбора построена на основе сочетания свободы, мягкого подталкивания и открытости. Создание барьеров должно иметь основания. Здесь же мы видим неуклюжую попытку превращения презумпции согласия в некий абсолютизм, когда каждый гражданин рассматривается как потенциальный донор: «Процедура отказа должна быть простой, поскольку чем она сложнее, тем меньше у людей свободы выбора. Либертарианский патернализм стремится к минимальным, а лучше — нулевым издержкам для тех, кто предпочитает поступать по-своему» (Thaler, Sunstein, 2017:161).

Перспективы либертарианского патернализма

Видимый эффект от конкретных предложений патерналистов по улучшению экономического благосостояния общества обусловил стремление к их расширению и распространению на многие отрасли экономики и социальные сферы. Популярность идей способствует еще и то обстоятельство, что государству и органам публичного управления во многом предоставляется активная роль. Это заметно отличает от тех либертарианцев, которые становятся на крайние позиции минимализма государственного вмешательства (вплоть до отказа от государства как политической системы). Идеи либертарианского патернализма предлагается активно внедрять в Республике Беларусь (Vorobiev, Maiboroda, 2017:4–22), что повысит инвестиционную привлекательность и эффективность публичного управления.

Д. Бониоло и В. Ребба указывают на связь ожирения и последующего развития онкологии, предлагая повысить ответственность каждого гражданина за собственное здоровье, взяв на вооружение технологии подталкивания (Bonioolo, Rebba, 2015:588). Схожие идеи высказаны применительно к подталкиванию мужчин к сдаче регулярного анализа PSA (онкомаркера на рак предстательной железы) (Wheeler, et al., 2011). Подобные предложения (без привязки к самой идее либертарианского патернализма) обсуждаются во многих странах, приобретая зачастую крайние формы (отказ от бесплатной медицинской помощи гражданам, сознательно допустившим ухудшение собственного здоровья). В Российской Федерации можно наблюдать примеры подталкивания к здоровьесберегающему поведению. В соответствии с Федеральным законом от 29 декабря 2006 г. № 255-ФЗ «Об обязательном социальном страховании на случай

временной нетрудоспособности и в связи с материнством»²⁶ основаниями для отказа в назначении пособия по временной нетрудоспособности (статья 9) являются наступление временной нетрудоспособности в результате установленного судом умышленного причинения застрахованным лицом вреда своему здоровью или попытки самоубийства.

Технологии подталкивания в сфере здравоохранении активно внедряются в Великобритании. Попытки связаны почти со всеми сферами медицинской деятельности: от профилактики онкологии до прохождения периодических профессиональных осмотров (Aggarwal, Davies, Sullivan, 2014). При этом не утихает дискуссия о допустимости патернализма, даже в облегченной форме, по сути превращающегося в манипулирование свободой пациента (Wilkinson, 2013:341–355), находящегося в сложной ситуации зависимости от оказания врачебной помощи.

Критика либертарианского патернализма в вопросах государства и права

Либертарианский патернализм стал заложником острой дискуссии сторонников и противников вмешательства государства в экономические отношения. Классические либертарианцы выступали против любой формы публичного воздействия и отхода от свободы рыночных отношений. Кейнсианцы (условно назовем противников либертарианцев) критиковали идею патернализма за торможение государственной активности. Список аргументов против мягкого подталкивания весьма обширен:

- манипулирование поведением;
- частные решения отдельных лиц не должны быть смыслом политики государства;
- снижение личной ответственности за принятие решений.

Во многих странах проводились психологические эксперименты, результаты которых показали преувеличение доводов патерналистов (Arad, Rubinstein, 2018:311–333). Факторы, оказывающие влияние на принятие решения в конкретной ситуации, значительны и не могут служить основой для государственной политики. Ник и Мэтью Гиллы обращают внимание, что многие граждане противопоставляют себя общесоциальной модели поведения. В этой ситуации государство затруднено в содействии выбора, когда искажено само понимание способов достижения целей (авторы приводят в качестве примера политику в отношении наркоманов) (Gill, Gill, 2012:924–940). Авторы также предупреждают, что государство может злоупотреблять своим правом в рамках

²⁶ Федеральный закон от 29 декабря 2006 г. № 255-ФЗ «Об обязательном социальном страховании на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством» / *Собрание законодательства РФ.* 2007. № 1 (1 ч.). Ст. 18.

технологии «подталкивания», что обуславливает необходимость создания системы институционального сдерживания.

Часть аргументов сводится к тому, что Р. Талер и К. Санстейн уменьшают роль индивидуальных предпочтений при решении некоторых вопросов. Технология подталкивания рассчитана на идеальную модель, созданную искусственным экспериментом. Государство несет ответственность за предоставление достоверной информации (если это имеет свое логическое обоснование), но не должно вмешиваться в свободу выбора (Carlin, et al., 2013:2204–2228).

Дж. Оттесон призывает внимательнее анализировать классические работы либертарианцев, в которых есть определенный потенциал патернализма (желание помочь людям стать более счастливыми), но лишенный того покушения на автономию личности, которая есть в более поздней версии Р. Талера и К. Санстейна (Otteson, 2016).

Серьезные аргументы сформулированы против альтруизма и доброжелательности «планировщиков», ответственных за архитектуру выбора. При либертарианском патернализме значимая роль определяется тому, кто будет ставить цель «подталкивания». В своих работах Р. Талер и К. Санстейн изначально исходит из добродетельных установок планировщика. Данный посыл представляется преувеличенным. Вся история государств показала, что на определенном этапе публичные институты начинают преследовать свои цели. Тем более, актуальность такого негативного процесса усиливается при усилении коррупционных начал или авторитаризма (Salvat, 2008).

Обвинения в концептуальной несостоятельности также периодически озвучиваются в научной литературе противников патерналистов. Указывается на недостаточную проработку отличий «толчка» от стимулирования, льгот и иных форм косвенного воздействия государства на экономическое поведение граждан и юридических лиц (Hansen, 2016:155–174). Р.А. Эпштейн предостерегает об «опасном очаровании» либертарианского патернализма (Epstein, 2018:389–416).

Силен голос противников патернализма и в сфере здравоохранения — именно в той, где Р. Талер и К. Санстейн предлагают разносторонние решения улучшения всей системы оказания медицинской помощи. Нельзя забывать, что основной принцип здесь строится на автономном пациенте, самостоятельно принимающем решение. Несколько десятилетий в демократических странах шла борьба именно с патернализмом в медицине, что привело к правовому закреплению права на добровольное медицинское вмешательство в ключевых законах практически всех стран Европы (а также в Федеральном законе от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»²⁷). И в данном аспекте происходит обсуждение ключевой проблемы:

²⁷ Федеральный закон от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» / Собрание законодательства РФ. 2011. № 48. Ст. 6724.

соотношение свободы пациента, облегчения выбора в сложной жизненной ситуации (которой является болезнь), роли врача в принятии пациентом решений. Основной аргумент противников исходит из того, что благодаря либертарианскому патернализму происходит возрождение того самого патернализма, с которым происходила борьба во второй половине XX века. Ему лишь придается новая красивая оболочка (Vallgård, 2012:200–203).

Благодаря такой видимой противоречивости в отношении либертарианского патерналиста используется такая образная характеристика, как оксюморон (др.-греч. οξύμωρον — «умная глупость»). Российский ученый А.Я. Рубинштейн дает яркую характеристику: «Именно данная речевая конструкция — “либертарианский патернализм”, несмотря на то, что это оксюморон, создала иллюзию свободы индивидуума и оказалась в границах доминантной модальности фонового пространства мейнстрима, что, собственно, и определило успех либертарианского патерналиста у экономистов и его привлекательность для политиков» (Rubinshtein, 2019:355). В другой своей работе А.Я. Рубинштейн отмечает, что новое течение придало новый импульс государственной активности, затронувший самые разные аспекты экономики (Rubinshtein, 2015:68).

Заключение

Либертарианский патернализм, основываясь на принципах поведенческой экономики, приобретает значительное число сторонников, не склонных к крайним суждениям относительно роли государства в экономических отношениях. Получив свой расцвет в начале XXI века, он был обречен на успех в политической жизни многих стран, ищущих новый консенсус среди идеологий, определяющих каноны построения будущего. Не зря в США либертарианский патернализм определяли не только как золотую середину между либертарианством и кейнсианством, но и между демократами и республиканцами (Schlag, 2010:913–924).

Для Российской Федерации либертарианский патернализм приобретает особое значение в силу ряда факторов. С одной стороны, наше государство не просто провозгласило рыночные механизмы как основу построения экономики, но и стало продвигать базовые идеи либертарианства: повышение эффективности публичных институтов, электронные государственные услуги, открытость органов государственной власти, снижение административных барьеров (вплоть до объявления политики «регуляторной гильотины»).

С другой стороны, можно наблюдать усиление бюрократических начал, на что указывают даже самые простые статистические данные. За период с 2000 по 2018 гг. произошло почти двукратное увеличение численности работников государственных органов и местного самоуправления (с 1 163,3 тысяч человек до 2 156,3 тысяч человек). При этом в федеральных органах власти произошло почти троекратное увеличение (в 2000 г. — 522,5 тысяч человек, в 2016 г. —

1 427,7 тысяч человек). Для сравнения: в Великобритании (с населением почти 70 млн человек) в 2018 г. — 380 тыс. государственных служащих, в США (с населением почти 330 млн человек) в 2017 г. — 2 062,1 тысяч служащих²⁸.

Указанные факторы усиливают складывающиеся противоречия между природой экономической системы и государственной бюрократией. Одновременно их не решить. Либертарианский патернализм может стать ключевой идеологией, будет «подталкивать» органы государственной власти к повышению эффективности управления, учету человеческого фактора в регулировании экономических отношений. Вся поведенческая экономика несет в себе огромный потенциал: она заставляет осуществлять «человеческое измерение» экономических процессов. Именно этого не хватает в официальной деятельности наших органов власти. Поиск правильной «архитектуры выбора» обусловит реформирование структуры государственного аппарата. И это будет объективный процесс. При этом необходимо учитывать, что во всех технологиях управления, предлагаемых либертарианским патернализмом, ключевое слово — «свобода». Она обеспечивается открытостью, прозрачностью, понятностью всех официальных процедур, основанных на прямом диалоге всех заинтересованных сторон: граждан, как потребителей (в том числе государственных услуг), бизнеса, государства. Несоблюдение указанных постулатов приведет лишь к усилению патерналистских начал, в которых не будет места ни элементарной свободе выбора, ни тем более либертарианству.

Библиографический список / References

- Aggarwal, A., Davies, J., Sullivan, R. (2014) “Nudge” in the clinical consultation — an acceptable form of medical paternalism? *BMC Medical Ethics*. 15 (31), available at: <https://bmc-medethics.biomedcentral.com/articles/10.1186/1472-6939-15-31#article-info> (Accessed 11 June 2020).
- Arad, A., Rubinstein, A. (2018) The people’s perspective on libertarian-paternalistic policies. *Journal of Law and Economics*. (61), 311–333.
- Belsham, W. (1789) *On Liberty and Necessity. Essays Philosophical and Moral, Historical and Literary*. Vol I. Book I. Essay I. London, (16), available at: http://www.information-philosopher.com/solutions/philosophers/belsham/on_liberty_and_necessity.html (Accessed 11 June 2020).
- Bergin, E. (2007) *Velikaia revoliutsiia idei: vrozhdzenie svobodnykh rynkov posle Velikoi depressii [The Great revolution of ideas: the revival of free markets after the great depression]*. Translation from English. A.A. Stolyarov: scientific. ed. A.V. Kuryaev. Moscow, Mysl' Publ. (in Russian).
Бёргин Э. Великая революция идей: возрождение свободных рынков после Великой депрессии / Э. Бёргин; пер. с англ. А.А. Столярова: науч. ред. А.В. Куряев. М.: Мысль, 2017. 327 с.

²⁸ Федеральная служба государственной статистики, available at: <https://www.gks.ru/folder/210/document/12994> (Accessed 20 July 2020).

- Boniolo, G., Rebba, V. (2015) Cancer, obesity, and legitimation of suggested lifestyles: a libertarian paternalism approach. *Escaner*. (9), 588. DOI: 10.3332/ecancer.2015.588. (Accessed 11 June 2020).
- Carlin, B.I., Gervais, S., Manso, G. (2013) Libertarian paternalism, information production, and financial decision-making. *The Review of Financial Studies*. 26 (9), 2204–2228.
- Cronqvist, H., Thaler, R.H. (2004) Design choices in privatized social-security systems: learning from the Swedish experience. *The American Economic Review*. 94 (2), 424–428.
- De Jasay, A. (1998) *The State*. Indianapolis: Liberty Fund.
- Epstein, R.A. (2018) The Dangerous Allure of Libertarian Paternalism. *Review of Behavioral Economics*. (5), 389–416.
- Erhard, L. (2001) *Blagosostoianie dlia vsekh [Welfare for all]*. Moscow, Delo Publ. (in Russian).
Эрхард Л. (2001) Благосостояние для всех. М.: Дело. 352 с.
- Fridman, M. (2006) *Kapitalizm i svoboda [Capitalism and freedom]*. Moscow, Novoe izdatel'stvo, Publ. (in Russian).
Фридман М. Капитализм и свобода. М.: Новое издательство, 2006. 240 с.
- Fridman, M., Fridman, R. (2007) *Svoboda vybirat': Nasha pozitsiia [Freedom to choose: Our position]*. Moscow, Novoe izdatel'stvo Publ. (in Russian).
Фридман М., Фридман Р. Свобода выбирать: Наша позиция. М.: Новое издательство, 2007. 356 с.
- Gill, N., Gill, M. (2012) The limits to libertarian paternalism: two new critiques and seven best-practice imperatives. *Environment and Planning C: Government and Policy*. (30), 924–940.
- Got'e, S.V., Khomiakov, S.M. (2019) Organ donation and transplantation in the Russian Federation in 2018. XI message of the register of the Russian Transplant Society. *Russian Journal of Transplantology and Artificial Organs*. 21 (3), 7–32. (in Russian).
Готье С.В., Хомяков С.М. Донорство и трансплантация органов в Российской Федерации в 2018 году. XI сообщение регистра Российского трансплантологического общества // Вестник трансплантологии и искусственных органов. 2019. Т. 21. № 3. С. 7–32.
- Hansen, P.G. (2016) The definition of nudge and libertarian paternalism: does the hand fit the glove? *The European Journal of Risk Regulation*. 7 (1), 155–174.
- Hayek, F. (1992) *Pagubnaia samonadeiannost'. Oshibki sotsializma [Pernicious Arrogance. The errors of socialism]*. Moscow, Novosti, Catallaxy Publ. (in Russian).
Хайек Ф. Пагубная самонадеянность. Ошибки социализма. М.: Изд-во «Новости» при участии изд-ва «Catallaxy», 1992. 304 с.
- Hayek, F. (2005) *Doroga k rabstvu [The Road to Slavery]*. Moscow. Novoe izdatel'stvo Publ. (in Russian).
Хайек Ф. Дорога к рабству. М.: Новое издательство, 2005. 264 с.
- Jolls, C., Sunstein, C., Thaler, R.H. (1998) A Behavioral Approach to Law and Economics. *Stanford Law Review*. (50), 1471–1550.
- Kelsen, G. (2015) *Chistoe uchenie o prave [Pure doctrine of law]*. Saint Petersburg. «Alef-Press» Publ. (in Russian).
Кельзен Г. Чистое учение о праве. СПб.: Издательский Дом «Алеф-Пресс», 2015. 542 с.
- Keynes, D.M. (2007) *Obshchaia teoriia zaniatosti, protsenta i deneg [General theory of employment, interest and money]*. Moscow, Eksmo Publ. (in Russian).
Кейнс Д.М. Общая теория занятости, процента и денег. М.: Эксмо, 2007. 960 с.
- Keynes, D.M. (2015) *Vpechatleniia o Sovetskoj Rossii. Dolzhno li gosudarstvo upravliat' ekonomikoi [Impressions of Soviet Russia. Should the state manage the economy]*. Moscow, TD Algoritm Publ. (in Russian).

- Кейнс Д.М. Впечатления о Советской России. Должно ли государство управлять экономикой. М.: ТД Алгоритм, 2015. 224 с.
- Keynes, J.M. (1926) *The end of laissez-faire*, available at: <https://panarchy.org/keynes/laissezfaire.1926.html> (Accessed 11 June 2020).
- Konkin, III S.E. (1981) Reply to Rothbard, available at: <http://www.anthoniflood.com/konkinreplytorothbard.htm> (Accessed 11 June 2020).
- Konkin, III S.E. (2012) *Novyi libertarnyi manifest [New libertarian manifesto]*. Moscow, Anarkhosamizdat-press Publ. (in Russian).
 Конкин Третий С.Э. Новый либертарный манифест. М.: Анархосамиздат-пресс, 2012. 104 с.
- Kuznetsov, D.V. (2014) *Vneshnyaya politika SShA. Khrestomatiya [US foreign policy. Reader]*. Blagoveshchensk, Blagoveshchensk State Pedagogical University Publ. (in Russian).
 Внешняя политика США. Хрестоматия / Сост. Д.В. Кузнецов. Благовещенск: Благовещенский государственный педагогический университет, 2014. 1058 с.
- Laski, H.J. (2005) *The rise of European liberalism: An Essay in Interpretation*. Aakar Books.
- LeFevre, R. (1959) *The nature of man and his Government*, available at: https://cdn.mises.org/The_Nature_of_Man_and_His_Government_0.pdf (Accessed 11 June 2020).
- Nock, A.J. (1928) *On Doing the Right Thing, and Other Essays*. N.Y. Harper and Bros, available at: <https://ia801905.us.archive.org/32/items/OnDoingTheRightThing/untitled.pdf> (Accessed 10 June 2020).
- Nozick, R. (2008) *Anarchy, state and utopia*. Translation from English B. Pinsker, Yu. Kuznetsov and A. Kuryaev (eds.). Moscow, IRISEN Publ. (in Russian).
 Нозик Р. Анархия, государство и утопия / Роберт Нозик; пер. с англ. Б. Пинскера под ред. Ю. Кузнецова и А. Куряева. М.: ИРИСЭН, 2008. 424 с.
- Otteson, J.R. (2018) Adam Smith's libertarian paternalism. *The Oxford Handbook of Freedom*. Edited by David Schmidtz and Carmen E. Pavel, available at: <https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199989423.001.0001/oxfordhb-9780199989423-e-5> (Accessed 12 June 2020).
- Panskov, V.G. (2017) Progressive or proportional taxation scale: which is fairer and more effective? *Taxes and taxation*. (2), 105–112. (in Russian).
 Пансков В.Г. Прогрессивная или пропорциональная шкала налогообложения: что справедливее и эффективнее? // Налоги и налогообложение. 2017. № 2. С. 105–112.
- Reznik, O.N., Prilutskii, A.M., Lebedev, V.Iu., Mikhel', D.V. (2019) Public rejection of the problem of posthumous organ donation: causes and structure of mortal fears. *Russian Journal of Transplantology and Artificial Organs*. 21 (1), 169–179. (in Russian).
 Резник О.Н., Прилуцкий А.М., Лебедев В.Ю., Михель Д.В. Неприятие обществом проблемы посмертного донорства органов: причины и структура смертельных страхов // Вестник трансплантологии и искусственных органов. 2019. Т. 21. № 1. С. 169–179.
- Rotbard, M. (2003) *Vlast' i rynek: Gosudarstvo i ekonomika [Power and the market: State and economy]*. Cheliabinsk. Sotsium Publ. (in Russian).
 Ротбард М. Власть и рынок: Государство и экономика. Челябинск. Социум, 2003. 415 с.
- Rotbard, M. (2009) *K novoi svobode: Libertarianskii manifest [Towards a New Freedom: The Libertarian Manifesto]*. Moscow, Novoe izdatel'stvo Publ. (in Russian).
 Ротбард М. К новой свободе: Либертарианский манифест. М.: Новое издательство, 2009. 398 с.
- Rubinshtein, A.Ia. (2015) *Institutsional'naia evoliutsiia paternalizma [Institutional evolution of paternalism]*. Moscow, Institute of Economics Russian Academy of Sciences (RAS) Publ. (in Russian).

- Рубинштейн А.Я. Институциональная эволюция патернализма. М.: Институт экономики РАН, 2015. 68 с.
- Rubinshtein, A.Я. (2019) Why are some theories not recognized, while others are successful? «Meritorious paternalism» of R. Musgrave and «Libertarian paternalism» of R. Thaler. *HSE Economic Journal*. 23 (3), 345–364. DOI: 10.17323/1813-8691-2019-23-3-345-364. (in Russian).
- Рубинштейн А.Я. Почему одни теории не получают признания, а другие имеют успех: «Мериторный патернализм» Р. Масгрейва и «Либертарианский патернализм» Р. Талера // Экономический журнал ВШЭ. 2019. Т. 23. № 3. С. 345–364. DOI: 10.17323/1813-8691-2019-23-3-345-364.
- Salvat, C. (2008) Is libertarian paternalism an oxymoron?: A comment on Sunstein and Thaler, available at: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00336528/document> (Accessed 09 June 2020).
- Schlag, P. (2010) Nudge, Choice architecture, and libertarian paternalism. *Michigan Law Review*. 108 (6), 913–924, available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1585362 (Accessed 11 June 2020).
- Sunstein, C., Thaler, R.H. (2003) Libertarian paternalism. *The American Economic Review*. 93 (2). 175–179.
- Sunstein, C., Thaler, R.H. (2003) Libertarian paternalism is not an oxymoron. *University of Chicago Law Review*. 70 (4), 1159–1202.
- Sunstein Cass R. (2013) *Simple(r): the future of government*. New York: Simon & Schuster.
- Thaler, R. (1977) An econometric analysis of property crime: interaction between police and criminals. *Journal of Public Economics*. 8 (1), 37–51.
- Thaler, R. (1980) Toward a positive theory of consumer choice. *Journal of Economic Behavior & Organization*. 1 (1), 39–60, available at: <http://www.eief.it/butler/files/2009/11/thaler80.pdf> (Accessed 11 June 2020).
- Thaler, R.H. (1978) A Note on the value of crime control: evidence from the property market. *Journal of Urban Economics*. (5), 137–145, available at: <https://faculty.chicagobooth.edu/richard.thaler/assets/files/A%20Note%20on%20the%20Value%20of%20Crime%20Control%20Evidence%20from%20the%20Property%20Market.pdf> (Accessed 05 June 2020).
- Thaler, R.H. (1985) Mental Accounting and Consumer Choice. *Marketing Science*. (4), 199–214, available at: <http://bear.warrington.ufl.edu/brenner/mar7588/Papers/thaler-mktscl1985.pdf> (Accessed 10 June 2020).
- Thaler, R.H., Benartzi, S., Utkus, S.P., Sunstein, C.R. (2007) The law and economics of company stock in 401(k) plans. *Journal of Law and Economics*. 50 (1), 45–79, available at: [https://faculty.chicagobooth.edu/Richard.Thaler/assets/files/The%20Law%20and%20Economics%20of%20Company%20Stock%20in%20401\(k\)%20Plans.pdf](https://faculty.chicagobooth.edu/Richard.Thaler/assets/files/The%20Law%20and%20Economics%20of%20Company%20Stock%20in%20401(k)%20Plans.pdf) (Accessed 11 June 2020).
- Thaler, R.H., Sunstein, C.R., Balz, J.P. (2014) Choice architecture. *The Behavioral Foundations of Public Policy*, Chapter 25, available at: <https://faculty.chicagobooth.edu/Richard.Thaler/assets/files/Choice%20Architecture.pdf> (Accessed 11 June 2020).
- Thaler, R. Sunstein, K. (2017) *Nudge. Архитектура выбора. Как улучшить наши решения о здоровье, благосостоянии и счастье. Как уллучшит' nashi resheniia o zdorov'e, blagosostoianii i schast'e [Nudge. Architecture of choice. How to improve our decisions about health, well-being and happiness]*. Moscow, Mann, Ivanov i Ferber Publ. (in Russian).
- Талер Р., Санстейн К. *Nudge. Архитектура выбора. Как улучшить наши решения о здоровье, благосостоянии и счастье*. М.: Манн, Иванов и Фербер, 2017. 240 с.
- Vallgård, S. (2012) Nudge: a new and better way to improve health? *Health Policy*. 104 (2), 200–203.
- Van Creveld, M. (1999) *the rise and decline of the state*. Cambridge University Press.
- Vorobiev, V.A., Maiboroda, T.L. (2017) Libertarian paternalism of R. Thaler: foundations, opportunities, conceptual failures. *Belarusian Economic Journal*. (4), 4–22. (in Russian)

Воробьев В.А., Майборода Т.Л. Либертарианский патернализм Р. Талера: основания, возможности, концептуальные провалы // *Белорусский экономический журнал*. 2017. № 4. С. 4–22.

Wheeler, D.C., Szymanski, K.M., Black, A., Nelson, D.E. (2011) Applying strategies from libertarian paternalism to decision making for prostate specific antigen (PSA) screening. *BMC Cancer*. 11(148), available at: <https://doi.org/10.1186/1471-2407-11-148>

Wilkinson, T. (2013) Nudging and manipulation. *Political Studies*. 61 (2), 341–355.

Об авторе:

Романовская Ольга Валентиновна — доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой государственно-правовых дисциплин, Пензенский государственный университет; 440026, Российская Федерация, г. Пенза, ул. Красная, д. 40

ORCID ID: 0000-0002-4563-1725; ResearcherID: C-7120-2017; SPIN-код: 5496-7700
e-mail: pgu-gpd@yandex.ru

About the author:

Olga V. Romanovskaya — Doctor of Juridical Sciences, Full Professor, Legal Sciences Department, Penza State University; 40 Krasnaya str., Penza, 440026, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0002-4563-1725; ResearcherID: C-7120-2017; SPIN-code: 5496-7700
e-mail: pgu-gpd@yandex.ru



ИСТОРИКО-ПРАВОВЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ

HISTORICAL AND LEGAL RESEARCH

DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-942-964

Научная статья

«МИНИ-ПАРЛАМЕНТЫ» В ПОСТДИКТАТУРНЫХ ДЕМОКРАТИЯХ ЗАПАДНОЙ ЕВРОПЫ И ЛАТИНСКОЙ АМЕРИКИ

А.С. Кошель

Дальневосточный федеральный университет,
г. Владивосток, остров Русский, Российская Федерация

Рассмотрены полномочия и парламентские процедуры в постоянных комитетах и комиссиях некоторых стран Западной Европы и Латинской Америки. Автор считает, что одной из современных парадигм развития парламентской демократии является усиление роли постоянных комитетов в работе парламента за счет передачи на комитетский уровень ряда конституционных полномочий парламента. В этой связи автор уточняет подходы к классификации комитетской структуры парламента, рассматривает комитетские парламентские процедуры в Италии, Германии, Греции, Португалии, Испании, Бразилии и Аргентине на современном этапе. Автор приходит к ряду выводов касательно парадигмы комитетской парламентской процедуры, в том числе применительно к дальнейшему совершенствованию отечественной конституционно-правовой материи в условиях продолжающегося развития парламентской демократии в Российской Федерации.

Ключевые слова: конституция, представительная демократия, парламент, мини-парламент, парламентская процедура, постоянный комитет, комиссия, секция, депутация, комиссия по расследованию

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 4 июня 2020 г.

Дата принятия к печати: 15 октября 2020 г.

© Кошель А.С., 2020.



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

Для цитирования:

Кошель А.С. «Мини-парламенты» в постдиктатурных демократиях Западной Европы и Латинской Америки // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2020. Т. 24. № 4. С. 942–964. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-942-964.

DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-942-964

Research Article

MINI-PARLIAMENTS IN THE POST-DICTATORSHIP DEMOCRACIES OF WESTERN EUROPE AND LATIN AMERICA

Alexey S. Koshel

Far-Eastern Federal University,
Vladivostok, Russian Federation

Abstract. The article investigates the powers and parliamentary procedures in the standing committees and commissions of several countries of Western Europe and Latin America. The author believes that one of the modern paradigms for the development of parliamentary democracy is to strengthen the role of standing committees in the work of parliament by transferring to the committee level a number of constitutional powers of parliaments. In this regard, the author clarifies approaches to the classification of the committee structure of parliaments and looks at committee parliamentary procedures in Italy, Germany, Greece, Portugal, Spain, Brazil and Argentina at the present stage. The author comes to certain conclusions regarding the paradigm of the committee parliamentary procedure, including further improvement of domestic constitutional-legal matter in the context of the ongoing development of parliamentary democracy in the Russian Federation.

Key words: constitution, representative democracy, parliament, mini-parliament, parliamentary procedure, standing committee, commission, section, deputation, commission of inquiry

Conflict of interest. The author declared no conflict of interest.

Article received 4 June 2020

Article accepted 15 October 2020

For citation:

Koshel, A.S. (2020) Mini-parliaments in the post-dictatorship democracies of Western Europe and Latin America. *RUDN Journal of Law*. 24 (4), 942–964. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-942-964.

Введение

В настоящее время роль парламентов в мире существенно снижается. В зарубежной конституционно-правовой доктрине отмечается, что уровень до-

верия граждан по отношению к институтам представительной демократии ниже только у политических партий (Van der Meer, 2010:525). Доверие граждан к институтам представительной демократии снижается и в России (Zhukov, 2017:166). Все это во многом происходит, поскольку парламент в полной мере не выполняет свою представительную функцию, а также из-за излишней бюрократизации парламентов, увеличения потока законопроектов, исходящих от правительства, стремящегося целиком и полностью сформировать повестку дня парламентов за счет рассмотрения правительственных законопроектов.

Исправить ситуацию, как нам кажется, можно за счет оптимизации парламентских процессов, перераспределения полномочий внутри парламента между функциями пленарного заседания и парламентских комитетов. Это не ново, большинство парламентов мира преимущественно работают посредством комитетской структуры, однако функции и полномочия последних существенно различаются.

Итак, комитеты — это внутренние организационные единицы законодательных органов власти, состоящие из ограниченного числа депутатов, избираемых в соответствии с предполагаемой компетенцией. Существование комитетов имеет значение в современных парламентах и их палатах для рационализации их работы, качественного рассмотрения вопросов (Luna, Perez, 2009). Отмечается, что чем больше роль, которую в работе парламента играют комитеты, тем эффективнее и производительнее сам парламента (Gryzlov, 2009:26; Weir, Kearton, 2002).

В этой связи нельзя не согласиться с мнением В.Е. Чиркина, который в качестве одного из направлений развития парламентских процедур определил формирование «мини-парламентов», под которыми понимаются постоянные комитеты (комиссии), временные депутатии, президиум (совет) палат парламента (однопалатного парламента) для решения второстепенных вопросов, а также и для решения некоторых первостепенных вопросов, отнесенных к компетенции парламента, в период парламентских каникул, в период между легислатурами парламента или в случае роспуска парламента в целях обеспечения непрерывности работы парламента (Chirkin, 2002; Chirkin, 2014). Такая практика не нова для социалистических стран. В соответствии со ст. 40 Конституции СССР 1936 г.¹, а затем в соответствии со ст. 116 Конституции СССР 1977 г.² существовал постоянно действующий Президиум в перерывах между сессиями Верховного Совета (представительного органа власти СССР). На сегодня такая практика имеется в большинстве стран, сохранивших советскую модель госу-

¹ Конституция (Основной закон) Союза Советских Социалистических Республик. Утверждена Постановлением Чрезвычайного VIII Съезда Советов Союза ССР от 5 декабря 1936 года // Известия ЦИК СССР и ВЦИК, № 283, 06.12.1936.

² Конституция (Основной закон) Союза Советских Социалистических Республик. Принята на внеочередной седьмой сессии Верховного Совета СССР девятого созыва 7 окт. 1977 г. // Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. 1977. № 41. Ст. 617.

дарственного устройства (Китай, КНДР, Вьетнам, Куба) (Strashun, 2012). Например, в соответствии с §1 Главы III Конституции КНР 1982 г.³ Всекитайское собрание народных представителей (ВСНП) формирует из своего состава постоянный комитет в количестве 400 депутатов, который в период между сессиями ВСНП исполняет все его функции на постоянной основе.

Исследование различного опыта построения парламентской демократии, методов правового регулирования парламентских правоотношений само по себе представляет ценность для отечественной правовой науки. Без всякого сомнения, право отражает национальные черты, однако право есть понятие универсальное, многие правовые конструкции заимствуются различными странами для обогащения правовой системы (Alekseev, 2010:539), в связи с чем дальнейшая рецепция отдельных правовых конструкций, позволяющих оптимизировать процессы принятия решений парламентом, не только возможна, но и важна. И для России, не так давно ставшей на путь построения парламентской демократии, исследование парламентских моделей зарубежных стран остается по-прежнему актуальным.

Гипотеза: диктаторские режимы оказали столь сильное влияние на политическое сознание нации, что привели не только к усилению роли самих парламентов, но и их структурных единиц. Первыми эту практику приняли Италия и Федеративная Республика Германия. От традиционных моделей парламентской демократии в Европе и Америке система организации работы итальянского и немецкого парламентов отличается сверхсильной ролью комитетов парламента.

Можно обратиться к опыту стран, которые в XX веке столкнулись с диктаторским режимом правления, после избавления от которого перешли к построению сильных парламентских демократий. Поэтому в качестве объекта исследования были выбраны страны Западной Европы (Италия⁴, Германия⁵, Греция⁶, Португалия⁷, Испания⁸), и страны Латинской Америки (Бразилия⁹, Арген-

³ Constitution of the People's Republic of China. Adopted at the Fifth Session of the Fifth National People's Congress on December 4, 1982, available at: https://english.www.gov.cn/archive/laws_regulations/2014/08/23/content_281474982987458.htm (Accessed 13 May 2020).

⁴ Италия с 1922 по 1945 год находилась под властью фашистской диктатуры, и после ее свержения в 1946 году по результатам референдума была провозглашена парламентской республикой, а в 1947 году была принята действующая Конституция страны.

⁵ Германия с 1933 по 1945 год находилась под властью фашистского режима национал-социалистической партии, и в 1949 году с образованием нового независимого государства — ФРГ был принят Основной закон ФРГ.

⁶ В 1944–1949 году в Греции велась гражданская война, по итогам которой была принята Конституция 1952 года, заложившая основы парламентского правления, но с 1967 по 1975 год в Греции в результате военного переворота был установлен режим «черных полковников», после свержения которого в 1975 году была принята новая действующая Конституция.

⁷ Португалия с 1926 года находилась под властью военной диктатуры, с 1932 по 1974 год — диктатора Антониу Салазара, а после отстранения которого (1968) — Марселу Каэтану. В результате «Революции гвоздик» «Режим Нового государства» был свергнут, и уже в 1976 году принята действующая Конституция страны.

тина¹⁰). При разработке в постдиктатурный период действующих конституций в исследуемых странах произошла рецепция итало-германской модели комитетского парламентского процесса с рядом особенностей. Временным периодом постдиктатурной демократии мы понимаем период с момента принятия действующей конституции и по настоящее время.

Целью настоящей работы является исследование практик комитетского парламентского процесса в странах Западной Европы и Латинской Америки, конституционные преобразования в которых произошли после свержения в них в XX веке диктаторских режимов.

Задачами исследования является анализ специфики построения парламентской демократии в отношении полномочий и процедур, реализуемых структурными подразделениями парламентов; рассмотрение подходов к классификации полномочий парламентских комитетов; рассмотрение возможности рецепции некоторых практик парламентской комитетской процедуры, сложившихся в исследуемых странах, в отечественную конституционно-правовую материю в условиях продолжающегося развития российского парламентаризма.

Методологическая основа исследования. При проведении исследования применяются классические научные методы анализа, синтеза, индукции, дедукции, а также специальные научные методы юридической науки — историко-правовой, описание, нормативистский (формально-логический), сравнительно-правоведческий, классификация.

Однако прежде чем рассматривать специфику парламентских комитетов в исследуемых странах, давайте рассмотрим, что такое парламентские комитеты вообще.

Общие положения и модели развития комитетской парламентской процедуры

В общем и целом, парламентские комитеты можно *классифицировать*:

1) по направлениям работы: по регламенту и депутатской этике, по контролю за публичными финансами, по контролю за делегированным законодательством и т.д.;

⁸ Испания с 1936 по 1975 год находилась под властью диктатора Франсиско Франко, после смерти которого в 1976–78 гг. состоялась конституционная реформа, завершившаяся в 1978 году принятием действующей Конституции.

⁹ Бразилия в XX веке пережила три диктаторских режима с небольшими перерывами в период с 1930 по 1985 гг. Последняя военная диктатура в Бразилии пала в 1985 году, и в 1988 году была принята действующая Конституция страны.

¹⁰ Аргентина в XX веке несколько раз пережила военные перевороты. Наиболее длительная диктатура в Аргентине связана с именем Хуана Перона, после смерти которого, у власти находилась вначале жена Перона, а затем подряд несколько военных генералов. Диктатура пала после отставки последнего военного диктатора Галтьери, и в результате демократических выборов в 1983 году начался конституционный процесс, завершившийся серьезным пересмотром действовавшей Конституции 1853 года, новая редакция которой была принята в 1994 году, и вступила в силу в январе 1995 года.

- 2) по сферам нормативного регулирования: по конституционному законодательству, по бюджету и налогам, по транспортным вопросам, по экологии и т.д.
- 3) по сроку действия: постоянные и временные;
- 4) по составу: комитет в рамках палаты парламента, совместный комитет двух палат парламента, комитет всей палаты.

Существует несколько *моделей формирования* парламентских комитетов. Так, первая подразумевает направление в состав комитетов решением парламентских фракций (депутатских групп) (Австрия, ФРГ, Италия, Испания). Вторая подразумевает направление в состав парламентских комитетов по решению спикера или совета палаты. Так, в Швейцарии членов парламентского комитета назначает бюро палаты. Третья подразумевает участие в том или ином комитете по личному заявлению депутата, а утверждение персонального состава происходит палатой в целом (США). Четвертая модель подразумевает формирование комитетов правительством (Великобритания).

Парламентские комитеты в силу их небольшой численности по сравнению с пленарным заседанием парламента являются ключевой формой организации работы парламента, снижают операционные издержки и обеспечивают качественное и профессиональное рассмотрение поступающих законопроектов (Shepsle, Weingast, 1994). В соответствии с теорией Гиллигана и Креббила (Gilligan, Krehbiel, 1990) затраты среднестатистического законодателя на сбор информации и формирование позиции по каждому законопроекту превосходят его политические выгоды от такой работы, поэтому рассмотрение законопроекта в комитетах способствует эффективному «разделению труда», направленному на качественное рассмотрение законопроекта. Регламент любого парламента дает комитетам полномочия по предварительному, а в ряде случаев, о которых позже будет описано, решающую роль в рассмотрении законопроектов. Кроме того, в комитетах большую роль играют докладчики из числа депутатов — членов комитета, именно они, как правило, формируют мнение комитета. Поэтому зачастую парламентарии сами ищут возможность стать членом комитета, который будет в наибольшей степени выгоден парламентария, поскольку будет отражать интересы именно его избирателей или групп интересов, которые представляет депутат (Kaeding, 2005:82–104).

Как и самому парламенту, парламентским структурам, главными из которых являются парламентские фракции (депутатские группы) и комитеты (комиссии, секции, депутатии), присущ коллегиальный характер деятельности, и, как следствие, демократический порядок принятия решений. Критики комитетской структуры высказывают сомнения в демократическом характере решений комитетов из подозрений в келейном характере принятия решений. Однако камерность, присущая комитетам, является в то же время и преимуществом комитетской структуры, поскольку общественные отношения не подвержены любительскому урегулированию в силу наличия у участников дискуссии специальных знаний, да и политической воли в решении вопросов, прямо влияющих на электоральные выгоды конкретного депутата (Senigaglia, 2011:58).

Депутаты несут персональную ответственность за внимательное рассмотрение любой инициативы правительства, но рост законодательных инициатив, возрастающая сложность юридических конструкций и новые общественные отношения, подлежащие урегулированию, требуют от депутатов все большей вовлеченности в рассмотрение каждого законопроекта (Korris, 2011:565). Отсюда возникает закономерный запрос на перенос точки рассмотрения и принятия решений по поступающим в парламент законопроектам с пленарного на комитетский уровень парламента при условии сохранения представительного характера деятельности комитетов.

В литературе по-разному отмечается уровень участия постоянных комитетов в законодательном процессе. Так, Ю.В. Тороп (Торор, 2006:29) отмечает, что таких моделей две: поступивший в парламент законопроект вначале обсуждается в комитете, а затем передается на общее обсуждение палаты (Австрия, Бельгия), вторая подразумевает вначале дачу принципиального согласия парламента на принятие законопроекта, а затем передачу его на детальную проработку в профильный комитет (ФРГ). С такой позицией можно согласиться лишь отчасти. Доктрина и парламентская практика дает основания выделения другой, третьей, принципиально иной модели участия постоянных комитетов в законодательном процессе. В этой связи наиболее целесообразно выделять три модели участия постоянных комитетов в законодательном процессе, где кроме вышеперечисленных необходимо добавить модель, в которой поступивший в парламент законопроект может быть обсужден и окончательно принят непосредственно комитетом, без обсуждения его вовсе на пленарном заседании (Италия, Испания и другие страны). Подробнее основания выделения третьей модели мы отразим ниже.

Далее, одним из трендов развития парламентаризма можно назвать обеспечение более широкого и более развитого использования комитетов. Не зря в числе основных направлений развития парламентаризма в Великобритании Комиссия Хансардского общества по законодательному процессу отметила, что необходимость дальнейшей институционализации комитетов парламента, в том числе и во многом за счет предоставления комитетам значительных исследовательских ресурсов или годового бюджета (Norton, 1998:159–161). Эти предложения не родились ниоткуда. К примеру, задолго до этого подобная институционализация состоялась в США. Так, например, комитет Сената вправе производить расходы на свою деятельность в пределах 10 000 долларов США из фонда Сената на каждый комитет, причем основания расходов комитет определяет самостоятельно. При необходимости дополнительных расходов ежегодно должен определяться бюджет комитета, проект которого вносится в Сенат до 31 января текущего года (часть девятая правила XXVI)¹¹.

¹¹ Standing Rules of the Senate. Revised to January 24, 2013, available at: <https://govinfo.gov/content/pkg/CDOC-113sdoc18/pdf/CDOC-113sdoc18.pdf> (Accessed 06 May 2020).

В законодательстве многих стран установлена тесная связь парламентских комитетов и правительства, комитеты вправе приглашать на свои заседания членов правительства и руководителей ведомств, а те в свою очередь обязаны на них являться, равно как отвечать на письменные запросы первых в срок, не превышающий 30 дней. Помимо органов исполнительной власти и должностных лиц встречается и право вызова любых свидетелей для проведения слушаний в комитетах парламента. Так, например, в соответствии с частью первой правила XXVI Постоянных правил (регламента) Сената США каждый постоянный комитет (подкомитет) вправе проводить слушания по любым вопросам, отнесенным к компетенции соответствующего комитета (подкомитета) с целью осуществления как законодательных, так и контрольных функций законодательного органа¹². В этой связи постоянные комитеты (подкомитеты) вправе вызывать свидетелей для дачи показаний, в том числе под присягой, требовать предоставления корреспонденции, любых материалов. Аналогичными полномочиями наделены комитеты (подкомитеты) Палаты Представителей США в соответствии с правилом XI Регламента Палаты Представителей США¹³.

В этой связи ряд отечественных исследователей предлагают расширить полномочия комитетов и комиссий российского парламента прямым взаимодействием с органами исполнительной власти, что повысило бы в свою очередь как эффективность работы парламента, так и ответственность исполнительной власти пред парламентом, в том числе и в целях исполнения полномочия комитетов и комиссий российского парламента по анализу практики исполнения российского законодательства, то есть контрольных полномочий парламента (Lazareva, 2008:109–110; Gorobets, 1998:37). Указанное представляется особенно важным с учетом того, что правовых контрольных инструментов за деятельностью правительства и всей системы исполнительной власти крайне недостаточно, вследствие чего наблюдается определенный резерв развития в этом направлении (Gerobets, 2000:5). Справедливости ради стоит заметить, что положения регламента Совета Федерации, регламента Государственной Думы и Федерального конституционного закона «О Правительстве Российской Федерации» содержат право комитетов палат российского парламента приглашать на свои заседания членов Правительства, а также последних присутствовать на заседаниях комитетов и комиссий палат парламента. Однако текущее законодательство не содержит обязанности членов Правительства являться на заседания комитетов и комиссий палат парламента. Хотя такая обязанность не только не противоречит сложившейся системе сдержек и противовесов, но и наоборот будет

¹² Standing Rules of the Senate. Revised to January 24, 2013, available at: <https://govinfo.gov/content/pkg/CDOC-113sdoc18/pdf/CDOC-113sdoc18.pdf> (Accessed 06 May 2020).

¹³ Rules of the House of Representatives for the 116th Congress. Adopted on January 3, 2019 by House Resolution 6, available at: [//rules.house.gov/sites/democrats.rules.house.gov/files/documents/116-House-Rules-Clerk.pdf](https://rules.house.gov/sites/democrats.rules.house.gov/files/documents/116-House-Rules-Clerk.pdf) (Accessed 06 May 2020).

в полной мере отражать конституционную обязанность исполнительной власти отчитываться перед законодательной (представительной) властью, что проистекает из самой природы исполнительной власти как власти, исполняющей закон¹⁴.

Парламент, хоть и является в соответствии с конституциями демократических стран постоянно действующим органом власти, не может работать вовсе без перерывов. Депутаты могут и должны иметь возможность перерывов в работе парламента с целью работы в своем избирательном округе, встреч с избирателями, региональными и местными элитами, элементарный отпуск. Кроме того, представительная функция парламента не может осуществляться одним и тем же составом депутатов парламента, что в противном случае влекло бы в глазах граждан утрату этим органом легитимности, а право граждан быть избранными (пассивное избирательное право) было бы нарушено, что также было закреплено в основополагающих международно-правовых актах о гражданских свободах и политических правах¹⁵. В этой связи в праве существуют институты созыва парламента, сессии парламента либо парламентарских каникул, означающие срок полномочий, период непрерывной работы либо период, в который не проводятся пленарные заседания и заседания рабочих органов парламента в его текущем составе.

Вместе с тем ряд вопросов, отнесенных к ведению парламента, *ipso jure* не должен ставиться «на паузу» в связи с перерывом в работе парламента или одной из его палат. Ведь в случае кризисной ситуации в стране и мире именно парламента дает согласие на использование вооруженных сил за рубежом, вводит военное либо чрезвычайное положение, решает вопрос о доверии правительству, выдвигает обвинение и (или) объявляет импичмент президенту и иным должностным лицам государственной администрации.

Однако наиболее смелым трендом в развитии комитетской структуры, комитетского парламентарского процесса является итало-германская комитетская модель, которая впоследствии была заимствована некоторыми западноевропейскими и латиноамериканскими демократиями, рассмотрение которой приводится ниже.

Особенности комитетского парламентарского процесса в Италии

В период работы Учредительного собрания Италии (1946–1947) значительный блок вопросов был посвящен работе комитетов парламента, процедур, которые позволили бы парламента осуществлять свои функции наиболее эффективно. Так конституционный законодатель Италии признал за комитетам

¹⁴ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 23 апреля 2004 года № 9-П // Российская газета, № 89, 28.04.2004.

¹⁵ См. подробнее: ст. 21 Всеобщей декларацией прав человека, ст. 25 Международного пакта о гражданских и политических правах, ст. 3 Протокола № 1 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

обширный функционал, значительно шире, чем в других странах, — от окончательного утверждения законодательства до контрольных полномочий за органами исполнительной власти (Della Sala, 1993:160). Выделяются три вида парламентских процедур комитетов в законодательном процессе: законодательные сессии (*sede legislativa*), совещательные сессии (*sede referente*) и редакционные сессии (*sede redigente*) (D'Orta, 1982). В рамках законодательной сессии постоянные комитеты рассматривают законопроект и принимают в окончательном виде решение о принятии закона или отклонении законопроекта без передачи в пленарное заседание палаты. В соответствии со статьями 72–81 Регламента Палаты Депутатов Парламента Италии¹⁶ в рамках справочной сессии комитеты собираются по вопросам, по которым они должны отчитываться перед палатой (предварительное мнение постоянного комитета по внесенному в Палату законопроекту). В соответствии со ст. 96 Регламента Палаты комитеты в рамках редакционной сессии рассматривают поступившие законодательные предложения и поправки для формулирования итогового текста законопроекта для утверждения Палатой. В соответствии со статьей 22 Регламента Палаты комитеты также проводят заседания для заслушивания сообщений и отчетов органов исполнительной власти, для принятия решения о направлении запросов и для осуществления контрольных функций.

Рассмотрим подробнее законодательную сессию постоянного комитета. Так, в соответствии со статьей 72 Конституции Италии установлено, что регламентом палаты может быть урегулировано, в каких случаях и в каком порядке вопрос окончательного утверждения законодательства передается комитету палаты. При этом за правительством, одной десятой членов палаты или одной пятой членов комитета остается право требовать рассмотрения законопроекта и окончательного его утверждения на пленарном заседании палаты. Кроме того, на уровень комитета не могут быть переданы вопросы об утверждении конституционного закона, избирательного закона, делегированного законодательства, бюджета, налогов и ратификации международных договоров¹⁷. В соответствии со статьей 92 Регламента Палаты любой законопроект вносится в Палату депутатов и включается в повестку пленарного заседания, которое по предложению председателя Палаты может быть передано на рассмотрение и утверждение профильного комитета. В соответствии со статьей 94 Регламента Палаты депутатов порядок проведения законодательной сессии профильного комитета проводится по правилам пленарного заседания Палаты с предоставлением всех процедурных гарантий субъектам права законодательной инициативы по внесению поправок в законопроект. Обо всех законопроектах, рассмотренных зако-

¹⁶ Regolamento della Camera dei Deputati. Approvato dalla Camera il 18 febbraio 1971. *Gazzetta Ufficiale* il 1 marzo 1971, № 53.

¹⁷ The Constitution of the Italian Republic. Enacted by the Constituent Assembly on 22 December 1947. *Gazzetta Ufficiale* il 27 Dicembre 1947, № 298.

нодательными сессиями постоянных комитетов, председатель Палаты депутатов информирует палату на пленарном заседании в соответствии со статьей 95 Регламента Палаты.

Возможность принятия законопроекта постоянными комитетами Палаты без передачи на утверждение пленарному заседанию Палаты корреспондирует нормам статьи 19 Регламента Палаты о представительном характере каждого комитета, состав которого должен пропорционально общему составу Палаты отражать ее фракционную структуру, при этом назначения в состав комитетов проводятся по решению парламентских фракций. Права депутатов, не вошедших в состав ни одной парламентской партийной фракции, в соответствии с п. 4 ст. 14 Регламента палаты реализуются посредством включения в смешанную парламентскую фракцию с правами, аналогичными правам парламентской фракции, образованной по принципу партийной принадлежности.

Особенности комитетского парламентского процесса в Федеративной Республике Германия

Федеральный конституционный законодатель Германии в 1949 г. пошел дальше Италии и позволил формировать для обеспечения непрерывности работы Бундестага специальную комиссию, с широкими дискретными полномочиями самого Бундестага. Так, в соответствии с действовавшей с 1949 по 1976 гг. редакцией пункта 1 статьи 45 Основного закона ФРГ¹⁸ Бундестаг мог создавать Постоянную комиссию, которая осуществляла полномочия Бундестага в отношении Федерального правительства и обладала следственными полномочиями в период между созывами Бундестага. В современной редакции Основного закона (ст. 53а) содержится право Бундестага и Бундесрата на случай войны или военной опасности создать из своего состава Совместный комитет, на 2/3 состоящий из депутатов Бундестага и на треть из депутатов Бундесрата, который полномочен принимать законы и иные решения. При формировании совместного комитета применяется § 12 Регламента Бундестага¹⁹, согласно которому представительство в комитетах и иных органах Бундестага формируется на представительной основе парламентскими фракциями с учетом их численного представительства в Бундестаге.

Наряду с Совместным комитетом широкие полномочия предоставлены Комитету по делам Европейского Союза Бундестага, который может осуществлять права всей палаты в отношении Федерального правительства по вопросам,

¹⁸ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. mai 1949. Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1.

¹⁹ Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. März 2020. Bundesgesetzbuch Band I. I S. 764.

определенными частями 1–3 ст. 23 Основного закона²⁰. Комитет по делам ЕС формируется Бундестагом в соответствии со ст. 45 Основного закона (в редакции 1992 года). К правилам формирования Комитета по делам ЕС также применяются правила § 12 Регламента Бундестага.

В соответствии с частью 1 статьи 43 Основного закона, статьей 68 Регламента Бундестага все комитеты Бундестага вправе требовать присутствия на своих заседаниях любого члена Федерального правительства. Также в соответствии со статьей 69 Регламента Бундестага заседания комитетов являются по общему правилу закрытыми для публики, и обсуждение вопросов в открытом заседании осуществляется только по решению комитета. Основной функцией комитетов является законосовещательная функция, выработка проектов решений Бундестага.

Среди комитетов особыми конституционными полномочиями наделен Комитет по обороне и безопасности, который в силу части 2 ст. 45-а Основного закона наряду с общими для всех комитетов Бундестага полномочиями обладает правами следственного комитета и обязан проводить парламентское расследование по требованию четверти членов данного комитета, но в отношении вопросов, составляющих предмет ведения данного комитета, другие депутаты не могут инициировать создание специального следственного комитета или ставить вопросы о проведении парламентского расследования, как это предусмотрено в отношении любых других вопросов в соответствии с частью 1 статьи 44 Основного закона.

Особенности комитетского парламентского процесса в Греции

Греческая модель не обделена рядом существенных особенностей, выделяющих ее среди исследуемых стран. Так, наряду с парламентскими комитетами в парламенте создаются секции, которые по своей конституционно-правовой конструкции и полномочиям в полной мере соотносятся с комитетами, формируемыми в парламентах других стран и в самой Греции. Вместе с тем широкие

²⁰ (1) Для осуществления идеи Объединенной Европы Федеративная Республика Германия участвует в развитии Европейского союза, в обязанность которого входит гарантировать соблюдение принципов демократического, правового, социального и федеративного государства, а также соблюдение принципа subsidiarity, который гарантирует защиту основных прав, по существу совпадающих с основными правами, содержащимися в Основном законе. В этих целях Федерация может передавать свои суверенные права посредством издания закона, одобренного Бундесратом. Для учреждения Европейского союза, а также изменения его договорных основ и аналогичного урегулирования, которое изменяет или дополняет настоящий Основной закон или делает возможными такие изменения или дополнения, применяются абзацы 2 и 3 статьи 79. (2) Бундестаг и земли через Бундесрат участвуют в делах Европейского союза. Федеральное правительство должно полно и своевременно информировать Бундесрат и Бундестаг. (3) Федеральное правительство предоставляет возможность Бундестагу дать свое заключение до своего участия в принятии нормативных актов Европейского союза. Федеральное правительство принимает во внимание заключение Бундестага. Подробности регулируются законом.

дискретные полномочия секций заставили конституционного законодателя выделить их в конституционной материи как функционально, так и в части наименования, поскольку классические формы комитетов и комиссий в парламенте Греции также присутствуют.

В соответствии со статьями 68, 70, 72 Конституции для осуществления законодательной деятельности могут создаваться секции парламента, численность которых не может превышать двух, а в соответствии со статьей 71 также постоянная секция, действующая в период перерыва в работе парламента для реализации его функций. В соответствии с частью третьей ст. 68 Конституции секции также формируются на основе пропорционального представительства парламентских фракций, депутатских групп и независимых депутатов. Секции не вправе принимать законы по исключительной компетенции пленарного заседания Парламента, определенная частью первой ст. 72 Конституции²¹. Порядок работы секций парламента определяется общим Регламентом Парламента Греции²². В соответствии с частью 4 ст. 70 Конституции положения о парламенте, включая правила, распространяются также и на его секции. В соответствии с частями 4 и 5 статьи 72 Конституции по требованию Правительства или по решению пленарного заседания любой законопроект может быть снят с рассмотрения секции и рассмотрен на пленарных заседаниях Парламента. Следует отметить, что прообраз постоянной секции Парламента можно найти уже в Конституции Греции 1952 года²³, статья 35 которой устанавливала возможность создания специальной законодательной комиссии, имевшей часть полномочий парламента в перерывах между его сессиями.

В соответствии с частями 2 и 3 статьи 68 Конституции Греции²⁴ Парламент на своем пленарном заседании по предложению одной пятой депутатов Парламента может принять решение об учреждении комиссии по расследованию, в состав которой включаются представители всех парламентских фракций (депутатских групп и независимых депутатов) пропорционально их численности в парламенте. В соответствии с ч. 2 статьи 68 Конституции решение об учреждении комиссии принимается двумя пятыми общей численности депутатов парламента, за исключением случая создания комиссии по расследованию вопросов внешней политики или обороны, решение об учреждении которой принимается абсолютным большинством общей численности депутатов.

²¹ В частности это вопросы избирательного законодательства, осуществления прав и свобод человека, о политических партиях, о предоставлении правительству делегированного законодательства, об ответственности министров, о военном или чрезвычайном положении, церковного режима православной церкви, свободы вероисповедания, изменения границ, международного права и действия национального законодательства, вопросы внешних сношений и другие, относящиеся к исключительной компетенции пленарного заседания Парламента.

²² Κανονισμός της Βουλής. ФЕΚ 106 Α' /24.6.1987.

²³ Σύνταγμα της Ελλάδας 1952. Εφημερίδα της Κυβερνήσεως την 1η Ιανουαρίου 1952.

²⁴ Σύνταγμα της Ελλάδος 1975 (στην έκδοση 2019). ФЕΚ 211/Α/24-12-2019.

Особенности комитетского парламентского процесса в Португалии

В соответствии с частью 3 ст. 168 Конституции Португалии²⁵ Пленарное заседание Ассамблеи Республики после принятия законопроекта в первом чтении может принять решение о проведении второго (постатейного, с возможностью предложения поправок субъектами права законодательной инициативы) чтения в профильном комитете, за исключением вопросов, предусмотренных пунктами “a”–“f”, “h”, “n”, “o” ст. 164 и пунктом “q” части 1 ст. 165 Конституции Португалии²⁶, голосование по которым проводится только на пленарном заседании Ассамблеи. В свою очередь уже в соответствии со ст. 150 Регламента Ассамблеи установлено, что второе чтение (постатейное обсуждение с возможностью внесения поправок, подготовка итогового текста законопроекта с учетом поправок) проводится профильным комитетом по всем законопроектам, за исключением случаев, установленных Конституцией, в сроки, установленные Председателем Ассамблеи. Однако в соответствии со ст. 151 Регламента парламентская фракция или группа численностью не менее 10 депутатов могут потребовать второго чтения на пленарном заседании Ассамблеи. Порядок второго чтения регулируется ст. 150–154 Регламента Ассамблеи.

В соответствии с частью 2 ст. 178 Конституции Португалии комитеты (профильные, следственные и постоянный) формируются пропорционально численному представительству парламентских фракций. Права малых партийных фракций на представительство в постоянных комитетах обеспечиваются положениями ч. 4 ст. 30 Регламента Ассамблеи²⁷, предусматривающим возможность назначения члена Ассамблеи в состав трех комитетов Ассамблеи.

Комитеты по расследованию создаются *ad hoc* Ассамблеей Республики в соответствии с ч. 1, 2, 4 и 5 ст. 178 Конституции Португалии по требованию одной пятой депутатов Ассамблеи, формируются пропорционально численному представительству парламентских фракций, носят временный характер, и наделяются особыми следственными полномочиями судебных органов. Пленарное заседание Ассамблеи не может принять на себя обязанности комитета по расследованию (Canotilho, Moreira, 2010:394). Порядок и процедура парламентских

²⁵ Constituição da República Portuguesa. Diário da República n.º 86/1976, Série I de 1976-04-10.

²⁶ Ст. 164: а) выборы органов государственной власти; б) режимы референдумов; в) организация и деятельность Конституционного суда и процесс в Конституционном суде; д) организация национальной обороны, определение обязанностей, вытекающих из обеспечения национальной обороны, и общие основы организации, функционирования, переоснащения Вооруженных Сил и воинской дисциплины; е) режимы осадного и чрезвычайного положений; ф) приобретение, утрата и восстановление португальского гражданства; г) политические партии и ассоциации; п) режим создания, ликвидации и изменения границ местных самоуправляющихся образований, без ущерба для полномочий автономных областей; о) ограничение прав находящихся на действительной службе военных и военизированных служащих постоянных подразделений, а также служащих сил безопасности; ч. 1 ст. 165: q) статус местных самоуправляющихся образований, включая местные финансы.

²⁷ Regimento da Assembleia da República № 1/2007. Diário da República n.º 159/2007, Série I de 2007-08-20.

расследований, права и полномочия комитета по расследованию регулируются Законом «О правовом режиме для парламентских расследований» (далее — Закон 5/93)²⁸, Уголовно-процессуальным кодексом²⁹, Гражданско-процессуальным кодексом³⁰. В соответствии со статьей 5 Закона 5/93 в недельный срок с момента получения проекта запроса о парламентском расследовании председатель Ассамблеи сообщает о нем Генеральному прокурору, а последний до истечения этого срока должен проинформировать о проведении по тому же основанию уголовного преследования. Если уголовное дело возбуждено следственными органами, то комиссия по расследованию не может быть сформирована до вступления в силу решения суда. В соответствии со ст. 12 Закона 5/93 члены Комитета по расследованию не подлежат замене, за исключением естественного выбытия или при разглашении конфиденциальной информации. Отказ от дачи свидетельских показаний, за исключением конституционных прав на это, квалифицируется как преступление в соответствии с Уголовным кодексом. Итоговый доклад Комитета по расследованию в силу ст. 21 Закона 5/93 может быть представлен Ассамблее Республики вместе с проектом резолюции. В соответствии с ч. 5 ст. 21 Закона 5/93 документы комитета могут полностью или частично быть опубликованы на основании решения Ассамблеи Республики.

Особое место в комитетской структуре Ассамблеи Республики занимает Постоянный комитет. В соответствии с ч. 1 ст. 179 Конституции вне периодов, когда Ассамблея находится на полном заседании³¹, проводится сессия Постоянного комитета. В состав Постоянного комитета в соответствии с Конституцией (ч. 2 ст. 179) включаются Председатель Ассамблеи, его заместители (их семь) и представители парламентских фракций, пропорционально их численности в Ассамблее. Дискретные полномочия Постоянного комитета Ассамблеи довольно широки. Так, в соответствии с ч. 3 ст. 179 Конституции Постоянный комитет принимает все решения в соответствии с мандатом Ассамблеи, осуществляет контроль за соблюдением Конституции и законов, дает согласие Президенту Республики на объявление военного или чрезвычайного положения в стране, созывает полное заседание Ассамблеи. Порядок работы и принятия решений постоянным комитетом определяется самим Постоянным комитетом в соответствии с пп. “j” п. 1 ст. 41 Регламента Ассамблеи.

Порядок работы профильных, следственных и постоянного комитета регулируется Главой IV Регламента Ассамблеи и является для них общим, вместе с тем каждый комитет в соответствии со ст. 106 Регламента Ассамблеи может

²⁸ Lei № 5/93 de 1 de Março “Regime Jurídico dos Inquéritos Parlamentares”. Diário da República, No. 50/1993, Série I-A de 1993-03-01.

²⁹ Código de Processo Penal, Decreto-Lei № 78/87. Diário da República № 40/1987, Série I de 1987-02-17.

³⁰ Código de Processo Civil. Lei № 41/2013. Diário da República № 121/2013, Série I de 2013-06-26.

³¹ В соответствии с ч. 2 ст. 174 Конституции Португалии Ассамблея находится на полном заседании в период с 15 сентября до 15 июня.

принять собственный регламент, не противоречащий Конституции и регламенту Ассамблеи.

Особенности комитетского парламентского процесса в Испании

В соответствии со статьей 75 Конституции Испании палаты могут делегировать постоянным комитетам рассмотрение законопроектов, которые не затрагивают вопросы конституционной реформы, принятия органических законов (затрагивающих вопросы, установленные ст. 81 Конституции, такие как права, свободы граждан, избирательное законодательство, уставы автономных сообществ Испании), внешних сношений и принятия бюджета. Как отмечается в доктрине, обе палаты Генеральных кортесов Испании умножили свои законодательные возможности в связи с децентрализацией законодательного процесса и передачей парламентским комитетам полной законодательной компетенции (Paniagua Soto, 1997:412).

Порядок работы постоянных комиссий по принятию законодательства урегулирован ст. 148–149 Регламента Конгресса Депутатов Генеральных кортесов Испании³². В соответствии с п. 2 ст. 148 Регламента законопроекты рассматриваются в порядке общей законодательной процедуры, предусмотренной для пленарных заседаний Конгресса Депутатов, в соответствии со ст. 109–129 Регламента, за исключением положений о принятии законопроекта в пленарном заседании. Одновременно с этим в соответствии с ч. 1 ст. 149 Регламента на своем пленарном заседании Конгресс Депутатов может по любому законопроекту принять решение о передаче любого комитетского законопроекта на рассмотрение пленарного заседания, а в соответствии с ч. 2 ст. 149 Регламента преодоление вето Сената на законопроект может осуществляться только на пленарном заседании Конгресса Депутатов.

В соответствии со статьей 78 Конституции каждая палата Генеральных кортесов Испании также из своего состава в начале работы созыва избирают постоянные деputationи в составе не менее 21 депутата каждая, которые должны пропорционально отражать фракционную структуру палаты. Указанные деputationи продолжают постоянно работать под председательством спикера палаты и выполнять функций соответствующей палаты в перерывах между сессиями, в случаях истечения срока полномочий, роспуска Генеральных кортесов и в иных чрезвычайных и непредвиденных ситуациях до начала работы Генеральных кортесов. Порядок работы постоянной деputationи Конгресса Депутатов определен ст. 56–59 Регламента Конгресса депутатов, ст. 45–48 Регламента Сената Испании³³. Так, в соответствии со статьей 58 Регламента Конгресса Депутатов

³² Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982. Boletín Oficial del Estado, de 05 de Marzo de 1982. № 55.

³³ Reglamento del Senado. Boletín Oficial de Las Cortes Generales, 13 de mayo de 2008 № 1(f).

к порядку работы Постоянной делегации применяются правила процедуры пленарного заседания Конгресса депутатов.

Комитеты в Палате депутатов Испании достаточно сильны, их широкие дискреционные полномочия с опорой на пропорциональное представительство парламентских фракций в комитетах позволяют принимать окончательное решение по законопроекту минуя пленарное заседание, развивая стимулы личного, а не группового, голосования в парламенте (Fernandes, Riera Cantu, 2019). Так, в соответствии со статьей 40 Регламента Конгресса Депутатов в состав любого комитета парламентские фракции направляют депутатов пропорционально своему численному представительству в Конгрессе.

Особенности комитетского парламентского процесса в Бразилии

В соответствии со ст. 58 Конституцией Соединенных Штатов Бразилии³⁴ палаты Национального Конгресса — парламента Бразилии формируют из своего состава постоянные комиссии палаты, временные комиссии, следственные комиссии, Представительную комиссию. Комиссии формируются таким образом, чтобы обеспечить пропорциональное представительство парламентских фракций в соответствующей палате Конгресса.

Постоянные комиссии Сената и Палаты депутатов в соответствии со ст. 50 Конституции обладают полномочиями по предварительному рассмотрению законопроектов, обеспечивая таким образом законодательную деятельность палаты, проводят парламентские слушания, обладают широкими контрольными полномочиями в отношении исполнительной власти: право на вызов министров и должностных лиц, право обращения в органы исполнительной власти, ответ на которые должен быть дан в установленный срок.

Парламентские комиссии по расследованию в соответствии с § 3 ст. 58 Конституции наделяется следственными полномочиями судебных органов, создаются Федеральным Сенатом и Палатой депутатов совместно либо по отдельности по требованию трети конституционной численности соответствующей палаты. В соответствии со ст. 21 Общего регламента Национального Конгресса³⁵ совместная комиссия по расследованию создается при условии требования трети от общей численности сенаторов и трети от общей численности депутатов. Для комиссии по расследованию также применяются правила представительства парламентских фракций в соответствующей палате в соответствии со ст. 58 Конституции.

³⁴ Constituição da República Federativa do Brasil. Texto promulgado em 05/10/1988. Diário Oficial da União de 5 de outubro de 1988.

³⁵ Resolução do Congresso Nacional nº 1 de 11/08/1970. Diário do Congresso Nacional — Seção 2 de 12/08/1970. p. 3205, col. 1.

При применении § 3 ст. 58 Конституции членам комиссии по расследованию надлежит иметь в виду, что в соответствии с решением Верховного Федерального Трибунала MS 23.452 rel. Celso De Mello³⁶ парламентская комиссия по расследованию не может обладать следственными полномочиями, которые присущи только суду, а именно: заключить под стражу, отстранить от должности на период расследования, назначить обыск и изъятие доказательств. В частности, Верховный Федеральный Трибунал подчеркнул, что конституционные полномочия комиссии по расследованию широки, но не абсолютны. Также Трибунал прямо указал, что осуществление юрисдикционного контроля со стороны парламентской комиссии по расследованию не должен осуществляться с незаконным вмешательством в юрисдикцию другой ветви власти.

В соответствии с § 4 ст. 58 Конституции Представительная комиссия Национального Конгресса формируется палатами совместно, обеспечивая представительство партий. В период между законодательными сессиями³⁷ Конгресса Представительная комиссия осуществляет полномочия Национального Конгресса. Более подробно функционал комиссии определен Резолюцией Национального Конгресса № 3 от 21 ноября 1990 г. (далее — Резолюция)³⁸.

Порядок формирования Представительной комиссии определен также Резолюцией. Так, в соответствии со ст. 2 Резолюции Представительная комиссия состоит из 7 сенаторов и 16 депутатов, и равного числа заместителей сенаторов и депутатов. Порядок выборов представителей от Сената определен ст. 59–60 Регламента Федерального Сената³⁹ и учитывает перевыборы с обязательной ротацией каждые два года. При проведении выборов учитывается необходимость представительства миноритарных партий, что обеспечивается представительством первых семи лиц, получивших простое большинство голосов при голосовании по единому бюллетеню. Порядок выборов представителей от депутатов определен ст. 5–8 Регламента Палаты депутатов⁴⁰, и также учитывает перевыборы каждые два года с обязательной ротацией представителей. При голосовании в Палате депутатов применяется тайное голосование, но уже с использованием электронной системы. В соответствии со ст. 7 кандидаты представляются каждой партийной фракцией, и выборы производятся последовательно и пропорционально количеству мест каждой парламентской фракции

³⁶ Supremo Tribunal Federal STF — Mandado de Segurança: MS 23452 RJ, available at: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738746/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj> (Accessed 01 May 2020).

³⁷ В соответствии со ст. 57 Конституции Бразилии законодательные сессии Национального Конгресса ежегодно проводятся в сроки со 2 февраля по 17 июля и с 1 августа по 22 декабря.

³⁸ Resolução do Congresso Nacional № 3 de 21/11/1990. Diário do Congresso Nacional de 22/11/1990. p. 4823, col. 1

³⁹ Resolução do Senado Federal № 93 de 27/11/1970. Diário do Congresso Nacional — Seção 2 de 28/11/1970. p. 5098, col. 1

⁴⁰ Resolução da Câmara dos Deputados № 17, DE 1989, available at: <https://camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%2012-2019%20A.pdf> (Accessed 01 May 2020).

в палате в два тура. Также в состав Представительной комиссии входят председатели, заместители председателя и члены бюро палат Национального Конгресса.

Решения Представительной комиссии в силу ст. 10 Резолюции принимаются простым большинством голосов сенаторов и простым большинством голосов депутатов, голоса которых подсчитываются отдельно, при условии присутствия абсолютного большинства соответственно представителей Сената и Палаты депутатов.

Особенности комитетского парламентского процесса в Аргентине

В соответствии с ч. 3 ст. 99, ч. 12 ст. 100 Конституции Аргентинской нации Конгресс формирует Постоянную двухпалатную комиссию, состав которой должен отражать количественное соотношение политических фракций в обеих палатах. Указанная Постоянная двухпалатная комиссия Конгресса должна контролировать на постоянной основе издание президентом и кабинетом министров актов делегированного законодательства. На сегодня такая комиссия все еще не сформирована (Luna, Perez, 2009).

В соответствии со ст. 79 Конституции Аргентинской нации (в редакции 1994 г.)⁴¹ каждая из палат Конгресса после принятия законопроекта в первом чтении могут абсолютным большинством голосов передать его для постатейного обсуждения, внесения поправок и одобрения в постоянные комитеты соответствующей палаты. Исключением в соответствии со ст. 77 Конституции являются законопроекты по вопросам избирательной системы и политических партий, одобрение которых возможно только на пленарном заседании соответствующей палаты. Порядок проведения постатейного обсуждения и постатейного голосования предусмотрен регламентами палат Конгресса, и практически идентичен в каждой палате, в особенности с учетом того, что первой палатой может выступать как Палата депутатов, так и Сенат (Feierherd, 2007:7). Так, в соответствии со ст. 170, 172 Регламента Сената⁴² обсуждение происходит по каждой статье с соблюдением правил дебатов, после чего происходит голосование по конкретной статье, и только после голосования комитет приступает к обсуждению следующей статьи. В соответствии со ст. 173 Регламента Сената сенаторы вправе предлагать поправки, после чего происходит голосование вначале по поправкам, и только после этого за статью в целом. По завершении обсуждения последней статьи законопроекта комитет приступает к обсуждению всего законопроекта, и принятие законопроекта в целом комитетом в соответствии со ст. 147, 175, 176 Регламента Сената заменяет принятие на пленарном заседании только в случае, если за законопроект голосуют 2/3 членов комитета.

⁴¹ Constitución de la Nación Argentina. Ley № 24.430. Sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994. Boletín Nacional del 10-Ene-1995

⁴² Reglamento de la Cámara de Senadores de la Nación. Aprobado por resolución D.R.-1388/02, del 18 de diciembre de 2002, available at: <https://senado.gov.ar/reglamento> (Accessed 03 May 2020).

Количество комитетов в Палате депутатов Аргентине с 1983 по 2017 г. увеличилось почти вдвое с 25 до 45, а в Сенате Аргентины до 41 (Bonvecchi, Cherny, Cella, 2018). Состав комитетов формируется с учетом пропорциональной численности парламентских фракций в палате (например, ст. 106 Регламента Сената), и каждый депутат сегодня входит в состав до пяти комиссий с целью реализации этого принципа (Tchintian, Goyburu, Cella, 2019:11). Перечень комиссий определяется регламентами палат. Кроме того, может быть создана специальная комиссия по расследованию. Решение о создании комиссии по расследованию Сената в соответствии со ст. 104 Регламента Сената принимается большинством в 2/3 голосов присутствующих сенаторов.

Заключение

Во всех исследуемых странах мы видим конституционное закрепление представительного характера формирования рабочих органов парламента постоянных комитетов (комиссий, секций, депутатий и т.д.). Все постоянные комитеты формируются по направлению парламентских фракций (депутатских групп) пропорционально их численному представительству в парламенте, что позволяет на любом уровне принятия решений сохранить базовую функцию парламента — представление интересов избирательного корпуса при принятии решений, имеющих общегосударственное значение.

Во всех исследуемых странах имеются органы, призванные принимать решение в условиях, когда парламент не функционирует в полном объеме (перерыв между сессиями, окончание срока полномочий и т.д.). Эти органы имеют различное наименование (постоянная комиссия, постоянный комитет, постоянная депутация, совместный комитет, постоянная секция и т.д.), но имеют схожий функционал и формируются с сохранением пропорциональной численности парламентских фракций (депутатских групп). В ряде стран у таких органов ограниченный функционал (контрольные полномочия, дача согласия на введение военного или чрезвычайного положения), но в большинстве из исследуемых стран эти органы обладают всей полнотой власти парламента (принятие законов, парламентский контроль и др.).

В исследуемых странах постоянные комитеты имеют полномочия по принятию законопроектов самостоятельно (Италия, Греция, Испания, Бразилия), по определенному кругу вопросов (ФРГ) или в рамках одного слушания, предусматривающего постатейное обсуждение законопроекта (Португалия, Аргентина). Как отмечалось выше, стремление наделить представительный орган широкими дискреционными полномочиями вылилось в распространение этой дискреции и на органы демократического парламента с тем, чтобы именно парламент и его органы успевали решать все государственно-значимые вопросы, что, по-видимому, по задумке авторов конституционной материи должно предотвратить возможное усиление исполнительной власти и возвращение к диктатуре.

Парламенты вправе образовывать следственные парламентские комитеты, обладающие широким функционалом и правом вызова представителей органов исполнительной власти и отдельных должностных лиц. Эти права, как правило, происходят не из квазисудебных полномочий, а в силу разделения властей. Ведь, как отмечал Ш.Л. Монтескье (Montesquieu, 1999:145), парламент вправе выступать как «судебная палата» в том исключительном случае, когда он представляет интерес народа.

С учетом того, что в России развивается возможность принятия закона сразу в двух или трех чтениях, либо, наоборот, после принятия законопроекта в первом чтении последующие чтения могут откладываться на бесконечно неопределенный срок, стоит рассмотреть возможность переноса процедуры чтения в комитеты палаты парламента, с последующим однократным утверждением закона в одном чтении на пленарном заседании всей палаты либо при рекомендации комитетом к отклонению законопроекта на любом из чтений, решение парламента либо об отклонении законопроекта либо о принятии законопроекта за основу и направление в комитет сразу на второе чтение. Данная конструкция имеет ряд несомненных преимуществ, таких как усиление роли комитетов палаты, большую объективность принятия решений, поскольку комитеты формируются, как правило, на основе профессиональной компетенции членов комитета, объективное и качественное рассмотрение законов, которое невозможно провести в сжатые сроки пленарного заседания в присутствии всего депутатского корпуса, перенос основной работы парламента с пленарного заседания на работу в комитетах. Кроме того, комитеты формируются также по партийному принципу, отражая партийный состав всего парламента, что позволяет соблюдать принципы объективности и многопартийности при принятии комитетом своих решений. Принятие такого решения может привести в законодательный процесс необходимый при рассмотрении законопроектов профессиональный уклон и возможность сочетания законодательного процесса с парламентскими слушаниями, проводимыми постоянными комитетами.

Библиографический список / References

- Alekseev, S.S. (2010) *Sobranie sochinenii. V 10 t. T. 5 [Collected works. In 10 vols. T. 5]*. Moscow, Statut Publ. (in Russian).
Алексеев С.С. Собрание сочинений. В 10 т. Т. 5. М.: Статут, 2010. 495 с.
- Bonvecchi, A., Cherny, N., Cella, L. (2018) *Modernizar el Congreso. Propuestas para el Reglamento de la Cámara de Diputados*. Documento de Políticas Públicas. Recomendación No 200. Buenos Aires: CIPPEC. (in Spanish).
- Canotilho, G., Moreira, V. (2010) *Constituição da República Portuguesa anotada. Vol. II. Lisboa*. (in Portuguese).
- Chirkin, V.E. (2014) On Accuracy of the Terminology on Adoption of Law. *Journal of Russian Law*. 4 (208), 29–33. DOI: 10.12737/2916. (in Russian).
Чиркин В.Е. О точности терминологии по вопросу принятия закона // Журнал российского права. 2014. № 4 (208). С. 29–33. DOI: 10.12737/2916.

- Chirkin, V.E. (2002) Puti razvitiya sovremennogo parlamenta: «mini-parlamenty» [Ways of development of the modern parliament: “mini-parliaments”]. *Izvestiya vysshih uchebnyh zavedenii. Pravovedenie*. 2 (241), 24–33. (in Russian).
Чиркин В.Е. Пути развития современного парламента: «мини-парламенты» // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2002. № 2 (241). С. 24–33.
- D'Orta, C. (1982) Il nuovo procedimento legislativo in sede redigente: un regime transitorio? *Parlamento*. 28, 31–34. (in Italian).
- Della Sala, V. (1993) The Permanent Committees of the Italian chamber of deputies: Parliament at work? *Legislative Studies Quarterly*. 18(2), 157–183.
- Feierherd, G. (2007) El control de la agenda legislativa en Argentina. Instituto de investigaciones Gino Germani, available at: https://webiigg.sociales.uba.ar/historiapolitica/seminario%20invetigacion/control_german.pdf. (Accessed 04 May 2020). (in Spanish).
- Fernandes, J.M., Riera, P., Cantú, F. (2019) The politics of committee chairs assignment in Ireland and Spain. *Parliamentary Affairs*. 72(1), 182–201.
- Gilligan, T.W., Krehbiel, K. (1990) Organization of informative committees by a rational legislature. *American Journal of Political Science*. (34), 531–564.
- Gorobets, V.D. (1998) Sistema komitetov i komissii palat Federal'nogo Sobraniya [The system of committees and commissions of the chambers of the Federal Assembly]. *Gosudarstvo i pravo*. (8), 33–38. (in Russian).
Горобец В.Д. Система комитетов и комиссий палат Федерального Собрания // Государство и право. 1998. № 8. С. 33–38.
- Gorobets, V.D. (2000) *Konstitucionno-pravovoi status Parlamenta Rossiiskoi Federacii [Constitutional and legal status of the Parliament of the Russian Federation]*. Author. dis. ... of doctor of legal sciences. Moscow. (in Russian).
Горобец В.Д. Конституционно-правовой статус Парламента Российской Федерации. Автореферат дисс... д-ра юрид. наук. М., 2000. 36 с.
- Gryzlov, B.V. (2009) Spetsializirovannye organy parlamenta: sravnitel'nyi analiz [Specialized bodies of parliament: a comparative analysis]. *POLITEX*. 5(1), 26–36. (in Russian).
Грызлов Б.В. Специализированные органы парламента: сравнительный анализ // Политэкс. 2009. Т. 5. № 1. С. 26–36.
- Kaeding, M. (2005) The world of committee reports: rapporteurship assignment in the European Parliament. *The Journal of Legislative Studies*. 11(1), 82–104.
- Korris, M. (2011) Standing up for scrutiny: How and why Parliament should make better law. *Parliamentary Affairs*. 64(3), 564–574.
- Lazareva, M.N. (2008) Parliamentary Procedures in Czech Republic and the Russian Federation. *Journal of Russian Law*. 11(143), 105–111. (in Russian).
Лазарева М.Н. Парламентские процедуры в Чехии и России: сравнительный анализ // Журнал российского права. 2008. № 11(143). С. 105–111.
- Luna, M.A., Pérez Nieves, J.C. (2009) País Análisis coordinado del reglamento de la Cámara de Senadores de la Nación. *Revista de Derecho Parlamentario*. 8, available at: <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=66034&print=2> (Accessed: 03 May 2020). (in Spanish).
- Montesquieu, C.-L. de, Sh.L. (1999) *O duhe zakonov [About the spirit of laws]*. Moscow, Mysl' Publ. (in Russian).
О духе законов / Ш.Л. Монтескье; [Сост., пер. и коммент. примеч. авт. Матешук А.В.]. М.: Мысль, 1999. 672 с.
- Norton, P. (1998) Nascent institutionalisation: Committees in the British parliament. *The Journal of Legislative Studies*. 4(1), 143–162.
- Paniagua Soto, J.L. (1997) Spain: A Fledgling Parliament 1977–1997. *Parliamentary Affairs*. 50(3), 410–422.
- Senigaglia, C. (2011) Max Weber and the parliamentary bureaucracy of his time. *Parliaments, Estates and Representation*. 31(1), 53–66.

- Shepsle, K.A., Weingast, B.R. (1994) Positive Theories of Congressional Institutions. *Legislative Studies Quarterly*. (19), 149–179.
- Strashun, B.A. (ed.) (2012) *Konstitutsionnoe (gosudarstvennoe) pravo zarubezhnykh stran. [Constitutional (state) law of foreign countries]*. Uchebnik dlya bakalavrov. Otvetstvennyi redaktor doktor yuridicheskikh nauk, professor, zasluzhenniy deyatel' nauki RF B.A. Strashun [A textbook for bachelors. Strashun B.A. Executive editor Doctor of Law, Professor, Honored Scientist of the Russian Federation]. Moscow. Prospekt Publ. (in Russian).
Конституционное (государственное) право зарубежных стран. Учебник для бакалавров. Ответственный редактор доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ Б.А. Страшун. М.: Изд. Проспект. 2012. 333 с.
- Tchintian, C., Goyuburu, L. Cella, L. (2019) Reglamentos comparados de Cámaras de Diputados de América del Sur. Documento de Trabajo № 18. Buenos Aires: CIPPEC, available at: <https://cippec.org/wp-content/uploads/2019/02/177-DT-IP-Reglamentos-comparados-de-cameras-de-diputados-Tchintian-Goyuburu-y-Cella-febrero-2019-1.pdf>. (Accessed 06 May 2020). (in Portuguese).
- Torop, Yu.V. (2006) Rol' parlamentskih komitetov v zakonodatel'nom processe (na primere federativnyh gosudarstv Zapadnoi Evropy) [The role of parliamentary committees in the legislative process (on the example of the federal states of Western Europe)]. *Izvestiya vysshih uchebnyh zavedenii. Pravovedenie*. 6(269), 29–35. (in Russian).
Тороп Ю.В. Роль парламентских комитетов в законодательном процессе (на примере федеративных государств Западной Европы) // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2006. № 6 (269). С. 29–35.
- Van der Meer, T. (2010) In what we trust? A multi-level study into trust in parliament as an evaluation of state characteristics. *International Review of Administrative Sciences*. 76(3), 517–536.
- Weir, S., Kearton, I. (2002) Parliamentary committees abroad, their functions and powers: memorandum from democratic audit, human rights centre, university of Essex. Essex, 2002, available at: <https://publications.parliament.uk/pa/cm200102/cmselect/cmmodern/224/224ap25.htm> (Accessed 06 May 2020).
- Zhukov, V.N. (2017) Mechanisms of increasing the effectiveness of the multi-party institution in the context of electoral reform. *Central Russian journal of social sciences*. 12 (6), 164–170. DOI: 10.22394/2071-2367-2017-12-6-164-170. (in Russian).
Жуков В.Н. Механизмы повышения эффективности института многопартийности в контексте реформирования избирательных систем // Среднерусский вестник общественных наук. 2017. Том. 12. № 6. С. 164–170. DOI: 10.22394/2071-2367-2017-12-6-164-170.

Об авторе:

Кошель Алексей Сергеевич — кандидат политических наук, доцент, проректор, доцент кафедры конституционного и административного права, Дальневосточный федеральный университет; 690922, Российская Федерация, Приморский край, г. Владивосток, остров Русский, п. Аякс, д. 10

ORCID ID: 0000-0002-4517-8326

e-mail: koshel.as@dvfu.ru

About the author:

Alexey S. Koshel — Candidate of Political Science, Associate Professor, Vice-Rector, Associate Professor of the Constitutional and Administrative Law Department, Far-Eastern Federal University; 10 Ajaks, Russkiy Island, Vladivostok, 690922, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0002-4517-8326

e-mail: koshel.as@dvfu.ru



DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-965-984

Научная статья

ВОЕННО-СОСЛОВНЫЕ КОДИФИКАЦИИ В СРЕДНЕВЕКОВОЙ ЯПОНИИ: ЭПОХА ПЕРВЫХ СЁГУНАТОВ

Е.Н. Трикоз

Российский университет дружбы народов,
г. Москва, Российская Федерация

Московский государственный институт международных отношений МИД РФ,
г. Москва, Российская Федерация

Впервые исследуется феномен кланово-регионального нормотворчества в период военно-олигархического режима в средневековой Японии. Целью исследования стал сопоставительный анализ текстов наиболее крупных княжеских кодексов средневековых даймё и военных домов, а также нормы кодекса бусидо. Анализ проводился на основе историко-генетического и синхронно-логического методов с привлечением первоисточников на японском языке с обзорным переводом, а также научных и реферативных материалов японской, английской и российской медиэвистики. В числе достигнутых результатов определена типология и иерархия источников традиционного права сёгунского периода. Была прослежена эволюция системы источников права от сёгуна Камакуры к сёгунам династии Миромати. Исследован один из самых ярких памятников «камакурского права», военно-сословный кодекс «Госэйбай сикимоку» 1232 г.: установлены его источники, структура, техника и уголовно-правовые положения. Проведенный анализ «кодекса бусидо» показал, что этот квазюридический регулятор поведения самурайского сословия представлял собой эклектичный свод норм и правил воинов-буси с их идеалами верноподданничества и патриотизма. В статье определен знаковый переход к новому этапу в юридической истории после «Уложения Кэмму» 1336 г. в период «Воюющих провинций». Он отличался ростом числа и значения локальных юридических памятников — княжеских сводов, клановых уложений, статутов «военных домов». Из всего этого перечня автор выделил и сопоставил по юридической технике подгруппу наиболее авторитетных сводов бункокухо, которые издавали наиболее крупные князья-даймё в целях систематизации местного права и упорядочения административно-судебной системы в империи.

Ключевые слова: сёгунат, кодификация, традиция, самураи, гири, бусидо, император, локальные акты, нормотворчество, юридическая техника

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 26 апреля 2020 г.

Дата принятия к печати: 15 октября 2020 г.

© Трикоз Е.Н., 2020.



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

Для цитирования:

Трикоз Е.Н. Военно-сословные кодификации в средневековой Японии: эпоха первых сёгунатов // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2020. Т. 24. № 4. С. 965–984. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-965-984.

DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-965-984

Research Article

MILITARY-ESTATE CODES IN MEDIEVAL JAPAN: ERA OF THE FIRST SHOGUNATES

Elena N. Trikoz

Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University),
Moscow, Russian Federation

MGIMO University,
Moscow, Russian Federation

Abstract. The phenomenon of clan-regional rulemaking during the military-oligarchic regime in medieval Japan is studied for the first time. The purpose of the study was a comparative analysis of the texts of the largest princely codes of *daimyo* and military houses, as well as the norms of the *Bushido code*. The analysis was carried out on the basis of historical-genetic and synchronous-logical methods using Japanese primary sources with a survey translation, as well as scientific and abstract materials of Japanese, English and Russian medieval studies. Among the results achieved, a typology and hierarchy of sources of traditional law of the Shogun period are identified. The evolution of the system of law sources from the Kamakura shogunate to the Miromati dynasty is traced. One of the most striking monuments of “*Kamakura law*” is examined (the military-estate code “*Goseibai Siki-moku*”, 1232). Its sources, structure, technic mode and criminal provisions are studied. The analysis of the Bushido code showed that this quasi-legal regulator of the samurai behavior was an eclectic code of norms and rules for the bushi warriors with their ideals of loyalty and patriotism. The main transition to a new stage in the legal history of Japan after the “*Kammu code*”, 1336 and during the period of “*Warring Provinces*” was established. It was distinguished by an increase in the number and significance of local law monuments — princely and clan codes, city statutes and charters of merchants' houses. From this list, the author singled out and compared in juridical techniques the ten large *bunkokuho* codes published by the largest princes-*daimyo* in order to systematize local laws and streamline the administrative-judicial system.

Key words: Shogunate, codification, tradition; Samurai, giri, bushido, emperor, local acts, rulemaking, legal technique

Conflicts of interest. The author declared no conflicts of interest.

Article received 26 April 2020

Article accepted 15 October 2020

For citation:

Trikoz, E.N. (2020) Military-estate codes in medieval Japan: era of the first shogunates. *RUDN Journal of Law*. 24 (4), 965–984. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-965-984.

Источники традиционного права первого сёгуната

Традиционная юридическая система Японии, древнейшей в мире «непрерывной монархии» и крупной мировой державы современности, остается компаративистским артефактом, постоянно привлекает к себе повышенное внимание инокультурных историков, политиков и юристов.

С самого своего зарождения японская правовая система испытывала влияние соседних государств, привнося в собственное правовое развитие иностранные транспланты и новации, умудряясь сохранять уникальную самобытность и традиционность. Поэтому сформировалась своеобразная правовая цивилизация с насыщенной политико-правовой историей и оригинальной правовой системой, которая, с одной стороны, тяготеет к дальневосточному типу правовой семьи, а с другой, — имеет большой крен в сторону романо-германской правовой традиции с элементами англо-американской правовой системы (Denisenko, Trikoz, 2018:34–35).

Следует отметить, что в российской юридической литературе и востоковедении довольно слабо изучена история средневекового японского права и предпосылок формирования пореформенного правового государства. В соответствии с этим актуализируется исследовательская задача проанализировать этапы и особенности традиционного права Японии, дать характеристику юридическим источникам древнего, раннесредневекового и классического средневекового периодов. Для реализации поставленной задачи мы попытаемся дать контекстный анализ специфики японского права в досёгунский период (VII–XI вв.) и проследить эволюция системы источников права в период с кон. XI — нач. XII вв., когда наступает эпоха сёгунатов, которая характеризовалась раздробленностью страны, и вплоть до XV века, когда начинается формироваться сёгунат Токугава как предшественник новой эпохи великих реформ Мейдзи-исин.

Актуальность сравнительно-исторического изучения памятников права эпохи японских сёгунатов, в частности, Кодекса «Госэйбай сикимоку», кодекса «бусидо» и др., обуславливается тем, что способствует составлению корректных и глубоких историко-правовых представлений о правовой системе средневековой Японии, дает более развернутое понимание предпосылок формирования современного правового государства в этой стране.

Древнее островное государство в Восточной Азии (*Hinpon*, яп. 日本 — «место, где восходит Солнце») начало складываться в районе Ямато приблизительно в период III–IV вв. («эпоха курганов»). Основателем древнейшей династии Ямато считается государь (яп. *тэнно*) Дзимму (301–316 гг.), как первый земной правитель и по легенде прямой потомок синтоистской богини Солнца — Аматаэрасу. Именно с его правлением связывают начало японской государственности (яп. *кокка* — «государство») и основание царствующей по сей день в Японии императорской династии «*микадо*», представляющей собой непрерывный ряд из ста двадцати одного императора и девяти императриц. Эта дина-

ствия характеризуется долговечностью царствовавших правителей на протяжении уже двух с половиной тысяч лет.

Первый сёгунат в Японии как экстраординарная военная система правления, существенно потеснившая императора и его двор, начала складываться в начале XII в. Так, в 1190-е гг. образуется новый политический центр в городе Камакура (Paskov, 1987:20–35). Впоследствии под сёгунатом стали понимать систему военного режима во главе с аристократичным правителем *сёгуном*¹ и его военно-полевой ставкой-*бакуфу* (с 1192 по 1867 гг.)². В этот период реальная политическая власть находилась в руках сёгуна, должность которого передавалась по наследству в рамках нескольких наиболее сильных кланов и знатных родов, хотя формально этот титул жаловался высочайшим указом императора (Smith, 1983:14–15). Но в действительности *тэнно* потерял свой былой авторитет фактического главы государства, сохранив сугубо формальные и церемониальные функции.

На протяжении XII–XIX вв. государством последовательно управляли несколько наиболее сильных аристократических клана — военно-клановая олигархия (Sansom, 1958:199–230): сначала *Минамото* и *Фудзивара* (1192–1333 гг.) со ставкой в городе Камакура («Камакурский сёгунат»); затем род *Асикага* (1338–1573 гг.) со ставкой в г. Муромати («Киотский сёгунат»); и наконец род *Токугава* (1603–1867 гг.) со ставкой в г. Эдо («Эдоский сёгунат»).

При этом власть клановых лидеров не имела сакральной составляющей, и сёгуны вынуждены были опираться на привилегированный слой воинов — самураев³, из которых назначались все чиновники, судьи и служащие бакуфу (Friday, 2004). Прямыми вассалами были князья-*даймё*, которые отправляли службу сёгуну в столице и управляли собственными провинциями, могли надевать своих арьер-вассалов земельными владениями на основе специального акта *содэхан кудасибуми*, типа «жалованной грамоты» с княжеской монограммой (*као*) на полях справа.

К концу XV — XVI вв. оформилась новая система кланового землевладения — вместо прежних средних поместий *сёэн* возникли крупные княжеские землевладения *хан*. Участились междоусобные войны, страна признала вас-

¹ Собственно титул сэйи-тайсёгун означал «Великий сёгун, покоряющий варваров». Наименование фактического главы государства — *сёгун* было заимствовано из китайского языка и переводилось как «генерал» (кит. *jīāngjūn*). В японских источниках понятие «*сёгун*» разъясняется как «полководец, по приказу императора становящийся во главе войска, которое подавляет какой-либо бунт или усмиряет варваров».

² Изначально термин «*бакуфу*» означал «палаточный лагерь», которым обозначалось место расположения полководца, его военно-полевая ставка. (Mass, 1988:143).

³ Самурай (яп. *сабурау*; «служилый человек», или «слуга») — это воинское сословие крупных владельцев князей-*даймё*, их вассалов и арьер-вассалов из мелких дворян. Выступали в роли воинов-рыцарей, телохранителей *даймё*, слуг в бытовой жизни. Вооружались двумя мечами-*дайсё*, катаной или длинным луком (Turnbull, 1996:10–12).

сальную зависимость от своего могущественного соседа Китая, сильно выросло влияние буддийской церкви. Потребовалось дальнейшее укрепление правовых основ в условиях нарастания центробежных тенденций в провинциях и усиления военной власти сёгуна и других важных *даймё*.

В период первых двух сёгунов продолжала использоваться типология и иерархия источников традиционного права Японии, сложившаяся в предшествующий период законов *рицурё*. Но в то же время появились такие нормативные акты, как *распоряжения сёгунов*, которые *de facto* стали выше императорских указов и постановлений *тэнно*, оттесненных на второй план (Роров, 1984). Вторая авторитетная категория источников этого периода — это *инструкции бакуфу*, которые постепенно сформировали значимый пласт средневекового административного права и составляли наиболее авторитетную для всей страны группу источников, в том числе для регулирования отношений во владениях *самураев* (акты *букэ хо*) (Friday, 2010).

В непосредственных владениях аристократии издавались акты *кугэ хо* для регулирования внутренних отношений, управления землей и людьми, а источники права крупных землевладельцев-*сёэн* в их вотчинах назывались акты *хондэ хо* (Asakawa, 1965:137). В отдельный блок выделились акты религиозных организаций в их владениях. Многие из них еще по традиции продолжали воспроизводить особую «текущую практику» прежних лет (яп. *гёдзи*). Например, при регламентации уголовно-правовой процедуры опирались на сборники решений, составленные региональными полицейскими органами, делали отсылку к местным *обычаям* и морально-правовым обыкновениям *гири*.

Интересно отметить, что в зависимости от способа оформления различить четыре типа актов в государственно-удельном законодательстве. Во-первых, это *кабэгаки* — приказы бакуфу, прикрепленные с целью обнародования на стенах ведомств и воротах храмов, и адресованные в основном административным чиновникам. Во-вторых, это *косацу* — тексты на деревянных дощечках в наверхие шестов, которые стояли на перекрестках, площадях и рынках, и предназначались для более широкой аудитории. В-третьих, *гэтидзё* — судебные вердикты бакуфу и приказы военных домов, подписанные высшими чиновниками сёгуната с особой завершающей фразой: «таково повеление». В-четвертых, это *хосё* — особая форма письменного послания высокого чиновника, составленная его секретарем и им же подписанная фразой: «передано так в соответствии с повелением» (Polkhov, 2014).

Создание первых военно-сословных сводов права

На смену прежним, раннесредневековым сводам *рицурё* эпохи прямого правления императоров пришли локальные военно-сословные своды, издававшиеся по распоряжению феодальных кланов и усугублявшие разрушение некогда единой правовой системы Японии. Она постепенно распадалась на местные

правопорядки отдельных княжеств, сельских общин, территориальных союзов самураев, самоуправляющихся городов, монастырей и др. (Hall, 1906).

Одним из самых ранних и наиболее известных источников сёгунского периода считается военно-сословный кодекс «*Госэйбай сикимоку*» 1232 г. (яп. «Список наказаний», или «Судебные предписания правительства»). Он был издан в период сёгуна Камакура как величественный памятник самурайского законотворчества (Tolstoguzov, 1992). Это был первый документ, составленный под явным влиянием китайской идеологии и письменно зафиксировавший обычное право военных домов Японии (Gamaley, 2012:30–35).

Текст «*Госэйбай сикимоку*» готовили по приказу регента-*сиккэна* Ходзё Ясутоки (1224–1242 гг.), который был реальным «держателем власти» при бездействующих сёгунах (Deal, 2007:95–98). Он прославился более либеральным курсом управления и реформами правительства в Камакуре. Дабы избежать обвинений в попытке установления диктатуры в сёгунате и усыпить бдительность воинственно настроенных *гокэнинов* (мелкое служилое дворянство из самураев), этот регент проводил ограничительную политику в отношении полномочий столичных аристократов и их влияния на сёгунов, ввел правило контрасигнатуры указов через советников-*рэнсё*. Наконец, в 1232 г. Ходзё созвал законодательную комиссию под своим председательством. Она состояла из 13 видных государственных деятелей с участием группы влиятельных самураев (известны имена таких советников *сиккэна*, как Ота Ясуцура, Сато Наритоки, Фудзивара Дзээн и Яно Томосигэ). Им было поручено составить образцовый сословный кодекс, который был бы основан на восточно-японском обычном праве и устных самурайских «военных законах» (Polkhov, 2014).

Эти нормы самурайской этики и корпоративного права складывались на протяжении XI–XIII веков (Blomberg, 2013:10). В их основе лежал «принцип Дао» (яп. *дори*), на котором было основано самурайское понимание справедливости и закона высшей истины (Adolphson, 2000:480). Одной из скрытых целей нового кодекса была необходимость более действенного контроля *Камакурского сёгуна* над западно-японскими подданными, поэтому предусматривались строгие уголовные санкции за мятежи и захваты земель (Mass, 1990:30–55).

Кодекс «*Госэйбай сикимоку*», утвержденный 30 июля 1232 г., первоначально состоял из 51 статьи, которые были разделены на три тематические части: «Небо», «Земля» и «Человек». Они в свою очередь объединяли такие тематические подгруппы норм, как организация сёгуна — Сюго и Дзито (ст. 3–5, 38), иные чиновники (ст. 37, 39–40), буддийские монастыри и синтоистские святилища (ст. 1–2), собственность и землевладение (ст. 7, 8, 36, 43, 47), управление наделами (ст. 42, 46), купля-продажа наделов (ст. 48), наследование (ст. 18–27), уголовное право (ст. 9–17, 32–34), судопроизводство (ст. 6, 28–31, 35, 41, 44, 45, 49–51)⁴.

⁴ Текст переведен на английский язык, смотри в книге (Hall, 1906).

Здесь заметно влияние как традиционной японской религии синто (Hardacre, 2002) и конфуцианства, так и местных обычаев и прецедентов, а также сословно-корпоративных установлений (Bloomberg, 1976:22–25). Так, выдержки из трактата Конфуция «*Лунь юй*» вошли в первую статью свода (Crump, 1953:91–102). Синтоистская традиция долга и уважения к старшим нашла отражение в предписаниях о покорном поведении вассала по отношению к сюзерену, сына или дочери по отношению к родителям и т.д. В ст. 18 описывается долг дочери, которой должно проявлять послушание отцу, в противном случае к ней могут быть применены санкции в виде лишения наследства и др. В ст. 19 говорится о долге сына или вассала, порицаются те вассалы или приемные сыновья, которые отвернулись от своего покровителя или его потомков. Статья 22 говорит о родительском долге, согласно которому родители обязаны выделить наследство любому из сыновей, кроме тех, кто «не исполняет никакой службы» и «ведет себя неподобающим образом».

Нашли здесь отражение отдельные буддистские мотивы и традиции времен ранних японских текстов «*Кодзики*» и «*Нихон Сёки*» VIII в., в которых были легализованы гомосексуальные отношения между воинами (Watanabe, Jun'ichi, 1989; Leupp, 1995). Была одобрена практика *сюдо* (яп. «путь юноши»), которая включала в себя традиционные гомосексуальные отношения между взрослым и юношей. Еще ранее было распространено понятие *тюдо*, описывавшее любовные связи буддистских бонз и их послушников. Нормы поведения *сюдо* между самураями пользовалась большой поддержкой, уважением и поощрялась, так как считалось, что эта практика мужской любви благотворно влияет на юных воинов, наставляет их достоинству, честности и чувству прекрасного.

Уголовно-правовая часть «*Госэйбай сикимоку*» содержит составы таких преступлений, как убийство, оскорбление, хищение, «преступные связи с чужой женой», оговор, неявка в суд, укрывательство преступников и др. В «лестницу наказаний» вошли такие меры, как смертная казнь, конфискация имущества, ссылка и даже своего рода исправительные работы в виде ремонта синтоистских или буддистских храмов (ст. 15). Принцип сословности назначения наказания подчеркивается в ст. 13 кодекса, согласно которой самурай, обвиненный в избиении, несет меньшее наказание, чем лицо низшего сословия. Но при этом ст. 42 запрещает применять к крестьянам произвольные меры и незаконную конфискацию.

В ст. 9, посвященной деятельности «мятежников», уточняется, что «данный кодекс не может предусмотреть всех случаев, поэтому всегда надо следовать установившейся практике и опираться на конкретные обстоятельства». Также в отдельный состав выделялась деятельность «*акүто*» (букв. преступные шайки), как оппозиционных режиму дружин самураев, распространенных

в конце *сёгуната Камакура*⁵. Со временем *сюго* (военные губернаторы) в провинциях получали право устанавливать отношения с «*акүто*», приговаривать к конфискации имущества и распределять земли по указу бакуфу (Jansen, 1995:114).

Кодекс «*Госэйбай сикимоку*» фактически заместил собой прежние традиционные правовые нормы на землях под властью сёгуна. Как отмечается, после укрепления режима бакуфу аристократия и монастыри все чаще подавали иски в самурайские инстанции («суд воинов»), где споры разрешались строго по нормам кодекса «*Госэйбай сикимоку*». Его свитки рассылались во все провинции прямым вассалам сёгуна — *гокэнин*. Как подчеркивал сам сёгун Ходзё Ясутоки, нормы его кодекса должны были дойти до сведения всех подданных Поднебесной, в том числе до простого и неграмотного населения, чтобы он не превратился «в ловушку, подобную западне оленей». В последующие века данный кодекс постоянно дополнялся, и его объем вырос до 700 статей. К XIV в. он был признан священной книгой, свидетельствуя о политической зрелости самурайства и их сословной консолидации. Его текст нередко размещали внутри буддийских статуй и ему поклонялись как реликвии бедные воины. «*Госэйбай сикимоку*» стал основой для чтения лекций образованным людям, к нему составлялись судебные комментарии, его использовали как школьный учебник для тренировки чтения и письма еще в период сёгуна Токугава (Tolstoguzov, 1992:130).

В XII–XIII вв. на основе рассмотренного источника, других норм самурайской этики и сословных обычно-правовых традиций, с включенными элементами конфуцианства, буддизма (прежде всего буддийской секты Дзэн)⁶ и синтоизма, складывался особый источник корпоративного самурайского права — «*Кодекс бусидо*» (яп. «Путь воина») (Inazao Nitobe, 2005).

Этот огромный эклектичный свод норм и принципов *бусидо* с идеалами верноподданничества и своеобразного патриотизма объединил в себе правила взаимоотношений японских владетельных князей как сюзеренов и их вассалов — благородных воинов, закрепив особую патриархальную природу этих связей по типу «отческой заботы о своих сыновьях» (Russell, 1958; Kuroda, 1982:134–141).

Этим он существенно отличался от договорной природы вассально-ленных отношений в западноевропейской феодальной традиции («*фьефные контракты*»). Нормы *бусидо* могли содержаться в кодексах *кахо* («*семейные законы*», «*законы дома*») и *какун* («*семейные нормы поведения*») (Imagawa, Steenstrup, 1973:295–316). В системе социальных отношений, которой был присущ в период сёгуна диалогический характер, формы воинской традиции самураев варьировались от княжества к княжеству.

⁵ О нарушениях правопорядка самураями в отдаленных провинциях см. (Mass, 1976:27–28).

⁶ Учение дзэн оказало сильное влияние не только на бусидо, но и на такие традиционные виды японского искусства, как поэзия (*хайку*), каллиграфия (*седо*), чайная церемония (*садо*), аранжировка цветов (*кадо*). (Spalvin, 1999:153–154).

Совокупный «кодекс бусидо» требовал абсолютной личной преданности воина (*буси*) своему сюзеру (Cleary, 1999), не содержал перечня личных прав, свобод или привилегий воинов-вассалов, напротив, предписывал, чтобы любое бесчестье самурай возмещал требуемым в таком случае самоубийством (Ермакова, 2012:30–35). Истинный самурай в военном походе соблюдал три главных обета: не вспоминать свой родной дом, забыть о жене и детях, не думать о ценности собственной жизни.

Самураи практиковали дзэн-медитацию для своих физических и духовных упражнений, тренировали спокойствие и хладнокровие при любых обстоятельствах (Nukaria, 2003). Основной сутью «пути воина», воплощенного в морально-этическом кодексе *бусидо*, было постоянное самосовершенствование, которое складывалось из верховенства чувства морального долга (*ги*), сохранения личной чести и репутации (*таймэн*), ревностного исполнения повседневных обязанностей и служения клану (Gamaley, 2012:30–45).

Нормативно-регулятивная функция почти целиком перешли в этот период к местным правителям. Они нередко прямо санкционировали и издавали для своих жителей сборники обычного права и этико-правовых обыкновений, традиционных наставлений под названием «*гири*». Они представляли собой издавна сложившиеся нормы поведения для каждого вида человеческих отношений, основанные на традиционных и моральных устоях, на чувстве привязанности и долга, объединявшем индивидуумов в их взаимоотношениях.

Японские традиционные *гири* исходили из соображений приличия, регулировали поведение индивида на все случаи жизни: отношения отца и сына, мужа и жены, дяди и племянника, а вне семьи — отношения собственника и арендатора, заимодавца и должника, торговца и клиента, старшего чиновника и его подчиненного. *Гири*, наряду с начальствующим приказом — законодательными нормами, обеспечивали средневековый японский «правопорядок» и соблюдались автоматически, под страхом осуждения со стороны общества. Различные критерии тяжести «нарушений приличия» были тесно связаны с социальной принадлежностью индивида. *Гири* базировались на учении традиционной японской религии — синтоизма, помимо этого в них нашли отражения идеи конфуцианства.

Система источников в эпоху первых двух сёгунатов с типологической точки зрения претерпела ряд изменений. Но, к сожалению, вплоть до эпохи Мейдзи-исин так и не сложилось правового единообразия и централизованной правовой системы. Рассмотренный выше кодекс «*Госэйбай сикимоку*» и система традиционных *гири* продолжали играть роль основного закона для многочисленного населения и в особенности для воинского сословия, определенным образом унифицируя правовое регулирование и обеспечивая юридическую преемственность развития.

Волна локальных кодификаций в период второго сёгуната

В 1333 г. произошло падение первого сёгуна Камакура, против которого выступил император Го-Дайго⁷ при поддержке самурайских родов. В скором времени он провел реформы под общим названием «*Рестаурация Кэмму*» в 1333–1336 гг. (Goble, 1996:45–50). Он попытался возродить централизованную империю времен рицурё и учредить новое гражданское правительство на основе прямого императорского правления.

Во время реставрации Го-Дайго были созданы такие органы центральной власти, как «Ведомство записей» с полномочием рассмотрения судебных исков о праве на землевладение, «Ведомство жалоб» с правом разрешения финансовых и имущественных споров и «Ведомство воинов» для обеспечения правопорядка в столице Киото и охраны Императорского дворца.

Однако в ближайший период император был повержен и бежал на юг, где основал «Южную династию», провозгласив себя единственным легитимным императором. Затем наступил короткий период двоевластия и правления двух династий. В стране было восстановлено бакуфу во главе с новым сёгуном из рода Асикага. Так оформился период *второго сёгуна Муромати* (1338–1573 гг.) (Henshall, 2012:43).

В этот период заметно меняется система источников средневекового права Японии. Принимается один из самых знаменитых памятников эпохи Муромати — политико-правовой манифест «*Кэмму сикимоку*» («*Уложение годов Кэмму*»), который датируется 10 декабря 1336 г., хотя император подписал его 11 декабря 1338 г.

Первый сёгун нового правящего дома *Асикага Такаудзи* (1305–1358 гг.) собрал совещание в Киото из своих приближенных советников, аристократов, буддистских монахов и влиятельных самураев. По итогам их заседания был составлен проект уложения из 17 статей, текст которого разработали два брата-монаха Дзээн и Синьэн из клана потомственных советников Накахарой. Однако они в процессе подготовки регулярно обращались за консультациями к ведущим знатокам права того периода (Гэньэ, Акаси Юкицура, Фусэ Додзё, Фудзивара Фудзинори и др.). Целью нового уложения была законодательная легитимация режима бакуфу Мураками и самурайского правительства, поднятия их авторитета, уровня доверия народа и предотвращения гражданских междоусобиц (Takekoshi, 2003). Также новый сёгунат преследовал благую цель снизить уровень преступности в Киото и обеспечить справедливое судопроизводство в провинциях (Рубль, 1997).

⁷ Это был уже 96-й император (29 марта 1318 — 18 сентября 1339 гг.), и приставка «го-» в его имени означает «преемник» или «следующий», то есть по сути это был император Дайго Второй, так как ранее уже был правитель под таким именем — император Дайго (897–930 гг.).

Название появившегося в результате кодекса «*Кэмму сикимоку*» означают правление бакуфу Асикага в *период Кэмму*, а сам термин «*сикимоку*» («уложение о наказаниях») и его объем в 17 статей подчеркивает преемственную связь этого свода с древней «Конституцией 17 статей» принца Сётоку Тайси (574–622 гг.) (Kemmu, Shikimoku, 2001:419–420). В целом новое уложение «*Кэмму сикимоку*» обобщило большой пласт накопленных к тому времени этико-правовых, традиционных и моральных норм и установок (Eremin, 2010:116–117).

Согласно его положениям всем подданным сёгуната предписывалось вести себя набожно, учтиво, рачительно, экономить средства и др. В ст. 1 и 2 запрещалось демонстративное потребление (*басара*), «пьянство и азартные игры»; в ст. 3 и 4 — «беспорядки должны подавляться», необходимо прекратить бесосновательные конфискации; однако это не касается ростовщиков, чьи «неисчерпаемые средства должны пойти на процветание страны» (ст. 6). Не разрешалось вмешиваться в государственную политику и распределение постов со стороны женщин, людей святилищ и монахов (ст. 8).

Уложение предписывало строго следить за дисциплиной чиновников, соблюдением рангов, критериями отбора военных губернаторов *сюго* («защитников») и приближенных сёгуна (ст. 7, 9, 12), запрещало взяточничество и подарки госслужащим (ст. 10 и 11). В зависимости от размера взятки чиновник должен был наказываться пожизненным или временным отстранением от должности. Также закреплялись правила вынесения судебных постановлений, внимательного разбора исков незнатных людей и поступающих из буддистских и синтоистских храмов (ст. 15–17).

Этот новый этап в истории сёгунатов связан с резкой политической дестабилизацией и напряженным противостоянием разрозненных провинций. Среди крупных военных князей-*даймё* разразилась междоусобица под названием «война годов Онин-Буммэй» (1467–1477 гг.) (Tolstoguzov, 1995). Наступил длительный беспокойный *период Сэнгоку*, эпоха «воюющих провинций» (1467–1590 гг.), во время которой резко ослабла власть сёгунов рода Асикага, а бакуфу перестал контролировать даже ближайшие к столице провинции. Начал усугубляться процесс децентрализации правительства и феодальной раздробленности, удельные княжества стали объявлять себя автономными политическими единицами. В историографии японского государства и права этот период также связывается с системой *бакухан* как конгломерата центрального правительства бакуфу Токугава и сохранивших значительную самостоятельность княжеств (*хан*) (Hall, 1974; Polkhov, 2017:145).

В период Сэнгоку резко возрастает число и значение локальных юридических источников — сводов различных княжеств, клановых уложений, статутов автономных городов и купеческих домов (Ramseyer, 1979:209–230).

Так, в результате активизации правотворчества местных правителей *даймё* было создано более десятка крупных сводов *бункокухо*, которые издавались в целях систематизации местного права и упорядочения административно-

судебной системы. В их числе, например, своды «Косю хатто-но сидай», «Рок-каку-си сикимоку», «Юки-си синхатто», «Имагава канамокуроку», «Имагава канамокуроку цуйка», «Сосё дзёмоку», «Дзинкайсю» и др. (Polkhov, 2015). Рассмотрим далее некоторые из них, наиболее примечательные в плане средневековой юридической техники и традиционных институтов.

Один из таких сводов — «*Косю хатто-но сидай*» («Законы провинции Каи») (Meshcheryakov, Smirnov, (eds.), 2015) был принят провинциальным *даймё* по имени Такэда Харунобу предположительно в 1547 г. Свод состоял из 57 статей, которые не так давно были переведены на русский язык со старояпонского (Polkhov, 2015:503–519). На этот свод оказал заметное влияние похожий кодекс соседнего княжества, изданный правителем Имагава Удзитика в 1526 г. под названием «*Имагава канамокуроку*». Последний содержал 33 статьи, почти половина из которых были инкорпорированы в свод Такэда 1547 г., и, вероятно, задумывался как судебное руководство по тяжбам для княжеских администраторов и вассалов (Polkhov, 2015:425–436).

В «Законах провинции Каи» вассалам и крестьянам предписывалось не забывать недавние раздоры в Поднебесной и потому «держат оружие наготове». Особое место отводилось взаимоотношениям чиновников *даймё* и сельских общин. Согласно ст. 55 свода, «любой, будь то человек низкого или высокого звания» мог подать иск в суд *даймё*, если даже сам Харунобу нарушит положения свода (Polkhov, 2010:34–35).

В 1556 г. один из *даймё* восточной Японии — Юки Масакацу принял собственный кодекс «*Юки-си синхатто*» («Новые законы клана Юки»). Документ состоял из преамбулы и 104 статей Sources of Japanese Tradition (Wm. Theodore de Bary (ed.), 2001:423–424). Он издавался с целью упорядочения вассальных отношений и эффективного управления разросшейся провинцией. Поэтому в конце документа помимо монограммы самого *даймё* были поставлены печати еще 15 наиболее состоятельных вассалов. Тем самым *даймё*-законодатель хотел посредством их поддержки поднять престиж своей судебной юрисдикции и обеспечить исполнимость выносимых решений.

Особые представители *даймё* — чиновники *бугё* получили, согласно данному своду, исключительное право следить за порядком в синтоистских святилищах и на их церемониях, а также на ярмарках с правом привлечения к ответственности правонарушителей (ст. 17, 30). Другая категория княжеских чиновников — *якунин* были уполномочены вести надзор за торговлей и монетным делом, мерами и весами, уровнем цен на рис и проч. (ст. 83–92). Мелкие и средние вассалы — *синан* получили право обращаться в суд *даймё* за защитой от произвола своих сюзеренов — *ояката* (ст. 31), и эти последние не имели права без разрешения *даймё* наследовать владения после смерти своих *синан* (ст. 90). Княжеская юрисдикция охватывала дела по задолженности вассалов и прощения долгов ленников (ст. 35–36, 39–46), семейно-наследственные и брачные дела вассалов (ст. 22, 28, 52–53, 57).

В средневековом мировоззрении клановость и родовое имя ставились превыше всего, за исключением верности и преданности своему *даймё* (ст. 51). Поэтому самым тяжким преступлением считалась измена сюзерену, которая безоговорочно влекла смертную казнь самого изменника и даже его родных (что означало, по сути, физическое истребление клана), а также конфискацию владений и потерю кланового имени — *иэ* (ст. 22). К слову, такое совокупное наказание, состоящее из конфискации и потери имени рода, встречается довольно часто в кодексе, например, за участие вассала в азартных играх, укрывательство беглых убийц и разбойников и др. (ст. 1, 4–7, 22, 25–28, 32–33, 37–38, 46, 48, 99).

В рассматриваемом своде допускался самосуд над правонарушителем и даже его безнаказанное убийство, совершенное жертвой или свидетелями преступления (ст. 1, 8–10, 20). Устанавливалось правило «круговой поруки» — коллективная ответственность в виде штрафа для всей деревни, по вине жителей которой был уничтожен урожай или на земле которой было совершено убийство неизвестным лицом (ст. 16).

В особую подгруппу можно объединить предписания свода, образовавшие мини «воинский устав» (ст. 21, 25–27, 66–70, 98). Здесь упоминаются *самураи* как высшая прослойка служилых людей из городов, где они противопоставляются деревенскому зависимому сословию — *гэнин*. Без санкции даймё нельзя было производить ни одной военной акции, самовольно возвращаться из военного похода или разведки, нарушать воинские приказы (ст. 26, 69, 96, 98). Как отмечает С.А. Полхов, такого количества норм *гумпо* («военных законов»), как в «*Юки-си синхатто*», не найти ни в одном другом своде периода «воюющих провинций». Также исследователь выделяет в качестве характерной черты свода наличие норм о церемониале и этикете даймё и его вассалов: вести себя пристойно, избегать бранных слов и оскорблений, не злословить в замке даймё, приходить на службу в подобающей одежде и щедро угощать гостей по уставу (ст. 61–65, 94) (Polkhov, 2013:175–197).

Еще один юридический памятник рассматриваемой эпохи, который в японской историографии сравнивают со знаменитой «Великой хартией вольностей» 1215 г. в Англии, — это «*Роккаку-си сикимоку*» 1567 г. (Polkhov, 2011:181–221). Его текст создавался как своего рода двусторонний феодальный договор между высокими даймё, крупными феодалами, в том числе правителем этой провинции Роккаку Ёсихару (1559–1570 гг.), и его прямыми вассалами, представляя собой мирное соглашение после длительной междоусобной войны — «смуты Каннондзи» 1563 г. и конфликта с северным кланом Адзай (Eason, 2009:41–42).

«*Роккаку-си сикимоку*» включало преамбулу, клятвы вассалов (5 статей) и даймё (3 статьи), 67 статей основного текста и 6 поздних статей — *цуйкахо* (Уложение Роккаку, 2015:560–593). Оно основывалось на уже известных к тому времени сводах военных домов соседних провинций, использовало законодательство бакуфу, местные указы дома Роккаку как «высочайший закон» (яп. *го-*

хо), административные приказы вассалов-бугёнин, нормы обычного права вотчин (сёэн) и деревень (сёрэй), а также судебную практику провинции Оми (Polkhov, 2001:259–276).

В тексте данного свода закреплялись традиционные права и вольности землевладельцев-буси, их юридические гарантии, порядок разрешения споров, фискальные вопросы и т.д. Отныне предписывалось даймё Роккаку всегда советоваться по всем законопроектам с собранием из 20 своих вассалов. Если же его прежние указы и решения были признаны «несправедливыми», то уже не могли применяться в будущих делах в качестве прецедентов (ст. 1, 6, 38). Эта коллегия из 20 вассалов под председательством даймё отправляла высшие судебные функции в провинции, заслушивала доклады о тяжбах и жалобах от специальных посредников из числа наиболее известных вассалов, но при условии, что эти дела не идут «во вред княжеству и высочайшему дому [даймё]» (ст. 63–66). Была детально описана судебная процедура разрешения споров при посредничестве главного даймё не только с вассалами-землевладельцами, но и по искам торговцев и старост-мёсю крестьянских общин, например, об оспаривании земельных и водных границ (ст. 13–24) (Polkhov, 2011:220).

Наконец, выделим такой памятник княжеского права сёгунского периода, как «*Оути-си окитэгаки*». Это было родовое уложение княжеского дома Оути, который восходил своими корнями к правителям корейского царства Пэкче и был причислен к прямым вассалам сёгуна — *гокэнин* (Polkhov, 2014). В этом своде нашли отражение основы экономической и налоговой политики, запрет расточительства, административно-правовые нормы деятельности и документооборота бугёнин и ведомств; церемониальный порядок и нормы этикета при дворце даймё; религиозная политика, правовое положение храмов и святилищ. В отдельный блок были впервые выделены нормы вещного права, институт земельной собственности и ее защита; вассальные нормы поведения, их повинности и правила военной службы, преследование беглых крестьян; процессуальные нормы и порядок судопроизводства, объявление амнистии и проч.

Окончательно сёгунат Муромати был ликвидирован в 1573 г., когда военачальник Ода Нобунага, возглавивший объединение страны, захватил Киото и изгнал последнего сёгуна рода Асикага. Последнее самостоятельное княжество даймё было захвачено и подчинено в 1590 г. (Arnesen, 1979:246).

Заключение

На основе проведенного исследования историко-правового развития средневековой Японии и анализа отдельных военно-сословных кодификаций права представляется возможным установить примерную иерархию и типологию источников традиционного права сёгунского периода. В качестве важного итога предпринятого исследования удалось проследить этапы становления и развития системы источников права, начиная с сёгуната Камакуры и далее вплоть сёгу-

нов династии Миромати. На основе сравнительно-исторического анализа был изучен один из самых ярких памятников «камакурского права» — военно-сословный кодекс «Госэйбай сикимоку» 1232 г.: проанализированы источники его составления, содержательно-структурные особенности и специфика языка изложения и формулировок (на примере отдельных уголовно-правовых положений). Проведенный также анализ «Кодекса бусидо» позволил сделать вывод о том, что перед нам предстает, по сути, квази-юридический регулятор поведения самурайского сословия, так как он представлял собой эклектичный свод не только правовых норм, но и этических правил поведения воинов-буси с их идеалами верноподданничества и патриотизма.

Важным результатом нашего исследования является также определение знакового перехода к новому этапу в юридической истории Японии периода «Воюющих провинций», водоразделом которого послужило «Уложение Кэмму» 1336 г. Этот период истории военно-сословных кодификаций отличался, как удалось установить, ростом количества и значения локальных юридических памятников — разнообразных статутов «военных домов», местных княжеских сводов и клановых уложений. Из всего этого перечня мы сопоставили по юридической технике и проанализировали подгруппу наиболее значимых «сводов бункокухо», издаваемых крупными князьями-даймё в целях систематизации местного права и упорядочения административно-судебной системы в империи.

Этот анализ позволил сделать вывод, что в эпоху сёгунатов и диктатуры бакуфу в Японии стремительно расширяли свое юрисдикционное пространство локальные правовые системы владетельных князей и глав провинций, и постепенно вся полнота административно-судебной и законодательной власти сосредотачивалась в руках военно-аристократических группировок. В итоге военная каста породила свое собственное обычное право *букэ-хо* (Lege, 2009:236), сформировала своего рода «кодекс чести», основанный на локальных правилах, обычаях и прецедентах абсолютной преданности вассала сюзерену (Friday, 2004; Friday, 1994:339–349). И уже к эпохе третьего сёгуна Токугава в средневековой Японии сложился целый ряд кодексов воинских домов (*кахо*), сборников родовых заповедей (*какун*) и других документов, систематизировавших разнообразные этические ценности сословия самураев и традиционные морально-нравственные устои княжеского сословия.

Таким образом, военно-сословные кодексы средневековой Японии, будучи актами локального нормотворчества, формально юридически распространялись на все владения прямых сёгунских вассалов (Eremin, 2010:78), но в то же время дополнялись в силу преэминентности централизованными законами *рицурё* и указами *бакуфу*.

Библиографический список / References

Adolphson, M.S. (2000) *The gates of power: monks, courtiers, and warriors in premodern Japan*. Honolulu, University of Hawaii Press.

- Arnesen, P.J. (1979) *The Medieval Japanese Daimyo. The Ouchi's Family Rule of Suo and Nagato*. New Haven, Yale University Press.
- Asakawa, K. (1965) *Land and Society in Medieval Japan*. Tokyo, Japan Society for the Promotion of Science.
- Blomberg, C. (2013) *The heart of the warrior: origins and religious background of the samurai system in feudal Japan*. London, Routledge.
- Bloomberg, C. (1976) *Samurai Religion: Some Aspects of Warrior Manners and Customs in Feudal Japan*. Uppsala, Text Gruppen.
- Cleary, Th. (1999) Code of the Samurai. A *Contemporary Translation of the Bushido Shoshinshu of Taira Shigesuke*. Trans. by Thomas Cleary. Rutland, Tuttle Publishing.
- Crump, J.I. (1953) Penal Law in Early Japan. *Occasional papers. Center for Japanese Studies (University of Michigan)*. (4), 91–102.
- Deal, W.E. (2007) *Handbook to Life in Medieval and Early Modern Japan*. Oxford University Press US.
- Eason, D.A. (2009) *The Culture of Disputes in Early Modern Japan, 1550–1700*. Los Angeles, University of California Press.
- Ermakova, L.M. (ed.) (2012) *Yaponskiye skazaniya o voynakh i myatezhakh [Japanese Tales of War and Rebellion]*. Perevod s yaponskogo, vstupitel'naya stat'ya i kommentarii V.A. Onishchenko; Nauchnyi redaktor L.M. Ermakova [Translation from Japanese, introductory article and commentary by V.A. Onishchenko; Scientific editor]. Saint Petersburg, Hyperion Publ. (in Russian).
Японские сказания о войнах и мятежах / Пер. с яп., вступ. статья и коммент. В.А. Онищенко; Науч. ред. Л.М. Ермакова. СПб.: Гиперион, 2012. 480 с.
- Friday, K.F. (1994) Bushido or bull? A medieval historian's perspective on the imperial army and the Japanese warrior tradition. *The History Teacher*. 27, (3), 339–349.
- Friday, K.F. (2004) *Samurai, Warfare and the State in Early Medieval Japan*. New York, Routledge.
- Friday, K.F. (2010) They Were Soldiers Once: The Early Samurai and Imperial Court. *War and State Building in Medieval Japan*. Ed. by J.A. Ferejohn, F. Rosenbluth. Stanford, Stanford University Press.
- Gamaley, M.S. (2012) Influence of Socio-Political Factors on the Formation of Samurai Values. *RUDN Journal of World History*. 2012. (3), 6–23. (in Russian).
Гамалей М.С. Влияние социально-политических факторов на становление системы ценностей самурайского сословия // Вестник РУДН. Серия «Всеобщая история». 2012. № 3. С. 6–23.
- Gamaley, M.S. (2012) *Transformatsiya moral'no-eticheskoy samootsenki samurayskogo sosloviya v period Tokugava (1603–1868) [The transformation of the moral and ethical self-esteem of the samurai class during the Tokugawa period (1603–1868)]*. Moscow. Diss. ... of historical sciences. Peoples' Friendship University of Russia. (in Russian).
Гамалей М.С. Трансформация морально-этической самооценки самурайского сословия в период Токугава (1603–1868): диссертация ... кандидата исторических наук. Рос. ун-т дружбы народов. М., 2012. 223 с.
- Goble, A.E. (1996) *Kenmu: Go-Daigo's Revolution*. Harvard, Harvard University Press, Asia Center.
- Denisenko, V.V., Trikoz, E.N. (2018) Tipologiya smeshannykh pravovykh sistem [Typology of mixed legal systems]. *Legal Science and Practice: Bulletin of the Nizhny Novgorod Academy of the Ministry of Internal Affairs of Russia*. 2(42), 29–37. (in Russian).
Денисенко В.В., Трикоз Е.Н. Типология смешанных правовых систем // Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. 2018. № 2 (42). С. 29–37.

- Eremin, V.N. (2010) *Istoriya pravovoy sistemy Yaponii [History of the legal system of Japan]*. Moscow, ROSSPEN Publ. (in Russian).
Еремин В.Н. История правовой системы Японии. М.: РОССПЭН, 2010. 296 с.
- Hall, J.W. (1974) *Government and local power in Japan, 500 to 1700: A study based on Bizen Province Hall*. Princeton, Princeton University Press.
- Hall, J.C. (1906) Japanese Feudal Law: The Institutes of Judicature. *Transactions of the Asiatic Society of Japan*. (34), 1–44.
- Hardacre, H. (2002) *Shinto: A History*. Oxford, Oxford University Press.
- Henshall, K.G. (2012) *History of Japan: From Stone Age to Superpower*. Palgrave Macmillan.
- Imagawa, R., Steenstrup, C. (1973) A Muromachi Warrior's Code of conduct which became a tokugawa schoolbook. *Monumenta Nipponica*. 28 (3), 295–316.
- Inazo, N. (1901) *Bushido, the soul of Japan: An exposition of Japanese thought*. Tokyo.
- Inazao, N. (2005) *Bushido: the spirit of the samurai*. Colorado, Shambhala.
- Jansen, M.B. (1995) *Warrior Rule in Japan*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Kemmu, Sh. (2001). *Sources of Japan Tradition*. Comp. W.T. de Bary et al. New York.
- Kuroda, N. (1982) *Notes on Regulations. Ideals of the Samurai: Writing of Japanese Warriors*. Los Angeles.
- Lege, R. (2009) *Velikiye pravovyye sistemy sovremennosti [The great legal systems of our time]*. Transl. with fr.]. Moscow, Wolters Kluwer Publ. (in Russian).
Леже Р. Великие правовые системы современности / Пер. с фр. М.: Волтерс Клувер, 2009, 584 с.
- Leupp, G. (1995) *Male Colors: The Construction of Homosexuality in Tokugawa Japan*. Berkeley, University of California Press.
- Mass, J.P. (1976) *The Kamakura Bakufu: A Study in Documents*. Stanford, Stanford University Press.
- Mass, J.P. (1974) *Warrior government in early medieval Japan: a study of the Kamakura Bakufu, Shugo and Jito*. New Haven, Yale University Press.
- Mass, P.J. (1988) Emergency of Kamakura Bakufu. *Medieval Japan: Essays in Institutional History*. Ed. by J.W. Hall, J.P. Mass. Stanford, Stanford University Press.
- Mass, J.P. (1990) The Kamakura bakufu. *The Cambridge History of Japan*. Vol. 3. Medieval Japan. Cambridge, Cambridge University Press.
- Mass, J.P. (1999) *Yoritomo and the Founding of the First Bakufu: The Origins of Dual Government in Japan*. Stanford, Stanford University Press.
- Meshcheryakov, A.N., Smirnov, I.S. (eds.) (2010) Ко:сю хатто-но сидай: структура zakonodatel'nogo ulozheniya epokhi sengoku. Per. S.A. Polkhova [Ко:shu hatto no sitai: structure of the legislative code of the Sengoku era. Trans. By S.A. Polkhov]. *History and culture of traditional Japan*. Tom. 3. Ser. Orientalia et classica: Proceedings of the Institute of Oriental Cultures and Antiquity, T. 32. Moscow, Russian State Humanitarian University Publ. (in Russian).
 «Ко:сю хатто-но сидай»: структура законодательного уложения эпохи сэнгоку / пер. С.А. Полхова // История и культура традиционной Японии: сборник статей / РГГУ; Отв. ред. А.Н. Мещеряков; под редакцией И.С. Смирнова. Том. 3. Сер. Orientalia et classica: труды Института восточных культур и античности, Выпуск 32. М.: РГГУ, 2010. 478 с.
- Nukaria, K. (2003) *Religiya samurayev. Issledovaniye dzen-buddiyskoy filosofii i praktiki v Kitaye i Yaponii [The religion of the samurai. A study of Zen Buddhist philosophy and practice in China and Japan]*. Saint Petersburg. Nauka Publ. (in Russian).
Нукария К. Религия самураев. Исследование дзен-буддийской философии и практики в Китае и Японии. СПб., Изд. Наука, 2003. 245 с.

- Paskov, S.S. (1987) *Yaponiya v ranneye srednevekov'ye. VII–XII veka. Istoricheskiye ocherki* [Japan in the early Middle Ages. VII–XII centuries. Historical essays]. Moscow, Nauka Publ. (in Russian).
Пасков С.С. Япония в раннее средневековье. VII–XII века. Исторические очерки. М.: Наука, 1987. 200 с.
- Polkhov, S.A. (2011) “Rokkaku-si sikimoku” — svod zakonov perioda “voyuyushchikh provintsiy” [“Rokkaku-si shikimoku” — a set of laws of the period of “warring provinces”]. *Japan Yearbook*. (44), 181–222. (in Russian).
Полхов С.А. «Роккаку-си сикимоку» — свод законов периода «воюющих провинций» // Япония. Ежегодник, 2011. № 40. С. 181–222.
- Polkhov, S.A. (2013) “Yuki-si sinkhatto” knyazheskiye zakony i nastavlениya dlya vassalov v epokhu Sengoku [“Yuki-si Shinhatto” princely laws and instructions for vassals in the Sengoku era]. *Japan Yearbook*. (42). 175–197. (in Russian).
Полхов С.А. «Юки-си синхатто» княжеские законы и наставления для вассалов в эпоху Сэнгоку // Япония. Ежегодник, 2013. № 42. С. 175–197.
- Polkhov, S.A. (2014) “Goseybay sikimoku” i ulozheniye perioda “voyuyushchikh provintsiy”: opyt сопоставleniya [“Goseibai Shikimoku” and the laying down of the “warring provinces” period: a comparison experience]. *Japan of our day*. 1(19), 65–105. (in Russian).
Полхов С.А. «Госэйбай сикимоку» и уложение периода «воюющих провинций»: опыт сопоставления // Япония наших дней. 2014. № 1(19). М.: ИДВ РАН, 2014. С. 65–105.
- Polkhov, S.A. (2014) K diskussii ob obstoyatel'stvakh sozdaniya zakonov doma Outi [To the discussion about the circumstances of creating the laws of the Ouchi house]. *Japan Yearbook*, (43), 141–185. (in Russian).
Полхов С.А. К дискуссии об обстоятельствах создания законов дома Оути // Япония. Ежегодник, 2014. № 43. С. 141–185.
- Polkhov, S.A. (2015) Kodeks doma Takeda (“Zakony [provintsiy] Kai” — “Kosyu khatto siday”) [Code of the Takeda House (“The Laws of the [Provinces] Kai” — “Kosyu Hatto Sidai”)]. *The Law Codes of Sengoku Daimyo: Studies and Translations*. Translator by Polkhov S.A. Ed. Molodyakova E.V. Moscow. Krug" Publ. (in Russian).
Полхов С.А. Кодекс дома Такэда («Законы [провинции] Каи» — «Косю хатто сидай») / Пер. С.А. Полхова // Законодательные уложения Сэнгоку даймё: исследования и переводы. Редактор: Молодякова Э.В. М.: Кругъ, 2015. 648 с.
- Polkhov, S.A. (2015) Svod [zakonov] doma Imagava — “Imagava kanamokuroku” / Per. S.A. Polkhova [The code [laws] of the house of Imagawa — “Imagawa kanamokuroku”]. *The Law Codes of Sengoku Daimyo: Studies and Translations*. Translator by Polkhov S.A. Ed. Molodyakova E.V. Moscow. Krug" Publ. (in Russian).
Полхов С.А. Свод [законов] дома Имагава — «Имагава канамокуроку» / Пер. С.А. Полхова // Законодательные уложения Сэнгоку даймё: исследования и переводы. Редактор: Молодякова Э.В. М.: Кругъ, 2015. 648 с.
- Polkhov, S.A. (2015) Ulozheniye klana Rokkaku — “Rokkaku-si sikimoku”. Per. S.A. Polkhova [Rokkaku Clan Code — “Rokkaku-si Shikimoku”]. *The Law Codes of Sengoku Daimyo: Studies and Translations*. Translator by Polkhov S.A. Ed. Molodyakova E.V. Moscow. Krug" Publ. (in Russian).
Уложение клана Роккаку — «Роккаку-си сикимоку» / Пер. С.А. Полхова // Законодательные уложения Сэнгоку даймё: исследования и переводы. Редактор: Молодякова Э.В. М.: Кругъ, 2015. 648 с.
- Polkhov, S.A. (2017) Dobrodeteli i poroki yaponskogo udel'nogo pravatelya v period Sengoku (po materialam “Koyogunkan”) [Virtues and vices of the Japanese specific ruler during the

- Sengoku period (based on “Koyogunkan”)]. *Japan Yearbook*. (46), 145–168. (in Russian).
- Полхов С.А. Добродетели и пороки японского удельного правителя в период Сэнгоку (по материалам «Коёгункан») // Япония. Ежегодник, 2017. № 46. С. 145–168.
- Popov, K.A. (1984) *Zakonodatel'nyye akty srednevekovoy Yaponii [Legislation of medieval Japan]*. Moscow Nauka Publ. (in Russian).
- Понов К.А. Законодательные акты средневековой Японии. М.: Наука, 1984. 108 с.
- Ramseyer, J.M. (1979) *Thrift and Diligence: Houses Codes of Tokugawa Merchant Families. Monumenta Nipponica*. XXXIV (12), 209–230.
- Russell, E. (1958) *The Knights of Bushido*. London, Cassell.
- Sansom, G.B. (1958) *A History of Japan to 1334*. Stanford, Stanford University Press.
- Smith, R.J. (1983) *Japanese society: Tradition, Self and the Social Order*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Spalvin, E.G. (1999) Konfutsianskiye idei v eticheskom uchenii yaponskogo naroda [Confucian ideas in the ethical teachings of the Japanese people]. *Shock of the Sun or Giri — A Sense of Honor*. Moscow. Saint Petersburg. Russian State Library: Summer Garden Publ. 153–186. (in Russian).
- Спальвин Е.Г. Конфуцианские идеи в этическом учении японского народа // Удар солнца или Гири — чувство чести / Сост. В.С. Пинсахович. М.; СПб., Рос. гос. б-ка: Летний сад, 1999. С. 153–186.
- Suchi, T. (1984) *Nitobe Inazō to bushido*. Tokyo, Seijisha.
- Takekoshi, G. (2003) The Shugo system of the Minamoto and the Hojo regimes. *The Economic Aspects of the History of the Civilization of Japan*. Routledge.
- Turnbull, St. (1996) *The Samurai: A Military History*. Routledge.
- Tolstoguzov, A.A. (1992) Goseybay sikimoku [Goseibay Shikimoku]. *East*. (1), 127–139. (in Russian).
- Толстогузов А.А. Госэйбай сикимоку // Восток. 1992. № 1. С. 127–139.
- Tolstoguzov, A.A. (1995) *Ocherki istorii Yaponii VII–XIV vv. Stanovleniye feodalizma [Essays on the history of Japan of the 7th — 14th centuries. The formation of feudalism]*. Moscow, Oriental literature Publ. (in Russian).
- Толстогузов А.А. Очерки истории Японии VII–XIV вв. Становление феодализма. М.: Восточная литература, 1995. 336 с.
- Watanabe, Ts., Jun'ichi, I. (1989) *The Love of the Samurai: A Thousand Years of Japanese Homosexuality*. London, Heretic Books.
- Wm. Theodore de Bary (ed.) (2001) *Sources of Japanese Tradition. From earliest times to 1600. Introduction to Asian Civilizations*. Compiled by Wm. Theodore de Bary, Donald Keene, George Tanabe, Paul Varley. New York, Columbia University Press.
- Yanovskaya, M. (ed.) (2010) *Kodeks busido. Khagakure. Sokrytoye v listve [Code of Bushido. Hagakure. Concealed in foliage]*. Translated from Japanese by A. Bochenkov, V. Gorbatko, Moscow, Eksmo Publ. (in Russian).
- Кодекс бусидо. Хагакурэ. Сокрытое в листве / Пер. с яп. А. Боченков, В. Горбатько, редактор М. Яновская. М.: Эксмо, 2010. 432 с.

Об авторе:

Трикоз Елена Николаевна — кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры истории права и государства, Юридический институт, Российский университет дружбы народов; 117198, Российская Федерация, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6; доцент кафедры теории права и сравнительного правоведения, Международно-правовой факультет,

Московский государственный институт международных отношений МИД России; 119454, Российская Федерация, г. Москва, Проспект Вернадского, д. 76

ORCID ID: 0000-0001-7331-480X; Scopus Author ID: 56815174000;

Researcher ID: A-7996-2018

e-mail: alena_trikoz@mail.ru

About the author:

Elena N. Trikoz — Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, History of Law and State Department, Law Institute, Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University); 6 Miklukho-Maklaya str., Moscow, 117198, Russian Federation; Department of Theory of Law and Comparative Law, International Law Department, MGIMO University; 76 Vernadsky Prospekt, Moscow, 119454, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0001-7331-480X; Scopus Author ID: 56815174000;

Researcher ID: A-7996-2018

e-mail: alena_trikoz@mail.ru



ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

CIVIL LAW

DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-985-1004

Научная статья

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ТАЙНЫ СВЯЗИ В ИНФОРМАЦИОННОМ ОБЩЕСТВЕ

А.Н. Изотова

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»,
г. Москва, Российская Федерация

Освещается регулирование тайны связи, которая является не только гарантией индивидуального права на конфиденциальность, неприкосновенность частной жизни, но и необходимым условием коллективного блага — свободы слова, доверия к коммуникационным услугам, что имеет существенное значение для формирования информационного общества. Право на тайну связи с появлением новых коммуникационных технологий трансформируется и расширяется, что требует актуализации и гармонизации законодательной базы. В связи с этим *целью* исследования является выявление проблем и противоречий в обновляющемся правовом регулировании тайны связи, в том числе посредством анализа законодательства и существующих научных подходов по вопросам содержания тайны связи, раскрытия механизмов как обеспечения, так и ограничения тайны связи, а также взаимодействия субъектов правоотношений по поводу тайны связи. Также в работе затронуты вопросы соотношения российского и европейского законодательства, регулирующего вопросы тайны связи (ePrivacy). *Методология исследования* представлена такими методами, как диалектический, метод анализа, аналогии, формально-юридический, сравнительный методы научно-исследовательской деятельности. В исследовании в контексте взаимоотношений субъектов правоотношений по поводу тайны связи показаны различные подходы к определению содержания права на тайну связи, расширение круга профессиональных субъектов тайны связи, «расшатывание» механизмов ограничения данного права в сторону его расширения.

Ключевые слова: тайна переписки и телефонных переговоров, тайна связи, конфиденциальность, неприкосновенность частной жизни, электронные коммуникации, ограничение прав

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

© Изотова А.Н., 2020.



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

Дата поступления в редакцию: 20 июня 2020 г.

Дата принятия к печати: 15 октября 2020 г.

Для цитирования:

Изотова А.Н. Правовое регулирование тайны связи в информационном обществе // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2020. Т. 24. № 4. С. 985–1004. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-985-1004.

DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-985-1004

Research Article

LEGAL REGULATION OF COMMUNICATION PRIVACY IN THE INFORMATION SOCIETY

Anzhelika N. Izotova

National Research University Higher School of Economics,
Moscow, Russian Federation

Abstract. The article is devoted to the regulation of communication privacy, which is not only a guarantee of the individual right to confidentiality and privacy, but also a necessary condition for the collective freedom of speech, trust in communication services, which is essential for formation of the information society. The right to communication privacy with the advent of new communication technologies is being transformed and expanded, which requires updating and harmonization of the legal framework. In this regard, *the purpose* of the research is to reveal problems and contradictions in updating legal regulation of communication privacy, including by analyzing legislation and existent scientific approaches to the content of communication privacy, description of mechanisms for both ensuring and limiting communication privacy, as well as interaction of legal entities regarding communication privacy. The relationship between Russian and European legislation, which regulate communication privacy (ePrivacy) have been considered in this paper. *The research methodology* is represented by such methods as dialectical, analysis, analogies, formal-legal, comparative methods of research activity. The work demonstrates different approaches to determining the content of the right to communication privacy, expanding the range of professional subjects of communication privacy, and “loosening” the mechanisms for limiting this right in the direction of its expansion in the context of interrelations between subjects of legal relations concerning communication privacy.

Key words: ePrivacy, communication privacy, confidentiality, privacy, electronic communications, restriction of rights

Conflicts of interest. The author declared no conflicts of interest.

Article received 20 June 2020

Article accepted 15 October 2020

For citation:

Izotova, A.N. (2020) Legal regulation of communication privacy in the information society. *RUDN Journal of Law*. 24 (4), 985–1004. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-985-1004.

Введение

Освоение новых технологий открыло новые горизонты для развития общества и права. Информатизация создала основу для приобретения информацией роли одного из важнейших ресурсов общества. Владение этим ресурсом может давать огромные возможности. Наряду с тем, что информация, информационные технологии, способы коммуникаций и возможности Интернета стали новой парадигмой существования и развития общества, возникло и множество проблем, связанных со способностью общества существовать в этой новой парадигме, среди которых можно выделить и проблему сохранения неприкосновенности частной жизни человека, а внутри нее и проблему тайны коммуникаций.

В данной статье рассматривается сложный характер понятия тайны связи, ее содержание и механизмы ограничения права на тайну связи, в том числе через взаимодействие субъектов правоотношений, возникающих по поводу тайны связи: пользователь — государство, поставщик услуг — абонент, которые становятся все более важными в коммуникационной среде. В работе большое внимание уделено судебной практике, поскольку в текущих условиях фактически содержание тайны связи формируется судами. Также затронуты вопросы соотношения российского и европейского законодательства, регулирующего вопросы тайны связи (ePrivacy) применительно к подходам об определении содержания тайны связи, принципов ограничения данного права, включая хранение данных, относящихся к тайне связи.

Понятие тайны связи

Конституция РФ в ч. 2 ст. 23 закрепила право каждого на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений. Сейчас ни у кого не вызывает сомнений эволюция тайны переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений в тайну коммуникаций независимо от технических способов передачи информации. Дефиниция ч. 2 ст. 23 Конституции РФ приводит открытый перечень таких способов, говоря об «иных сообщениях». В Постановлении Пленума Верховного суда РФ № 46 от 25.12.2018 г. (п. 5) в качестве иных сообщений упомянуты любые сообщения, передаваемые по сетям электросвязи (включая электронные письма, мгновенные сообщения, видеозвонки).

Но если с традиционными средствами коммуникаций большая часть вопросов, касающихся регулирования тайны связи, стабилизировалась, то с *электронной почтой, мессенджерами и социальными сетями* ситуация неоднозначная.

В 2014 г. Федеральный закон «Об информации, информационных технологиях и защите информации» от 27.07.2006 г. № 149-ФЗ дополнен статьей 10.1,

регулирующей деятельность организаторов распространения информации в сети «Интернет»¹.

Законодатель выделил специальную категорию организаторов распространения информации в сети «Интернет» — организаторов сервиса обмена мгновенными сообщениями, квалифицирующим признаком которых является использование информационных систем и программного обеспечения для обмена электронными сообщениями между их пользователями, при этом не предусматриваются размещение пользователями общедоступной информации, а также передача электронных сообщений неопределенному кругу лиц. Таким образом, под определение организатора сервиса обмена мгновенными сообщениями попали социальные сети, мессенджеры. Сервисы электронной почты не имеют указанного признака (т.к. обмен электронными сообщениями возможен с пользователями и других сервисов) и поэтому относятся к «обычным» организаторам распространения информации в сети «Интернет».

Данное разграничение организаторов распространения информации в сети «Интернет» важно отметить, поскольку для организатора сервиса это влечет разный объем обязанностей. Интересно, что только для организатора сервиса обмена мгновенными сообщениями в статье 10.1 Федерального закона «Об информации» закреплена обязанность обеспечивать конфиденциальность передаваемых электронных сообщений. Вспомним, что согласно пунктам 4, 5 статьи 9 названного закона в качестве условия отнесения информации к тайнам, в том числе профессиональной тайне, названо прямое указание на это в федеральном законе, поэтому вырисовывается странная картина: организатор распространения информации в сети «Интернет», не являющийся организатором сервиса обмена мгновенными сообщениями, не ограничен профессиональной тайной в части электронных сообщений пользователей. Такой подход законодателя представляется непоследовательным. Регулирование правоотношений, складывающееся по поводу передачи электронных сообщений, поставлено в зависимость от субъекта, обеспечивающего такую передачу. Вместе с тем по своей сути они идентичны отношениям по передаче сообщений операторами связи по сетям электросвязи. На наш взгляд, это создает предпосылки для схожего правового регулирования деятельности организаторов распространения информации в сети «Интернет», которые организуют обмен электронными сообщениями.

Следует отметить, что европейское законодательство страдает тем же недостатком, защищая сведения, относящиеся к тайне коммуникаций, лишь применительно к оказанию общедоступных услуг связи. Директива № 2002/58/ЕС

¹ Под организатором распространения информации в сети «Интернет» понимается лицо, осуществляющее деятельность по обеспечению функционирования информационных систем и (или) программ для электронных вычислительных машин, которые предназначены и (или) используются для приема, передачи, доставки и (или) обработки электронных сообщений пользователей сети «Интернет».

«В отношении обработки персональных данных и защиты конфиденциальности в секторе электронных средств связи (Директива о конфиденциальности и электронных средствах связи)»² (далее — Директива ePrivacy) не распространяется на охрану коммуникаций в коммуникационных сервисах, отличных от услуг операторов связи. Причем ограниченный характер регулирования отмечался учеными сразу после принятия Директивы (Papakonstantinou, Hert, 2011). Дискуссии в обществе привели к появлению проекта Регламента Европейского парламента и Совета Европейского Союза в отношении уважения частной жизни и защиты персональных данных в секторе электронных средств связи взамен Директивы 2002/58/ЕС³, который призван в том числе распространить защиту на все коммуникационные сервисы, формируя максимально широкий и технологически нейтральный подход к тайне связи. Пока этот проект проходит обсуждение.

Применительно к деятельности по передаче электронных сообщений организаторами распространения информации в сети «Интернет» в законодательстве отсутствует какое-либо упоминание о тайне связи. Но анализ судебной практики показывает, что в силу прямого действия Конституции России суды распространяют режим тайны связи на электронные сообщения, передаваемые организаторами распространения информации в сети «Интернет», когда речь не идет о передаче сообщений неопределенному кругу лиц⁴. То есть судебная практика в таких случаях восполняет пробелы в правовом регулировании.

Итак, субъектами, обеспечивающими тайну связи, являются операторы связи, операторы почтовой связи и организаторы распространения информации в сети «Интернет» в части обмена электронными сообщениями между пользователями (исключая размещение общедоступной информации в сети «Интернет» и коммуникации с неопределенным кругом лиц). Законодательство в данной части требует определенной гармонизации для эффективной защиты сведений, составляющих тайну связи.

В законодательстве России не содержится формализованного определения тайны связи либо критериев, которые позволили бы определить ее границы, что приводит к различному толкованию содержания тайны связи. Важную роль в преодолении подобной ситуации также играет судебная практика.

² Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications), available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:02002L0058-20091219> (Accessed 20 May 2020).

³ Proposal for a regulation of the European parliament and of the Council concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC: Regulation on Privacy and Electronic Communications, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2017:0010:FIN> (Accessed 30 May 2020).

⁴ Постановление Конституционного суда РФ от 26.10.2017 г. № 25-П // Справочная правовая система «КонсультантПлюс».

Конституционный суд РФ в Определениях № 345-О от 02.10.2003 г. и от 21.10.2008 № 528-О-О высказал позицию, что к тайне связи относятся любые сведения, передаваемые, сохраняемые и устанавливаемые с помощью телефонной аппаратуры, включая данные о входящих и исходящих сигналах соединений телефонных аппаратов конкретных пользователей, то есть *как содержание соединений, так и информация о соединениях*.

Указанный «широкий» подход доминирует в российской доктрине. Вместе с тем, ввиду расширительного толкования тайны связи, такой подход подвергается критике со стороны отдельных ученых. Так, А. Чететин (Chechetin, 2005:40) и А. Богдановский (Bogdanovskii, 2006:34) в своих работах резко высказывались о необоснованном распространении режима тайны связи на сведения о соединениях, полагая, что Конституционный суд ошибочно истолковал положения ст. 63 Федерального закона «О связи» и его аргументы «противоречат Конституции РФ, другому действующему законодательству и здравому смыслу». А. Рего и А. Мацкевич также ставят под сомнение целесообразность отнесения технических идентификаторов абонентского оборудования к тайне связи, основывая свою позицию на существенно меньшей ценности такой информации для абонента в сравнении с содержанием коммуникаций (Rego, Matskevich, 2019:18).

Вместе с тем данная точка зрения идет в разрез с тенденциями расширения содержания тайны связи. Как ранее было отмечено, законодатель и суды (как российские, так и европейские, а также других стран мира) идут по пути применения норм о тайне связи не только к отношениям, связанным с услугами связи, но и к отношениям, складывающимся по поводу использования других коммуникационных сервисов, что способствует повышению доверия к таким сервисам и отвечает потребностям информационного общества. Кроме того, нельзя согласиться с аргументами о меньшей ценности сведений о сообщениях по сравнению с содержанием сообщений. Отдельные данные о сообщениях, особенно их совокупность, позволяют составить очень точную, детальную картину о человеке и его личной идентичности (Hoboken, Zuiderveen Borgesius, 2015).

Длительное время судебная и правоприменительная практика складывалась достаточно единообразно в соответствии с приведенной позицией Конституционного суда. Однако на протяжении последних лет отмечается активная деятельность государственных органов по запросу сведений о соединениях (IP-адресов, IMEI). Во многих случаях это объясняется попыткой изменить подход к праву отдельных государственных органов на доступ к тайне связи, что будет рассмотрено в следующем разделе статьи. Тем не менее, в части дел, касающихся предоставления собственно сведений о соединениях, судебная практика устояла на позиции, что такие сведения относятся к тайне связи⁵.

⁵ Пункт 11 Постановления Пленума Верховного суда РФ от 01.06.2017 г. № 19, пункт 4 Постановления Пленума Верховного суда РФ от 25.12.2018 г. № 46 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс».

Широкий подход к тайне связи применяется и в праве Европы, где сильна концепция прав человека. Директива e-Privacy устанавливает защиту сведений о соединениях и данных о местоположении пользователей (метаданных). Суды Европы отмечают не меньшую ценность метаданных, чем содержания сообщений с точки зрения неприкосновенности частной жизни (Zuiderveen Borgesius, Steenbruggen, 2018).

Следует обратить внимание на ряд судебных решений относительно *сведений об абонентах, которым выделялся конкретный IP-адрес в конкретные даты и время и осуществивших выход на определенный интернет-ресурс*. Если ранее суды⁶ относили сведения об абонентах в рамках запросов таких сведений государственными органами к тайне связи, то впоследствии их позиция изменилась, такие сведения стали квалифицироваться как персональные данные абонента⁷. Выводы судов сводятся к тому, что информация о пользователях услугами связи не относится к тайне связи, поскольку государственным органом запрашивались лишь сведения об абоненте, совершившем соединение, а не данные о самом соединении. То есть судебная практика пошла по пути, когда данные об абоненте, определенные на основании сведений об IP-адресе, с которого был совершен выход на конкретный интернет-ресурс в определенный промежуток времени, относятся к сведениям об абоненте, как это определено в ст. 53 Федерального закона «О связи», и на них не распространяется жесткий режим защиты тайны связи.

В судебных постановлениях не случайно упоминается именно динамический IP-адрес, который присваивается абоненту на время конкретного соединения (в отличие от статического, который закрепляется за абонентом в абонентском договоре об оказании услуг связи). Следуя логике судов, оператор связи, получив от государственного органа (зачастую запросы поступают от Федеральной антимонопольной службы (ФАС)) запрос с указанием динамического IP-адреса, посещенного сайта, времени его посещения, должен обратиться к своим системам, найти данное соединение по времени и IP-адресу, «открыть» содержание соединения (установить ресурс, к которому обращался абонент) и соотнести эти данные с данными об абоненте, имеющимися в базе оператора. Такая позиция судов означает, что оператор связи для ответа на запрос государственного органа вправе получить доступ к соединениям абонента, которые являются тайной связи, что противоречит общему подходу о доступе к тайне связи только по решению суда.

Необходимо отметить, что приведенные примеры касаются судебных дел, где вопрос касается исключительно предоставления сведений об абонен-

⁶ Определение Московского городского суда от 06.03.2012 г. № 33-7194 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс».

⁷ Постановление Верховного суда РФ от 30.03.2016 г. № 82-АД16-1 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс».

тах. Если же запрос содержит требование о предоставлении сведений об абоненте и сведений о соединениях, суды разделяют указанные в запросе требования и признают требования о предоставлении сведений о соединениях незаконными и необоснованными⁸. Однако, если обратиться к судебной практике по делам, не связанным напрямую с тайной связи (в основном это дела о нарушении законодательства о рекламе и распространении спама), их анализ показывает, что суды придерживаются позиции, что операторы связи не имеют права доступа к сведениям, составляющим тайну связи, а являются лишь «трубой», по которой идут сигналы электросвязи. Примечательно, что ФАС в судебных спорах о нарушении законодательства о рекламе отказывается предоставлять полученные от интернет-провайдера сведения об абоненте в отношении конкретного соединения, ссылаясь именно на нормы о тайне связи⁹. Поэтому пока рано ставить точку в споре о правовом режиме информации в указанных выше спорах.

Ограничение права на тайну связи

Отношение государства к тайне коммуникации, доступность этой информации для государства в лице его органов напрямую влияет на то, насколько человек доверяет власти, открыт для нее и готов сотрудничать в вопросах как личного, так и социального характера. Для того, чтобы обеспечить такое доверие и сотрудничество, необходимо гарантировать конфиденциальность данных человека вообще и его коммуникаций в частности и создать условия и правила регулирования, исключающие возможность манипулирования сведениями, содержащими тайну связи.

В ч. 3 ст. 55 Конституции России сформулировано общее основание ограничения прав человека федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Современная доктрина, а также судебная практика при ограничении конституционных прав исходят из обязательного соблюдения принципа соразмерности ограничений прав (Barak, 2012; Vendor, Sela, 2015:530–544), контекстуального и целевого характера применяемых ограничений.

Указанные принципы повторяют европейский подход, согласно которому ограничение права на тайну коммуникаций должно преследовать законную цель, быть необходимым и соразмерным этой цели. ЕСПЧ считает такие принципы необходимыми в демократическом обществе, и государственные органы

⁸ Постановление Верховного суда РФ от 11.10.2016 г. № 82-АД16-5 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс».

⁹ Решение УФАС по Ульяновской области от 16.05.2016 г. № 11784/06-2015 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс».

должны предоставить соответствующие и достаточные обоснования для установления ограничений (Brunner, 2018: 217–242).

Для ограничения права на тайну связи также необходимо соответствующее судебное решение. Так, законодатель стремился обеспечить баланс между свободой и безопасностью — двумя конфликтующими конституционными ценностями. А. Соболева высказала мнение, что вмешательство государства в личную жизнь допустимо постольку, поскольку это оправданно в каждом конкретном случае, с соблюдением специальной процедуры (Dedov, Jakushev, Belov, Golovko, et al., 2018:26). Нарушение баланса безопасности и свободы чревато существенными негативными последствиями. Как отмечал Н.С. Бондарь, «государство, не обеспечивающее последовательную защиту свободы, рискует превратиться в тоталитарный режим» (Bondar', 2005:30–31).

Нельзя не упомянуть Постановление ЕСПЧ по делу «Роман Захаров против России» от 04.12.2005 г., где суд установил нарушение прав заявителя ввиду недостаточного контроля за доступом к тайне коммуникаций и отметил, что основания ограничения права на тайну переписки должны быть достаточно определенными с точки зрения толкования.

Ограничение тайны связи можно представить моделями *ex-ante* («предварительный контроль») и *ex-post* («итоговый контроль»). К модели *ex-ante* относятся введенные так называемым «законом Яровой»¹⁰ обязательства по фиксации и хранению информации о пользователях и о совершенных ими соединениях, а также содержания таких соединений операторами связи и организаторами сервисов распространения информации в сети «Интернет». Модель *ex-post* основана на доступе уполномоченных государственных органов в случаях, установленных законодательством, к сведениям, имеющимся у операторов связи и организаторов распространения информации в сети «Интернет».

Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»¹¹ предписывает органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность (органам ОРД), проведение оперативно-розыскных мероприятий (ОРМ), которые ограничивают право на тайну коммуникаций, на основании судебного решения и только в случаях, предусмотренных законом.

В отдельных случаях проведение ОРМ допускается без судебного решения, а точнее с отсрочкой его получения. Так, согласно ст. 8 Федерального закона «Об ОРД» возможно проведение ОРМ на основании мотивированного постановления руководителя органа ОРД с обязательным уведомлением суда в течение 24 часов в случаях, не терпящих отлагательства и способных приве-

¹⁰ Федеральный закон от 06.07.2016 г. № 374-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “О противодействии терроризму” и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части установления дополнительных мер противодействия терроризму и обеспечения общественной безопасности» // Справочная правовая система «КонсультантПлюс».

¹¹ Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» от 12.08.1995 г. № 144-ФЗ // Справочная правовая система «КонсультантПлюс».

сти к совершению преступления, а также при угрозе государственной, военной, экономической, информационной или экологической безопасности. При этом обязанность получения судебного решения в течение 48 часов с момента начала проведения ОРМ сохраняется, в противном случае проведение ОРМ надлежит прекратить. Подобный механизм предусмотрен и в случае сообщения о без вести пропавшем несовершеннолетнем с согласия одного из его родителей или лиц, их заменяющих. Хотя принятию данной нормы в августе 2019 г. предшествовали длительные обсуждения, в том числе и в научной литературе (Gushev, Shuvalova, 2015:65).

В дополнение к положениям о хранении данных о соединениях в постановление Правительства РФ от 27.08.2005 г. № 538 «Об утверждении правила взаимодействия операторов связи с уполномоченными государственными органами, осуществляющими оперативно-разыскную деятельность» внесены изменения, устанавливающие возможность круглосуточного доступа органов Федеральной службы безопасности (ФСБ) к хранилищу и базе данных операторов связи — между системой оператора связи и пультом управления органа ФСБ должен быть налажен постоянный канал связи.

Правила хранения информации об электронных сообщениях пользователей, а также порядок предоставления такой информации уполномоченным государственным органам организаторами распространения информации в сети «Интернет» урегулирован Постановлением Правительства РФ от 31.07.2014 г. № 759. Данным постановлением также предусмотрен круглосуточный удаленный доступ уполномоченных органов к информационной системе организатора распространения информации в сети «Интернет».

Исполнение «закона Яровой» у многих вызвало опасения ввиду возможного нарушения прав граждан на тайну связи. Нарушение конституционных положений связано с реализацией указанного постановления Правительства РФ о доступе органов ФСБ к базам данных операторов связи, что открывает широкие возможности для злоупотреблений. Однако Верховный суд РФ в апелляционном определении от 05.03.2019 г. № АПЛ 19-53 признал Постановление Правительства РФ № 538 законным и указал, что в нем лишь закреплён порядок взаимодействия между операторами связи и органами, осуществляющими ОРД, но не отменена необходимость получения судебного решения.

Следует отметить, что идея хранения данных, составляющих тайну связи, заимствована Россией в Европе, где была принята Директива 2006/24/ЕС о хранении данных¹², обязывавшая операторов связи хранить значительный перечень данных, относящихся к тайне связи. Тем не менее, в 2014 г. Европей-

¹² Directive 2006/24/EC of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks and amending Directive 2002/58/EC, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32006L0024> (Accessed 02 April 2020).

ским судом было вынесено решение о недействительности Директивы, поскольку реализация ее положений приводила к серьезному вмешательству в тайну коммуникаций и неприкосновенность частной жизни в целом. Суд ЕС также установил, что вмешательство в тайну коммуникаций несоизмеримо целям Директивы. Однако в научном сообществе считают, что хранение данных об электронных сообщениях может иметь место, но правовое регулирование должно, помимо основной цели обеспечения безопасности государства, гарантировать неприкосновенность частной жизни (Drewry, 2016).

В отношении ограничения права на тайну связи при проведении ОРМ и противодействию терроризму алгоритм взаимодействия между операторами связи, организаторами распространения информации в сети «Интернет» и органами ОРД налажен, судебная практика представляется достаточно сформированной (Tereshhenko, 2016:151), хотя и встречаются случаи, когда получение сведений, относящихся к тайне связи, происходило без судебного решения¹³.

Кроме органов ОРД, на получение сведений, составляющих тайну связи, претендуют и другие органы исполнительной власти. Особенной активностью отличается ФАС, о чем свидетельствует обширная судебная практика об обжаловании решений ФАС о привлечении операторов связи к административной ответственности за отказ в предоставлении сведений, относящихся к тайне связи.

ФАС мотивирует свое право на доступ к тайне связи статьей 34 Федерального закона от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе», из которой следует обязанность юридических лиц и индивидуальных предпринимателей предоставлять ФАС необходимую информацию, в том числе составляющую охраняемую законом тайну. Однако Верховный суд РФ не поддержал ФАС в его притязаниях на получение информации, относящейся к тайне связи, сославшись на ст. 53 Федерального закона «О связи», в соответствии с которой сведения об оказанных абонентам услугах связи могут быть предоставлены только в установленных законом случаях¹⁴. Вместе с тем ст. 64 Федерального закона «О связи» предоставляет право получения сведений об абонентах и оказанных им услугах лишь органам ОРД, к которым ФАС не относится.

В связи с распространением электронных коммуникаций, совершением все большего числа правонарушений в цифровой среде антимонопольной службе все чаще требуются сведения о соединениях пользователей услугами связи. Кроме регулирования рынка рекламы, ФАС является государственным органом, осуществляющим надзор в сфере защиты конкуренции, а «реализация программы “Цифровая экономика” ставит новые задачи при выявлении сговоров на торгах, которые трудно решить в рамках действующего регулирования тайны

¹³ Апелляционное определение Иркутского областного суда от 06.08.2015 г. № 33-6970/2015 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс».

¹⁴ Постановление Верховного суда РФ от 04.03.2016 г. № 307-АД15-18844 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс».

связи» (Tenishev, 2018:18). Все это приводит к появлению различных предложений по изменению подхода к тайне связи и доступа к ней антимонопольной службы. Среди них проект федерального закона, инициированный ФАС, о внесении изменений в законодательство о защите конкуренции¹⁵. Целью этого законопроекта, как отмечают его инициаторы, является лишь отграничение информации о пользователях услугами связи от информации, подпадающей под правовой режим тайны связи. С моей точки зрения, данный законопроект направлен на выведение сведений о соединениях из-под жесткого регулирования тайны связи. Более рациональным и оправданным представляется предложение о наделении ФАС правом запрашивать информацию, составляющую тайну связи, на основании судебного решения и регламентации порядка предоставления таких сведений, как это предусмотрено для органов ОРД (Rego, Matskevich, 2019:18).

Судебная практика знает примеры запросов сведений, относящихся к тайне связи, и иными органами власти. Так, Верховный суд РФ признал запрос территориального Управления Федеральной службы судебных приставов незаконным, основываясь на том, что ограничение права на тайну связи допускается только на основании судебного решения и исключительно при осуществлении органами ОРД своих полномочий¹⁶.

Подобная практика существует и в отношении Центрального банка России¹⁷. При этом нельзя не отметить, что законодатель предоставил Центральному банку право запрашивать сведения, относящиеся к тайне связи, лишь в части информации о почтовых денежных переводах, и если они необходимы для осуществления Банком России его полномочий в отношении неправомерного использования инсайдерской информации и манипулирования рынком¹⁸.

Как было указано выше применительно к ФАС, в условиях развития цифровых сервисов, data-технологий появляются законодательные инициативы, связанные с расширением возможностей доступа государственных органов к сведениям, относящимся к тайне связи. Среди них можно также назвать разработанный Министерством экономического развития РФ законопроект «О вне-

¹⁵ Проект федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон “О защите конкуренции” и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части повышения эффективности выявления и пресечения ограничивающих конкуренцию соглашений и согласованных действий», available at: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/848392-7> (Accessed 07 June 2020).

¹⁶ Определение Верховного суда РФ от 14.11.2018 г. № 308-КГ18-8447 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс».

¹⁷ Постановление Федерального арбитражного суда Московской области от 12.03.2014 г. по делу № А40-56142/13-130-551, Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 05.05.2014 г. № 09АП-8322/2014 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс».

¹⁸ Федеральный закон от 27.07.2010 г. № 224-ФЗ «О противодействии неправомерному использованию инсайдерской информации и манипулированию рынком и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Справочная правовая система «КонсультантПлюс».

сении изменений в статью 63 Федерального закона «О связи»¹⁹, целью которого указана выработка подхода, учитывающего основные права человека и интересы инновационного бизнеса, возникшие как результат научно-технического прогресса. Законопроект предусматривает возможность операторов связи обрабатывать сведения о соединениях в целях исполнения договора об оказании услуг связи, а также предоставлять отдельные сведения о сообщениях (дата и время оказания услуги связи, продолжительность телефонных переговоров, абонентские номера абонентов, уникальные коды идентификации абонентов (метаданные)) уполномоченным органам в случаях, установленных федеральными законами. Указанные действия, по предложению инициатора законопроекта, не должны считаться нарушением тайны связи.

Это свидетельствует либо о сужении содержания тайны связи путем исключения из него сведений о соединениях (сообщениях) с последующим предоставлением сведений как персональных данных субъекта соответствующим государственным органам, либо о том, что цели ограничения права на тайну связи, предусмотренные ст. 55 Конституции РФ, предлагается расширить целями развития экономики и научно-технического прогресса, что представляется чрезмерным и нарушающим основные гарантии права на тайну связи. На данный момент ни то, ни другое обоснование не представляется убедительным для принятия данного законопроекта.

Следует отдельно остановиться на вопросе о возможности *ограничения тайны связи с согласия лица*, которому оно принадлежит. Одним из правомочий в составе неприкосновенности частной жизни является контроль человека над его данными, включая сведения, охраняемые режимом тайны связи (Post, 2017). Формулировка п. 4 ст. 63 Федерального закона «О связи» свидетельствует о возможности предоставления сведений о сообщениях отправителям и получателям, а также их уполномоченным представителям. Представительство по своей правовой природе является одной из форм посредничества, делегированием права одним лицом другому лицу осуществлять деятельность в интересах первого и представлять его интересы перед третьими лицами (Nevzgodina, 2012:126). В данном контексте полагаю, что согласие может рассматриваться как частный случай представительства в смысле уполномочивания другого лица (в том числе государственного органа) на получение сведений, составляющих тайну связи.

Среди законодательных примеров «разрешительного» ограничения права может быть приведена ст. 9 Федерального закона «Об ОРД», в которой разрешается прослушивание телефонных переговоров в случае возникновения угрозы жизни, здоровью, собственности отдельных лиц с их согласия на осно-

¹⁹ Проект Федерального закона «О внесении изменений в статью 63 Федерального закона «О связи», available at: <https://regulation.gov.ru/projects#npa=94552> (Accessed 01 June 2020).

вании соответствующего постановления органа ОРД с обязательным уведомлением суда.

Подобную практику переняла и ФАС, указывая, что антимонопольному органу для проведения проверки по жалобе абонента по нежелательным сообщениям требуется согласие абонента на получение необходимых сведений от оператора связи, оказывающего абоненту услуги связи²⁰. Схожий подход применяется и в отношении других видов тайн (тайны частной жизни, врачебной тайны).

Как отмечает все больше авторов, «развитие цифровой экономики, возможно, потребует пересмотра принципов защиты различных видов тайны», в том числе тайны связи, обуславливая это назревшей необходимостью изменения порядка передачи сведений, составляющих различные виды тайн, с согласия профессиональных субъектов третьим лицам для достижения государственных, социально-экономических целей (Vairan, Egorova, (eds.), 2019:376).

Поставщик коммуникационных услуг и абонент (пользователь)

С либерализацией и приватизацией собственность на информационную инфраструктуру перешла к частным лицам, которые сейчас в большинстве случаев оказывают информационные услуги. Защита интересов пользователей и гарантии их прав на тайну коммуникаций, а также контроль коммерческих интересов поставщиков услуг по использованию и злоупотреблению этими данными стали важным компонентом современной конфиденциальности связи.

Одним из базовых и основных условий соблюдения права на тайну коммуникаций является *защита инфраструктуры*, которая используется для обеспечения деятельности по обработке информации, являющейся тайной связи.

Законодательство РФ отводит серьезную роль мерам, которые должны быть реализованы для того, чтобы операторы связи обеспечили гарантии по соблюдению тайны связи, указывая на то, что сети и сооружения связи находятся под защитой государства. Федеральным законом «О связи» (п.п. 2, 3 ст. 7, ст. 41) на операторов возложена обязанность по защите сетей и сооружений связи, а также соблюдению требований о подтверждении соответствия средств и услуг связи в виде обязательной сертификации или декларирования.

В отношении защиты информации, передаваемой организаторами распространения информации в сети «Интернет», отсутствует такое детальное регулирование защиты информации, как для операторов связи. Статья 10.1 Федерального закона «Об информации» довольно сухо предписывает лишь организаторам сервиса обмена мгновенными сообщениями обеспечивать конфиденци-

²⁰ Письмо ФАС РФ от 11.11.2019 № ДФ/98054/19 «О надлежащих доказательствах при выявлении нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона “О рекламе”» // Справочная правовая система «КонсультантПлюс».

альность передаваемых электронных сообщений (пп. 4 п. 4.2). Конечно, при оказании сервисов обмена электронными сообщениями используются те же сети связи, защиту которых обеспечивает оператор связи при оказании услуг связи. Вместе с тем представляется, что обязанность обеспечения конфиденциальности электронных сообщений должна быть возложена на всех организаторов распространения информации в сети «Интернет», предоставляющих услуги по передаче электронных сообщений (не считая передачу сообщений неопределенному кругу лиц).

С введением «законом Яровой» появились обязанности операторов связи хранить информацию о сообщениях, а также сами сообщения, появились и нормы об обязательной сертификации оборудования, необходимого для хранения данных. Однако проблема исполнения требований закона заключается в отсутствии лабораторий, которые могут осуществлять сертификацию средств накопления данных; не приняты нормативные акты, регулирующие порядок такой сертификации. Таким образом, данный пробел в законодательстве формально служит причиной того, что операторы связи и сервис-провайдеры не могут выполнять требования закона о хранении данных. В связи с этим появляются разъяснения региональных органов ФСБ как органа, уполномоченного осуществлять надзор за выполнением требований «закона Яровой», позволяющие операторам связи и сервис-провайдерам использовать декларируемые производителем технические средства накопления информации при условии их обязательной сертификации в течение 3 месяцев с после появления сертифицирующих лабораторий²¹. Вместе с тем правовая сила таких разъяснений вызывает сомнения уже ввиду того, что законом установлены обязательные требования по сертификации оборудования, необходимого для хранения данных, также за использование операторами связи несертифицированного оборудования Кодексом об административных правонарушениях РФ (п. 1 ст. 13.6) предусмотрена ответственность в виде штрафа с конфискацией несертифицированного оборудования.

Несмотря на неоднозначность ситуации, в РФ уже появилась судебная практика, которая устанавливает обязанность операторов использовать несертифицированное оборудование, согласовав его применение с органами ФСБ²².

Вторым условием обеспечения тайны связи является *идентификация абонентов/пользователей* услугами связи, сервисов обмена электронными сообщениями.

Идентификация абонентов операторами связи носит комплексный характер и включает собственно идентификацию при заключении договора, проверку достоверности сведений об абоненте, а также обеспечение актуальности сведений об абоненте на протяжении всего периода обслуживания.

²¹ Галушко Д. (2018) Яровая + COPM: правила вступили в силу. Что дальше? Available at: <https://nag.ru/articles/article/102832/yarova-ya-sorm-pravila-vstupili-v-silu-cto-dalshe-.html> (Accessed 29 May 2020).

²² Постановление Пятнадцатого Арбитражного апелляционного суда от 12.12.2019 г. № 15АП-20381/2019, available at: <https://kad.arbitr.ru/Card/54516754-7ba1-413a-a162-16d7b4c79e66> (Accessed 25 May 2020).

Федеральный закон «О связи» (ст. 44) закрепляет порядок заключения договоров об оказании услуг связи как самим оператором связи, так и уполномоченным им лицом, при личном присутствии абонента либо посредством сети «Интернет» с использованием электронной подписи.

Процедура проверки достоверности предоставленных абонентом сведений о его имени, дате рождения, данных документа, удостоверяющего личность, обеспечивается проверкой оригинала документа, удостоверяющего личность, а также дистанционными способами проверки, установленными законом. Данная процедура распространяется и на пользователей абонентов — юридических лиц (за рядом исключений). Дистанционные способы проверки достоверности легализованы с июля 2018 года и постепенно начинают применяться операторами связи, что, с одной стороны, позволяет расширить возможности дистанционного подключения услуг связи, а с другой — обеспечивает идентификацию абонентов/пользователей такими услугами.

Законодательство в области регулирования отношений в социальных сетях и мессенджерах также идет в направлении деанонимизации пользователей (Kufleva, Kubrak, 2018:15). Применительно к организаторам распространения информации в сети «Интернет» идентификация пользователей сервиса вменена в качестве обязанности лишь российским организаторам сервиса обмена мгновенными сообщениями и сведена к установлению абонентского номера подвижной связи пользователя сервиса²³. Отсутствие обязательной идентификации для пользователей иных сервисов распространения информации в сети «Интернет», отличных от сервисов обмена мгновенными сообщениями, но осуществляющих такую же деятельность по обмену электронными сообщениями, может приводить к спорным ситуациям. В частности, суд указал на отсутствие тайны связи в коммуникациях посредством сервиса электронной почты Рамблер на том основании, что при создании ящика электронной почты пользователь может не указывать свои персональные данные²⁴.

Идентификация необходима для обеспечения тайны связи и исключения доступа к ней третьих лиц не только при заключении договора, но и при обслуживании абонентов (пользователей) в процессе его исполнения. В том числе и для этих целей операторы связи обязаны обеспечивать актуальность информации об абонентах и оказанных им услугах в своих базах (п. 12 постановления Правительства РФ от 27.08.2005 г. № 538).

Взаимосвязь поставщика услуг и пользователя коммуникационными услугами также состоит в *доступности таких сведений для самого поставщи-*

²³ Постановлением Правительства РФ «Об утверждении Правил идентификации пользователей информационно-телекоммуникационной сети “Интернет” организатором сервиса обмена мгновенными сообщениями» от 27.10.2018 № 1279 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс».

²⁴ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 19.09.2013 г. № 09АП-29641/2013 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс».

ка услуг. Как следует из п. 3 ст. 63 Федерального закона «О связи», доступ к сведениям, относящимся к тайне связи, имеют только отдельные уполномоченные сотрудники оператора связи в целях исполнения договора об оказании услуг связи.

Интересным с точки зрения отношений пользователя и поставщика услуг является спор между ООО «Гугл» и пользователем электронной почты, который обнаружил, что демонстрируемая ему в сервисе электронной почты реклама соответствует содержанию его электронной переписки. В результате рассмотрения спора судебная коллегия пришла к выводу, что ООО «Гугл», размещая рекламу в сообщениях пользователя, руководствовался результатами мониторинга электронной корреспонденции пользователя, чем нарушил тайну его переписки²⁵.

Еще одним показательным примером вмешательства оператора связи в тайну связи его абонента является дело в отношении ОАО «МГТС»²⁶ о передаче рекламному агентству сведений об оказанных абонентам телематических услугах связи (сведений о посещаемых интернет-страницах, IP-адресах, о поисковых запросах и пр.) для формирования профиля абонента и последующего направления рекламы (Soldatova, 2020:38). Вместе с тем представляется сомнительным, что вмененное ОАО «МГТС» правонарушение было рассмотрено с точки зрения разглашения персональных данных абонентов, но не рассматривалось судом как нарушение их тайны связи.

Таким образом, взаимодействие поставщиков коммуникационных услуг с пользователями услуг складывается в двух основных направлениях: защита сведений, составляющих тайну связи, путем защиты коммуникационной инфраструктуры, предоставления доступа к информации, составляющей тайну связи, только пользователям таких услуг и сервисов после их идентификации, и ограничение доступа к таким сведениям самого оператора (его сотрудников).

Заключение

Право на тайну связи является одним из основных прав в современном информационном обществе. Несмотря на это, объем тайны связи законодательно не закреплен, что вызывает множество споров по этому поводу. Более того, технологии передачи информации развиваются, что еще больше увеличивает число спорных вопросов. Фактически содержание тайны связи сейчас определено судебной практикой и в него входит как содержание соединений, так и сведения о них. Вместе с тем появляется все больше сторонников узкого подхода к тайне связи, выступающих за то, что собственно тайну связи составляет

²⁵ Апелляционное определение Московского городского суда от 16.09.2015 г. по делу № 33-30344 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс».

²⁶ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 23.05.2016 г. № 09АП-17574/2016 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс».

лишь содержание соединений. В том числе это объясняется необходимостью преодоления существующих законодательных барьеров для развития инноваций, data-технологий и цифровых сервисов.

Тайна связи является многогранным институтом с точки зрения отношений между разными субъектами. Кроме традиционных субъектов, обеспечивающих тайну связи как профессиональную тайну, к которым можно отнести операторов связи, с развитием информационных технологий и коммуникационных услуг свое место в правоотношениях, возникающих по поводу тайны связи, заняли организаторы распространения информации в сети «Интернет». Вместе с тем различие в подходах законодателя к обязанностям таких субъектов по защите тайны связи по сравнению с операторами связи, а также между организаторами сервисов обмена мгновенных сообщений и другими организаторами распространения информации в сети «Интернет» представляется спорным и требует унификации.

Тайна связи как конституционное право может быть ограничена. Как правило, такое ограничение происходит со стороны государства. Однако любое ограничение должно осуществляться в соответствии с законом, с законной целью и быть необходимым и соразмерным. Ограничение права на тайну связи допустимо на основании судебного решения и только теми государственными органами, чьи полномочия позволяют получать доступ к сведениям, составляющим тайну связи. Вместе с тем при соблюдении установленных Конституцией России условий ограничения права на тайну связи, издании соответствующих федеральных законов возможно расширение круга субъектов, имеющих доступ к тайне связи.

Большое количество спорных моментов в правовом регулировании тайны связи требует детальной проработки как на уровне теоретических подходов, так и в контексте практических интересов всех сторон правоотношений. И все это нам еще предстоит решить, чтобы построить если не «светлое будущее», то хотя бы нормально функционирующее цифровое общество.

Библиографический список / References

- Barak, A. (2012) *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*. Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations. Cambridge University Press, available at: <https://doi.org/10.1093/icon/mov028>
- Bendor, A. L. Sela, T., (2015) How proportional is proportionality? *International Journal of Constitutional Law*. 13(2), 530–544, available at: <https://doi.org/10.1093/icon/mov028>
- Bogdanovskii, A. (2006) *Mozhet li oshibat'sya Konstitutsionnyi sud?* [Can the Constitutional Court be wrong?]. *Zakonnost'*. No. 8. 32–36. (in Russian).
Богдановский А. Может ли ошибаться Конституционный суд? // Законность. 2006. № 8. С. 32–36.
- Bondar', N.S. (2005) *Vlast' i svoboda na vesakh konstitutsionnogo pravosudiya: zashchita prav cheloveka Konstitutsionnym Sudom Rossiiskoi Federatsii* [Power and freedom on the scales of constitutional justice: protection of human rights by the Constitutional Court of the Russian Federation]. Moscow, Justicinform Publ. (in Russian).

- Бондарь Н.С.* Власть и свобода на весах конституционного правосудия: защита прав человека Конституционным Судом Российской Федерации. М.: Юстицинформ. 2005. 592 с.
- Brunner, L. (2018) Digital communications and the evolving right to privacy. In M. Land, J. Aronson (eds.), *New Technologies for Human Rights Law and Practice* (217–242). Cambridge, Cambridge University Press. doi:10.1017/9781316838952.010
- Chechetin, A. (2005) Ogranichenie tainy svyazi [Limiting the secrecy of communication]. *Zakonnost'*. (7), 38–40. (in Russian).
- Чечетин А.* Ограничение тайны связи // Законность. 2005. № 7. С. 38–40.
- Dedov, D., Jakushev, M., Belov, S., Golovko, L., Bogush, G., Balytnikov, V., Soboleva, A., Sekretareva, N., Koroteev, K. (2018) Blokirovka Telegram v Rossii: kak obespechit' tainu perepiski? [Blocking Telegram in Russia: how to ensure privacy of correspondence?]. *Zakon*. (4), 18–28. (in Russian).
- Дедов Д., Якушев М., Белов С., Головкин Л., Богущ Г., Балытников В., Соболева А., Секретарева Н., Коротеев К.* Блокировка Telegram в России: как обеспечить тайну переписки? // Закон. 2018. № 4. С. 18–28.
- Drewry, L. (2016) Crime without culprits: why the European Union needs data protection, and how it can be balanced with the right to privacy. *Wisconsin International Law Journal*. Spring. 37 (1), available at: <https://wilj.law.wisc.edu/issues/> (Accessed 02 March 2020).
- Gushev, M.E., Shuvalova, A.M. (2015) The restriction of constitutional rights of missing citizens. *Historical and Social-educational idea*. 7(4), 64–66. DOI: 10.17748/2075-9908.2015.7.4.064-066. (in Russian).
- Гущев М.Е., Шувалова А.М.* Ограничение конституционных прав граждан, пропавших без вести // Историческая и социально-образовательная мысль. 2015. Том 7. № 4. С. 64–66. DOI: 10.17748/2075-9908.2015.7.4.064-066.
- Hoboken, J., Zuiderveen Borgesius, F. (2015) Scoping electronic communication privacy rules: data, services and values. *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*. 6 (198), para 1, available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2777156 (Accessed 07 June 2020).
- Kufleva, V.N., Kubrak, V.S. (2018) Problems of realization of the right for the mystery of correspondence in messengers: theoretical and komparativistsky aspects. *Humanities, social-economic and social sciences*. (10), 153–157. (in Russian).
- Куфлева В.Н., Кубрак В.С.* Проблемы реализации права на тайну переписки, в мессенджерах: теоретический и компаративистский аспекты // Гуманитарные, социально-экономические и общественные науки. 2018. № 10. С. 153–157.
- Nevzgodina, E.L. (2012) Yuridicheskaya sushchnost' predstavitel'stva kak universal'noi i unikal'noi formy posrednichestva [The legal essence of representation as a universal and unique form of mediation]. *Herald of Omsk University. Series «Law»*. 2 (31), 121–129. (in Russian).
- Невзгодина Е.Л.* Юридическая сущность представительства как универсальной и уникальной формы посредничества // Вестник Омского университета. Серия «Право». 2012. № 2 (31). С. 121–129.
- Papakonstantinou, V., Hert, P. (2011) The amended EU Law on ePrivacy and electronic communications after its 2011 implementation; new rules on Data protection, Spam, Data breaches and protection of intellectual property. *The John Marshall Journal of Computer & Information Law*, available at: <https://repository.jmls.edu/jitpl/vol29/iss1/2/> (Accessed 10 June 2020).
- Post, R.C. (2017) Data privacy and dignitary privacy: Google Spain, the right to be forgotten, and the construction of the public sphere. (April 15, 2017). *Duke Law Journal*. Forthcoming, Yale Law School, Public Law Research Paper. (598), available at: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2953468>. (Accessed 02 June 2020).

- Rego, A.V., Matskevich, A.Yu. (2019) The problem of access of antitrust authorities to secrecy of communication. *Russian competition law and economy*. (3), 16–19. (in Russian).
Рего А.В., Мацкевич А.Ю. Проблема доступа антимонопольных органов к тайне связи // Российское конкурентное право и экономика. 2019. № 3. С. 16–19.
- Soldatova, V.I. (2020) Protection of personal data in digital environment. *Lex Russica*. (2), 33–43. (in Russian).
Солдатова В.И. Защита персональных данных в условиях применения цифровых технологий // Lex russica. 2020. № 2. С. 33–43.
- Tenishev, A.P. (2018) On antitrust cybercrimes, access to secret information and the digital special unit. *Competition and Law Journal*. (5), 14–20. (in Russian).
- Тенишев А.П.* Об антимонопольных киберпреступлениях, доступе к тайнам и цифровом спецподразделении // Конкуренция и право. 2018. № 5. С. 14–20.
- Tereshhenko, L.K. (2016) Otdel'nye voprosy, vznikayushchie v sudebnoi praktike pri primenenii norm o taine svyazi [Certain issues arising in judicial practice when applying the rules on the secrecy of communication]. *Kommentarii sudebnoi praktiki* [Certain issues that arise in judicial practice when applying the rules on communication privacy. Commentary on judicial practice] Is. 21. In: Jaroshenko, K.B, Moscow, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation: INFRA-M Publ. 145–153. (in Russian).
Терещенко Л.К. Отдельные вопросы, возникающие в судебной практике при применении норм о тайне связи // Комментарий судебной практики. Вып. 21 / К.Б. Ярошенко, М.К. Белобабченко, А.Ф. Ефимов [и др.]; отв. ред. К.Б. Ярошенко. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации: ИНФРА-М, 2016. С. 145–153.
- Zuiderveen Borgesius, F., Steenbruggen, W. (2018) The right to communications confidentiality in Europe: protecting trust, privacy, and freedom of expression. *Theoretical Inquiries in Law, Forthcoming*, available at: <https://ssrn.com/abstract=3152014> (Accessed 17 May 2020).
- Vaipan, V.A., Egorova, M.A. (eds.) (2019) *Pravovoe regulirovanie jekonomicheskikh otnoshenij v sovremennykh uslovijah razvitija cifrovoj jekonomiki* [Legal regulation of economic relations in modern conditions of digital economy development]. In: Vaipan V.A., Egorova M.A. Moscow, Justicinform Publ. (in Russian).
Правовое регулирование экономических отношений в современных условиях развития цифровой экономики / Отв. ред. Вайпан В.А., Егорова М.А. М.: Юстицинформ. 2019. 376 с.

Об авторе:

Изотова Анжелика Николаевна — ведущий юрисконсульт, Публичное акционерное общество «Мобильные ТелеСистемы», аспирант, кафедра информационного права, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»; 101000, Российская Федерация, г. Москва, ул. Мясницкая, д. 20

ORCID ID: 0000-0002-2880-3900, SPIN-код 4884-3860

e-mail: anzheliki@rambler.ru

About the author:

Anzhelika N. Izotova — senior legal adviser of Mobile TeleSystems Public Joint Stock Company, postgraduate student, the Department of Information Law, National Research University Higher School of Economics; 20 Myasnitskaya Ulitsa, Moscow, 101000, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0002-2880-3900, SPIN-code 4884-3860

e-mail: anzheliki@rambler.ru



DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1005-1023

Научная статья

ТОРГОВЛЯ ДАННЫМИ: РАЗНЫЕ ПОДХОДЫ, ОДНА РЕАЛЬНОСТЬ

О.С. Магомедова¹, А.А. Коваль², А.Д. Левашенко²

¹Всероссийская академия внешней торговли
Министерства экономического развития Российской Федерации,
г. Москва, Российская Федерация

²Российская академия народного хозяйства и государственной службы
при Президенте Российской Федерации,
г. Москва, Российская Федерация

Развитие цифровой экономики и новых технологий ставит вопрос о возможности рассмотрения персональных данных как нового экономического актива. Представлен обзор позиций по данному вопросу в зарубежной и отечественной доктрине. Мнения варьируются от признания недопустимой торговли общественными ценностями до констатаций существования теневого рынка данных. Основываясь на гипотетическом допущении оборота данных, авторы рассматривают подходы к определению персональных данных как объекта гражданских прав. Исследование демонстрирует, что вероятные препятствия к введению экономического оборота данных могут присутствовать, как в законодательных формулировках, так и в общеправовом подходе к оценке режима защиты персональных данных. Анализируется опыт зарубежных стран по обеспечению законодательных условий для законного коммерческого использования собранных данных. В статье иллюстративно объясняется, почему торговля персональными данными не является угрозой для информационных прав человека и каким образом может быть разрешена проблема сохранения действующего режима персональных данных. Формирующийся опыт зарубежных стран подсказывает, что извлечение экономических выгод из оборота данных требует одновременно снятия регуляторных барьеров, и в то же время публичного сопровождения рыночных процессов, поскольку государство остается главным гарантом прав своих граждан. Учитывая современное развитие цифровой экономики России и подход к пониманию персональных данных как социальной ценности, авторы представляют собственные рекомендации для российского законодателя по реализации проекта коммерциализации данных. Статья подготовлена в рамках выполнения научно-исследовательской работы государственного задания РАНХиГС.

© Магомедова О.С., Коваль А.А., Левашенко А.Д., 2020.



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

Ключевые слова: персональные данные, коммерциализация данных, оборотоспособность, объекты гражданских прав, экономическая ценность информации, цифровая экономика, торговля данными

Конфликт интересов. Авторы заявляют об отсутствии конфликта интересов.

Информация о вкладе авторов: Магомедова О.С., Коваль А.А. — авторы текста статьи; Левашенко А.Д. — научное руководство исследованием.

Дата поступления в редакцию: 20 апреля 2020 г.

Дата принятия к печати: 15 октября 2020 г.

Для цитирования:

Магомедова О.С., Коваль А.А., Левашенко А.Д. Торговля данными: разные подходы, одна реальность // *Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки*. 2020. Т. 24. № 4. С. 1005–1023. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1005-1023.

DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1005-1023

Research Article

TRADE IN DATA: DIFFERENT APPROACHES, ONE REALITY

Olga S. Magomedova¹, Alexandra A. Koval², Antonina D. Levashenko²

¹ Russian Foreign Trade Academy
of the Ministry of Economic Development of the Russian Federation,
Moscow, Russian Federation

² Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration
under the President of the Russian Federation,
Moscow, Russian Federation

Abstract. The development of the digital economy and new technologies raises the question whether it is possible to consider personal data as a new economic asset. Provides an overview of the positions on this issue in foreign and domestic scholarships. Opinions range from recognition of trade in public values unacceptable to statements concerning a shadow data market. Based on a hypothetical assumption of data tradability, the authors examine approaches to the definition of personal data as an object of civil rights. The research paper demonstrates that possible obstacles to the introduction of economic data circulation can emerge from legislative formulations as well as from general legal approach to the regime of personal data defense. The research paper examines experience of different countries in providing legal conditions for the legitimate commercial processing the collected data. The article illustrates reasons why trade in personal data is not a threat to human information rights and explains how the problem of privacy defense can be resolved. The nascent experience of foreign countries suggests that profiting from data commerce requires to remove regulatory barriers, and at the same time to publicly accompany market processes, since the State remains the main guarantor of the rights of its citizens. Taking into account the current development of the Russian digital economy and the approach to understanding personal data as a social value, the authors present their own recommendations for the

Russian legislator on realization of the data commercialization project. The article is prepared within the research work on the public order of the RANEPА.

Key words: personal data, commercialization of data, transferability, objects of civil rights, economic value of data, digital economy, data trade

Conflicts of interest. The authors declared no conflicts of interest.

The participation of the authors: Olga S. Magomedova, Alexandra A. Koval — text drafting; Antonina D. Levashenko — research advising.

Article received 20 April 2020

Article accepted 15 October 2020

For citation:

Magomedova, O.S., Koval, A.A., Levashenko, A.D. (2020) Trade in data: different approaches, one reality. *RUDN Journal of Law*. 24 (4), 1005–1023. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1005-1023.

Введение

Персональные данные материализуют личность в информационном пространстве. Поэтому совсем недавно идея о торговле персональными данными казалась противоречащей принципам этики и основам защиты прав человека. Однако современные технологии создают пространство цифровой экономики, где персональные данные становятся ценным экономическим активом. Это совершенно не значит, что цифровая экономика отказывается от общечеловеческих ценностей. Напротив, развитие технологий позволяет извлекать экономическую ценность из новых ресурсов, при этом не затрагивая личных прав и интересов субъектов, обладающих этими ресурсами. Кроме того, персональные данные сами по себе обладают ценностью только для самих субъектов, поскольку воплощают их личные права. В условиях цифровой экономики ценность персональных данных определяется по тому, какие экономические блага способно принести их использование. Примеров множество. Данные необходимы для развития таких новых технологий, как искусственный интеллект, поскольку способности машинного обучения формируются на основе алгоритмического анализа данных. Данные необходимы для экономической статистики и оценки, для естественно-научных и социальных исследований, для развития медицины и здравоохранения и т.д. Другими словами, экономические возможности применения персональных данных безграничны.

Однако персональные данные способны обеспечить вклад в экономическое развитие именно при масштабном использовании: это значит, что для целей развития персональные данные должны включаться в базы данных, которые в свою очередь могут использоваться в экономической, научной и других видах деятельности. Следовательно, скорость развития различных отраслей определяется тем, насколько быстро формируются базы обрабатываемых данных. Очевидно, что базы данных лучше всего укрупнять готовыми базами данных, это

значит, что компаниям удобнее приобретать готовые данные друг друга, нежели по крупицам формировать личные базы данных — это долго и неэффективно. Таким образом, современное экономическое развитие, и бурный рост цифровой экономики в частности, напрямую ставят вопрос об обеспечении коммерческого оборота персональных данных. Данная проблема освещается в работах правоведов различных стран, а также рассматривается на международном уровне в контексте развития цифровой экономики в рамках ОЭСР и других организаций экономического профиля. Также методологическую основу для исследования составляет анализ национального законодательства и правоприменительной практики.

Коммерциализация данных: международная доктрина

Тема коммерциализации данных возникла одновременно с опасениями о неприкосновенности частной жизни в условиях автоматизации работы с данными. Вероятно, впервые этот вопрос был поднят в монографии профессора Колумбийского университета Алана Вестина «Неприкосновенность частной жизни и свобода» 1967 г. Рассуждая о необходимости защиты персональных данных в условиях распространения средств слежения после войны, автор отметил проблему коммерческой передачи тайно собранных персональных данных (Westin, 1967:16). Однако в то время автор не рассматривал персональные данные как объекты имущественных прав. Под извлечением финансовой выгоды из сбора и передачи персональных данных автор подразумевал одно из проявлений нарушения 4-й поправки к Конституции США о праве народа на охрану личной жизни, жилища, бумаг и имущества от необоснованных обысков и арестов. Тем не менее, таким образом была заложена идея о рассмотрении персональных данных как предмета собственности. Для развития этой идеи есть и правовые предпосылки (Burti, 2017:131). Право собственности — это юридически защищенное право как на материальный, так и нематериальный объект. Право собственности является абсолютным, т.е. обязательным к соблюдению любыми третьими лицами. По-другому это свойство называют эффектом публичности (*erga omnes effect*). Следовательно, соблюдение права собственности обуславливается транспарентностью его осуществления. Право собственности должно осуществляться открыто. Кроме того, право собственности равно признается в любой юрисдикции. Право распоряжения имуществом, входящее в право собственности, предполагает право отчуждения объекта собственности.

Право на персональные данные действительно обладает схожими чертами (Lametti, 2003:326). Персональные данные составляют объект защищаемого законом права. В соответствии с этим правом лицо владеет, пользуется и распоряжается своими данными, передавая их для обработки третьим лицам. Право на персональные данные осуществляется открыто, а потому требует его публичного соблюдения, которое выражается в возможности использования персональных дан-

ных только с согласия их субъекта. С этой точки зрения понятие «введения в право собственности» в отношении персональных данных (propertization) скорее означает осуществление контроля над персональными данными (Prins, 2015:2). Но при ближайшем рассмотрении можно понять, что персональные данные не являются однозначным объектом права собственности.

Прежде всего, сама идея отчуждения персональных данных не коррелирует с их природой идентификации субъекта этих данных. При предоставлении персональных данных для обработки оператором их носитель не утрачивает связи с идентификаторами этих данных³. Во-вторых, передача данных не означает утрату контроля над ними, как это происходит с отчуждением имущества. Ввиду того, что данные являются неисчерпаемым ресурсом, субъект персональных данных остается их обладателем и распорядителем даже при передаче своих данных тем или иным образом в любой форме неограниченному числу лиц. По этой причине персональные данные — этот объект гражданских прав, который не может быть обременен правовыми притязаниями третьих лиц, в отличие от иных объектов права собственности (Zech, 2016: 53–54). Наконец, рассмотрение персональных данных в качестве объекта права собственности противоречит представлению о неотчуждаемом праве человека на неприкосновенность частной жизни как на общественное благо. Если персональные данные представляют собой формализованную частную жизнь, то их отчуждение противоречит общественному порядку (Regan, 2002:382). Из этих аргументов следует, что персональные данные неотчуждаемы, и что в их отношении не может быть установлено право собственности в традиционном понимании. Очевидно, этой точки зрения придерживаются национальные законодатели стран, где вопрос коммерциализации данных остается неурегулированным (Purtova, 2013:84).

Тем не менее, в международной доктрине подчеркивается, что при передаче персональных данных субъект утрачивает реальный контроль над своими данными. Предоставление согласия на использование данных в конкретных целях в определенном объеме не гарантирует субъекту персональных данных уверенности в том, что они не будут скопированы и переданы по цепочке третьим лицам для неизвестных ему целей. Этой ситуацией и объясняется рвение законодателей обеспечить особый режим защиты персональных данных от посягательств любых третьих лиц в условиях, когда они выведены из-под контроля их субъекта. Так, в США исследователями в области социальных наук и технологий была предложена система лицензирования персональных данных, основанная на невыполнении прав контроля субъектами данных (default control rights of the data subjects) (Scwartz, 2004:2055). Предполагается, что лицензирование позволяет наилучшим образом обеспечить выполнение принципа самоопределения

³ OECD (2015) *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being*. Paris, OECD Publishing, 181, available at: https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/data-driven-innovation_9789264229358-en (Accessed 15 April 2020).

субъекта персональных данных. При лицензировании не происходит отчуждения права контроля над своими персональными данными, но передается право пользования данными на определенных самим субъектом условиях⁴. Примечательно, что с аналогичной идеей также выступили исследователи из Тайваня, которые выдвинули проект онлайн-лицензирования персональных данных (Yuh-Jzer, 2008:163). Он основан на том же принципе обусловленности использования собранных персональных данных волей субъекта этих данных в силу их идентифицирующей связи с субъектом. Укрепление идеи о том, чтобы дать правовое обоснование использованию персональных данных третьими лицами, вполне объяснимо. Если в эпоху Больших данных и новых технологий персональные данные не могут быть полностью защищены от коммерческой передачи третьим лицам (например, в составе базы данных), то следует узаконить этот процесс (Тене, 2017:258).

Персональные данные как объект гражданских прав в России

В гражданском законодательстве России персональные данные прямо не упоминаются. В положениях ФЗ «О персональных данных» персональные данные определяются как «любая информация, относящаяся прямо или косвенно к определенному или определяемому лицу». На данный момент информация не упоминается в качестве объекта гражданских прав. Примечательно, что до 1 января 2008 г. (дата вступления в силу 4-й части ГК РФ), ст. 128 ГК включала информацию в качестве самостоятельного объекта гражданских прав. Исключение информации из перечня объектов некоторыми юристами рассматривается как свидетельство законодательного признания необоротоспособного характера информации⁵. Такое предположение верно только частично. Как устанавливается в ст. 5 ФЗ-149 от 27.07.2006 «Об информации, информационных технологиях и о защите информации», информация *может* быть объектом гражданских отношений. Соответственно, информация может выступать объектом гражданских прав, насколько это не противоречит специальному законодательству о регулировании отдельных видов информации. Например, информация, в отношении которой установлен режим коммерческой тайны, может являться объектом гражданско-правового договора о лицензировании, т.е. участвовать в гражданском обороте (Stepanov, 2020:72).

Действительно, в гражданском обороте могут быть задействованы только объекты, наделенные экономической ценностью (Drexl, 2017:268). Примени-

⁴ The official site of the consulting company Thomson Reuters (2020), “Data Licensing: Taking into account data ownership and use”, available at: <https://legal.thomsonreuters.com/en/insights/articles/data-licensing-taking-into-account-data-ownership> (Accessed 15 April 2020).

⁵ Урошлева Александра. Коммерциализация персональных данных и понятие «биг дата» — злободневные вопросы IT-сферы. 22 ноября 2018, available at: <http://www.garant.ru/article/1229761/> (Accessed 15 April 2020).

тельно к информации, относящейся к коммерческой тайне, законодательство прямо определяет ее экономическую ценность: «информация, позволяющая ее обладателю увеличить доходы, избежать расходы или получить иную коммерческую выгоду» (п. 1 ст. 3). Однако не все виды информации обладают экономической ценностью. Таким образом, становится очевидна причина законодательного исключения «информации» из числа объектов гражданских прав: экономически ценная информация подпадает в категорию «имущества», и только информация, не имеющая экономической ценности, исключается из числа объектов гражданских прав. Следовательно, определение персональных данных как информации не означает автоматического признания их оборотоспособности в соответствии с гражданским законодательством. И вместе с тем не исключается возможность признания персональных данных объектом гражданских отношений.

Из утверждения, что в гражданском обороте задействованы только объекты гражданских прав, не следует верность обратного утверждения. Например, нематериальные блага входят в число объектов гражданских прав в соответствии со ст. 128 ГК РФ. Нематериальные блага признаются оборотоспособными в силу своей неотъемлемости от личности. Такие блага не могут отчуждаться в пользу третьих лиц. Тем не менее, нематериальные блага могут быть предоставлены для пользования. Например, исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности также неотчуждаемы, однако они могут передаваться автором для использования в конкретных целях определенным образом. Следует заметить, что персональные данные также могут использоваться в экономической деятельности третьих лиц с согласия субъекта этих данных. Так, в соответствии с п. 4 ст. 19 ГК имя или псевдоним одного лица могут использоваться другими с его согласия в их творческой, предпринимательской или экономической деятельности. Это частный пример из общего обоснования относимости персональных данных к нематериальным благам. В российской доктрине выделяется несколько отличительных признаков нематериальных благ, которым отвечает характеристика персональных данных. Трофимова Т.В. выделяет следующие признаки (Trofimova, 2005:23–24). Во-первых, право на объект следует из самого события возникновения права и не требует дополнительных юридических фактов для своей действительности. Во-вторых, гражданские права, объектом которых выступают нематериальные блага, не могут быть восстановлены в случае нарушения. В-третьих, нематериальные блага не имеют имущественного содержания. Следовательно, в-четвертых, права на нематериальные блага неотчуждаемы и непередаваемы. В-пятых, нематериальные блага носят сугубо личный характер, а потому права на них не могут осуществляться иными лицами помимо самого правообладателя. Персональные данные соответствуют этим признакам, однако имеют свои особенности. Например, персональные данные могут принадлежать лицу не только изначально (как биометрическая и генетическая информация), но также могут при-

сваиваться по закону, как имя или идентификационный номер паспорта, или по техническим параметрам, как номер телефона, или аккумулироваться на протяжении жизни, как медицинская история. Однако при установлении связи присваиваемых данных с конкретной личностью они становятся персональными и отвечают остальным признакам нематериальных благ.

Включение персональных данных в категорию нематериальных благ соответствует представлению о персональных данных как ценности, пользующейся особым режимом правовой защиты (Heller, 1998:656). Если рассматривать персональные данные как нематериальные блага, то передачу данных следует понимать как передачу прав на их использование, а обработку данных оператором — как пользование в соответствии с условиями «договора», согласия субъекта персональных данных. Можно видеть, что форма на получение согласия субъекта, содержащая информацию о целях обработки персональных данных, включает в себя ряд условий подобно договорно-установленному порядку, как принцип целевого использования или принцип минимизации обработки данных (Grishaev, 2019). Таким образом, персональные данные могут рассматриваться в качестве нематериальных благ, которые составляют объект гражданских отношений. Тогда складывается ситуация правовой неопределенности: персональные данные практически пользуются смешанным правовым режимом. С одной стороны, они в некоторой степени материализуют конституционное право человека на неприкосновенность частной жизни, а с другой стороны, являются объектом гражданских прав.

В доктрине предполагают, что неопределенность положения персональных данных возникает из-за смешения законодателем понятий «информация» и «данные» (Savel'ev, 2019:185). Разграничение данных понятий позволило бы разрешить конфликт между необходимостью признания за оператором данных права на работу с данными, а за субъектом персональных данных — права, вытекающие из режима их защиты. Кроме того, персональные данные могут различаться по порядку их образования. Например, защиту первичных персональных данных следует понимать как защиту права человека на неприкосновенность частной жизни, тогда как в отношении производных персональных данных, целенаправленно собранных для обработки, должно действовать общее гражданское законодательство. В таком случае персональные данные представляют собой объекты имущественных прав оператора данных, который осуществляет их обработку, использование, хранение и т.п. Соответственно может устанавливаться право распоряжения данными, собранными в соответствии с требованиями законодательства о защите персональных данных.

Персональные данные как товар

Представляется, что препятствие к тому, чтобы рассматривать персональные данные в качестве экономически ценного и одновременно оборотоспо-

собного объекта, — это наличие связи с конкретным физическим лицом. Тогда будет справедливо предположить включение в коммерческий оборот данных, не обладающих свойствами идентифицируемости. Персональные данные также могут утратить свойства идентифицируемости посредством процедуры обезличивания. Следовательно, персональные данные могут становиться предметом коммерческого оборота или, другими словами, могут рассматриваться как товар. Здесь следует отметить, что использование персональных данных не всегда означает использование их правового содержания. Как любой вид информации, персональные данные могут быть «перепрофилированы», это значит, что они могут быть использованы не для извлечения личной информации, а для работы с их техническим содержанием (Savel'ev, 2019:178).

Тем не менее, с точки зрения российского законодательства и правовой доктрины, обезличенные персональные данные не могут считаться товаром. Дело в том, что в гражданском законодательстве понятие «товар» применяется в отношении предмета купли-продажи в соответствии со ст. 454–455 ГК. В качестве товара могут рассматриваться любые вещи в соответствии с положениями ст. 129 ГК об оборотоспособности объектов гражданских прав. Тем самым круг предметов купли-продажи был законодательно ограничен объектами, обладающими материальными свойствами. Хотя в п. 4 ст. 454 устанавливается, что положения о договоре купле-продажи применимы в отношении имущественных прав, в том числе цифровых прав, некоторые правоведы считают, что имущественные права не могут быть товаром, поскольку это самостоятельные объекты гражданских прав. В таком случае п. 4 ст. 454 интерпретируется как правило о распространении действия положений о договоре купли-продажи на иные правоотношения, однако это не делает объекты этих правоотношений товаром (Braginskii, 2011:265–266). Более того, по правилу о преимуществе специальной нормы перед общей, действие положений о договоре купли-продажи в отношении имущественных прав может исключаться специальными нормами, как например, договоры о возмездном отчуждении исключительных прав, регулируемые ст. 1233 ГК «Распоряжение исключительным правом» (Krashennnikov, 2011). Следовательно, даже если рассматривать обезличенные персональные данные как объект имущественных прав оператора данных, они не могут быть квалифицированы как «товар» по договору купли-продажи. Таким образом, даже законодательное закрепление практики возмездной передачи обезличенных данных будет исключать применение положений о купле-продаже.

Подходы зарубежных стран

В зарубежных странах допускается возможность введения имущественных прав в отношении персональных данных, но только в обезличенном виде. Утрата идентификаторов, обуславливающих персональную принадлежность данных, изымает эти данные из-под специального режима защиты. Соответ-

ственно, регулирование коммерческой передачи таких данных не обременено вопросами этики, но исключительно правовыми и техническими. В 2017 г. в ЕС был представлен проект Регламента ЕС «О рамочном регулировании свободного оборота неперсональных данных в Европейском союзе», нацеленного на установление права производителя данных (*data producer's right*) для владельцев средств обработки⁶. Регламент вступил в силу 18 декабря 2018 г. и действует только в отношении неперсональных данных. В Руководстве Еврокомиссии по применению Регламента специально поясняется, что к неперсональным данным относятся две категории данных: 1) изначально неперсональные данные; 2) данные, ставшие неперсональными посредством процедуры деидентификации⁷. При этом рекомендуется проводить проверку надежности результатов обезличивания в индивидуальном порядке. Однако следует помнить, что Регламент ЕС не узаконивает коммерческий оборот обезличенных персональных данных (Janecsek, 2018), а только составляет правовую основу для развития единого цифрового рынка («*digital single market*» в терминологии самих европейских институтов)⁸.

В зарубежных странах персональные данные также относятся к категории информации (Purtova, 2018:49–50). Тем не менее, в законодательстве стран как континентального права, так и общего права не встречается прямого закрепления информации как объекта гражданских прав. В этом плане зарубежные правоведы находятся в том же положении, что и российские: те или иные вопросы использования информации и персональных данных могут быть в равной степени обоснованы с полярных точек зрения (Emerich, 2018:390). Так, Гражданский кодекс Квебека запрещает работникам лично пользоваться конфиденциальной информацией, полученной во время работы (ст. 2088). Из данного положения правоведы приходят к выводу, что законодатель прямо признает возможность извлечения экономической выгоды из информации, и таким образом информация может выступать объектом гражданско-правовых притязаний. При этом в судебной практике прямо определяют информацию как нематериальную вещь. Например, в деле *Boardman v. Philips* 1967 г. английский суд рассматривал статус информации, на основании которой могут приниматься решения, от которых зависит прибыль компании⁹. Было определено, что такого рода информация являлась нематериальным объектом в собственности траста

⁶ Proposal for Regulation of the European Parliament and of Council on a framework for the free flow of non-personal data in the European Union. COM/2017/495 final, available at: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017PC0495&from=EN> (Accessed 15 April 2020).

⁷ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. Guidance on the Regulation on a framework for the free flow of non-personal data in the European Union. COM/2019/250 final, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2019:250:FIN> (Accessed 15 April 2020).

⁸ The official site of the European Commission (2019), “Free Flow of non-personal data. Factsheet”, available at: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/free-flow-non-personal-data> (Accessed 15 April 2020).

⁹ The United Kingdom. *Boardman v Phipps*, 1967, 2 AC 46.

и не могла быть использована отдельными лицами в личных целях. В 2015 г. Верховный суд Франции квалифицировал несанкционированное удаленное скачивание данных как кражу, тем самым практически признав существование права собственности в отношении электронной информации¹⁰. Таким образом, правовая практика показывает, что независимо от юрисдикции наиболее рациональным представляется подход признания информации как объекта гражданских прав, наделенного экономической ценностью.

Европейские цивилисты считают, что выделение самостоятельного права на данные было бы излишним, поскольку оно логически следует из права на защиту данных (Hoegen, 2013:488). В то же время выдвигается идея распространить на право распоряжения персональными данными правовое регулирование «экономически ответственных операторов» (Duch-Brown, 2017:18). В соответствии со ст. 950 германского гражданского уложения лицо приобретает право собственности на результаты работы, в процессе которой материал был преобразован в другой объект, за исключением случаев, когда стоимость преобразования значительно меньше стоимости изначального материала¹¹. В соответствии с данной концепцией персональные данные могут рассматриваться как материал, а обработанные данные — как результат преобразования. Если обезличенные данные обладают не меньшей экономической ценностью, чем оригинальные персональные данные, в таком случае компании, собирающие и обрабатывающие данные, вступают в права собственности в отношении обезличенных данных. Примечательно, что право собственности в отношении данных возникает у обработчика данных, а не у субъекта персональных данных (Heiko, 2017:323). С одной стороны, это соответствует представлению о том, что персональные данные наделены природой иного порядка, нежели «классические» объекты гражданских прав. Но, с другой стороны, данная концепция не учитывает такую специфику «материала» персональных данных, как возможность реидентификации. Обратное преобразование объекта в материал логически не заложено в конструкцию обретения права собственности в результате работы с материалом.

Вопрос принадлежности прав в отношении данных развивается в рамках теории акта написания (*skripturakt*), в соответствии с которой правом на данные обладает тот, кто их создал, т.е. «записал» на информационный носитель (Hoegen, 2014:34). На эту теорию опирался Апелляционный Суд Нюрнберга в 2013 г. при рассмотрении дела о «краже данных» с рабочих компьютеров компании¹². В Германии незаконное удаление данных преследуется в уголов-

¹⁰ French Court of Cassation, Criminal Division, no. 14-81336, judgement of 20 May 2015.

¹¹ German Civil Code in the version promulgated on 2 January 2002 (Federal Law Gazette [*Bundesgesetzblatt*] I page 42, 2909; 2003 I page 738), available at: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p3840 (Accessed 15 April 2020).

¹² Germany. OLG Nürnberg 1. Strafsenat, Beschluss vom 23.01.2013. 1 Ws 445/12, CR 2013.

ном порядке в соответствии со ст. 303 (а) Уголовного уложения Германии¹³. Апелляционный Суд постановил, что удаление данных с рабочего компьютера уволенным сотрудником компании не является преступлением, поскольку сотрудник имеет право распоряжаться данными, которые сам создал, даже если их создание было обусловлено деловыми целями работодателя.

В то время как в европейской традиции регулирования персональных данных еще присутствуют противоречия в отношении данных как предмета коммерческого оборота, в праве США уже инициирована законодательная работа по коммерциализации данных. В 2019 г. вступил в силу Закон штата Вермонт (США) о регулировании информационных брокеров (Act. 171 of 2018 Data Broker Regulation)¹⁴. В соответствии с положениями Закона информационный брокер определяется как компания, одно или несколько подразделений компании, которые открыто собирают, продают или предоставляют лицензии третьим сторонам на личную информацию потребителя, с которым компания не имеет прямых отношений. Под прямыми отношениями понимаются случаи, когда персональные данные были получены компанией в результате прямых контактов с субъектом персональных данных. Например, лицо является или в прошлом являлось потребителем, клиентом, пользователем, подписчиком на товары и услуги компании, работником, поставщиком, представителем, партнером, инвестором. Во всех остальных случаях персональные данные, которые находятся в распоряжении компании, считаются приобретенными через посредников¹⁵. В законе используется термин «brokered». В отношении информационных брокеров установлено требование об обязательной ежегодной регистрации у Секретаря штата. Также информационные брокеры должны отчитываться о соблюдении минимальных стандартов обеспечения защиты персональных данных. Главной мотивацией к принятию закона стала необходимость вывода коммерческого оборота персональных данных из теневой экономики. Следует подчеркнуть, что законодатель грамотно подчеркивает обязательность соблюдения режима защиты персональных данных. Соответственно, коммерческий оборот данных законен только при условии проведения процедур по их деидентификации. Таким образом, можно говорить о начале международной практики законодательного закрепления оборотоспособности обезличенных персональных данных.

¹³ German Criminal Code in the version published on 13 November 1998 (Federal Law Gazette I, 3322), available at: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html (Accessed 5 May 2020).

¹⁴ Vermont's Act 171 of 2018 Data Broker Regulation 9 V.S.A. §§ 2430, 2433, 2446 and 2447, available at: <https://legislature.vermont.gov/bill/status/2018/H.764> (Accessed 15 April 2020).

¹⁵ Guidance on Vermont's Act 171 of 2018 Data Broker Regulation, the Vermont Office of the Attorney General, December 11, 2018, available at: <https://ago.vermont.gov/wp-content/uploads/2018/12/2018-12-11-VT-Data-Broker-Regulation-Guidance.pdf> (Accessed 15 April 2020).

Рекомендации для российского законодательства

На данном этапе развития цифровой экономики российский законодатель придерживается консервативного (в положительном смысле этого слова) представления о персональных данных как о предмете, не подлежащем торгу. Защита персональных данных отождествляется с принципом неприкосновенности частной жизни. В этом смысле персональные данные неотчуждаемы, поскольку составляют часть неотчуждаемых прав человека. Однако развитие технологий и потребностей цифровой экономики стимулируют к поиску альтернативных подходов, которые бы учитывали новаторские подходы и одновременно сохраняли приверженность фундаментальным понятиям в сфере прав человека. Примечательно, что в данной сфере отмечается тенденция к выделению информационных прав человека из общеизвестного принципа неприкосновенности частной жизни. Например, Хартия Европейского Союза об основных правах 2007 г. (2016/C 202/02) ставила защиту персональных данных (ст. 8) в один ряд с общепризнанными правами и свободами человека¹⁶. Также в доктрине часто выделяется личное право на информационное самоопределение¹⁷. Это значит, что человек самостоятельно принимает решение о том, какая информация, каким образом, кем и в каких целях может быть использована. Право информационного самоопределения выражается в распространенном принципе обязательного получения согласия субъекта персональных данных на обработку своих данных.

В российской доктрине следует отметить приверженность к режиму защиты персональных данных, который предполагает консенсуальное условие получения законного права на обработку данных. Считается, что работа с оригинальными персональными данными экономически более выгодна бизнесу, чем коммерциализация обезличенных данных (Hartmann, 2019:5). Безусловно, работа с персональными данными влечет значительные расходы по обеспечению их сохранности, однако эти издержки полностью покрываются экономическими выгодами от работы с полноценными данными. Кроме того, законодательное закрепление права распоряжаться персональными данными как собственностью лишает персональные данные их исключительности в правовом регулировании. Вместе с тем у обработчиков данных появится возможность для злоупотребления приобретаемыми правами. Например, может вводиться ограниченный доступ к собраным данным или может устанавливаться несоразмерно высокая цена за предоставление доступа к базе (Duch-Brown, 2017:18). Безусловно, коммерциализация обезличенных персональных данных несет в себе некоторые негативные аспекты, однако выявленные недостатки в теории могут

¹⁶ Хартия Европейского Союза об основных правах. Страсбург, 12 декабря 2007. 2007/C 303/01

¹⁷ Урошлева Александра. Коммерциализация персональных данных и понятие «биг дата» — злободневные вопросы IT-сферы. 22 ноября 2018, available at: <http://www.garant.ru/article/1229761/> (Accessed 15 April 2020).

служить опорой в определении того, как *правильно* сделать персональные данные коммерческими активами.

Сегодня коммерциализация персональных данных *de facto* происходит в каждой стране независимо от наличия правового регулирования. Это объясняется тем, что, пользуясь «бесплатными» сервисами Интернета, пользователи на самом деле платят своими персональными данными. В исследовании консалтинговой компании PWC, проведенном в 2018 году, было подсчитано, что мировая выручка от использования пользовательских данных может достигать \$300 млрд в год¹⁸. Экономическая ценность извлекается и персональных данных, как правило, с помощью профайлинга (записи индивидуальных предпочтений и пользовательского поведения) для целей рекламы. Тогда как классическая экономика основывается на модели «деньги-товар-деньги», то с развитием цифровой экономики цепочка экономических преобразований удлинилась в модели «деньги-услуги-данные-деньги». На этом основании можно констатировать, что законодательное закрепление коммерческого использования персональных данных является вопросом времени, нежели подхода к пониманию персональных данных. В связи с этим национальным законодателям следует обратить внимание на необходимость обеспечения сбалансированного порядка работы с данными. Защита персональных данных не должна снижаться для целей упрощения коммерческого использования данных, и вместе с тем, чрезмерное регулирование обязанностей операторов данных не должно тормозить свободное обращение обезличенных данных. Подход законодателя к коммерциализации данных должен выстраиваться на следующих принципах.

Во-первых, законодателю следует прямо обозначить, какие данные подпадают под положения о коммерциализации данных. В большинстве юрисдикций действует бинарный подход, основанный на различении только двух видов данных: персональных и неперсональных. Причем неперсональные включают, как данные изначально безотносительные к личности, так и персональные данные, которые прошли процедуру обезличивания. В таком случае режим защиты персональных данных распространяется только на оригинальные персональные данные. Однако для целей безопасного проведения коммерциализации данных следует обратить внимание на риск ре-идентификации обезличенных персональных данных с помощью технологий, основанных на алгоритмическом анализе Больших данных. Поэтому коммерциализация данных должна основываться на иной классификации данных, нежели бинарной. Представляется целесообразным разграничить категории «обезличенных персональных данных» и «обезличенных данных», где под обезличенными персональными данными понимаются данные, способные к восстановлению свойств идентифицируемости с помощью дополнительной информации. Тогда как под «обезличенными

¹⁸ Персональные данные как «товар», available at: <https://www.pwc.ru/ru/publications/protect-me-what-russian-consumers-want/personal-data-as-a-commodity.html> (Accessed 15 April 2020).

данными» понимаются персональные данные, обезличенные таким образом, что их восстановление не представляется технически возможным. С предложением о таком разграничении уже выступило Министерство цифрового развития, связи и массовых коммуникаций РФ, подготовив соответствующие поправки в ФЗ «О персональных данных»¹⁹ в сентябре 2019 г. С точки зрения безопасности персональных данных было бы лучше установить, что передаче данных на коммерческой основе подлежат только обезличенные данные. Однако в таком случае операторы данных сталкиваются с проблемой практического характера: каким образом определить, что данные, обезличенные в достаточной степени, чтобы считаться невозстановимыми. Поэтому введение правил о коммерциализации должно сопровождаться подготовкой практических рекомендаций компетентными органами о том, как обезличить персональные данные полностью и как оценить надежность проведенных процедур. Вопрос коммерческого оборота оригинальных персональных данных представляется неэтичным, а также противоречит правилам обработки персональных данных, согласно которым обезличивание является обязательным.

Во-вторых, следует определить тот уровень безопасности работы с данными, который должны обеспечивать операторы, вступающие в коммерческий оборот данных. Легализации коммерческой передачи данных должно сопутствовать обеспечение дополнительных гарантий субъектам персональных данных, что действие нового правового института не нарушит их прав. Для этой цели в практике США была введена система контроля и отчетности «информационных брокеров». В России на первом этапе целесообразным представляется применение компетентными органами мягких инструментов правового регулирования — руководств, рекомендаций, а также международных стандартов в сфере персональных данных, как стандарты Организации экономического сотрудничества и развития, Международной организации по стандартизации. Это позволит определить направление развития нового сектора.

В-третьих, коммерческий оборот данных не должен ограничиваться пределами одной страны. Цифровая экономика страны не может развиваться автономно от цифровой экономики мира. Это противоречит принципам либерализации и упрощения условий торгового оборота, которые десятилетиями продвигаются и укрепляются в традиционной торговле товаров и услуг. Поэтому коммерциализация данных имеет экономическое значение, если есть правовые основы для беспрепятственной трансграничной передачи данных. В отличие от традиционной торговли, цифровая экономика не имеет физических границ, и поэтому единственные препятствия в ее развитии происходят именно из сдерживающего правового регулирования. Коммерциализация данных и все сопутствующие с

¹⁹ Проект федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «О персональных данных». Минкомсвязь России. 18 сентября 2019. ID проекта: 04/13/09-19/00095069, available at: <https://regulation.gov.ru/projects#npa=95069> (Accessed 15 April 2020).

этим регуляторные мероприятия могут окупиться только при условии свободной передачи данных. С 1 сентября 2015 г. в России действует порядок локализации персональных данных, это значит, что первичные записи персональных данных россиян могут храниться только на территории России. С точки зрения «международной торговли» локализация данных является барьером для импорта услуг иностранных операторов. Для соответствия требованиям локализации иностранные операторы вынуждены обеспечить собственную инфраструктуру на территории страны. Это регуляторное обременение ставит иностранных операторов в худшее положение и тем самым нарушает международный торговый принцип недискриминации. В странах, стремящихся в авангард цифровой экономики, требование тотальной локализации данных не применяется. Локализация применяется только в отношении наиболее чувствительных категорий данных (например, финансовые данные, данные о здоровье). Риск-ориентированный подход к требованию локализации может быть воспринят и в России.

Заключение

Защита персональных данных перестает быть исключительно вопросом охраны права человека на неприкосновенность частной жизни. В цифровой экономике регулирование правового режима данных ставит более сложные задачи сочетания интересов личности и целей экономического развития. При ярко выраженном стремлении к цифровизации в российском праве по-прежнему превалирует консервативное отношение к данным как исключительно человеческой ценности. Хотя зарубежная практика склоняется к нормативному утверждению экономической ценности данных и основ к использованию этой ценности. Реализация идеи коммерциализации данных требует основательных правовых преобразований. Следует понимать, что коммерциализация не является посягательством на неприкосновенность частной жизни личности. Напротив, коммерциализация открывает возможности развития новых форм экономики, новых рынков, новой сферы для технического развития и инноваций. Коммерциализация данных должна проходить только при четкой организации условий ее осуществления (определения субъектов, осуществляющих коммерциализацию, их обязательств и ответственности), при устранении чрезмерного регулирования (например, в части требования тотальной локализации данных), при обеспечении правовых, технических и регуляторных гарантий субъектам персональных данных.

Библиографический список / References

- Braginskii, M.I., Vitryanskii, V.V. (2011) *Dogovornoe pravo. Kniga vtoraya: dogovory o peredache imushchestva [Law of contracts. Second book: contracts for transfer of property]* 2nd ed., Moscow, Statut Publ. (in Russian).
Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества. 2-е изд., М.: Статут, 2011. 780 с.

- Burri, M. (2017) “The Governance of data and data flows in trade agreements: The pitfalls of legal adaptation”, *UC Davies Law Review*. (51), 65–132.
- Duch-Brown, N., Martens, B., Mueller-Langer, F. (2017) *The economics of ownership, access and trade in digital data*. Digital economy working paper. JRC Technical Reports, available at: <https://ec.europa.eu/jrc/sites/jrcsh/files/jrc104756.pdf> (Accessed 15 April 2020).
- Drexl, J. (2017) “Designing competitive markets for industrial data between propertisation and access”, *Journal of intellectual property, information technology and electronic commerce law*. (8), 257–292.
- Emerich, Y. (2018) Les biens et l'immatérialité en droit civil et en common law. *Les Cahiers de droit*. 59 (2), 389–423, available at: <https://www.erudit.org/en/journals/cd1/2018-v59-n2-cd03792/1048586ar.pdf> (Accessed 15 April 2020). (in French).
- Grishaev, S.P., Bogacheva, T.V., Svit, Ju.P. (2019) *Postateynyi Kommentarii k Grazhdanskomu Kodeksu Rossiiskoi Federacii. Chast' Pervaya. Material podgotovlen s ispol'zovaniem pravovyh aktov po sostojaniju na 17 avgusta 2019 goda [Article-by-article Commentary on the Civil Code of the Russian Federation. Part one. The material based on legal acts as of August 17, 2019]*. (in Russian).
Гришаев, С.П., Богачева, Т.В., Свит, Ю.П. Постатейный Комментарий к Гражданскому Кодексу Российской Федерации. Часть первая. Материал подготовлен с использованием правовых актов по состоянию на 17 августа 2019 года.
- Janeček, V. (2018) Trade in data: constructive limits of personal data ownership, available at: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2018/05/trade-data-constructive-limits-personal-data-ownership>. (Accessed 15 April 2020).
- Hartmann P.M., Zaki, M., Feldmann, N., Neely, A. (2014) *Big Data for big business? A taxonomy of data-driven business models used by start-up firms*. Cambridge service alliance working paper, available at: https://cambridgeservicealliance.eng.cam.ac.uk/resources/Downloads/Monthly%20Papers/2014_March_DataDrivenBusinessModels.pdf. (Accessed 15 April 2020).
- Heiko, W. (2017) *Trading in data: an industry perspective*. In Lohsse, S., Schulze, R., Staudenmayer, D. (eds.) *Trading data in the digital economy: legal concepts and tools*. Baden-Baden, Nomos, pp. 323–326.
- Heller, M.A. (1998) The tragedy of the anticommons: property in the transition from marx to markets. *Harvard law journal*, 111 (3), 621–688.
- Hoeren, T. (2013) Dateneigentum: versuch einer anwendung von § 303a StGB im zivilrecht, *Multimedia and Recht*. (8), 486–491, available at: https://www.itm.nrw/wp-content/uploads/Dateneigentum_MMR_2013_486-491.pdf. (Accessed 15 April 2020).
- Hoeren, T. (ed.) (2014) *Big data und recht*. München, C.H. Beck Verlag.
- Krashennnikov, P.V. (ed.) (2011) *Postateynyi kommentarii k Grazhdanskomu kodeksu Rossiiskoi Federatsii, chasti vtoroi: v 3 t. [Article-by-article Commentary to the Civil Code of Russian Federation, Part two: in 3 volumes]*. Moscow, Statut Publ, available at: http://pravo.sociolife.ru/docs/Codex/GC_komments_2_tom-1_Krashennnikov_2011.pdf (Accessed 13 April 2020). (in Russian).
Постатейный комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй: в 3 т. / Под ред. П.В. Крашенинникова (том 2, 3). М.: Статут, 2011, available at: http://pravo.sociolife.ru/docs/Codex/GC_komments_2_tom-1_Krashennnikov_2011.pdf (Accessed 13 April 2020).
- Lametti, D. (2003) The concept of property: relations through objects of social wealth. *University of Toronto law journal*. (53), 325–378.
- Prins, J. (2004) The propertization of personal data and identities. *Electronic journal of comparative law*. 8 (3), 1–7, available at: <https://www.ejcl.org/83/art83-1.PDF>. (Accessed 15 April 2020).

- Purtova, N. (2013) Illusion of Personal Data as No One's Property. *Law, Innovation, and Technology*. 7 (1), 83–111, available at: <https://ssrn.com/abstract=2346693> (Accessed 15 April 2020).
- Purtova, N. (2018) The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law, *Law, Innovation and Technology*. 10 (1), 40–81, available at: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/17579961.2018.1452176?scroll=top&needAccess=true> (Accessed 15 April 2020).
- Regan, P. (2002) Privacy as a common good in the digital world. *Information, Communication & Society*. 5(3), 382–405.
- Savel'ev, A.I. (2019) Na puti k koncepcii regulirovaniya dannyh v usloviyah cifrovoi jekonomiki. [On the way to the concept of data regulation in the digital economy]. *Zakon [Law]*. (4), 174–195. (in Russian).
Савельев А.И. На пути к концепции регулирования данных в условиях цифровой экономики // *Закон*. 2019. № 4. С. 174–195.
- Schwartz, P.M., (2004) Property, privacy, and personal data. *Harvard law review*, 117 (7), 2055–2128, available at: <https://ssrn.com/abstract=721642> (Accessed 15 April 2020).
- Stepanov, I. (2020) Introducing a property right over data in the EU: the data producer's right — an evaluation. *International Review of Law, Computers & Technology*. 34 (1), 65–86, available at: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13600869.2019.1631621?src=recsys> (Accessed 15 April 2020).
- Tene, O., Polonetsky, J. (2013) Big data for all: privacy and user control in the age of analytics. *Northwestern journal of technology and intellectual property*, (11), 239–273.
- Trofimova, T.V. (2005) Klassifikacija nematerial'nyh blag i ee pravovoe znachenie [Classification of non-material values and its legal meaning]. *Grazhdanskoe pravo [Civil Law]*. (3), 23–24. (in Russian).
Трофимова, Т.В. Классификация нематериальных благ и ее правовое значение // *Гражданское право*. 2005. № 3. С. 23–24.
- Westin, A. (1967) *Privacy and Freedom*. New York, Atheneum Press.
- Yuh-Jzer, J., Shi-Cho, C. (2008) Online personal data licensing: regulating abuse of personal data in cyberspace. Hideyasu S. (ed.). *Intellectual property protection for mulrimedia information technology*. Japan, Ritsumeikan University, pp. 162–185.
- Zech, H. (2016) *Data as a tradeable commodity*. De Franceschi, A. (ed.). *European contract law and the digital single market, implications of the digital revolution*. Cambridge, Intersentia, pp. 51–80.

Об авторах:

Магомедова Ольга Сергеевна — аналитик Центра ответственного ведения бизнеса, Всероссийская академия внешней торговли Министерства экономического развития Российской Федерации; 119285, Российская Федерация, г. Москва, Воробьевское шоссе, д. 6 А
ORCID ID: 0000-0003-0593-3101
e-mail: olga.magomedova.96@mail.ru

Коваль Александра Александровна — младший научный сотрудник Центра Россия-ОЭСР, Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации; 119571, Российская Федерация, г. Москва, Проспект Вернадского, д. 82
ORCID ID: 0000-0002-0431-1725
e-mail: koval-aa@ranepa.ru

Левашенко Антонина Давидовна — руководитель Центра Россия-ОЭСР, Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации; 119571, Российская Федерация, г. Москва, Проспект Вернадского, д. 82

ORCID ID: 0000-0003-2029-3667

e-mail: antonina.lev@gmail.com

About the authors:

Olga S. Magomedova — analyst, Center of responsible business conduct, Russian Foreign Trade Academy of the Ministry of Economic Development of the Russian Federation; 6 A Vorob'evskoe roadway, Moscow, 119285, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0003-0593-3101

e-mail: olga.magomedova.96@mail.ru

Alexandra A. Koval — junior researcher, Center Russia-OECD RANEPА; Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration under the President of the Russian Federation; 82 Vernadskogo Prospect, Moscow, 119571, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0002-0431-1725

e-mail: koval-aa@ranepa.ru

Antonina D. Levashenko — head, Center Russia-OECD RANEPА; Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration under the President of the Russian Federation; 82 Vernadskogo Prospect, Moscow, 119571, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0003-2029-3667

e-mail: antonina.lev@gmail.com



DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1024-1038

Научная статья

ФЕДЕРАЛЬНЫЙ ПАТЕНТНЫЙ СУД ГЕРМАНИИ КАК ИНСТИТУТ ЗАЩИТЫ ПАТЕНТНЫХ ПРАВ

К.В. Кирилова

Российский университет дружбы народов,
г. Москва, Российская Федерация

Становление института защиты патентных прав, а именно учреждение Федерального патентного суда Германии, прошло достаточно сложный исторический путь. Начиная с 1877 года зародился интерес к «защите патентных прав», именно в этом году вступил в силу «Патентный закон», который действует на сегодняшний день, с новой редакцией от 16 декабря 1980 года. Федеральный патентный суд Германии был создан 1 июля 1961 года как самостоятельный и независимый федеральный суд. Борьба за его учреждение велась длительное время и сопровождалась необходимостью внедрения в данную систему квалифицированных специалистов — технических судей. Актуальность заключается в заимствовании германской модели организации и функционирования Федерального патентного суда Федеративной республики Германия другими государствами для регулирования работы подобного органа судебной системы страны. Цель настоящей статьи заключается в исследовании института защиты интеллектуальных прав в Германии. Автор уделяет в своей работе внимание месту и роли Федерального патентного суда ФРГ в судебной системе Германии, а также рассматривает правовое регулирование деятельности, структуру и порядок образования Федерального патентного суда Германии. Методологию проведенного исследования составляют общенаучный диалектический метод познания и вытекающие из него методы: системный, логический, специально-юридический и статистический. В заключении автор исследования приходит к выводу, что на сегодняшний день наиболее действенным инструментом в деле обеспечения и восстановления нарушенных интеллектуальных прав является судебная защита, ведь именно в процессе рассмотрения жалоб в суде есть возможность найти объективное решение для возникшего спора и реально восстановить нарушенные права.

Ключевые слова: судебная система Германии, патентная защита, интеллектуальная собственность, Федеральный патентный суд Германии, специализированный суд Германии

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 18 сентября 2020 г.

Дата принятия к печати: 15 октября 2020 г.

© Кирилова К.В., 2020.



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

Для цитирования:

Кирилова К.В. Федеральный патентный суд Германии как институт защиты патентных прав // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2020. Т. 24. № 4. С. 1024–1038. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1024-1038.

DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1024-1038

Research Article

FEDERAL PATENT COURT OF GERMANY AS AN INSTITUTE FOR THE PROTECTION OF PATENT RIGHTS

Karina V. Kirilova

Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University),
Moscow, Russian Federation

Abstract. The establishment of the Institute for the protection of patent rights, namely the establishment of the Federal patent court of Germany, has passed a rather difficult historical path. Interest to “protection of patent rights” was first identified in 1877, and that year the “Patent law” came into force; it is still relevant with a new version dated December 16, 1980. The German Federal patent court was established on 1 July 1961 as an independent Federal court. Strife for its establishment was conducted for a long time; it was accompanied by the need to introduce qualified specialists into that system, so called technical judges. The relevance lies in the borrowing of the German model of organization and functioning of the Federal patent court of the Federal Republic of Germany by other States to regulate the work of such a body in the judicial system of the country. The purpose of this article is to study the Institute for intellectual property protection in Germany. The author pays attention to the place and role of the Federal patent court of Germany in the German judicial system, as well as examines the legal regulation of the activities, structure and formation of the Federal patent court of Germany. The methodology of the research consists of the General scientific dialectical method of cognition and the methods that stem from it: systemic, logical, special-legal and statistical. In conclusion, the author of the study argues that today the most effective tool in ensuring and restoring violated intellectual rights is judicial protection, because the process of reviewing complaints in court contributes to finding objective solution to the dispute and allows restore the violated rights.

Key words: German judicial system, patent protection, intellectual property, Federal patent court of Germany, specialized court of Germany

Conflicts of interest. The author declared no conflicts of interest.

Article received 18 September 2020

Article accepted 15 October 2020

For citation:

Kirilova, K.V. (2020) Federal patent court of Germany as an institute for the protection of patent rights. *RUDN Journal of Law*. 24 (4), 1024–1038. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1024-1038.

Введение

На сегодняшний день защита интеллектуальной собственности находится на передовом месте во многих государствах мира. Данная процедура играет существенную роль, так как задействована в вопросах развития инновации, трансграничной торговли, экономического развития. Многие страны за последний период времени значительно увеличили в своей системе количество компаний и других хозяйствующих субъектов. Для достижения цели, которую поставили перед ними, были поставлены вопросы, являющиеся актуальными и в данный период времени. Их создание связано с вопросом увеличения роста своих конкурентных приоритетов, налаживания сотрудничества с партнерами и получения финансирования для системы интеллектуальной собственности (Kosovskaya, Shipika, 2019:95–97).

С учетом расширения количества объектов и договоров в сфере интеллектуальной собственности возникают споры, которые требуют их разрешения в судебном порядке. Связано это с тем, что обладатели интеллектуальных прав имеют большой интерес в эффективности механизма разрешения таких споров.

Таким образом, изучая судебную систему многих стран, можно увидеть их постепенное развитие в формировании судебных органов для защиты интеллектуальных прав. Многие государства идут путем учреждения специализированных судов, которые разрешают данные споры.

В настоящее время в мире насчитывается 93 специализированных судов, в компетенцию которых входит защита интеллектуальной собственности¹. В европейских странах больше всего государств, в структуре которых существует такой судебный орган: Армения, Австрия, Беларусь, Бельгия, Хорватия, Чешская Республика, Дания, Финляндия, Франция, Германия, Греция, Венгрия, Исландия, Ирландия, Италия, Литва, Люксембург, Македония, Нидерланды, Норвегия, Португалия, Румыния, Россия, Сербия, Словакия, Швеция, Швейцария, Турция, Великобритания (Moss, Jones, Lundie-Smith, 2010:148–157). В связи с заимствованием германской системы многими странами при формировании судебного органа с компетенцией защиты патентных прав целью исследования данной статьи является исследование института защиты интеллектуальных прав в Германии. Среди рассмотренных вопросов особое внимание уделяется месту и роли Федерального патентного суда в судебной системе ФРГ, а также правовому регулированию деятельности, структуре и порядку образования Федерального патентного суда Германии. Уделяется внимание процессуальному статусу и квалификации, а также отбору судей для специализированного суда.

¹ Specialized Courts Map. International Intellectual Property Institute, available at: <http://iipi.org/map/map.htm> (Accessed 20 July 2020).

Местоположение Федерального патентного суда в судебной системе Германии

Федеративная республика Германия имеет раздвоенную систему, то есть придерживается принципа «разграничения». Разграничение компетенции проводится между административными и гражданскими делами, которые связаны с интеллектуальной собственностью. Административные дела предполагают собой недействительность прав на интеллектуальную собственность, а гражданские — нарушение прав на интеллектуальную собственность².

Дела о нарушении права на интеллектуальную собственность и дела о признании недействительности прав на интеллектуальную собственность в ФРГ относятся к компетенции различных органов (Reinganum, Wilde, 1986:557–566).

Так, отдельные суды принимают решения о нарушении и действительности независимо друг от друга. На практике решение о нарушении часто принимается и исполняется до того, как будет определен срок действия патента, при условии, что выданные патенты на самом деле действительны. Это означает, что раздвоенная правоприменительная система отдает приоритет устранению неопределенности в отношении нарушения. Это имеет свои преимущества, и, возможно, именно это приводит к быстрому принятию решений о нарушении патента (Cremers, Gaessler, Harhoff, Helmers, 2014).

Система гражданских судов в ФРГ включает в себя 4 судебных уровня: участковые суды, окружные суды, высшие земельные суды и Верховный Федеральный суд.

Судьи в участковых судах (Amtsgerichte — AG) рассматривают и решают дела единолично. В таких судах разбираются общие аспекты судебных споров в сфере защиты интеллектуальной собственности по гражданским делам. В их компетенцию входят дела, не превышающие 5000 евро (Russlis, Tkachev, 2013:42–46).

Если же сумма иска в сфере интеллектуальной собственности превышает данную сумму, такие дела рассматриваются в окружных судах (Landgerichte — LG).

Среди 116 окружных судов только 12 компетентны в вопросах интеллектуальной собственности. Юрисдикция в отношении нарушения патентов принадлежит двенадцати окружным судам, в то время как действительность патента определяется исключительно патентными ведомствами (Европейское патентное ведомство — ЕРО или Немецкое ведомство по патентам и товарным знакам — DPMA) при опровержении и после этого этапа установление Федеральным патентным судом Германии (BPatG). Европейское патентное ведомство в системе регулирования патентных вопросов выступает в качестве испол-

² Доклад Международной торговой палаты о действующих в мире специализированных судах по интеллектуальным правам: разрешение споров в сфере интеллектуальной собственности. 2016. С. 16.

нительного органа, который рассматривает европейские заявки на патент, а также принимает решения по выдаче патентов на изобретения. В случае сомнения действительности патента Европейское патентное ведомство уполномочено дать разъяснение по данному вопросу.

Все патентные дела, в соответствии с внутренней организацией, распределяются по судебным коллегиям (Russlis, Tkachev, 2013:42–46). Из 12 окружных судов правом на рассмотрение дела о нарушении патентных прав в первой инстанции обладают лишь 4 суда: окружной суд Дюссельдорфа, Мангейма, Мюнхена и Гамбурга. В большинстве случаев 3 судебные коллегии (4а, 4b, 4с) суда Дюссельдорф рассматривает иски о нарушении патентных прав (Russlis, Tkachev, 2013:42–46). Так, отдельные суды принимают решения о нарушении и действительности независимо друг от друга. В каждом из окружных судов есть одна или несколько специализированных групп по патентным спорам. Решение о нарушении принимается коллегией в составе из трех судей, которые проводят слушания. Эти судьи являются подготовленными юристами, которые очень редко имеют какую-либо техническую подготовку (Ann, 2009:205–209).

Один из судей является «докладчиком», который в первую очередь отвечает за рассмотрение дела, подготовку слушаний и разработку проектов решений. Как правило, связь с судом осуществляется с докладчиком или председательствующим судьей (председателем) (Cremers, Gaessler, Harhoff, Helmers, 2014).

Первая инстанция компетентна при рассмотрении дел, касающихся нарушений в сфере интеллектуальных прав, и на данном этапе дела рассматриваются специализированными судами, связанными с гражданскими делами среднего звена, т.е. окружные суды и земельные суды, а вторая инстанция — вышестоящие суды среднего уровня, т.е. Высшие земельные суды³. То есть решения участковых судов могут быть обжалованы в окружных судах, а решения первой инстанции окружных судов — в Высших земельных судах (Oberlandesgericht-OLG). В высших земельных судах по аналогии окружных судов судебные коллегии проводят слушания и принимают решения по апелляциям в составе 3 судей. Для каждого окружного суда существует один Высший земельный суд. По апелляции вышестоящие окружные суды уполномочены анализировать вопросы права и факта, но стороны имеют право вводить новые факты только при ограниченных обстоятельствах. К примеру, если факты были неизвестны в ходе разбирательства в первой инстанции⁴.

В исключительных случаях еще одна апелляция на решения окружных судов и на решения высших земельных судов может быть подана в судебную

³ Доклад Международной торговой палаты о действующих в мире специализированных судах по интеллектуальным правам: разрешение споров в сфере интеллектуальной собственности. 2016. С. 16.

⁴ Келлентер В., Мигдаль Б., Мюллер Х. Патентный процесс в Германии: обзор, available at: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/56223450?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/56223450?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)) (Accessed 18 July 2020).

коллегию Верховного Федерального суда Германии (Bundesgerichtshof-BGH) в третьей инстанции (Cremers, Gaessler, Harhoff, Helmers, 2014). Тем не менее эти апелляции ограничены лишь вопросами соблюдения законности, и они доступны, только если юридический вопрос имеет особое значение. Таким образом, хотя судебная система предусматривает четыре судебных уровня, есть только две или три доступные инстанции.

Принимая решение по вопросу о нарушении, немецкие суды исходят из действительности патента и в большинстве случаев принимают решение о нарушении независимо от ожидающего оспаривания действительности патента. Это означает, что патент может быть признан нарушенным и, следовательно, судебный запрет может быть вынесен — что часто является предварительным, но полностью исполнимым — до определения действительности патента. Продолжительность этого так называемого «запретительного промежутка» может быть значительной. Это может привести к парадоксальной ситуации, в которой патент может быть юридически закреплен, хотя впоследствии он будет признан недействительным. Таким образом, раздвоенная правоприменительная система отдает приоритет устранению неопределенности в отношении нарушения. Это имеет свои преимущества, и, возможно, именно это приводит к быстрому принятию решений о нарушении патента (Cremers, Gaessler, Harhoff, Helmers, 2014). Но гражданские суды ФРГ не уполномочены на решения вопросов о действительности патента. Окружные и вышестоящие окружные суды имеют исключительную юрисдикцию в патентных спорах о нарушении патентных прав, а Федеральный Патентный суд Германии — в отношении производства по делу о признании недействительным первой инстанции.

Федеральный патентный суд Германии создан как отдельный, самостоятельный, независимый от иных органов правосудия суд с рядом компетенций, присущих только данному органу. Целью учреждения патентного суда является вынесения решений по апелляциям на решения следственных отделов, экспертизы или патентных отделов Патентного ведомства по патентам и товарным знакам ФРГ, а также по жалобам на недействительность патентов и в процедурах принудительного лицензирования⁵. Он расположен в месте нахождения Патентного ведомства и имеет обозначение «Федеральный Патентный суд»⁶.

⁵ § 65 Patentgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. Dezember 1980 (BGBl. 1981 I S. 1), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 8. Oktober 2017 (BGBl. I S. 3546) geändert worden ist. Neugefasst durch Bek. v. 16.12.1980; 1981 I 1; zuletzt geändert durch Art. 4 G v. 8.10.2017 I 3546, available at: <https://www.gesetze-im-internet.de/patg/BJNR201170936.html> (Accessed 25 March 2020). (in Germany).

⁶ Официальный сайт Федерального патентного суда Германии, available at: https://www.bundespatentgericht.de/DE/Home/home_node.html (Accessed 10 June 2020).

Правовое регулирование деятельности и процедура образования Федерального Патентного суда Германии

Целый комплекс нормативных правовых актов составляют базу патентного права Германии, регламентирующих оформление заявок на изобретения.

Глава 9 Основного закона ФРГ посвящена правосудию, осуществляемому на территории Германии. В данной главе акцентируется внимание на вопросе исполнения судебной власти Федеральным конституционным судом, Верховным федеральным судом, федеральными судами, предусмотренными в настоящем Основном законе, и судами земель.

Патентный закон ФРГ (*Patentgesetz*) от 16.12.1980 г. является главенствующим и основным нормативным актом в области патентов и патентных споров на национальном уровне. Данный закон содержит следующие положения: патентоспособность, недействительность разбирательства, лицензирование, ограничения. В НПА закреплён определённый перечень объектов, которые находятся под защитой патентов и там же закреплены этапы получения патентов.

Также закон закрепляет структуру и полномочия Патентного ведомства и Федерального Патентного суда ФРГ, а также меры наказания за нарушение патентов. Патентный регламент является Приложением к Закону о патентах ФРГ, который дополняет его положениями о процедуре подачи заявок на патент и процедуры возражения⁷.

Также в ФРГ существует ряд других нормативных актов, регулирующих патентные правоотношения: Порядок подачи заявок на выдачу патентов от 29.05.1981 г., Памятка по пошлинам, подлежащим уплате принята в июне 2010 г., Указание по составлению справки об авторах от 29.05.1981 г., Инструкция по экспертизе от 24.06.1981 г., Инструкция по проведению поиска публикаций от 24.06.1981 г., Закон об оказании помощи в уплате процессуальных расходов от 13.06.1980 г. (Mingaleva, Loginova, 2012:139–148).

На национальном уровне значительное место в законодательстве по охране прав интеллектуальной собственности занимает Закон об изобретениях служащих 1957 года (*Gesetz über Arbeitnehmererfindungen*). Данный закон закрепляет, какие установлены права и обязанности во взаимоотношениях предпринимателя и служащего. Такой нормативно-правовой акт устанавливает определённый перечень видов изобретений, которые создаются работниками. Также закон предусматривает существующие основания для выплаты вознаграждения за служебное изобретение. Впервые с 1957 года в 2009 году были приняты изменения в НПА, а именно в закон внесли определение понятия

⁷ Келлентер В., Мигдаль Б., Мюллер Х. Патентный процесс в Германии: обзор, available at: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/56223450?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/56223450?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)) (Accessed 18 July 2020).

«служебное изобретение»⁸. Данный закон включает в себя 2 принципа. Первая идея заключается в наделении предпринимателя такими условиями, которые бы позволили ему успешно получить патент. Второй принцип основан на стимулировании изобретателей на творческую деятельность методом выплаты служащему вознаграждения, которое соответствует данному изобретению (Mingaleva, Loginova, 2012:139–148).

В Российской Федерации же правовое регулирование данного института закреплено в Гражданском кодексе, хотя в СССР был принят Закон от 31 мая 1991 года «Об изобретениях в СССР», в котором ст. 22 была посвящена правилам выплаты вознаграждения за служебные изобретения, служебные модели, служебные образцы (Kosovskaya, Shipika, 2019:95–97). В 2014 году данные правила были урегулированы Постановлением Правительства Российской Федерации от 04.06.2014 № 512.

В данное время в Федеративной республике Германия судебная практика занимает значительное место. Связано это с тем, что именно благодаря такой практике в вопросах патентной политики можно заранее предположить ход действий даже несмотря на то, что вынесены решения Федеральным патентным судом или общими судами, не главенствующими для дальнейшей работы судов (Dzhakupov, 2012:37–42).

На практике суды опираются и берут во внимание вынесенные ранее решения других судов. Как правило, на заключение судов высшей инстанции — окружных судов и Федерального Верховного суда, опираются низшие суды при вынесении своих решений.

Постановление Федерального Верховного суда гласит, что при вынесении своих вердиктов, если они по сути идентичны, немецким судам необходимо учитывать решения Европейского патентного ведомства или судов государств-членов Европейской патентной конвенции 1973 года⁹.

Важнейшим критерием при вынесении решения о принятии заявки на патент и самой выдачи патента является наличие 3 главенствующих элементов: новизна, изобретательская деятельность, промышленная применимость.

Существенное влияние на законодательство в области интеллектуальной собственности в ФРГ оказывает законодательство ЕС (Kühnen, Claessen, 2013: 592–596). К примеру, сильное воздействие имеют регламенты ЕС: Регламент (ЕС) 608/2013 относительно таможенного обеспечения прав интеллектуальной

⁸ Адвокатское бюро Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры. Краткий обзор правового регулирования служебных изобретений по праву РФ, ФРГ и Англии. 2010 г., available at: <https://epam.ru/media/view/kratkii-obzor-pravovogo-regulirovaniya-sluzhebnyh-izobrenenii-po-pravu-rossii-germanii> (Accessed 15 June 2020).

⁹ Келленгер В., Мигдаль Б., Мюллер Х. Патентный процесс в Германии: обзор, available at: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/56223450?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/56223450?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)) (Accessed 18 July 2020).

собственности¹⁰; Регламент (ЕС) 1257/2012 о создании единой патентной охраны¹¹; Регламент (ЕС) 1260/2012, касающийся механизмов перевода в области создания единой патентной охраны; Регламент (ЕС) 1215/2012¹² о юрисдикции и признании и исполнении судебных решений по гражданским и коммерческим вопросам¹³.

Германия является участницей следующих международных договоров, касающихся патентов:

- Парижская конвенция ВОИС по охране промышленной собственности 1883 г., в которой, среди прочего, содержатся важные положения о приоритете¹⁴.
- Договор о патентной кооперации 1970 г., регулирующий единую процедуру подачи заявок для договаривающихся государств¹⁵.
- Закон о пересмотре Европейской патентной конвенции 2000 г., который предусматривает унифицированную и централизованную процедуру подачи заявок и выдачи патентов¹⁶.

До второй половины 2018 года ожидалось, что Германия ратифицирует Соглашение о Едином патентном суде (Соглашение UPC), которое предусматривало общеевропейскую систему патентных судов и материальное право, касающееся, среди прочего, действительности и нарушения некоторых европейских патентов. Но 20 марта 2020 года акт согласования договора об объединенном патентном суде был уничтожен. Приказом от 13 февраля 2020 года № 2 VvR 739/17 акт одобрения Соглашения о Едином патентном суде о предоставлении суверенных полномочий Единому патентному суду признан недействительным. Цель Акта об утверждении заключалась в установлении предварительных условий для ратификации Соглашения о Едином патентном суде от

¹⁰ Регламент Европейского Парламента и Совета Европейского Союза 608/2013 от 12 июня 2013 г. о защите прав интеллектуальной собственности, осуществляемой таможенными органами, и об отмене Регламента (ЕС) 1383/2003 Совета ЕС, available at: <https://base.garant.ru/70621314/> (Accessed 20 June 2020).

¹¹ Регламент Европейского парламента и Совета Европейского Союза 1257/2012 от 17 декабря 2012 г., обеспечивающий осуществление расширенного сотрудничества в области создания единой патентной защиты, available at: <https://base.garant.ru/70417746/> (Accessed 20 June 2020).

¹² Регламент (ЕС) 1215/2012 Европейского парламента и Совета ЕС от 12 декабря 2012 г. «О юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и коммерческим делам» (в новой редакции) (Страсбург, 12 декабря 2012 г.) available at: <https://base.garant.ru/70475048/> (Accessed 20 June 2020).

¹³ *Келленгер В., и Мигдаль Б., Мюллер Х.* Патентный процесс в Германии: обзор, available at: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/56223450?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/56223450?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)) (Accessed 18 July 2020).

¹⁴ Конвенция по охране промышленной собственности (Заключена в Париже 20.03.1883) (ред. от 02.10.1979) available at: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5111/ (Accessed 20 June 2020).

¹⁵ Договор о патентной кооперации (Вашингтон, 19 июня 1970 г.) (пересмотренный 28 сентября 1979 г., измененный 3 февраля 1984 г. и 3 октября 2001 г.), available at: <https://base.garant.ru/2540241/> (Accessed 20 June 2020).

¹⁶ Евразийская Патентная Конвенция (Москва, 9 сентября 1994 г.), available at: <https://base.garant.ru/1118401/> (Accessed 20 June 2020).

19.02.2013 года (Mejer, van Pottelsberghe de la Potterie, 2012:215–234). Как международный договор, Соглашение являлось частью нормативного пакета патентов, в основе которого лежало введение европейского патента с единым эффектом на уровне ЕС путем расширения сотрудничества. «Европейский патент с унитарным эффектом» обеспечивает унитарную защиту во всех участвующих государствах-членах. Соглашение предусматривало создание Единого патентного суда в качестве общего для большинства государств-членов суда по спорам, касающимся европейских патентов и европейских патентов с единым действием. В отношении европейских патентов и европейских патентов с единым эффектом, исключительная компетенция для обширного круга споров предоставляется Европейскому патентному суду. Эти споры включают в себя главным образом действия по нарушению патентов, споры о действительности патентов и некоторые действия против решений Европейского патентного ведомства (Pakuschert, 1986:86–104). Проект оспариваемого Акта об утверждении был единогласно принят Бундестагом в третьем чтении, но при голосовании присутствовало около 35 членов Бундестага. Также не было определено наличие необходимого кворума, и президент Бундестага не заявил, что Закон об утверждении был принят квалифицированным большинством¹⁷.

Что касается регулирования Федерального патентного суда Германии на законодательном уровне, то 4 глава Закона о патентах, начиная с 65 статьи, посвящена полномочиям, порядку образования и деятельности данного суда. Данные положения статьи закрепляют состав Федерального патентного суда ФРГ (Matvienko, 2012:154–159). В него входят: председатель, председательствующие судьи, дополнительные судьи. Условием замещения данных должностей является соответствие указанным в параграфе 5 закона ФРГ требованиям или наличие опыта работы в области технологий¹⁸.

Статья 50 закона «О судебной системе в Германии» гласит, что Совет судей в Федеральном патентном суде состоит из 5 избранных судей. При этом Председатель суда и его постоянный состав не могут входить в состав Совета судей¹⁹.

В Германии при каждом федеральном верховном суде учреждается Президентский Совет. При Федеральном патентном суде Президентский совет состоит из президента в качестве председателя, его постоянного представителя, двух членов, которые избираются президиумом, и трех других членов²⁰.

¹⁷ Act of Approval to the Agreement on a Unified Patent Court is void. Press Release No. 20/2020 of 20 March 2020, available at: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2020/bvg20-020.html> (Accessed 5 July 2020).

¹⁸ § 65 Patentgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. Dezember 1980 (BGBl. 1981 I S. 1), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 8. Oktober 2017 (BGBl. I S. 3546) geändert worden ist. Neugefasst durch Bek. v. 16.12.1980; 1981 I 1; zuletzt geändert durch Art. 4 G v. 8.10.2017 I 3546. (in Germany).

¹⁹ § 50 Deutsches Richtergesetz (geändert durch das Gesetz vom 8. Juni 2017. (in Germany).

²⁰ § 54 Deutsches Richtergesetz (geändert durch das Gesetz vom 8. Juni 2017. (in Germany).

С 1999 года судьи Федерального патентного суда назначаются пожизненно федеральным Министром юстиции²¹. В соответствии с положениями Основного закона ФРГ, а также Закона о судоустройстве и Закона о статусе судей в Федеративной республике Германии внедрен принцип независимости судей. Таким образом, судьи Федерального патентного суда подчиняются только закону, то есть при вынесении своего решения никакое постороннее лицо не должно на него влиять или же давать какие-либо указания/рекомендации (William, 1959:7–22). Также в отношении судей запрещается ущемлять их интересы, вне зависимости от принятых им решений по делу. Судьи в Германии назначаются пожизненно, их нельзя отстранить от должности или перевести в другой суд без их согласия. При служебном надзоре точно так же действует принцип независимости судей в отпращивании правосудия и личной независимости.

В ФРГ регламентировано, что в системе судебных органов коллегии должны состоять из сотрудников, обладающих высшим юридическим образованием (Mihailov, Mihailov, 2015:173–176). Параграф 5 закона «О судебной системе ФРГ» гласит, что судьей может быть гражданин, окончивший университет и получивший юридическую степень, после которой обязательно должен пройти еще подготовительную службу. В университете курс обучения рассчитан на 4 года, за которые изучается гражданское право, уголовное право, публичное и процессуальное право. Подготовительную службу проходят в течение 2 лет в судах по гражданским делам, прокуратуре или суде по уголовным делам, в административных органах, в адвокатских фирмах. Для того чтобы получить юридическую степень необходимо сдать квалифицированный экзамен по специализации. После подготовительной службы также сдается государственный экзамен²².

Установление прав и защита интеллектуальной собственности во многих случаях требует специальных знаний. Таким образом, одни коллегии патентного суда состоят из судей с высшим юридическим образованием, другие — из судей с высшим техническим образованием. Такое формирование наделяет суд специфической особенностью, ведь он единственный судебный орган в ФРГ, в состав которого входят профессиональные судьи с техническим образованием (Syshchikova, Shabanov, 2014:53–57).

Лицо, успешно сдавшее государственный экзамен или же академический выпускной экзамен по техническому или естественнонаучному направлению, может быть назначено на должность технического судьи. Такой экзамен можно сдать в университете, в высшем техническом учебном заведении, в сельскохозяйственном высшем учебном заведении или в горной академии. После успешной сдачи аттестации претенденту необходимо отработать в данной сфере не

²¹ § 65 Patentgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. Dezember 1980 (BGBl. 1981 I S. 1), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 8. Oktober 2017 (BGBl. I S. 3546) geändert worden ist. Neugefasst durch Bek. v. 16.12.1980; 1981 I 1; zuletzt geändert durch Art. 4 G v. 8.10.2017 I 3546. (in Germany).

²² § 5 Deutsches Richtergesetz (geändert durch das Gesetz vom 8. Juni 2017. (in Germany).

меньше 5 лет. Только после этого, с приобретенными юридическими знаниями, лицо может быть нанято в качестве технически квалифицированного члена.

В соответствии с законодательством Европейских сообществ выпускные экзамены в другом государстве-члене Европейского союза или в другой Договаривающейся стороне Соглашения о Европейском экономическом пространстве эквивалентны итоговым экзаменам в Германии²³.

На сегодняшний день судейский корпус Федерального патентного суда ФРГ состоит из 123 судей, из них 58 технических экспертов и 65 судей-юристов.

В структуру Федерального патентного суда Германии входят 29 коллегий: 13 технических апелляционных коллегий, 1 апелляционная коллегия по охране полезных моделей и полупроводниковых микросхем, 4 аннулирующие коллегии, 9 апелляционных коллегий по товарным знакам, 1 юридическая коллегия, 1 апелляционная коллегия по новым сортам растений. В зависимости от решаемых вопросов формируется их состав. Каждой коллегии подведомственны вопросы, которыми наделены каждые по отдельности.

Президиум Федерального патентного суда Германии выступает центральным органом самоуправления судей, который принимает свои решения независимо и без указаний сторонних лиц. В него входят 10 судей патентного суда, избираемых судейским корпусом на 4 года. В его состав обязательно должен входить как минимум один судья-юрист²⁴, а также председатель суда, назначенный председателем Президиума. Президиум суда берет на себя ответственность при распределении дел между судьями в данном структурном органе. В патентном суде заблаговременно определяется подсудность юридических споров и дел определенному судье.

Каждый год принимают план распределения дел, устанавливающий передачу исков и жалоб, поступающих в суд, в конкретные сенаты, распределение служебных задач между судьями и закрепление судей за конкретными сенатами²⁵.

Аппарат Федерального патентного суда ФРГ включает в себя 6 отделов, возглавляемые судьями и состоящие из чиновников и госслужащих. В суде работает более 110 сотрудников, которые не являются судьями.

²³ § 26 Patentgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. Dezember 1980 (BGBl. 1981 I S. 1), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 8. Oktober 2017 (BGBl. I S. 3546) geändert worden ist. Neugefasst durch Bek. v. 16.12.1980; 1981 I 1; zuletzt geändert durch Art. 4 G v. 8.10.2017 I 3546, available at: <https://www.gesetze-im-internet.de/patg/BJNR201170936.html> (Accessed 5 March 2020). (in Germany).

²⁴ § 68 Patentgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. Dezember 1980 (BGBl. 1981 I S. 1), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 8. Oktober 2017 (BGBl. I S. 3546) geändert worden ist. Neugefasst durch Bek. v. 16.12.1980; 1981 I 1; zuletzt geändert durch Art. 4 G v. 8.10.2017 I 3546, available at: <https://www.gesetze-im-internet.de/patg/BJNR201170936.html> (Accessed 5 March 2020). (in Germany).

²⁵ § 68 Patentgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. Dezember 1980 (BGBl. 1981 I S. 1), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 8. Oktober 2017 (BGBl. I S. 3546) geändert worden ist. Neugefasst durch Bek. v. 16.12.1980; 1981 I 1; zuletzt geändert durch Art. 4 G v. 8.10.2017 I 3546, available at: <https://www.gesetze-im-internet.de/patg/BJNR201170936.html> (Accessed 5 March 2020). (in Germany).

Первый отдел состоит из 5 департаментов, которые занимаются: кадровыми вопросами, связанными с судебским корпусом; повышением квалификации и командировками судей; вопросами, связанными с патентными поверенными. Также в данный отдел входит юрисконсульт и центр размещения заказов.

Второй отдел включает в себя 3 департамента, в полномочия которого входят распределения бюджета; структурно-организационные вопросы; принципиальные вопросы, связанные с ИТ.

Третий отдел также состоит из 3 департаментов, занимающихся вопросами, связанными с сотрудниками, не входящими в судебский корпус; дополнительными услугами, профессиональной подготовкой и повышением квалификации; командировками сотрудников, не являющихся судьями.

В компетенцию четвертого отдела входит информационная техника, т.е. планирование и разработки в области ИТ, эксплуатации ИТ.

Пятый отдел работает с общественностью, решает международные вопросы. В данный отдел входит пресс-секретарь и информационные службы.

Шестой отдел занимается канцелярией и внутренними хозяйственными работами.

Заключение

Проведенное исследование процедуры организации и структуры Федерального патентного суда Германии, а также определение его роли и места в судебной системе позволили прийти к следующим выводам.

1. Федеральный патентный суд Германии является высшей федеральной судебной инстанцией, действующей в составе 2 категорий коллегий: коллегии для вынесения решений по жалобам на решения бюро экспертиз или патентных отделов Патентного ведомства и коллегии для вынесения решений по искам о признании патентов недействительными, об отказе от патентов или о выдаче принудительных лицензий. Специализированный суд не является изолированной от судебной системы структурой, его решения могут быть обжалованы в высших судебных инстанциях страны, а именно в Федеральном суде Германии (Федеральном верховном суде). То есть в ФРГ возможна апелляция на решения Федерального патентного суда, которые вынесены им в первой инстанции по делам о признании патентов недействительными.

2. Роль данного судебного органа заключается в рассмотрении не только споров в отношении изобретений, но и других объектов интеллектуальной собственности — полезных моделей, промышленных образцов, товарных знаков, а также сортов растений.

3. В состав сенатов Федерального патентного суда ФРГ входят не только судьи-юристы, но и судьи-патентоведы, имеющие высшее профессиональное образование по техническому или естественнонаучному направлению. В связи с этим суд не нуждается в привлечении экспертов со стороны, что приводит к более справедливому вынесенному решению, так как судьи самостоятельно выносят решения, опираясь только на свое рассуждение.

4. В структуру Федерального патентного суда Германии входят 29 коллегий: 13 технических апелляционных коллегий, 1 апелляционная коллегия по охране полезных моделей и полупроводниковых микросхем, 4 аннулирующие коллегии, 9 апелляционных коллегий по товарным знакам, 1 юридическая коллегия, 1 апелляционная коллегия по новым сортам растений. В зависимости от решаемых вопросов формируется их состав. Каждой коллегии подведомственны вопросы, которыми наделены каждые по отдельности.

Библиографический список / References

- Ann, C. (2009) Verletzungsgerichtsbarkeit zentral für jedes Patentsystem und doch häufig unterschätzt. *GRUR — Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*. (111). (in Germany).
- Cremers, K., Gaessler, F., Harhoff, D., Helmers, C. (2014) *Invalid but infringed? An analysis of Germany's bifurcated patent litigation system*, ZEW Discussion Papers, No. 14-072, Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung, ZEW Mannheim, available at: <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:bsz:180-madoc-371514> (Accessed 25 July 2020).
- Dzhakupov, Zh.A. (2012) О формировании суда по интеллектуальным правам в Российской Федерации [Formation of the intellectual property rights court in the Russian Federation]. *Legal world*. (5), 37–42. (in Russian).
Джакупов Ж.А. О формировании суда по интеллектуальным правам в Российской Федерации // Юридический мир. 2012. № 5. С. 37–42.
- Kosovskaya, I.I., Shipika, L.V. (2019) Legislative innovations of 2019 in the field of dispute resolution on the protection and protection of intellectual property rights. *Law and state: theory and practice*. 7 (175), 95–97 (in Russian).
Косовская И.И., Шипика Л.В. Законодательные новеллы 2019 года в сфере разрешения споров об охране и защите интеллектуальных прав // Право и государство: теория и практика. 2019. № 7 (175). С. 95–97.
- Kuñnen, T., Claessen, R. (2013) Die Durchsetzung von Patenten in der EU—Standortbestimmung vor Einföhrung des Europa’sischen Patentgerichts. *GRUR*. 115(6), 592–596. (in Germany).
- Matvienko, D.V. (2012) О системе судов, рассматривающих дела по интеллектуальной собственности в России и Германии [On the system of courts dealing with intellectual property cases in Russia and Germany]. *Bulletin of the Saratov state law Academy*. 3 (86), 154–159. (in Russian).
Матвиенко Д.В. О системе судов, рассматривающих дела по интеллектуальной собственности в России и Германии // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2012. № 3 (86). С. 154–159.
- Mazaev, D.V. (2010). Суд по интеллектуальным правам: новое решение старой problem [The court for intellectual property rights: a new solution to an old problem]. *Bulletin of The Academy of economic security of the Ministry of internal Affairs of Russia*. (10), 117–120. (in Russian).
Мазаев Д. В. Суд по интеллектуальным правам: новое решение старой проблемы // Вестник Академии экономической безопасности МВД России. 2010. № 10. С. 117–120.
- Moss, G., Jones, M., Lundie-Smith, R. (2010) Just how ‘anti-patent’ are the UK courts? *Journal of Intellectual Property Law & Practice*. 5(3), 148–157.
- Mejer, M., Van Pottelsberghe de la Potterie, B. (2012) Economic incongruities in the European patent system. *European journal of law and economics*. 34(1), 215–234.
- Mihailov, S.M., Mihailov, L. (2015) Having special knowledge as a guarantee of independence of judges of the Intellectual Property Court. *Actual problems of Russian law*. (5), 173–176. (in Russian).

- Михайлов С.М., Михайлов Л.* Владение специальными знаниями как гарантия независимостей судей Суда по интеллектуальным правам // Актуальные проблемы российского права. 2015. № 5. С. 173–176.
- Mingaleva, Zh.A., Loginova, T.E. (2012) Opyt pravovogo regulirovaniya ob"ektov intellektual'noi sobstvennosti i innovacionnoj deyatel'nosti (na primere Germanii) [Experience in legal regulation of intellectual property and innovation (for example, Germany)]. *Bulletin of Perm University. Legal science.* 1 (15), 139–148. (in Russian).
- Мингалеева Ж.А., Логинова Т.Е.* Опыт правового регулирования объектов интеллектуальной собственности и инновационной деятельности (на примере Германии) // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2012. № 1 (15). С. 139–148.
- Pakuschert, E.K. (1986) German patent procedure. Patent procedure in the Federal Republic of Germany. *International tax and business lawyer.* 4, 86–104.
- Reinganum, J. F., Wilde, L. L. (1986) Settlement, litigation, and the allocation of litigation costs. *Rand Journal of Economics.* 17(4), 557–566.
- Russlis, S., Tkachev, D. (2013) Obshchie aspekty sudoproizvodstva v sfere zashchity intellektual'noi sobstvennosti v Germanii [General aspects of legal proceedings in the field of intellectual property protection in Germany]. *Journal of the intellectual property rights court.* (1), 42–46. (in Russian).
- Русслис Шт., Ткачев Д.* Общие аспекты судопроизводства в сфере защиты интеллектуальной собственности в Германии // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2013. № 1. С. 42–46.
- Ruzakova, O.A. (2017) Aktual'nye problemy razvitiya zakonodatel'stva ob intellektual'noi sobstvennosti [Current problems of development of intellectual property legislation]. *Property relations in the Russian Federation.* (3), 19–26. (in Russian).
- Рузакова О. А.* Актуальные проблемы развития законодательства об интеллектуальной собственности // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2017. № 3. С. 19–26.
- Syshchikova, T.M., Shabanov, P.N. (2014) Federal patent court of the Federal Republic of Germany: organization and activities questions. *Legal science and legal education reform.* 4 (27), 53–57. (in Russian).
- Сыщикова Т.М., Шабанов П.Н.* Федеральный патентный суд Федеративной Республики Германия: вопросы организации и деятельности // Правовая наука и реформа юридического образования. 2014. № 4 (27). С. 53–57.
- William, T.S. (1959) The legal system of the Federal Republic of Germany. *Hastings law journal.* 11 (1), 7–22.

Об авторе:

Кирилова Карина Виленовна — аспирант, кафедра судебной власти, правоохранительной и правозащитной деятельности, Российский университет дружбы народов; 117198, Российская Федерация, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6

ORCID ID: 0000-0002-1112-0927

e-mail: kirilova_kv@pfur.ru

About the author:

Kirilova V. Karina — postgraduate student of the Department of judicial power, law enforcement and human rights activities, Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University); 6 Miklukho-Maklaya str., Moscow, 117198, Russia Federation

ORCID ID: 0000-0002-1112-0927

e-mail: kirilova_kv@pfur.ru



АДМИНИСТРАТИВНОЕ И ФИНАНСОВОЕ ПРАВО

ADMINISTRATIVE AND FINANCIAL LAW

DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1039-1062

Научная статья

ПУБЛИЧНЫЙ ИНТЕРЕС В СФЕРЕ ЗАКУПОК

В.В. Кикавец

Российский государственный университет правосудия,
г. Москва, Российская Федерация

Основу правоотношений в сфере публичных закупок составляет частные и публичные интересы. Целью исследования является предметная оценка авторской гипотезы о том, что целью правового регулирования и финансового обеспечения публичных закупок является удовлетворение публичного интереса, выраженного в форме публичной потребности в товарах, работах, услугах. Методологическую основу исследования составили методы историзма, системности, анализа, синтеза и сравнительно-правовой. Результаты анализа нормативных правовых актов, регулирующих сферу закупок, доктринальной литературы и реальной практики позволили установить, что публичный интерес, обличенный в форму публичной потребности, реализуется путем осуществления публичной закупки. Публичные и частные интересы могут быть реализованы исключительно сообща, поскольку указанные потребности объективно не могут быть удовлетворены в индивидуальном порядке. В целом обеспечение публичного, а также частных интересов сводится к определению и легальному закреплению прав и обязанностей заказчика, его должностных лиц, не позволяющих им злоупотреблять в процессе удовлетворения публичных потребностей путем проведения публичных закупок. В результате исследования выявлена зависимость сущности публичного интереса от политического режима, определяющего соотношение публичных и частных интересов. Предложено под «публичным интересом в сфере закупок» понимать ценностно-значимую избирательную позицию чиновника или иного уполномоченного властью должностного лица, выраженную в форме публичной потребности в необходимом благе, на достижение которого одновременно направлены как правовое регулирование, так и финансовое обеспечение. Целью правового регулирования публичных закупок является удовлетворение публичного интереса. Указанные понятия необходимо легально закрепить в Законе № 44-ФЗ.

© Кикавец В.В., 2020.



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

Ключевые слова: публичный интерес, публичные закупки, финансовое право, бюджетное право, бюджетные средства, эффективность, финансовые расходы

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 02 июня 2020 г.

Дата принятия к печати: 15 октября 2020 г.

Для цитирования:

Кикавец В.В. Публичный интерес в сфере закупок // *Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки.* 2020. Т. 24. № 4. С. 1039–1062. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1039-1062.

DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1039-1062

Research Article

PUBLIC INTEREST IN PUBLIC PROCUREMENT

Vitaly V. Kikavets

Russian State University of Justice,
Moscow, Russian Federation

Abstract. The basis of legal relations in public procurement are private and public interests. The purpose of the study is a substantive assessment of the author's hypothesis that the purpose of legal regulation and financial support of public procurement is to satisfy the public interest expressed in the form of a public need for goods, works, and services. The methodological basis of the study rests on historical and systematic approach, analysis, synthesis and comparative-legal methods. The results of the analysis of normative legal acts regulating public procurement, doctrinal literature and practice showed that public interest denounced in the form of public need is realized through public procurement. Public and private interests can be realized exclusively jointly since these needs cannot objectively be met individually. In general, ensuring public as well as private interests boils down to defining and legally securing the rights and obligations of the customer and their officials, which safeguards them in the process of meeting public needs through public procurement. The study revealed the dependence of the essence of public interest on the political regime, which determines the ratio of public and private interests. "Public interest in public procurement" is suggested to understand as the value-significant selective position of an official or another person authorized by the government, which is expressed in the form of the public need for the necessary benefit; gaining such benefit involves both legal regulation and financial security. The purpose of legal regulation of public procurement is to satisfy public interest. These concepts should be legally enshrined in Law No. 44-FZ.

Key words: public interest, public procurement, financial right, budget law, budget resources, efficiency, financial expenses

Conflicts of interest. The author declared no conflicts of interest.

Article received 02 June 2020

Article accepted 15 October 2020

For citation:

Kikavets, V.V. (2020) Public interest in public procurement. *RUDN Journal of Law*. 24 (4), 1039–1062. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1039-1062.

Введение

Правоотношения, регулируемые нормами о публичных закупках, представляют собой особое комплексное сочетание норм финансового, административного и гражданского отраслей права. Каждый из субъектов сферы публичных закупок, участвуя в регулируемых правоотношениях, преследует и реализует определенные интересы, которые условно возможно разделить на публичные и частные.

Роль интереса в регулировании общественных отношений не нова. Социальная, экономическая, политическая, юридическая сущность интереса на протяжении нескольких веков подчеркивалась многими учеными и мыслителями (Selyukov, 2015:10–14). Вместе с тем понятие «интерес» в сфере публичных закупок не исследован, отсутствуют научные работы и легальное закрепление «интереса» на уровне закона. Данное понятие наполнено, прежде всего, философским началом, предопределяющим обязательное наличие исходного смысла и основ целеполагания осознанных действий определенных социальных групп или каждого субъекта в отдельности. Указанное тождественно мнению Гегеля, который утверждал, что все действия людей обусловлены их потребностями, страстями и интересами (Hegel, 1993:73).

Следовательно, деятельность любого субъекта или группы субъектов, направленная на достижение определенных целей в рамках правового или неправового поля, продиктована исключительно интересами таких субъектов. Иеринг один из первых в понятии «интерес» рассмотрел потребность субъекта в индивидуальной или коллективной форме (Jhering, 1881:30).

Публичные и частные интересы в большей степени основаны на нормах, регулируемых публичным и частным правом соответственно, берущим свое начало еще со времен Ульпиниана Доминиция. При этом уместно привести содержание дигестов Юстиниана, согласно которому изучение права распадается на два положения: публичное и частное (право). Публичное право — относится к положению Римского государства, частное — к пользе отдельных лиц; существует полезное в общественном отношении и полезное в частном отношении (Kofanov, 2002:83).

И если понятие «частный интерес» присутствует в нормах ГК РФ (согласно ст. 1 ГК РФ физические и юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своем интересе), то понятие «публичный интерес» легально не закреплено, оставаясь в доктринальном толковании, как интересы общества в целом (Syrykh, 2016:28) или совокупные ин-

тересы всех граждан, но не государства, представляющего данные интересы в качестве их выразителя (Yakovlev, 2000:167).

В целом, при достаточно разностороннем и порой противоречивом подходе, понятие «интерес» характеризовалось как осознанная потребность, прибыль или иная выгода. Развитие общественных отношений на фоне постоянно изменяющейся финансово-экономической политики требует не только обязательного учета такой категории, как «интерес», но и тщательное изучение интереса, а точнее — соотношение личного и публичного интереса. Но каким образом и в какой форме государство для эффективной реализации своих задач и функций обеспечивает приоритет публичного интереса над частным (личным)? Тщательный и всесторонний анализ категории «интерес» может способствовать комплексному исследованию проблем правового обеспечения публичных финансовых интересов, формирующихся в процессе удовлетворения публичных потребностей в товарах, работах и услугах по средствам реализации публичных закупок.

Публичный и частный интересы

Само содержание интереса может быть представлено отдельным гражданином (физическим лицом) или группой граждан, обществом в целом или государством. Интересы данных субъектов обязательным порядком признаются и защищаются государством или общественными объединениями, что, в свою очередь, свидетельствует о придании интересам, как публичным, так и частным, значимости и легитимности (законные интересы).

Учитывая, что понятие «интерес» в энциклопедиях рассматривается как реальная причина социальных действий, событий или отношение личности к предмету и т.д. (Averintsev, Arab-Oglu, Pyichev, 1989:219), полагаем, что частный интерес вполне может быть ограничен публичным в силу преобладания всей объединенной совокупности определенных интересов над одним частным. Интерпретация подобного ограничения индивидуального (частного) интереса публичным выражается понятием «социальная справедливость».

В 1914 году В.М. Хвостов проводил исследование публичного и частного интереса в праве. К публичному интересу ученый относил категорию важных интересов для всего государства, которые «оно присваивает себе», несмотря на то, что отдельные частные лица выигрывают для себя благо в процессе удовлетворения таких интересов государством. А к частным интересам отнес достояние отдельных частных лиц, акцентировав внимание на том, что отдельные частные интересы могут возникнуть также и у государства, могущего в подобных отношениях принимать статус частного лица. Каждая из категорий интереса обслуживается соответствующими нормами права, составляющими отрасли публичного и частного права (Khvostov, 1914:74–79). При этом стоит согласиться с подходом О.Ю. Бакаевой и Н.А. Погодиной, указавших, что как

публичные, так и частные интересы могут быть реализованы исключительно сообща, поскольку указанные потребности объективно не могут быть удовлетворены в индивидуальном порядке (Bakaeva, Pogodina, 2011:47).

Публичный интерес характеризуется как потребность всего общества или значительной его части. Предметом публичного интереса служит благо, как правило, необходимое для функционирования общества или отдельных социальных групп. Под благом понимается то, что включает в себе определенный положительный смысл — ценность (Averintsev, Arab-Oglu, Pyichev, 1989:62), поэтому это понятие используется в контексте положительного эффекта, полученного в результате удовлетворения потребностей для всего общества. При этом дать четкое понимание «блага» не представляется возможным, так как любой положительный результат для общества — приобретение необходимой продукции либо использование любых результатов выполненных работ или оказанных услуг — является по своей сути благом.

Развивая данное направление, О.Е. Финогентова и А.Ю. Ломаев указывают, что публичный интерес соответствует потребностям, целям всего общества или значительной его части. При этом носитель такого интереса не может быть персонифицирован, так как им может быть гражданин, группа граждан, общество в целом, государство (Finogentova, Lomaev, 2016). А.Д. Селюков, в свою очередь, поясняет, что «само государство есть орудие саморазвития общества, поэтому все, что оно осуществляет, должно быть направлено на обеспечение интересов общества, на его развитие» (Selyukov, 2015:120).

Токарева Е.В., понимая «публичный интерес» как оценочную категорию, определяемую подвижностью границ между сферами жизнедеятельности общества и государства, между публичным и частным, рассматривает ее как универсальное правовое явление, предполагающее возможность как расширительного, так и ограничительного толкования, предусматривающее вместе с тем необходимость учета и нравственных ориентиров в понимании права, присущих естественно-правовому подходу (Tokareva, 2014:345).

Современная правовая доктрина рассматривает публичный интерес как признанный государством и обеспеченный правом интерес социальной общности, результат удовлетворения которого служит условием и гарантией существования и развития общности (Dorohin, 2006:65). Следовательно, публичный интерес — это не просто сумма, полученная путем сложения каждого отдельно взятого частного интереса. Публичный интерес — это комплексное соотношение частных интересов, интересов различных групп, а также государственного интереса. Задача финансового права заключается не в обычной передаче денег за выполненное по контракту обязательство, как, например, в гражданских правоотношениях, а в определении цели отношений, сложившихся между сторонами публичного контракта и обеспечении ее достижения. Кроме того, правовое обеспечение публичного интереса в процессе финансирования публичных закупок призвано обеспечить оперативное доведение финансовых средств без по-

терь и дополнительных, необоснованных транзакционных издержек производителю, минуя посредников. К сожалению, в настоящее время мы не можем наблюдать ни цели, ни ее реализации. Указанное не позволяет понять цель выделения бюджетных средств и проверить их эффективность и результативность.

Соотношение публичного и государственного интересов

Конституция Российской Федерации (далее — Конституция РФ) предусматривает и закрепляет наличие публичных (ст. ст. 1–16, 57, 58, 59 и др.) и частных интересов (ст. ст. 30, 36, 37, 45, 55 и др.)¹. Нормы Конституции РФ свидетельствуют, что государственный интерес рассматривается как разновидность публичного интереса, локализованного интересами группы людей (народа или народов), занимающих определенную территорию. Указанное свидетельствует, что понятия «публичный» и «государственный интерес» нетождественны. Например, публичный интерес можем отождествлять со свободой перемещения по территории Российской Федерации, однако соблюдение государственного интереса позволяет установить закрытые административно-территориальные образования или режим земель приграничных территорий.

В законодательстве Российской Федерации понятие «публичный интерес» легально не закреплено, поэтому, основываясь в том числе на нормах приведенных выше статей Конституции РФ, нормах статей 166 и 168 ГК РФ, Верховный Суд РФ в отношении сделок определил, что под публичными интересами, в частности, следует понимать интересы неопределенного круга лиц, обеспечения безопасности жизни и здоровья граждан, а также обороны и безопасности государства, охраны окружающей природной среды. Под неопределенным кругом лиц понимается такой круг лиц, который невозможно индивидуализировать (определить), привлечь в процессе в качестве истцов, указать в решении, а также решить вопрос о правах и обязанностях каждого их них при разрешении дела².

Вместе с тем и публичный интерес, и государственный интерес представлены исключительно индивидуальными (частными) интересами людей, функционирующих как одиночно (руководитель органа исполнительной власти), так и в группах (представители органа законодательной власти). Превалирование у представителей органов государственной власти частных интересов над публичными является ярким показателем потери доверия населения государству. Указанное подтверждается отсутствием нормативно-правовой базы, определяющей содержание публичных интересов и их защиту. Чиновники, реа-

¹ Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993 г.). СЗ РФ, 04.08.2014, № 31, ст. 4398.

² См.: Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23.06.2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела 1 части Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

лизуя публичный интерес, приобретают товары, работы, услуги не за свои, а за бюджетные средства. Именно поэтому рыночный механизм, базирующийся преимущественно на частных интересах и необходимый для выравнивания рынка, не способен побудить или принудить чиновника осуществлять закупки с максимальной эффективностью бюджета и его экономией.

История развития и становления многих цивилизаций дает представление о том, что общество (не государство) внутри себя организует производство необходимой продукции, оказывает услуги и выполняет работы. Иными словами, частные интересы всегда являлись и продолжают быть движущей силой любого производства или действий. Государство посредством государственного аппарата упорядочивает общественные отношения с их ярко выраженными частными интересами, преследуя политику реализации государственных и публичных интересов.

В настоящее время существуют разные точки зрения в части соотношения понятий «государственный» и «публичный интерес». И если одни считают справедливым выделение из общественных интересов государственных как самостоятельных (Kurbatov, 2001:75), то другие, наоборот, полагают, что государственные интересы есть преломление общественных интересов (Kryazhkov, 1999:91–99), поскольку публичные интересы по объему являются более широким понятием, нежели государственные.

Разделение интересов на государственные и общественные находит отражение в гражданском законодательстве, основным методом правового регулирования которого является диспозитивный. Так, в статьях 1521, 1362 ГК РФ выделены отдельно государственные, общественные и иные публичные интересы. Указанное разделение отражается и в судебной практике Верховного Суда Российской Федерации, где суд акцентировал внимание на том, что обременение (публичный сервитут) может быть прекращен в случае отсутствия или изменения государственного либо общественного интереса в обременении³.

С точки зрения финансового права, поскольку любые интересы находят выражение в потребностях, удовлетворение которых осуществляется за счет бюджетных средств, полагаем целесообразным понятия «государственные интересы» и «публичные интересы» рассматривать как тождественные. В этом случае понятие «общественный интерес» мы также соотносим с публичным интересом, как результат функционирования государства, как одну из форм реализации публичной власти. Общественный интерес воплощается в социальной, культурной, исторической, экономической и иных видах деятельности. Поскольку публичный интерес всегда воплощен в норме права, общественный интерес получает возможность легальной реализации, а значит и государственной защиты, только в форме публичного интереса.

³ См.: Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 5 (2017) (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 27.12.2017 г.) // СПС «КонсультантПлюс».

Аналогично в свое время «знак равенства» между государственными, общественными и публичными интересами поставил Высший Арбитражный Суд РФ, выражая свою позицию относительно освобождения от уплаты государственной пошлины субъектов, выполняющих публично-правовые функции и выступающих в защиту государственных и общественных интересов⁴.

Выполняя свои функции, органы государственной власти не имеют собственного интереса, отличного от публичного, поэтому органы власти, выступая в роли заказчика (по сути, вступая в гражданский оборот), действуют исключительно от имени и в интересах государства в рамках своей компетенции. Достаточно привести в пример позицию Э.Н. Берендтса относительно государственного управления, под которым он понимал «деятельность государства и подчиненных ему человеческих общений, направленную к удовлетворению человеческих потребностей» (Berendts, 2014:12).

Действительно, интерес государства-суверена ориентирован на достижение цели, во многом соответствующей публичному интересу — определению блага, которое предназначено для использования неограниченным кругом лиц. Указанный интерес проявляется в законодательном установлении прав и обязанностей, направленных на возможность реализации государством своих функций.

Интерес государства-собственника позволяет реализовать возможность самостоятельного участия в гражданском обороте на равных началах с иными субъектами гражданского права — юридическими лицами и гражданами (ст. 124 ГК РФ). Данное также предполагает наличие публичного интереса в рамках властных полномочий, вне зависимости от частного интереса — получения прибыли или иной выгоды. Поэтому при удовлетворении публичных потребностей посредством проведения публичных закупок государство исходит не из своих государственных интересов, а из публичных — достижение блага, необходимого всему обществу.

Кроме того, как мы отмечали ранее, в практике закупок зарубежных стран отсутствует понятие «государственные закупки». Отдельные ученые акцентируют внимание, что вместо понятия «государственные закупки» используют «публичные закупки», «закупки для общественных (публичных) нужд», мотивируя тем, что государство не рассматривается как отдельный экономический субъект со своими собственными нуждами, отличными от потребностей общества: поэтому закупки, направленные на содержание армии, полиции, школ и т.д., нужны не государству как таковому, а всему обществу, для защиты и в интересах которого создано государство (Karanatova, Kuzmin, 2012:56–57).

Публичные интересы предполагают соблюдение социальных, этических норм, соблюдение качества и не должны подразумевать получение выгоды лю-

⁴ См.: п. 32. Постановления Пленума ВАС РФ от 11.07.2014 г. № 46 // СПС «КонсультантПлюс».

бой ценой — больше выгоды без учета средств и нюансов, связанных с получением большой прибыли (выгоды), как при реализации частного интереса. Пример принципа выгоды любой ценой — реклама знаменитыми в России и за рубежом спортсменами фастфуда, сладких газированных напитков, чипсов и прочей еды, оказывающей негативное воздействие на организм человека. Восторгаясь спортивными достижениями спортсмена и его физической формой, люди не задумываясь приобретают и употребляют не вполне здоровую еду и напитки.

Частные финансовые интересы — это интересы коммерческих хозяйствующих субъектов, которые распределяются и расходуются по их собственному усмотрению. При этом такое использование финансовых ресурсов частным субъектом на собственные нужды хоть и различно по сути с публичными интересами государства в сфере финансовой деятельности, но имеет отдельные схожие черты. Основное, и на наш взгляд, существенное различие — это отсутствие публичного интереса.

Например, средства частных субъектов — государственных корпораций (в уставном капитале которых доля бюджетных средств), унитарных предприятий, в том числе казенных предприятий, могут рассматриваться как публичные финансы, поскольку они выступают не только собственниками имущества, но и денежных средств. Именно поэтому государство не позволяет или ограничивает право субъекта по своему усмотрению распоряжаться денежными средствами или имуществом (Закон № 44-ФЗ⁵ или Закон № 223-ФЗ).

Законом о публично-правовых компаниях⁶ определено, что публично-правовая компания — это созданная Российской Федерацией унитарная некоммерческая организация, наделенная функциями и полномочиями публично-правового характера и осуществляющая свою деятельность в интересах государства и общества. Исходя из норм указанного закона, мы приходим к выводу, что для определения самого факта наличия публичного интереса у любого хозяйствующего субъекта необходимо учитывать ряд финансовых и правовых аспектов его функционирования. Понятие «публичный интерес» как у органов государственной власти, так и у публично-правовых компаниях нетождественно понятию «получение прибыли». Кроме того, такие виды хозяйствующих субъектов, как бюджетное, автономное, казенное учреждения, преследующие в качестве основной или второстепенной (дополнительной) цели извлечение прибыли и активно при этом использующие формы коммерческого стимулирования, не могут реализовывать «публичный интерес» в той мере и степени, в каких данное понятие наделяет органы государственной власти.

⁵ Федеральный закон от 05.04.2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее — Закон № 44-ФЗ) // СПС «КонсультантПлюс».

⁶ Федеральный закон от 03.07.2016 г. № 236-ФЗ «О публично-правовых компаниях в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 04.07.2016. № 27 (часть I), ст. 4169.

Законодатель для бюджетных учреждений определил легальную возможность осуществлять закупки за счет грантов, жертвования и заработанных средств вне правового поля Закона № 44-ФЗ. Подобная правовая регламентация вызывает сомнения о целеполагании правового регулирования отношений в сфере закупок, умаляя не только статус субъекта правового регулирования, но и режим расходования финансовых средств (в данном случае источник государственного или муниципального бюджета). Следовательно, публичный интерес реализуют органы власти на основании легально-оформленного волевого решения, обеспеченного, прежде всего, финансовыми средствами соответствующего бюджета или государственных внебюджетных фондов. Указанное также свидетельствует о тесной связи факта удовлетворения публичного интереса с наличием финансовых ресурсов государства.

Н.И. Землянская и Е.А. Первышов отмечают, что общественный интерес проявляется в направлении финансовых ресурсов на организацию и функционирование систем жизнеобеспечения не столько самого государства, сколько всего общества и отдельных его социальных групп. При этом качество и полнота реализации общественного интереса обеспечивается эффективным управлением соответствующими государственными органами расходами бюджета и действенным контролем за использованием бюджетных средств (Zemlyanskaya, Pervyshov, 2015:174).

По мнению А.В. Турбанова, публичные интересы представляют собой имущественные властеотношения, складывающиеся в ходе аккумуляции, распределения и использования централизованных и децентрализованных публичных денежных фондов, направленные на удовлетворение общественного интереса. Публичная финансовая деятельность — специфическая деятельность субъектов имущественных властеотношений, связанная с аккумуляцией, распределением и использованием денежных средств из публичных фондов на удовлетворение публичного интереса (Turbanov, 2012:18–19).

Публичный интерес в финансовом праве

Принимая во внимание, что обеспечение публичного интереса неразрывно связано с государственными финансами, необходимо уяснить само понятие «финансы». В экономическом словаре под финансами понимается обобщающий экономический термин, означающий как денежные средства, финансовые ресурсы, рассматриваемые в их создании и движении, распределении и перераспределении, использовании, так и экономические отношения, обусловленные взаимными расчетами между хозяйствующими субъектами, движением денежных средств, денежным обращением, использованием денег (Raizberg, Lozovsky, Starodubtseva, 1999:479).

На государственном уровне регулирование процессов аккумуляции, распределения, перераспределения и расхода бюджетных средств обеспечива-

ется финансовым правом. Поэтому нам представляется вполне логичным для полного и всестороннего раскрытия понятия «публичные интересы», включая специфику проявления таких интересов в сфере публичных закупок, рассмотреть через финансовое право и его предмет, сложность однозначного определения содержания которого до настоящего времени является основанием длительных и активных научных дискуссий.

Е.В. Рябова рассматривает финансовое право, как самостоятельную отрасль российского права, представляющей собой систему юридических норм, регулирующих распределительные экономические отношения, которые возникают в сфере финансового обеспечения реализации государственных функций и вопросов местного значения, а также обеспечения стабильного функционирования финансовой системы государства в целом (Ryabova, 2018:11–14).

Такие ученые, как О.Н. Горбунова, Е.Ю. Грачева и др., раскрывают определение предмета финансового права через совокупность норм, регулирующих общественные отношения, возникающие в процессе осуществления финансовой деятельности государства методом «власти и подчинения» (Gorbunova, Gracheva, 2003:36).

Мы разделяем позицию С.С. Тропской, выделившей в предмете финансового права отношения, связанные с функционированием как публичных финансов, так и финансового рынка (публичные отношения в сфере частных финансов) (Tropskaya, 2013:7–12). С нашей точки зрения, представленная правовая позиция наглядно свидетельствует о фактической неоднородности отношений в предмете финансового права — тесное сосуществование публичных и частных интересов.

Уместно привести точку зрения Э.Д. Соколовой, отмечающей, что принцип сочетания публичных и частных интересов в области финансов проявляется в экономической деятельности государства управлении путем установления «правил общей игры» в гражданском обороте (Sokolova, 2009:15). Указанное соотносится с позицией Ю.А. Крохиной, согласно которой «сочетание публичных и частных интересов в правовом регулировании финансовых отношений выражается в двух взаимосвязанных аспектах: сохранении публичного приоритета, но с учетом частных интересов...» (Krokhina, 2012:8–11).

На приоритет публичных интересов в регулировании общественных отношений, возникающих в области финансовой деятельности государства, указывала и Н.И. Химичева (Khimicheva, 2012:45). При этом ученый формулирует достаточно сложный и дискуссионный вопрос: участие граждан в бюджетном процессе отражает публичный интерес или происходит реализация их частного интереса каждого гражданина?

Для ответа на данный и весьма интересный вопрос полагаем необходимым обратить внимание на тот факт, что в процессе удовлетворения публичных потребностей путем реализации публичных закупок сложилась неотделимая и взаимозависимая связь публичного и частного интересов, при котором госу-

дарство, удовлетворяя за бюджетные средства публичный интерес, одновременно развивает частный. Деятельность государства направлена на развитие частного интереса, так как только частные блага возможно отделить, обособленно использовать. К неотделимым благам относится, например, строительство прибрежного навигационного маяка — его сигнал доступен абсолютно всем, это благо невозможно отделить. Следовательно, бюджетное финансирование публичных закупок обеспечивает удовлетворение как публичного, так и частного интересов, в том числе интересы каждого гражданина прямо или опосредованно, вне зависимости от того, осознает это гражданин или нет.

Безусловно, государство в случае признания интереса публичным не только легализует его волевым решением, но и обеспечивает справедливое регулирование складывающихся в процессе его удовлетворения отношений, оставляя тонкую грань приоритета публичного над частным интересом, защищающего не «сильную сторону» сделки, а именно публичный интерес.

Говоря о разграничении частного и публичного интереса, И.В. Рукавишникова конкретизирует, что в защиту публичного финансового интереса может выступать прокурор, тогда как хозяйствующий субъект или гражданин могут обратиться в суд только за защитой собственных интересов (Rukavishnikova, 2004:191–196). Более того, юридические лица, не являющиеся получателями бюджетных средств, могут обращаться в суд на основе бюджетного законодательства, поскольку не являются субъектами бюджетных правоотношений⁷.

Поддерживая полностью данную позицию, мы лишь уточним понятие — не «публичный финансовый интерес», а «публичный интерес», поскольку в процессе финансирования публичных потребностей у государства нет иного основного интереса, кроме как финансового. Более того, именно процесс реализации и защиты публичного интереса формирует основу финансовых отношений, где основной стороной является государство как властный субъект, регулируя в нужном русле экономическую деятельность.

Публичный интерес и публичные потребности в сфере закупок

Деление интересов на публичные и частные, в том числе в сфере закупок, призвано обеспечить формирование границ проникновения государства в частные имущественные интересы, в целях защиты прав и законных интересов частных (хозяйствующих) субъектов. При всей важности и приоритетном характере публичного интереса мы не должны забывать о частном интересе.

Специфика публичных интересов в сфере закупок проявляется, прежде всего, как заданный результат процесса непосредственного взаимодействия государства и коммерческих организаций (хозяйствующих субъектов), в том

⁷ См.: Определение ВАС РФ от 22.06.2007 г. № 6874/07; определение ВС РФ от 04.12.2001 г. по делу № 50-Г01-16 // СПС «КонсультантПлюс».

числе в форме государственного частного партнерства, а также в источнике оплаты — за счет бюджетных средств.

Рассматривая публичные интересы и закупки, необходимо уяснить понятие «публичные потребности» как форму выражения публичного интереса государством в лице уполномоченных должностных лиц. Мы предлагаем использовать понятие «потребность», а не «нужды», несмотря на то, что нормативно в законодательстве Российской Федерации, регулирующем сферу закупок, используется понятие «нужды», как правило, государственные или муниципальные. При переводе с русского на английский «нужды», как и понятие «потребности», имеют единое значение — «needs», но с нашей точки зрения подобный унифицированный перевод способствует ошибочному пониманию их как тождественных.

Понятие «государственные нужды», под которыми значились определяемые установленным порядком потребности Российской Федерации или ее субъектов в продукции для решения общенациональных проблем и задач и обеспечиваемые за счет средств бюджетов и внебюджетных источников, в начале 90-х годов получили легальное закрепление во многих нормативных правовых актах⁸, большая часть из которых упразднена в настоящее время. В Законе № 44-ФЗ понятие «государственные нужды» присутствует, но без раскрытия его содержания (Kikavets, 2019:83–89).

С точки зрения экономики закупок И.И. Смотрицкая отмечает, что проблеме «парадокса публичных благ» удалось избежать, упрощая при этом задачу путем введения понятия «государственных нужд», которые в экономической литературе часто, основываясь на определенных исторических предпосылках, отождествляют с понятием «федеральные нужды» (Smotritskaya, 2009:13). Понятие «государственные нужды» было индикатором источника оплаты, указывающим на средства федерального бюджета и внебюджетные источники, хотя последние прямо и не были указаны в нормативных правовых актах. Понятие «государственные нужды» используется в ч. 3 ст. 35 Конституции РФ в части принудительного отчуждения имущества при условии предварительного и равноценного возмещения.

⁸ См.: Ст. 1 Закона РФ от 28.05.1992 г. № 2859-1 «О поставках продукции и товаров для государственных нужд»; второе предложение п. 1 ст. 525 ГК РФ (предложение утратило силу 02.02.2006 г.); абз. 1 ч. 1 ст. 1 Федерального закона от 13.12.1994 г. № 60-ФЗ «О поставках продукции для федеральных нужд» (абзац утратил силу 02.02.2006 г.); ч. 1 ст. 1 Федерального закона от 02.12.1994 г. № 53-ФЗ «О закупках и поставках сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия для государственных нужд» (часть утратила силу с 02.02.2006 г.); ст. 2 Федерального закона от 06.05.1997 г. № 97-ФЗ «О конкурсах на размещение заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных нужд» (утратил силу); ст. 3 Федерального закона от 21.07.2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ и оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» (утратил силу) (далее — Закон № 94-ФЗ) // СПС «КонсультантПлюс».

Публичный интерес — это отражение государственных нужд, так как у государства, за редким исключением, нет своих интересов — есть только публичные. Вместе с тем функционирование любого заказчика обеспечивается систематическим или периодическим приобретением товаров, работ и услуг. Необходимость и фактическое наличие данной потребности позволяет нам классифицировать указанные потребности как внутриорганизационные или собственные потребности заказчика. Публичные закупки направлены на реализацию интереса населения страны, то есть на реализацию публичного интереса, который, как мы указали ранее, выступает как осознанная потребность, проявляющаяся в достижении обществом определенных целей, в процессе своего социально-политического, культурного и финансово-экономического развития.

Понятие «потребность» шире, чем «нужда», поскольку включает в себя последнюю, где наличие нужды жизненно необходимо и продиктовано природой (необходимость дышать воздухом, питаться). Нужда — это необходимость — без которой невозможны любые действия или существование общества. Потребность — это результат развития общественного сознания, без которой существование общества возможно, но достаточно затруднительно (дышать свежим воздухом, горячее или калорийное питание и т.д.). Полагаем оправданным и обоснованным использование в монографии, в том числе при переводе на русский язык, понятия «потребность».

Удовлетворение публичных потребностей в товарах, работах, услугах не осуществляется в изолированном пространстве или вакууме, а на существующем рынке, функционирующем по закономерностям и правилам рыночной экономики. Государство при этом в рамках правового регулирования общественных отношений выполняет функцию регулятора, воздействуя на эти отношения прямо или опосредовано. Именно поэтому государство в процессе удовлетворения публичных потребностей выступает и как регулятор общественных, экономических отношений, предусматривающих диспозицию и равенство сторон сделки, недискриминацию, свободную конкуренцию и т.д., и как потребитель (покупатель), желающий сделать качественное приобретение в оптимальном соотношении «цена-качество».

В первом случае государство осуществляет полномочия публичной власти посредством регулирования отношений в сфере закупок, а также санкционирования оплаты выполненного обязательства из бюджета с обязательным государственным финансовым контролем. Указанные действия и полномочия предполагают реализацию при помощи разумного сочетания диспозитивного и императивного методов правового регулирования.

Во втором государство реализует полномочия собственника, формирующего и оплачивающего публичные потребности за счет средств бюджета и государственных внебюджетных фондов. Приглашая на участие в конкурентных процедурах, заключая контракты, государство вступает в сделку с хозяйствующими субъектами, интересы которых (частные), несмотря на свои пуб-

личные, государство обязано не только принимать во внимание, но и учитывать. Основным интересом хозяйствующих субъектов, как правило, является финансовый — извлечение прибыли. Далее интересы могут быть рекламные, репутационные и иные, которые встречаются гораздо реже.

Зачастую государство при обеспечении публичных потребностей исходит не только из публичных интересов, но и стоимости затрат на их удовлетворение и содержание, то есть смогут ли затраты окупить государственные расходы на предотвращение или ликвидацию неблагоприятных последствий. Например, государство обеспечивает публичный интерес транспортной безопасности путем создания и обеспечения непрерывной работы авиадиспетчерской службы, строительства и эксплуатации качественных и безопасных автомобильных трасс и т.д. Однако в последнее время стремление к сокращению бюджетных расходов на удовлетворение публичных потребностей привело к возникновению квазипубличных (платных) дорог, эстакад, услуг и т.д., предусматривающих значительные ограничения публичного интереса.

Общество выступает в роли определяющего необходимые ему (обществу) потребности, задачи, отдав при этом государству роль единого организатора и интегратора финансовой деятельности, реализации публичных финансовых интересов. Поэтому реализация государством публичного интереса в процессе удовлетворения публичных потребностей составляет финансовые, а не экономические отношения. Государство-собственник в отличие от частного собственника имеет интерес не в развитии рентабельных отраслей экономики страны, приносящие прибыль конкретным лицам (хотя это полностью не исключается), а в поддержке путем формирования разумного баланса всей государственной экономики в целом, прежде всего «убыточных» для частного бизнеса отраслей. К убыточным отраслям относятся, например, оборона и безопасность, транспортная инфраструктура, такие социально значимые сферы, как наука и образование, культура и здравоохранение и т.д.

Рассмотренные полномочия государства предопределили выбор способа и пределов правового регулирования общественных отношений в сфере публичных закупок. Поскольку подобная двойственность статуса государства в сфере закупок становится первопричиной повышенного общественного внимания, по сути обязывающего создать целостную концепцию правового регулирования данной сферы, обеспечивающую полноценное удовлетворение публичных потребностей с учетом рационального расхода бюджетных средств и соблюдения баланса публичных и частных интересов.

Разделяя позицию В.М. Сырых, свидетельствующего, что реализация публичного интереса осуществляется путем целеполагания, определяющего оптимальные результаты деятельности государства и общества, а также пути дальнейшего развития отношений (Syrykh, 2016:43), полагаем недопустимым проведение публичных закупок, финансируемых за счет бюджетных средств, без надлежащей цели и конкретного целеполагания.

Целью правового регулирования публичных закупок является удовлетворение публичного интереса. Достичь данную цель возможно путем тщательного формирования государством в лице уполномоченных должностных лиц публичных потребностей в товарах, работах, услугах и их надлежащее получение в процессе публичных закупок, проведенных при оптимальном соотношении баланса публичных и частных интересов.

Поиск баланса между публичными и частными интересами обусловлен объективными причинами развития общества, от оптимального решения которого зависит в конечном итоге дальнейшее поступательное развитие общества в целом и государства в частности (Sokolova, 2015:9–11).

Таким образом, учитывая наличие публичного интереса, одной из основных задач правового регулирования публичных закупок является минимизация финансовых затрат без потерь в качестве и количестве (объеме) закупаемых товаров, работ, услуг.

Эффективность не только в процессе реализации снижения цены при конкурентных закупках, но и в процессе использования результата закупки. Приобретение по самой минимальной цене товара в количестве большем, чем необходимо для потребления, влечет за собой затраты на хранение такой продукции. При этом заказчик может и вовсе не воспользоваться результатом закупки. Следовательно эффективность любой закупки — это не достижение снижения цены, а полное удовлетворение публичных потребностей, обеспечиваемых заказчиком в пределах доведенных до него бюджетных средств.

Э.Н. Берендтс писал: «Под влиянием распределения государственных расходов между различными отраслями государственного управления отдельные отрасли народного хозяйства, служащие объектом забот управления, могут развиваться или страдать, процветать или увядать», и это известно всем нам более ста лет. А всякий ли государственный расход полезен для экономики и общества? Над этим также думаем более ста лет... Если деньги государства тратятся на бесполезные вообще или бесполезные при данном уровне культуры задачи, то, и оставаясь в пределах государства, они не служат стимулом для развития народной экономики» (Verendts, 2014:114–115).

Рассматривая данную проблему, мы понимаем, что в отличие от закупки собственником-частником, преследующим исключительно экономическую выгоду, государство удовлетворяет публичные потребности через «посредника» — заказчика, должностные лица которого реализуют публичные закупки, путем самостоятельного приобретения тех или иных товаров, работ, услуг, формируя к ним соответствующие требования. Они принимают и оплачивают результат выполненного по публичному контракту обязательства. Здесь кроются две проблемы. Первая — проблема злоупотреблений со стороны ответственных должностных лиц, которые, имея «свои» частные интересы и потребности, могут их выдать за публичные. Вторая — наличие помимо «публичных потребностей» внутрихозяйственных потребностей заказчика.

Первую проблему «подмены интересов» возможно решить как с помощью финансового контроля и аудита, так и при помощи самого общества — непосредственно получателя основной массы товаров, работ, услуг путем реализации общественного контроля.

Вторая проблема — проблема внутрихозяйственных потребностей заказчика старательно «скрыта» законодателем в общем понятии «публичные потребности». Указанно кардинально не верно, поскольку упускается из вида, что каждый заказчик в процессе обеспечения публичных потребностей становится одновременно «потребителем» товаров, работ или услуг, которые, с нашей точки зрения, ошибочно относят к категории «публичные потребности».

Орган государственной власти или учреждение создаются в целях выполнения определенных задач и функций, для чего имеют штат работников, движимое и недвижимое имущество, на содержание, обслуживание и эксплуатацию которых выделяются бюджетные средства. Данная правовая позиция была легально закреплена в ст. 69 БК РФ (в редакции до 28.04.2007 г.), согласно которой среди форм предоставления бюджетных средств выделялись средства на обеспечение функционирования бюджетных учреждений и оплату заключенных ими контрактов. Основываясь на данной норме, Счетная палата РФ также отмечала, что бюджетные учреждения осуществляют размещение заказов для обеспечения государственных или муниципальных нужд только в случаях, когда представляют соответствующие органы власти и осуществляют по их поручению и за их счет размещение таких заказов⁹. Напомним, что изначально Закон № 94-ФЗ не предполагал в качестве заказчиков — бюджетные и автономные учреждения.

В 2007 году в ходе реформы бюджетных учреждений в Закон № 94-ФЗ добавили в качестве заказчиков бюджетные, казенные и автономные учреждения, а в ст. 69.1 БК РФ были внесены изменения, согласно которым к бюджетным ассигнованиям на оказание государственных услуг относятся ассигнования на обеспечение выполнения функций казенных учреждений и предоставление субсидий бюджетным и автономным учреждениям, включая субсидии на финансовое обеспечение выполнения ими государственного задания.

Развивая данную позицию, Минфин России указал, что поскольку бюджетные учреждения созданы для осуществления государственных функций и оказания государственных услуг, они не имеют собственных нужд, а значит и правовых оснований разделять закупки на производимые для «собственных» и государственных нужд¹⁰. Полагаем, Минфин России не учел следующее: не государство, а само бюджетное учреждение в рамках гражданских правоотношений отвечает по всем своим обязательствам, в том числе и по заключенным договорам всем своим имуществом самостоятельно.

⁹ См.: Письмо Счетной палаты РФ от 04.12.2006 г. № 01-1658/15-08 // СПС «Гарант».

¹⁰ См.: Письмо Минфина России от 06.04.2007 г. № 02-13-10/833 // СПС «КонсультантПлюс».

Фактическое смешение публичных и внутриорганизационных потребностей привело к тому, что заказчики под формулировкой «государственные нужды» стали осуществлять закупки дорогих машин, строительство огромных, дорогих зданий, требующих в последствии внушительных затрат на обслуживание и эксплуатацию («здания-дворцы» Пенсионного фонда России и т.д.). С нашей точки зрения, только отдельный учет финансирования публичных и внутриорганизационных потребностей каждого заказчика способен наглядно показать эффективность не только государственного управления, но и расхода бюджетных средств, направленных на содержание аппарата заказчика, созданного для обеспечения публичного интереса.

Указанное будет способствовать повышению эффективности расхода бюджетных средств не только путем экономии и получения необходимого результата, но и путем контроля соотношения расходов заказчика на публичные и внутриорганизационные потребности. Таким образом, значительная часть бюджета будет направлена на реальное удовлетворение публичного интереса, путем финансирования непосредственно публичных, а не внутриорганизационных потребностей заказчика.

Выводы

Исследование публичных интересов и специфики их проявления в процессе финансирования публичных закупок позволило прийти к следующим выводам. Применение исторического метода исследования показало, что в разные исторические периоды, соответствующие разным политическим режимам, изменялась и сущность публичного интереса в России: от воли монарха, через огосударствление и тоталитарное подавление личности, частного интереса, к демократическим и социальным началам, к балансу публичного и частного интереса.

Разделив в процессе исследования понятие «публичный интерес», мы получили: первую составляющую понятия — «интерес», указывающую на социальную значимость и определенный позитивный результат (благо, польза), получаемый в процессе удовлетворения публичных потребностей; вторую составляющую понятия — «публичность», свидетельствующую о наличии публичных и частных интересов и необходимости их разграничения, несмотря на определенный симбиоз взаимосуществования.

Категория «публичный интерес» является оценочной, а ее границы, не являясь статичными, всегда поставлены в зависимость от устанавливаемого и поддерживаемого государством баланса публичных и частных интересов. Подвижность указанных границ в сторону публичных либо частных интересов продиктована экономическими, политическими и нравственными ориентирами государства, которые обличаются в соответствующую норму права. Уместно привести доводы А.Д. Селюкова, определившего, что «степень оптимальности

каждой в отдельности нормы права и их определенных групп зависит от того, на сколько законодатель учел ожидания общества, потребности в форме публичных интересов, и, соблюдая общеправовые правила их оформления, юридической техники, изложил в тексте закона» (Selyukov, 2017:20).

Публичный интерес — правовой интерес, то есть должен быть выражен в нормативном правовом акте. Однако в настоящее время в законодательстве публичный интерес прямо не закреплен, а находит выражение в форме принципов, целей правового регулирования тех или иных отношений, в том числе в сфере публичных закупок. Полагаем, что вместо использования словосочетаний «государственные и муниципальные нужды» в обязательном порядке следует легально закрепить единое понятие «публичные потребности» с обязательным выделением в их составе внутриорганизационных потребностей заказчика. Публичные потребности предлагаем определить как форму реализации публичного интереса в товарах, работах, услугах за счет бюджетных средств и внебюджетных источников. Именно чиновник, формируя и планируя публичную потребность в товарах, работах, услугах, определяет, каким образом будет реализован публичный интерес. Поэтому введение раздельного учета, планирования, финансирования публичных и внутриорганизационных потребностей каждого заказчика будет способствовать финансированию за счет бюджета именно публичного интереса, минимизируя коррупционные и иные проявления должностных лиц заказчиков, направленных на обеспечение внутриорганизационных потребностей.

Публичный интерес, обличенный в форму публичной потребности, реализуется путем осуществления публичной закупки. Следовательно, целью публичной закупки является публичный интерес и его достижение. Таким образом, понятие «публичный интерес» в сфере закупок должно быть легально закреплено в нормативных правовых актах, а сам публичный интерес необходимо указывать в каждом публичном контракте. Указанное в процессе финансового контроля позволит определить соответствие полученного результата запланированному (степень достижения), а также послужит основанием для привлечения к ответственности уполномоченных должностных лиц, не обеспечивших достижение заданного результата.

Учитывая изложенное выше, предлагаем авторское определение понятия «публичный интерес в сфере закупок», под которым следует понимать ценностно-значимую избирательную позицию чиновника или иного уполномоченного властью должностного лица, выраженную в форме публичной потребности в необходимом благе, на достижение которого одновременно направлены как правовое регулирование, так и финансовое обеспечение. При этом правовое регулирование обеспечивает удовлетворение публичного интереса в процессе реализации публичных закупок должностными лицами, наделенными правами, обязанностями и необходимым финансированием, а также систему защиты данного процесса от вмешательства иного интереса, отличного от публичного.

Данное понятие следует легально закрепить в Законе № 44-ФЗ, одновременно с целью правового регулирования публичных закупок, под которой следует понимать удовлетворение публичного интереса.

Публичные, и частные интересы могут быть реализованы исключительно сообща, поскольку указанные потребности объективно не могут быть удовлетворены в индивидуальном порядке. Они определяют политику государства в удовлетворении публичных потребностей в товарах, работах, услугах, однако и частные интересы оказывают значительное влияние на функционирование сферы закупок. В целом обеспечение публичного, а также частных интересов сводится к определению и легальному закреплению прав и обязанностей заказчика, его должностных лиц, не позволяющих им злоупотреблять в процессе удовлетворения публичных потребностей путем проведения публичных закупок.

Заключение

Правовое регулирование публичных закупок не должно подавлять частный интерес, наоборот, грамотное правовое регулирование указанной сферы правоотношений обязано удовлетворять частный интерес путем реализации публичного интереса в процессе удовлетворения публичных потребностей в товарах, работах, услугах. Применяя ту или иную норму финансового права, необходимо учитывать характер ожиданий общества, поскольку нормы финансового права воздействуют прямо или косвенно на общество, формируя определенный порядок. Именно учет баланса публичного и частного интересов формирует приоритет публично-правовых или частноправовых норм в регулировании отношений в сфере закупок.

Сущность публичных закупок заключается не в простом приобретении государством-собственником товаров, работ, услуг, а в удовлетворении публичного интереса, выраженного в форме публичных потребностей общества — налогоплательщиков, по сути, за их же счет (частные финансовые средства в виде налогов и сборов составляют весомую часть дохода бюджета). При этом публичные закупки являются индикатором удовлетворенности общества государством. Общество имеет полное право знать сколько, для чего и с какой пользой на деньги налогоплательщиков приобретены товары, работы, услуги.

Также полагаем необходимым рассмотреть вопрос о внесении изменений в статью 34 БК РФ, согласно которым эффективность использования бюджетных средств определять как своевременное и всестороннее обеспечение участником бюджетного процесса в рамках его бюджетных полномочий публичных и внутриорганизационных потребностей с использованием наименьшего и/или определенного объема бюджетных средств.

Библиографический список / References

- Averintsev, S.S., Arab-Ogly, E.A., Plyichev, L.F. (eds.) (1989) *Filosofskii entsiklopedicheskii slovar'* [Philosophical Encyclopedic Dictionary]. 2nd ed. Moscow, Soviet encyclopedia Publ. (in Russian).
Философский энциклопедический словарь / редкол.: С.С. Аверинцев, Э.А. Араб-Оглы, Л.Ф. Ильичев и др. 2-е изд. М.: Сов. Энциклопедия, 1989. 815 с.
- Bakaev, O.Yu., Pogodina, N.A. (2011) On the correlation of private and public interests. *Journal of Russian Law*. 4 (172), 36–47. (in Russian).
Бакаева О.Ю., Погодина Н.А. О соотношении частных и публичных интересов // Журнал российского права. 2011. № 4 (172). С. 36–47.
- Berendts, E.N. (2014) *Russkoe finansovoe pravo* [Russian financial law]. Authors of the foreword Kurakin RS, Semenova E.V. add. materials Zinovatnoy P.S., Zinovatnoy I.V. Moscow, RIOR: INFRA-M Publ. (in Russian).
Берендтс Э.Н. Русское финансовое право / Авторы предисловия Куракин Р.С., Семенова Е.В.; доп. материалы Зиноватного П.С., Зиноватной И.В. М.: РИОР: ИНФРА-М, 2014. 397 с.
- Dorokhin, S.V. (2006) *Delenie prava na publichnoe i chastnoe: konstitutsionno-pravovoi aspekt: Monografiya* [Division of the right into public and private: constitutional law aspect: Monograph]. Moscow, Walters Clover Publ. (in Russian).
Дорохин С.В. Деление права на публичное и частное: конституционно-правовой аспект: Монография. М.: Волтерс Клувер, 2006. 136 с.
- Finogentova, O.E., Lomaev, A.Yu. (2016) *Problemy realizatsii pravovoi kategorii "publichnyi interes" v rossiiskom prave: monografiya* [Problems of the implementation of the legal category "public interest" in Russian law: monograph]. Samara, Samara Law Institute of the Federal Penitentiary Service of Russia Publ. (in Russian).
Финогентова О.Е., Ломаев А.Ю. Проблемы реализации правовой категории «публичный интерес» в российском праве: монография. Самара: Самарский юридический институт ФСИН России, 2016. 105 с.
- Gorbunova, O.N., Gracheva, E.Yu. et al. (2003) *Finansovoe pravo: uchebnik* [Financial law: textbook]. Gracheva E.Yu., Tolstopyatenco G.P. (open eds.). Moscow, TC Velby, Prospect Publishing House Publ. (in Russian).
Финансовое право: учебник / О.Н. Горбунова, Е.Ю. Грачева и др.; отв. ред. Е.Ю. Грачева, Г.П. Толстопятенко. М.: ТК Велби, Изд-во «Проспект», 2003. 536 с.
- Hegel, G.V.F. (1993) *Filosofiya istorii. Lektzii po filosofii istorii* [The philosophy of history. Lectures on the philosophy of history]. Translated by A.M. Voden. Saint Petersburg, Nauka Publ. (in Russian).
Гегель Г.В.Ф. Философия истории. Лекции по философии истории. Перевод А.М. Водена. СПб.: Наука, 1993. 479 с.
- Jhering, Rudolf von (1881) *The goal is right*. The first volume. Saint Petersburg, Murav'ev N.V. Publ. (in Russian).
Рудольф фон-Иеринг. Цель в праве. Первый том. Санкт-Петербург, издание Н.В. Муравьева. 1881. 412 с.
- Karanatova, L.G., Kuzmin, A.E., Kuzmina, A.M. (2012) *Upravlenie zhiznennym tsiklom gosudarstvennykh zakupok v Rossiiskoi Federatsii: perekhod k federal'noi kontraktnoi sisteme* [Management of the public procurement life cycle in the Russian Federation: transition to the federal contract system: textbook allowance]. North-West Institute of Philology RANEPА. Saint Petersburg, CPI SZIU RANEPА Publ. (in Russian).

Каранатова Л.Г., Кузьмин А.Е., Кузьмина А.М. Управление жизненным циклом государственных закупок в Российской Федерации: переход к федеральной контрактной системе: учеб. пособие. Сев.-Зап. ин-т упр. — фил. РАНХиГС. СПб.: ИПЦ СЗИУ РАНХиГС, 2012. 316 с.

Kikavets, V.V. (2019) On the feasibility of distinguishing public needs in the field of procurement of goods, works and services for general and intra-organizational. *Legal Concept*. (18) 4, 83–89 (in Russian).

Кикавец В.В. О целесообразности разграничения публичных потребностей в сфере закупок товаров, работ и услуг на общие и внутриорганизационные // *Legal Concept* = Правовая парадигма. 2019. Том 18. № 4. С. 83–89.

Khimicheva, N.I. (ed.) (2012) *Finansovoe pravo: uchebnik [Financial law: textbook]*. 5th ed., revised and add. Moscow, Norma Publ; INFRA-M Publ. (in Russian).

Финансовое право: учебник / отв. ред. Н.И. Химичева. 5-е изд., перераб. и доп. М.: Норма; ИНФРА-М, 2012. 752 с.

Khvostov, V.M. (1914) *Obshchaya teoriya prava: Elementarnyi ocherk [General theory of law: An elementary essay]*. Khvostov, V.M., Professor of Moscow University. 6th ed., corrected and amended. Saint Petersburg, Karbasnikov N.P., Reprint copy. (in Russian).

Общая теория права: Элементарный очерк / Хвостов В.М., проф. Моск. ун-та. 6-е изд., испр. и доп. Репринтная копия. С.-Пб.: Н.П. Карбасников, 1914. 160 с.

Krokhina, Yu.A. (2012) The principle of combining private and public interests in financial law. *Financial Law*. (5), 8–11. (in Russian).

Крохина Ю.А. Принцип сочетания частных и публичных интересов в финансовом праве // *Финансовое право*. 2012. № 5. С. 8–11.

Kryazhkov, A.V. (1999) Publichnyi interes: ponyatie, vidy i zashchita [Public interest: concept, types and protection]. *State and Law*. (10), 91–99. (in Russian).

Кряжков А.В. Публичный интерес: понятие, виды и защита // *Государство и право*. 1999. № 10. С. 91–99.

Kurbatov, A.Ya. (2001) *Sochetanie chastnykh i publichnykh interesov pri pravovom regulirovanii predprinimatel'skoi deyatel'nosti [The combination of private and public interests in the legal regulation of entrepreneurial activity]*. Moscow, Center YurInfoR Publ. (in Russian).

Курбатов А.Я. Сочетание частных и публичных интересов при правовом регулировании предпринимательской деятельности. М.: Центр ЮрИнфоР, 2001. 212 с.

Raizberg, B.A., Lozovsky, L.Sh., Starodubtseva, E.B. (1999) *Sovremenniy ekonomicheskii slovar' [Modern Economic Dictionary]*. 2nd ed., rev. Moscow, INFRA-M Publ. (in Russian).

Райзберг Б.А., Лозовский Л.Ш., Стародубцева Е.Б. Современный экономический словарь. 2-е изд., испр. М.: ИНФРА-М. 1999. 512 с.

Rukavishnikova, I.V. (2004) *Metod finansovogo prava. Monografiya [The method of financial law. Monograph]*. Khimicheva N.I. (open ed.). Moscow, OLMA-PRESS Publ. (in Russian).

Рукавишникова И.В. Метод финансового права. Монография. Отв. ред.: Химичева Н.И. М.: ОЛМА-ПРЕСС, 2004. 288 с.

Ryabova, E.V. (2018) The financial system of the state and the subject of financial law. *Financial law*. (4), 11–14. (in Russian).

Рябова Е.В. Финансовая система государства и предмет финансового права // *Финансовое право*. 2018. № 4. С. 11–14.

Selyukov, A.D. (2015) The role and structure of the financial activity of the state as a category of financial law. *Scientific proceedings of the Russian Academy of Advocacy and Notaries*. 3 (38), 117–121. (in Russian).

- Селюков А.Д. Роль и структура финансовой деятельности государства как категории финансового права // Ученые труды Российской академии адвокатуры и нотариата. 2015. № 3 (38). С. 117–121.
- Selyukov, A.D. (2015) The dialectic of private and public interests in the implementation of the financial activities of the state. *Financial Law*. (11), 10–14. (in Russian).
Селюков А.Д. Диалектика частных и публичных интересов в процессе осуществления финансовой деятельности государства // Финансовое право. 2015. № 11. С. 10–14.
- Selyukov, A.D. (2017) Printsip sistemnosti finansovogo prava [The principle of consistency of financial law]. *Administrative and financial law in the conditions of a new economic reality: experience and prospects: Materials of the All-Russian Scientific and Practical Conference (October 14–15, 2017)*. Collection of articles ed. E.A. Bochkareva. Krasnodar: Publishing House South Publ., pp. 20–26. (in Russian).
Селюков А.Д. Принцип системности финансового права // Административное и финансовое право в условиях новой экономической реальности: опыт и перспективы: Материалы Всероссийской научно-практической конференции (14–15 октября 2017 г.). Сборник статей / отв. ред. Е.А. Бочкарева. Краснодар: Издательский Дом — Юг, 2017. С. 20–26.
- Smotritskaya, I.I. (2009) *Ekonomika gosudarstvennykh zakupok [Economics of public procurement]*. Moscow, Book House “LIBERCOM” Publ. (in Russian).
Смотряцкая И.И. Экономика государственных закупок. М.: Книжный дом «ЛИБЕРКОМ», 2009. 232 с.
- Sokolova, E.D. (2009) *Pravovoe regulirovanie finansovoi deyatel'nosti gosudarstva i munitsipal'nykh obrazovaniy [Legal regulation of financial activities of the state and municipalities]*. Moscow, “Jurisprudence” Publ. (in Russian).
Правовое регулирование финансовой деятельности государства и муниципальных образований / Соколова Э.Д. М.: ИД «Юриспруденция», 2009. 264 с.
- Sokolova, E.D. (2015) The application of public (financial) law and private (civil) law in the regulation of the financial sector. *Financial Law*. (3), 9–11. (in Russian).
Соколова Э.Д. Применение норм публичного (финансового) права и норм частного (гражданского) права в регулировании финансовой сферы // Финансовое право. 2015. № 3. С. 9–11.
- Syrykh, V.M. (2016) *Materialisticheskaya filosofiya publichnogo prava [The materialistic philosophy of public law]*. Moscow, Yurlitform Publ. (in Russian).
Сырых В.М. Материалистическая философия публичного права. М.: Юрлитформ, 2016. 576 с.
- Tokareva, E.V. (2014) Protection by the public prosecutor of public interest in the civil process. *Man and the State*. (3), 337–349. (in Russian).
Токарева Е.В. Защита прокурором публичного интереса в гражданском процессе // Человек и государство. № 3. 2014. С. 337–349.
- Tropskaya, S.S. (2013) On the subject of modern financial law. *Financial law*. (12), 7–12. (in Russian).
Тропская С.С. К вопросу о предмете современного финансового права // Финансовое право. 2013. № 12. С. 7–12.
- Turbanov, A.V. (2012) Sovremennye podkhody k opredeleniyu predmeta finansovogo prava [Modern approaches to determining the subject of financial law]. *The modern theory of financial law: scientific and practical aspects of the development of institutions of the general part of financial law: Materials of the international scientific and practical conference (Moscow, March 25–26, 2011)*. Moscow, RAP Publ., pp. 18–19. (in Russian).

- Турбанов А.В.* Современные подходы к определению предмета финансового права // Современная теория финансового права: научные и практические аспекты развития институтов общей части финансового права: Материалы международной научно-практической конференции (Москва, 25–26 марта 2011 г.). М.: РАП, 2012. С. 18–19.
- Yakovlev, V.F. (2000) *Rossiya: ekonomika, grazhdanskoe pravo (voprosy teorii i praktiki) [Russia: economics, civil law (theory and practice)]*. Moscow, RIC ISPI RAS Publ. (in Russian).
- Яковлев В.Ф.* Россия: экономика, гражданское право (вопросы теории и практики). М.: РИЦ ИСПИ РАН, 2000. 224 с.
- Zemlyanskaya, N.I., Pervyshov, E.A. (2015) Public spending and public interest: the determinism of basic concepts. *Leningrad Journal of Law*. (1), 166–176. (in Russian).
- Землянская Н.И., Первышов Е.А.* Публичные расходы и публичный интерес: детерминизм основных понятий // Ленинградский юридический журнал. 2015. № 1. С. 166–176.

Об авторе:

Кикавец Виталий Викторович — кандидат юридических наук, доцент, заместитель заведующего кафедрой, кафедра финансового права, Российский государственный университет правосудия; 117418, Российская Федерация, г. Москва, Новочеремушкинская ул., д. 69 А

ORCID ID: 0000-0002-7931-8497; SPIN-код: 3665-6634

e-mail: viking0071@mail.ru

About the author:

Vitaly V. Kikavets — Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Deputy head of the Department of Financial Law, Russian State University of Justice; 69 A Novocheremushkinskaya str., Moscow, 117418, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0002-7931-8497; SPIN-code: 3665-6634

e-mail: viking0071@mail.ru



DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1063-1077

Научная статья

ЮРИДИЧЕСКАЯ СУДЬБА ОБЪЕКТОВ, РАЗМЕЩЕННЫХ В ЗОНАХ С ОСОБЫМИ УСЛОВИЯМИ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ТЕРРИТОРИЙ С НАРУШЕНИЕМ УСТАНОВЛЕННЫХ ОГРАНИЧЕНИЙ

М.С. Муравьева

Российский государственный университет правосудия,
г. Москва, Российская Федерация

Автор рассматривает проблему размещения зданий, сооружений и других объектов в зонах с особыми условиями использования территорий с нарушением установленных законом ограничений использования земельных участков. До августа 2018 года этот вопрос в законодательстве урегулирован не был, равно как и не был должным образом регламентирован правовой режим охранных зон и иных зон с особыми условиями использования территорий. При этом судебная практика по спорам о сносе указанных объектов не отличалась единообразием. В связи с принятием в августе 2018 года законодательных актов, затронувших и правовое регулирование самовольных построек, и регламентацию правового режима зон с особыми условиями использования территорий, в работе предприняты попытки анализа действующего законодательства, сложившихся позиций судов и осмысления причин, вызвавших принятие новых законодательных актов. Автор приходит к выводу, что в настоящее время юридическая судьба объектов, размещенных в зонах с особыми условиями использования территорий с нарушением установленных в отношении земельных участков ограничений, зависит от целого ряда обстоятельств, выявленных судебными органами при рассмотрении споров и получивших закрепление в нормах права. Методологическую базу исследования составляют общенаучные (в частности, логический) и специальные юридические (формально-юридический) методы научного познания. Логический метод (анализ, синтез, дедукция, индукция, аналогия и др.) позволил выявить различные правовые основания сноса объектов, построенных в зонах с особыми условиями использования территорий с нарушением установленных ограничений. С помощью формально-юридического метода, в частности, проанализирована практика применения судами норм гражданского законодательства о самовольных постройках применительно к размещению объектов в зонах с особыми условиями использования территорий.

Ключевые слова: ограничения, земельные участки, самовольные постройки, позиции судов, зоны, особые условия, территории, охранные зоны, негаторный иск, добросовестность, некапитальные строения, сооружения

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

© Муравьева М.С., 2020.



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

Дата поступления в редакцию: 15 августа 2020 г.

Дата принятия к печати: 15 октября 2020 г.

Для цитирования:

Муравьева М.С. Юридическая судьба объектов, размещенных в зонах с особыми условиями использования территорий с нарушением установленных ограничений // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2020. Т. 24. № 4. С. 1063–1077. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1063-1077.

DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1063-1077

Research Article

THE LEGAL FATE OF THE OBJECTS PLACED IN AREAS WITH SPECIAL CONDITIONS FOR THE USE OF TERRITORIES IN VIOLATION OF ESTABLISHED RESTRICTIONS

Marina S. Muravyeva

Russian State University of Justice,
Moscow, Russian Federation

Abstract. The author considers the problem of placing buildings, structures and other objects in zones with special conditions for the use of territories in violation of the restrictions on the use of land plots established by law. Until August 2018, this issue was not regulated in the legislation, as well as the legal regime of protected zones and other zones with special conditions for the use of territories was not properly regulated. At the same time, the judicial practice on disputes over the demolition of these objects was not uniform. In connection with the adoption (in August 2018) of legislative acts affecting both the legal regulation of unauthorized buildings and regulation of the legal regime of zones with special conditions for the use of territories, the work makes attempts to analyze the current legislation, the main positions of the courts and understand the reasons that caused the adoption of new legislative acts. The author comes to the conclusion that at present the legal fate of objects located in zones with special conditions for the use of territories in violation of the restrictions established for land plots depends on a number of circumstances identified by the judicial authorities when considering disputes and having been enshrined in the norms of law. The methodological basis of the research is made up of general scientific (in particular, logical) and special legal (formal legal) methods of scientific knowledge. The logical method (analysis, synthesis, deduction, induction, analogy, etc.) made it possible to identify various legal grounds for the demolition of objects built in zones with special conditions for the use of territories in violation of the established restrictions. With the help of the formal legal method, the court practice of the applying the norms of civil legislation on unauthorized constructions in relation to the placement of objects in zones with special conditions for the use of territories was analyzed.

Key words: restrictions, land plots, unauthorized constructions, judicial positions, zones, special conditions, territories, protective zones, negative claim, good faith, non-capital buildings, constructions.

Conflicts of interest. The author declared no conflicts of interest.

Article received 15 August 2020

Article accepted 15 October 2020

For citation:

Muravyeva, M.S. (2020) The legal fate of the objects placed in areas with special conditions for the use of territories in violation of established restrictions. *RUDN Journal of Law*. 24 (4), 1063–1077. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1063-1077.

Введение

Вопрос о сносе либо сохранении объектов, размещенных в зонах с особыми условиями использования территорий (далее — ЗОУИТ) с нарушением установленных в таких зонах ограничений использования земельных участков, не является новым. Данная проблема отмечалась учеными в юридической литературе, в частности, при исследовании вопросов защиты прав собственников застроенных земельных участков, расположенных в охранных зонах линейных сооружений (Khaustov, 2016:43).

С принятием в августе 2018 года законодательных актов, изменивших как правовое регулирование самовольных построек, так и порядка установления ЗОУИТ, вопрос о юридической судьбе объектов, возведенных с нарушением установленных в таких зонах ограничений и запретов, заслуживает, по нашему мнению, детального рассмотрения. В рамках данного исследования необходимо дать общую характеристику ЗОУИТ и ограничений использования земельных участков в таких зонах, выявить особенности квалификации построенных в ЗОУИТ объектов как самовольных построек и последствия возведения таких построек, определить юридическую судьбу размещенных в ЗОУИТ объектов, не подпадающих под признаки самовольных построек.

Краткая характеристика ЗОУИТ

В настоящее время отсутствует легальное определение ЗОУИТ (Zolotova, 2020:10). По смыслу норм новой главы XIX Земельного кодекса Российской Федерации (далее — Земельный кодекс) ЗОУИТ — это определенная территория, в границах которой устанавливаются ограничения использования земельных участков или их частей, обусловленные рисками размещения определенных объектов или территорий либо необходимые для их защиты и сохранения (Vorontsova, Zaslavskaya, 2019:11).

Перечень видов зданий, сооружений, которые разрешено создавать в границах ЗОУИТ, параметры таких объектов, относятся к ограничениям использования земельных участков в ЗОУИТ, которые в силу пп. 1, 2 ст. 106 Земельного кодекса должны быть зафиксированы в положении о каждом виде ЗОУИТ, принимаемом Правительством Российской Федерации.

В действующих в настоящее время правилах установления ЗОУИТ (до принятия Правительством Российской Федерации соответствующих положе-

ний) также содержатся требования к допустимым для размещения в ЗОУИТ зданиям, сооружениям, иным объектам¹.

В силу п. 2 ст. 56 Земельного кодекса в результате установления ЗОУИТ и ограничений использования земельных участков в таких зонах возникает ограничение прав на землю. По мнению ученых, в этом и заключается основная суть режима таких зон (Galinovskaya, 2020:53; Anisimov, 2020).

Проблема квалификации размещенных в ЗОУИТ объектов как самовольных построек

Размещение на земельном участке постройки с нарушением имеющихся обременений земельного участка, ограничений прав на него признается частным случаем нарушения целевого назначения земельного участка. При этом строительство (возведение) здания, сооружения с нарушением целевого назначения земельного участка рассматривается в научной литературе в качестве публично-правового нарушения, влекущего признание постройки самовольной (Krasnova, Misnik, Vlasenko, 2019:142).

До принятия Федерального закона от 03.08.2018 № 339-ФЗ² в судебной практике сложилось две основных позиции к применению п. 1 ст. 222 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — Гражданский кодекс)³, представляющих особый интерес в рамках настоящего исследования.

Согласно одной из позиций судов (Ershov, 2018:432–446; Ershov, 2017:5–15) объекты недвижимости, возведенные в пределах ЗОУИТ, установленных в связи с размещением опасных производственных объектов, должны быть снесены вне зависимости от того, знало ли лицо, построившее объект, об установленных ограничениях использования земельного участка и было ли получено таким лицом разрешение на строительство. Указанный подход основан на том, что целью правового регулирования в данном случае является обеспечение публичных интересов в создании и поддержании безопасных условий проживания населения, предотвращении риска и угрозы возникновения различных негативных последствий.

В Определении Верховного Суда Российской Федерации от 27.09.2016 по делу № 309-ЭС16-5381, А71-15106/2014 об устранении препятствий без-

¹ Так, например, установлен запрет на размещение в охранных зонах тепловых сетей спортивных и игровых площадок, неорганизованных рынков, остановочных пунктов общественного транспорта, стоянок всех видов машин и механизмов, гаражей, огородов и т.п.

² Федеральный закон от 03.08.2018 № 339-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации и статью 22 Федерального закона “О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации” // СПС «КонсультантПлюс».

³ К самовольным постройкам относились в том числе здание, сооружение или другое строение, размещенные на земельном участке с нарушением вида разрешенного использования земельного участка. По общему правилу такая постройка подлежала сносу, кроме случаев признания на нее права собственности (пп. 1, 2 ст. 222 Гражданского кодекса РФ).

опасной эксплуатации магистральных газопроводов, в том числе в виде освобождения земельного участка, Судебная коллегия согласилась с позицией суда первой инстанции, который обязал ответчика снести дом как самовольную постройку, несмотря на то, что ответчику было неизвестно о нарушении им режима охраны ЗОУИТ.

Судебная коллегия подчеркнула, что установление режима использования земельных участков, на которых размещены опасные объекты, имеет своей целью не только охрану самих объектов при их эксплуатации, обслуживании и ремонте, но и сохранность жизни и здоровья населения, обеспечение его безопасности. То есть рассматриваемое правовое регулирование направлено на обеспечение баланса государственных, общественных и частных интересов в данной области общественных отношений⁴.

В Определении от 13.04.2018 № 308-ЭС17-23400 по делу № А32-41815/2016 Верховный Суд Российской Федерации подтвердил наличие оснований для удовлетворения негаторного иска ввиду строительства ответчиком спорных объектов с нарушением режима охранной зоны магистрального трубопровода, несмотря на выданное разрешение на строительство объекта на земельном участке.

При этом суд отметил, что на момент строительства объектов уже действовали нормативные акты, регламентирующие минимальные расстояния от подземных магистральных трубопроводов.

Согласно другой позиции судов решение о противоправности постройки суды могут принять только после исследования вопроса об информированности возводившего постройку лица о фактическом расположении зоны, а также действовавшего в момент возведения постройки законодательства⁵.

Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации в Определении от 26.09.2017 № 9-КГ17-11, во-первых, отметила, что на момент строительства как газопровода, так и садового дома положения примененных судами законов не действовали.

Во-вторых, Судебная коллегия указала, что суд не высказался о том, могли ответчик в принципе соблюсти требования к минимальным расстояниям в отсутствие до 2010 года в местных органах власти сведений о фактическом расположении трубопровода.

В этой связи выводы судов о том, что садовый дом подлежит сносу как самовольная постройка, были признаны несостоятельными на основании статьи 4 (пункт 1) Гражданского кодекса⁶.

⁴ Аналогичный подход содержится в Обзоре судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 2 (2016) (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 06.07.2016), Определении Верховного Суда Российской Федерации от 04.03.2019 № 310-ЭС19-137 по делу № А09-11603/2015.

⁵ Определение Верховного Суда РФ от 26.09.2017 № 9-КГ17-11 // СПС «КонсультантПлюс».

⁶ Схожие выводы содержатся в Апелляционном определении Верховного суда Республики Татарстан от 10.07.2014 по делу № 33-9251/2014.

При принятии Федерального закона от 03.08.2018 № 339-ФЗ за основу был принят второй из приведенных подходов.

В абзаце втором статьи 222 Гражданского кодекса (в редакции указанного закона) законодателем уточнено, что для квалификации здания, сооружения в качестве самовольной постройки значение имеет факт информированности возводившего постройку лица о правовом режиме земельного участка.

Полагаем, что при рассмотрении судами споров, связанных с признанием постройки самовольной, приведенная норма абзаца второго статьи 222 Гражданского кодекса будет применяться вне зависимости от того, действовала ли данная редакция Гражданского кодекса на момент возведения постройки.

В Определении Верховного Суда Российской Федерации от 23.06.2020 № 4-КГ20-15 указано, что ответчик не мог знать об ограничении прав на земельные участки во время строительства спорных строений, поскольку собственник трубопровода не обеспечил обозначения подземной трассы трубопровода как на картах землепользования, так и на местности.

При разрешении спора суды, установив факт отсутствия информации о ЗОУИТ в публичном доступе на момент возведения спорных строений, не приняли это во внимание.

Однако отсутствие данной информации являлось новым обстоятельством в силу действия новых законодательных норм. Ответчик, действуя добросовестно, имел полное право на пересмотр судебного решения о признании его спорных построек самовольными лишь по факту их нахождения в ЗОУИТ в связи с отсутствием информации о данных зонах в публичном доступе.

Суд не учитывал факт нахождения спорных жилого дома и хозяйственных построек ответчика в пределах ЗОУИТ при отсутствии в ЕГРН сведений о границах его минимальных расстояний и отсутствии положения о зоне с особыми условиями.

Согласно пояснительной записке к проекту федерального закона, нашедшего воплощение в Федеральном законе от 03.08.2018 № 339-ФЗ⁷, указанная новелла направлена на защиту добросовестных застройщиков (Tserkovnikov, 2017:27; Bevzenko, 2019). В отношении значительного числа ЗОУИТ не всегда ранее была обеспечена информированность застройщиков о наличии ЗОУИТ и их границах в Едином государственном реестре недвижимости (далее — ЕГРН), что позволяло говорить о добросовестности застройщиков (Petrishchev, Podmarkova, 2019:61; Bogdanov, 2020:55).

В рассматриваемом случае вина как необходимый элемент состава правонарушения, выражающегося в возведении постройки с нарушением установ-

⁷ Пояснительная записка к проекту федерального закона «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации (в части уточнения положений о самовольных постройках)» // СПС «КонсультантПлюс».

ленных требований, отсутствует, на что указывалось как в литературе (Khaustov, 2016:45), так и в судебных актах.

В Определении Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 24.09.2019 № 38-КГ19-7 обращено внимание на то, что снос самовольной постройки является мерой ответственности и должен производиться с учетом вины застройщика. Довод о том, что снос в данном случае может производиться на основании общих положений статьи 304 Гражданского кодекса, признан необоснованным.

В указанном деле суд апелляционной инстанции установил отсутствие вины как ответчика, так и его правопродшественника в нарушении ЗОУИТ, вследствие чего основания для возложения на ответчика обязанности снести садовый дом, тем более за его счет, у суда отсутствовали.

В Определении Верховного Суда Российской Федерации от 16.06.2020 № 4-КГ19-77 Судебная коллегия отметила, что нижестоящим судом в процессе рассмотрения дела не были исследованы обстоятельства соблюдения обязанности установления границ ЗОУИТ и наличия ограничений в отношении земельного участка, а также выполнение обязанности эксплуатирующей организации газораспределительной сети по информированию заинтересованных лиц о месте расположения газопровода, как и вопрос о наличии вины ответчика и его правопродшественника в несоблюдении минимально допустимых расстояний до газопровода.

В соответствии с правилами новой главы XIX Земельного кодекса датой установления ЗОУИТ считается дата внесения сведений о ЗОУИТ в ЕГРН.

До введения указанной нормы момент установления ЗОУИТ в отношении различных видов зон не отличался единообразием и не всегда обеспечивал информированность застройщиков о наличии ЗОУИТ (Ignat'eva, 2019:305). В то же время в научной литературе и судебной практике сформировалась позиция о том, что правовой режим земель охранных зон является обязательным, даже если сведения о них не включены в ЕГРН, но при этом сами охранные зоны установлены в соответствии с требованиями законодательства (Zolotova, 2015:45).

В частности, в отношении охранных зон тепловых сетей встречается подход судов, согласно которому зона считается установленной в силу факта создания самого объекта, даже если сведения о такой зоне и ее границах отсутствуют в ЕГРН⁸. Следует, однако, отметить, что, по мнению некоторых судов, охранные зоны тепловых сетей должны быть документально подтверждены⁹.

⁸ Определение Верховного Суда РФ от 06.10.2017 № 308-ЭС17-14491 по делу № А32-36556/2016 // СПС «КонсультантПлюс».

⁹ См. Определение ВАС РФ от 07.07.2014 № ВАС-8401/14 по делу № А56-21851/2013, постановление ФАС Северо-Западного округа от 13.03.2014 по делу № А56-21851/2013.

В связи с этим в отношении ЗОУИТ, установленных до 1 января 2022 года, в части 8 статьи 26 Федерального закона от 03.08.2018 № 342-ФЗ¹⁰ (далее — Закон № 342-ФЗ) было закреплено правило, согласно которому до 1 января 2025 года ЗОУИТ считаются установленными, даже если сведения о таких зонах отсутствуют в ЕГРН. При этом такие зоны должны быть установлены одним из способов, применяемых ранее в отношении различных ЗОУИТ (например, решение или согласование уполномоченного органа, решение суда, нормативный правовой акт).

Таким образом, вопрос о том, знал или мог ли знать собственник построенного объекта о действии ограничений в отношении принадлежащего ему земельного участка, сохранит свою актуальность, как минимум, до 1 января 2025 года. В литературе справедливо отмечается, что данный вопрос будет являться оценочным при рассмотрении споров в суде (Filatkina, 2019:100).

Из приведенных ранее судебных актов видно, что в случае отсутствия сведений о ЗОУИТ в ЕГРН суды при исследовании вопроса информированности застройщика обращают внимание на такие обстоятельства, как наличие информационных (опознавательных, предупредительных) знаков, наличие сведений об охранных зонах в органах местного самоуправления, наличие информации о ЗОУИТ в градостроительном плане земельного участка, на схеме территориального планирования муниципального образования, в общедоступных источниках.

Часть 37 ст. 26 Закона № 342-ФЗ предусматривает, при каких условиях, действующих на дату начала возведения объекта на земельном участке, расположенном в границах ЗОУИТ, публичный доступ к сведениям о ЗОУИТ и границах такой зоны считается в силу закона обеспеченным. Например, если сведения о границах ЗОУИТ содержатся в градостроительном плане земельного участка.

Представляется, что приведенная часть 37 ст. 26 Закона № 342-ФЗ может стать определенным ориентиром при оценке судами информированности застройщиков о наличии границ ЗОУИТ. В то же время при применении ст. 222 Гражданского кодекса судам, на наш взгляд, необходимо учитывать и то, что собственник построенного объекта мог получить информацию о наличии ограничений в отношении принадлежащего ему земельного участка из иных источников, не указанных в данной норме.

Интересно, что в одном из дел, дошедших до Верховного Суда Российской Федерации, суды отказали в сносе гипермаркета, построенного в ЗОУИТ с нарушением установленных ограничений, несмотря на информированность ответчика об ограничениях использования земельного участка, с указанием на недобросовестное поведение истца.

¹⁰ Федеральный закон от 03.08.2018 № 342-ФЗ «О внесении изменений в Градостроительный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

В Определении Верховного Суда Российской Федерации от 05.03.2020 № 310-ЭС19-11707 по делу № А48-2996/2016 суд подчеркнул, что несоблюдение указанных в градостроительных регламентах и градостроительных планах в отношении земельных участков и объектов ограничений использования земельного участка, в том числе в границах ЗОУИТ (пункт 9 части 3 статьи 57.3 Градостроительного кодекса РФ), дает основания считать постройку самовольной.

В случае, если строительство объекта заведомо осуществлено с нарушением установленных в ЗОУИТ ограничений использования земельного участка, суд не вправе, ссылаясь только на недобросовестное поведение истца, отказать в иске о запрете использовать такую постройку и об обязанности восстановить положение, обеспечивающее безопасную эксплуатацию электросетевого объекта.

Примечательно, что новая редакция статьи 222 Гражданского кодекса допускает не только снос самовольных построек, но и приведение их в соответствие с обязательными требованиями к параметрам постройки, предусмотренными законом (п. 2 ст. 222 Гражданского кодекса), то есть в том числе в соответствии с новыми положениями о ЗОУИТ.

Юридическая судьба возведенных в ЗОУИТ объектов, не отвечающих признакам самовольных построек

Немаловажный вопрос, требующий, на наш взгляд, рассмотрения, — подлежит сносу или сохранению объект, возведенный в ЗОУИТ с нарушением легальных ограничений использования земельного участка, когда такой объект не подпадает под признаки самовольной постройки. Например, в тех случаях, когда собственник объекта не был и не мог быть информирован об ограничениях в отношении принадлежащего ему земельного участка, на котором возведен объект. Другим обстоятельством, исключающим снос постройки ЗОУИТ по статье 222 Гражданского кодекса, является то, что постройка в принципе не отвечает параметрам объекта недвижимости.

В силу части 27 статьи 26 Закона № 342-ФЗ в случае, если в иске о сносе (о сносе или приведении в соответствие с установленными требованиями) объектов капитального строительства суд отказал, но такие объекты были размещены в границах ЗОУИТ, которая установлена до 1 января 2022 года и сведения о границах которой внесены в ЕГРН, то такие объекты, тем не менее, должны быть снесены или приведены в соответствие с ограничениями использования земельных участков в границах ЗОУИТ. При этом размещение или использование (назначение) объектов не соответствует ограничениям использования земельных участков, установленным в новом положении о ЗОУИТ в целях охраны жизни граждан, обеспечения безопасности полетов воздушных судов или в целях обеспечения безопасной эксплуатации объектов, для охраны которых установлена указанная зона.

Снос или приведение в соответствие с установленными требованиями производятся на основании полученного уведомления, предусмотренного постановлением Правительства Российской Федерации от 13.05.2019 № 588. Если собственники объектов не согласны со сносом или приведением объекта в соответствие с установленными требованиями, то такие действия могут быть осуществлены исключительно в судебном порядке и при условии предварительного возмещения собственникам объектов убытков (ч. 28 ст. 26 Закона № 342-ФЗ). Таким образом, юридическая судьба указанных объектов капитального строительства зависит от того, какие цели преследует установление тех или иных ограничений в ЗОУИТ (Stepanova, 2019:103). Отметим, что в указанной норме речь идет только об объектах капитального строительства, при этом условием сноса объектов является то, что их размещение противоречит требованиям нового положения о соответствующем виде ЗОУИТ, а не ранее действующим, на момент возведения постройки, правилам.

В части 27 статьи 26 Закона № 342-ФЗ затрагивается, по нашему мнению, основополагающий принцип баланса частных и публичных интересов. Категория «публичные интересы» и проблема поиска баланса частных и публичных интересов постоянно находятся в поле зрения ученых и правоприменителей (Petovar, 2011:8; Safin, Luneva, 2019).

А.Я. Рыженков указывает, что частный интерес в земельных отношениях заключается в стабильности прав на земельные участки, эффективной системе гарантий таких прав, в частности, при их принудительном прекращении, при этом к общественным интересам в земельном праве могут быть отнесены политические, экономические интересы, интересы безопасности и пр. (Ryzhenkov, 2017:142).

Исследуя частные и публичные интересы, А.А. Кондрашев, В.В. Терешкова поднимают важный вопрос о том, «всегда ли публичный интерес свойственен только большим социальным группам». По их мнению, публичный интерес являет собой общественный интерес, гармонизируемый государством в кооперации с гражданским обществом с помощью правовых средств с целью удовлетворения потребностей группового характера, имеющих существенное значение для развития общества. Субъектами, формулирующими публичный интерес, могут быть не только социальная общность (как крупная по численности группа), но и различные, даже незначительные по количественным характеристикам микросоциальные группы граждан, объединенные по различным признакам.

Частный интерес артикулируется в конкретно-исторических условиях либо отдельным гражданином, либо сравнительно небольшой группой граждан, и, как правило, направлен на защиту определенного блага или ценности. Причем получение этой ценности или блага индивидуализирует соответствующих субъектов, одновременно выступая своего рода маркером для противопоставления общественным или публичным интересам (Kondrashev, Tereshkova, 2018:53).

По смыслу части 27 статьи 26 Закона № 342-ФЗ, даже в случае правомерного размещения объектов в ЗОУИТ (размещения без вины застройщика) их снос или приведение в соответствие с установленными требованиями могут быть осуществлены, тем не менее, в публичных интересах. При этом гарантии защиты прав собственников таких объектов закреплены в части 28 статьи 26 Закона № 342-ФЗ (снос по решению суда, предварительное возмещение убытков).

Полагаем, что указанные гарантии не являются достаточными, не в полной мере соответствуют ст. 35, 55 Конституции Российской Федерации и «принципу пропорциональности», применяемому Европейским Судом по правам человека при решении вопроса о достижении баланса частных и публичных интересов, в том числе при вмешательстве в право собственности.

На наш взгляд, рассматриваемые нормы не позволяют говорить о сбалансированности интересов и подлежат дальнейшему совершенствованию. Достижению баланса интересов могло бы способствовать установление положения о том, что снос правомерно размещенных объектов в ЗОУИТ может производиться только в случае, если затраты на снос объекта не превышают затраты на переустройство объектов, в целях охраны которых установлена указанная зона.

Помимо объектов недвижимости с нарушением установленных ограничений использования земельных участков в ЗОУИТ могут размещаться некапитальные строения, сооружения¹¹. В этом случае надлежащим способом защиты собственников объектов, в связи с размещением которых установлены ЗОУИТ, является негаторный иск (статья 304 Гражданского кодекса)¹².

Анализ судебных актов по негаторным искам собственников объектов, в связи с размещением которых установлены ЗОУИТ, к собственникам размещенных в таких зонах некапитальных объектов, показывает, что суды удовлетворяют иски о сносе (демонтаже) объектов при доказанности нарушений установленных в ЗОУИТ ограничений или запретов, при этом информированность или вина ответчика, как правило, не имеют значения.

Так, Арбитражный суд Поволжского округа в постановлении от 29.01.2019 № Ф06-42058/2018 по делу № А72-19060/2017 отметил, что эксплуатация торговой площадки предполагает временное пребывание людей, поэтому нахождение данной площадки непосредственно в охранной зоне газопровода создает угрозу жизни и здоровью людей.

¹¹ Согласно п. 10.2 ст. 1 Градостроительного кодекса Российской Федерации от 29.12.2004 № 190-ФЗ некапитальные строения, сооружения — строения, сооружения, которые не имеют прочной связи с землей и конструктивные характеристики которых позволяют осуществить их перемещение и (или) демонтаж и последующую сборку без несоразмерного ущерба назначению и без изменения основных характеристик строений, сооружений (в том числе киосков, навесов и других подобных строений, сооружений).

¹² Пункт 29 постановления Пленума Верховного Суда РФ № 10, Пленума ВАС РФ № 22 от 29.04.2010 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» // СПС «КонсультантПлюс».

В решении Арбитражного суда Свердловской области по делу № А60-9936/2020 отмечено, что вина ТСЖ «Факел» в размещении детской площадки в охранной зоне тепловых сетей отсутствует, поскольку Товарищество собственников жилья не знало и не могло знать о нахождении под землей теплотрассы.

Однако, удовлетворяя искивые требования, в рассматриваемом случае суд исходит из необходимости обеспечения безопасности, охраны жизни и здоровья людей, гарантированных государством.

Заключение

Резюмируя вышеизложенное, можем констатировать актуальность выбранной темы исследования в социально-экономическом, правоприменительном и правотворческом аспектах. В настоящее время юридические последствия размещения объектов в ЗОУИТ с нарушением имеющихся ограничений, в отличие от ранее действующего законодательства, зависят от многих факторов, выработанных судебной практикой и имеющих оценочный характер: квалификация построенного объекта в качестве объекта недвижимости, осведомленность построившего объект лица о наличии ограничений использования земельного участка, границах ЗОУИТ, цели установления ЗОУИТ.

Решение рассматриваемой проблемы тесно связано с вопросом поиска баланса частных и публичных интересов. Учет вышеуказанных обстоятельств необходим, по нашему мнению, для обеспечения сбалансированности частных интересов (интересов собственников объектов, возведенных в ЗОУИТ, в защите права собственности), и публичных интересов (интересов государства, общества в сохранении жизни, здоровья граждан, обеспечении безопасной эксплуатации объектов, в связи с размещением которых установлены зоны).

Библиографический список / References

- Anisimov, A.P. (ed.) (2020) *Aktual'nye problemy teorii zemel'nogo prava Rossii: monografiya [Actual problems of the theory of land law in Russia: monograph]*. Abanina E.N., Aver'yanova N.N., Anisimov A.P. et. al. Moscow, Yustitsinform Publ. (in Russian).
Актуальные проблемы теории земельного права России: монография / Е.Н. Абанина, Н.Н. Аверьянова, А.П. Анисимов и др.; под общ. ред. А.П. Анисимова. М.: Юстицинформ, 2020. 800 с.
- Bevzenko, R.S. (2019) Kommentarii k st. 8.1 Grazhdanskogo kodeksa RF [Commentaries on Article 8.1 of the Civil Code of the Russian Federation]. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiiskoi Federatsii*. (11), 127–169. (in Russian).
Бевзенко Р.С. Комментарий к ст. 8.1 Гражданского кодекса РФ // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2019. № 11. С. 127–169.
- Bevzenko, R.S. (2019) Kommentarii k st. 8.1 Grazhdanskogo kodeksa RF [Commentaries on Article 8.1 of the Civil Code of the Russian Federation]. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiiskoi Federatsii*. (12), 68–115. (in Russian).
Бевзенко Р.С. Комментарий к ст. 8.1 Гражданского кодекса РФ // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2019. № 12. С. 68–115.

- Bogdanov, E.V. (2020) Pravovoe regulirovanie vznikoveniya prava sobstvennosti na novuyu veshch [Legal Regulation the Emergence of Ownership of a New Thing]. *Sovremennoe pravo*. (3), 53–57. (in Russian).
Богданов Е.В. Правовое регулирование возникновения права собственности на новую вещь // Современное право. 2020. № 3. С. 53–57.
- Ershov, V.V. (2018) *Pravovoe i individual'noe regulirovanie obshchestvennykh otноshenii: Monografiya [Legal and individual regulation of public relations Legal and individual regulation of public relations: Monograph]*. Moscow, RGUP Publ. (in Russian).
Ершов В.В. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений: Монография. М.: РГУП, 2018. 625 с.
- Ershov, V.V. (2017) Priroda “pozitsii sudov”: teoreticheskie i prakticheskie problemy [The nature of the “positions of the courts”: theoretical and practical problems]. *Rossiiskoe pravosudie*. (12), 5–15. (in Russian).
Ершов В.В. Природа «позиций судов»: теоретические и практические проблемы // Российское правосудие. 2017. № 12. С. 5–15.
- Filatkina, Yu.E. (2019) Upravlenie yuridicheskimi riskami, svyazannymi s ogranicheniem ispol'zovaniya i khozyaistvennogo oborota zemel'nykh uchastkov [Management of legal risks associated with the limitation of the use and economic turnover of land plots]. *Journal Property Relations in the Russian Federation*. (3), 96–101. (in Russian).
Филаткина Ю.Е. Управление юридическими рисками, связанными с ограничением использования и хозяйственного оборота земельных участков // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2019. № 3. С. 96–101.
- Galinovskaya, E.A. (ed.) (2020) *Zony s osobymi usloviyami ispol'zovaniya territorii (problemy ustanovleniya i soblyudeniya pravovogo rezhima): nauchno-prakticheskoe posobie [Zones with special conditions for the use of territories (problems of establishing and observing the legal regime): a scientific and practical guide]*. Galinovskaya E.A., Boltanova E.S., Volkov G.A. et al. Moscow, INFRA-M Publ. (in Russian).
Зоны с особыми условиями использования территорий (проблемы установления и соблюдения правового режима): научно-практическое пособие / Е.А. Галиновская, Е.С. Болтанова, Г.А. Волков и др.; отв. ред. Е.А. Галиновская. М.: ИЗиСП при Правительстве Российской Федерации: ИНФРА-М, 2020. 304 с.
- Ignat'eva, I.A. (2019) *Ispol'zovanie zemel' i zemel'nykh uchastkov s ob"ektami elektroenergetiki: pravo i praktika: uchebnoe posobie [The use of land and land plots with electric power facilities: law and practice: a tutorial]*. Moscow, Prospekt Publ. (in Russian).
Игнатьева И.А. Использование земель и земельных участков с объектами электроэнергетики: право и практика: учебное пособие. М.: Проспект, 2019. 368 с.
- Khaustov, D.V. (2016) Actual legal problems of guarantees of the property owners right in protected areas of linear engineering facilities. *Neft', gaz i pravo*. 5 (131), 43–48. (in Russian).
Хаустов Д.В. Актуальные правовые проблемы гарантий прав собственников застроенных земельных участков, расположенных в охранных зонах линейных инженерных сооружений // Нефть, газ и право. 2016. № 5 (131). С. 43–48.
- Kondrashev, A.A., Tereshkova, V.V. (2018) Balance private and public interests in the light of international standards and the Russian constitutional law. *Gosudarstvo i pravo*. (9), 52–63. DOI: 10.31857/S013207690001513-6. (in Russian).
Кондрашев А.А., Терешкова В.В. Баланс частных и публичных интересов в контексте международных стандартов и конституционного законодательства Российской Федерации // Государство и право. 2018. № 9. С. 52–63. DOI: 10.31857/S013207690001513-6.

- Krasnova, I.O., Misnik, G.A., Vlasenko, V.N. (ed.) (2019) *Praktika razresheniya zemel'nykh sporov: Nauchno-prakticheskoe posobie [Land Dispute Resolution Practice: A Scientific and Practical Guide]*. Moscow, RGUP Publ. (in Russian).
Практика разрешения земельных споров: Научно-практическое пособие / Под ред. И.О. Красновой, Г.А. Мисник, В.Н. Власенко. М.: РГУП, 2019. 172 с.
- Petovar, K. (2011) The right of servitude between public interest and undisturbed use of private property. *Spatium International Review*. (26), 8–13.
- Petrishchev, V.S., Podmarkova, A.S. (2019) Ocherednaya reforma norm o samovol'nom stroitel'stve: otsenka novell [Another reform of the rules on unauthorized construction: assessment of novels]. *Zakon*. (2), 56–69. (in Russian).
Петрищев В.С., Подмаркова А.С. Очередная реформа норм о самовольном строительстве: оценка новелл // Закон. 2019. № 2. С. 56–69.
- Ryzhenkov, A.Ya. (2017) *Printsipy zemel'nogo prava: monografiya [Principles of land law: monograph]*. Moscow, Yurlitinform Publ. (in Russian).
Рыженков А.Я. Принципы земельного права: монография. М.: Юрлитинформ, 2017. 216 с.
- Safin, Z.F., Luneva, E.V. (ed) (2019) Aktual'nye problemy okhrany prava sobstvennosti na prirodnye resursy i ob"ekty: mezhdistsiplinarnyi podkhod [Actual problems of protection of property rights to natural resources and objects: an interdisciplinary approach]. *A collection of articles by the participants of the International Scientific and Practical Conference dedicated to the memory of Corresponding Member of the Academy of Sciences of the Republic of Tatarstan, Doctor of Law, Professor, Honored Lawyer of the Republic of Tatarstan A.A. Ryabova (Kazan, October 26–27, 2018)*. Moscow, Statut Publ. (in Russian).
Актуальные проблемы охраны права собственности на природные ресурсы и объекты: междисциплинарный подход: Сборник статей участников Международной научно-практической конференции, посвященной памяти члена-корреспондента Академии наук Республики Татарстан, доктора юридических наук, профессора, заслуженного юриста Республики Татарстан А.А. Рябова (Казань, 26–27 октября 2018 г.) / С.А. Боголюбов, М.М. Бринчук, К.Б. Валиуллина и др.; под ред. З.Ф. Сафина, Е.В. Луневой. М.: Статут, 2019. 302 с.
- Stepanova, L.I. (2019) Novoe v regulirovanii statusa zon s osobymi usloviyami ispol'zovaniya territorii [New in the regulation of the status of zones with special conditions of use of territories]. *Imushchestvennye otnosheniya v Rossiiskoi Federatsii*. (4), 97–110. (in Russian).
Степанова Л.И. Новое в регулировании статуса зон с особыми условиями использования территорий // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2019. № 4. С. 97–110.
- Tserkovnikov, M.A. (2017) O dobrosovestnosti v institutakh veshchnogo prava [On good faith in institutes of property law]. *Civil Law Review*. 17 (2), 24–30. DOI: 10.24031/1992-2043-2017-17-2-24-30. (in Russian).
Церковников М.А. О добросовестности в институтах вещного права // Вестник гражданского права. 2017. Том 17. № 2. С. 24–30. DOI: 10.24031/1992-2043-2017-17-2-24-30.
- Vorontsova, A.A., Zaslavskaya, N.M. (2019) The legal regime of use-restricted zones. *Environmental Law*. (2), 8–12. (in Russian).
Воронцова А.А., Заславская Н.М. Правовой режим зон с особыми условиями использования территорий // Экологическое право. 2019. № 2. С. 8–12.
- Zolotova, O.A. (2015) Pravovoe regulirovanie rezhima zemel' okhrannykh zon: osnovnye voprosy sudebnoi praktiki [Legal regulation of land protection zones: the main issues of judicial practice]. *Sudya*. (9), 41–45. (in Russian).

Золотова О.А. Правовое регулирование режима земель охранных зон: основные вопросы судебной практики // Судья. 2015. № 9. С. 41–45.

Zolotova, O.A. (2020) On the Concept and Types of Use-Restricted Zones. *Environmental Law*. (3), 9–13. DOI: 10.18572/1812-3775-2020-3-9-13. (in Russian).

Золотова О.А. К вопросу о понятии и видах зон с особыми условиями использования территорий // Экологическое право. 2020. № 3. С. 9–13. DOI: 10.18572/1812-3775-2020-3-9-13.

Об авторе:

Муравьева Марина Сергеевна — аспирант, кафедра земельного и экологического права, Российский государственный университет правосудия; 117418, Российская Федерация, г. Москва, ул. Новочеремушкинская, д. 69 А

ORCID ID: 0000-0001-7639-485X

e-mail: marina.muraviyeva@gmail.com

About the author:

Marina S. Muravyeva — postgraduate student, the Land and environmental law sub-faculty, the Russian State University of Justice; 69 A Novocheremushkinskaya str., Moscow, 117418, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0001-7639-485X

e-mail: marina.muraviyeva@gmail.com



УГОЛОВНОЕ ПРАВО CRIMINAL LAW

DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1078-1099

Научная статья

ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА ТОРГОВЛЮ ЛЮДЬМИ ПО РОССИЙСКОМУ УГОЛОВНОМУ ПРАВУ: ВОПРОСЫ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОЙ ТЕХНИКИ И ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

Н.Ю. Скрипченко

Северный (Арктический) федеральный университет им. М.В. Ломоносова,
г. Архангельск, Российская Федерация

Сегодня ни одно государство в мире не может с уверенностью сказать, что не сталкивается с проблемой торговли людьми, которая не зависит ни от геополитического положения страны, ни от социально-экономической ситуации. Негативные социальные последствия преобразований в России конца прошлого века определили не только ее транзитное назначение при незаконной миграции рабочей силы, но и роль «отправителя» и «получателя» «живого товара» (преимущественно женщин и детей), предназначенного для эксплуатации (в т.ч. сексуальной), суррогатного материнства, изъятия органов и тканей. Стремясь максимально придерживаться международных дефиниций и опираясь на имеющийся опыт правового регулирования, российский законодатель закрепил в УК норму (ст. 127¹), содержащую редакционные изъяны, затрудняющие ее реализацию. Цель исследования — сформулировать предложения по устранению выявленных в ходе исследования недостатков законодательного определения торговли людьми, порождающих трудности правоприменения. Методологическую основу составляют общенаучные (анализ и синтез, диалектика) и частнонаучные методы исследования (системно-структурный, формально-юридический, логический, лингвистический). В работе выявляются терминологические сложности, связанные с включением конвенционных норм в уголовное законодательство; отмечая необходимость установления повышенных гарантий безопасности детства, автор не усматривает необходимости самостоятельной криминализации торговли несовершеннолетними.

© Скрипченко Н.Ю., 2020.



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

шеннолетними. Определяя технико-юридические недостатки в определении «торговля людьми» и «эксплуатация человека», автор предлагает пути их решения посредством реформирования уголовного законодательства и судебного толкования на уровне Пленума Верховного Суда РФ.

Ключевые слова: международные стандарты, торговля людьми, эксплуатация человека, торговля несовершеннолетними, купля-продажа, вербовка, перевозка, сексуальная эксплуатация

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 28 марта 2020 г.

Дата принятия к печати: 15 октября 2020 г.

Для цитирования:

Скрипченко Н.Ю. Ответственность за торговлю людьми по российскому уголовно-праву: вопросы законодательной техники и правоприменения // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2020. Т. 24. № 4. С. 1078–1099. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1078-1099.

DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1078-1099

Research Article

RESPONSIBILITY FOR TRAFFICKING IN PERSONS UNDER RUSSIAN CRIMINAL LAW: ISSUES OF LEGISLATIVE TECHNOLOGY AND LAW

Nina Yu. Skripchenko

Northern (Arctic) Federal University named after M.V. Lomonosov,
Arkhangelsk, Russian Federation

Abstract. Today, no state in the world can say with confidence that it does not face the problem of human trafficking as it does not depend on the geopolitical position of the country, nor on the socio-economic situation. The negative social consequences of the transformations in Russia at the end of the last century determined not only its transit destination during the illegal migration of labor, but also the role of the “sender” and “recipient” of “human commodity” (mainly women and children) intended for exploitation (i.e. including sexual), surrogacy, removal of organs and tissues. Trying to adhere to the international definition of “human trafficking” as much as possible and drawing on the existing experience of regulation, the Russian legislator enshrined the norm in the Criminal Code (Article 127¹) containing editorial flaws that impeded its implementation. The purpose of the study is to formulate proposals to address the deficiencies identified during the study of the legislative definition of trafficking in persons, which cause difficulties in enforcement. The methodological basis is constituted by general scientific (analysis and synthesis, dialectics) and private scientific research methods (system-structural, formal-legal, logical, linguistic). The paper notes the terminological difficulties associated with the inclusion of Convention norms in the system of Russian law. Noting the need to establish enhanced guarantees of child safety, the author does not see the need for independent criminalization of trafficking in minors. By identifying technical and legal shortcomings in the definition of “human trafficking” and “human exploitation”, the author suggests ways to solve

them by reforming the criminal law and judicial interpretation at the level of the Plenary Session of the Supreme Court of the Russian Federation.

Key words: international standards, human trafficking, exploitation of person, minority's trafficking, sale and purchase, recruitment, transportation, sexual exploitation

Conflicts of interest. The author declared no conflicts of interest.

Article received 28 March 2020

Article accepted 15 October 2020

For citation:

Skipchenko, N.Yu. (2020) Responsibility for trafficking in persons under Russian criminal law: issues of legislative technology and law. *RUDN Journal of Law.* 24 (4), 1078–1099. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1078-1099.

Введение

Проблема торговли людьми берет свое начало со времен рабовладения, а первые попытки ее решения предпринимались международным сообществом еще в XIX¹ в. Впервые запрет на торговлю и перевозку рабов был установлен в Декларации об отмене торговли рабами, принятой на Венском конгрессе 1815 года. В дополнение к указанному документу в 1841 году был подписан договор, запрещающий перевозку негров-рабов в Америку. Принятый в 1890 году Генеральный акт не только относил работорговлю к числу криминальных деяний, но и обязывал государства принимать конкретные меры, направленные на пресечение соответствующих преступлений. Существенным же недостатком всех указанных документов было признание преступной лишь работорговли, а не ее основы — рабства. Первым универсальным договором, направленным на борьбу и с рабством, и с работорговлей, считается Конвенция о рабстве 1926 года², отразившая намерения государств искоренить рабство и торговлю невольниками «в возможно короткий срок».

В фокусе международных документов всегда находились женщины и дети — самый востребованный живой товар, приобретаемый (и похищаемый) с целью сексуальной эксплуатации, эксплуатации в домашних условиях, в сельском хозяйстве. Единая же, согласованная на международном уровне дефиниция «торговля людьми» была выработана лишь к началу XXI в., что позволило отграничить соответствующие криминальные деяния от смежных преступлений, связанных с незаконным лишением свободы, использованием рабского труда, организацией занятия проституцией и т.д. (Kashepov (ed), 2012:111–114). Указанное определение нашло отражение в принятом Генеральной Ассамблеей

¹ См.: Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. Вып. XVIII. М., 1960. С. 274–279.

² Международная защита прав и свобод человека. Сборник документов. М., 1990. С. 201–205.

ООН 15 ноября 2000 года Протоколе о предупреждении и пресечении торговли людьми, особенно женщинами и детьми, и наказании за нее, дополняющем Конвенцию ООН против транснациональной организованной преступности (далее — Палермский протокол)³ (Nigmatullin, 2011:69–75).

Несмотря на то, что сфера применения Палермского протокола ограничена криминальными посягательствами транснационального и организованного группового характера, что в юридической науке относят к недостаткам (Nathaway, 2008:11; Bukalerova, Atabekova, Simonova, 2015:25–27; Olimpiev, 2012), принятие указанного документа на международном уровне не только определило обязанности государств по противодействию торговле людьми, но и свидетельствует о признании глобального и универсального характера данной проблемы. Сегодня ни одно государство в мире не может с уверенностью сказать, что оно не сталкивается с указанной проблемой, которая не зависит от геополитического положения или социально-экономической ситуации страны. Факты криминальных сделок с живым товаром выявляются во всех государствах, при этом постоянно трансформируются формы их совершения (Albertin, 2019:13–32; Vanyoro, 2019:123–137; Alvari, 2016; Gallagher, 2010). Так, рост миграционных потоков (достигший своего пика в Центральной и Западной Европе в 2015–2016 гг.), спровоцировал увеличение числа беженцев, пытающихся пересечь Средиземное море при помощи контрабандистов и криминальных группировок. Люди, вынужденные платить огромные суммы за каждый промежуточный этап передвижения, оказывались в долговой зависимости, которая фактически могла перерасти и в торговлю людьми (Cockbain, Bowers, 2019:9–34).

В последнее время широкое распространение получили факты торговли людьми (особенно детьми) с целью вовлечения их в преступную деятельность (в т.ч. экстремистского и террористического характера), с целью изъятия органов и тканей, суррогатного материнства, эксплуатации в домашних условиях и т.п. (Andrews, Brewster, Day, 2016:137–150; Gallagher, 2010).

Если приводить конкретные цифры, то по данным ООН на 2014 год торговля людьми приносила ежегодную прибыль около 150 млрд долларов. На сегодняшний день, — сообщает специальный представитель ОБСЕ по борьбе с торговлей людьми Мадина Джарбусынова, — жертвами современного рабства являются около 25 млн людей во всем мире⁴. Примерно 64% из них подвергаются трудовой эксплуатации, 19% — сексуальной. Чаще всего в качестве живо-

³ Протокол о предупреждении и пресечении торговли людьми, особенно женщинами и детьми, и наказании за нее, дополняющий Конвенцию Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности, принят в г. Нью-Йорке 15 ноября 2000 г. Резолюцией 55/25 на 62-ом пленарном заседании 55-ой сессии Генеральной Ассамблеи ООН // Бюллетень международных договоров. 2005. № 2. С. 46–55.

⁴ «Жертвы современного рабства — 25 млн человек». Спецпредставитель ОБСЕ Мадина Джарбусынова — о вовлечении детей в преступный бизнес и активизации террористов в работоторговле, available at: <https://iz.ru/746825/aleksei-zabrodin/zhertvy-sovremennogo-rabstva-25-mln-chelovek> (Accessed 23 April 2020).

го товара выступают женщины и девочки. Так, по сведениям ООН, 71% идентифицированных жертв — лица женского пола, а 29% — мужчины и мальчики. При этом отмечается рост малолетних пострадавших, число которых составляет около 5,5 млн. Но надо понимать, что официальные цифры далеки от реальных, поскольку торговля людьми относится к числу тех преступлений, потерпевшие от которых не идут на активное сотрудничество с государственными органами, опасаясь мести со стороны виновных. Во многих странах программы защиты и оказания помощи жертвам торговли людьми реализуются не на должном уровне. Кроме того, с учетом стереотипов и менталитета значительной части мужчин сложно признаться, что они стали жертвами трудовой эксплуатации, а тем более — сексуальной.

В юридической литературе справедливо отмечают, что современное рабство способствует коррупции, организации незаконной миграции, уклонению от налогов, отмыванию денег. Выступая формой самодерминации преступности, торговля людьми становится неистощимым источником прибыли, инвестируемой в другие виды преступной деятельности (незаконный оборот оружия и наркотиков, организация занятия проституцией, изготовление и оборот материалов порнографического содержания, криминальная трансплантация органов и тканей человека, преступления экстремистской и террористической направленности). Террористические группы идеологически обрабатывают свои жертвы для подготовки террористов-смертников из самых уязвимых слоев населения, пострадавших от вооруженных конфликтов, это могут быть дети, потерявшие родителей, другие члены семьи, отчаявшиеся в своем горе и психологически готовые жертвовать собой (Kostenko, 2016:28–40).

Произошедшие в конце прошлого века коренные преобразования в России повлекли, с одной стороны, возможности пользоваться большей свободой и открытостью в обществе, а с другой — разрушительные социальные последствия для населения. На сегодняшний день Российская Федерация занимает одно из ведущих мест среди стран — поставщиков живого товара для мировой секс-индустрии. Одновременно с этим Россия выступает и в качестве страны-назначения и транзита для выходцев из Украины, Молдовы, Узбекистана, Таджикистана, Вьетнама и Китая. Данные же уголовной статистики свидетельствуют об эпизодическом применении российскими правоохранительными органами нормы, предусматривающей ответственность за торговлю людьми (ст. 127¹ УК РФ), что связано не только с высокой латентностью соответствующих криминальных деяний, но и с редакционными изъянами диспозиции ст. 127¹ УК РФ (См. таблицу).

Таблица

Число зарегистрированных в Российской Федерации преступлений, связанных с торговлей людьми (статья 127¹ УК РФ Торговля людьми)⁵

Год	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Статья 127 ¹ УК Торговля людьми	0	17	60	106	104	57	94	103
Год	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Статья 127 ¹ УК Торговля людьми	50	70	66	25	37	19	21	25

Table

The number of crimes related to trafficking in persons registered in the Russian Federation (article 127.1 of the Criminal Code of the Russian Federation Trafficking in persons)⁶

Year	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Article 127.1 of the Criminal Code Trafficking in persons	0	17	60	106	104	57	94	103
Year	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Article 127.1 of the Criminal Code Trafficking in persons	50	70	66	25	37	19	21	25

В специальной литературе отмечаются многочисленные трудности, связанные с реализацией ст. 127¹ УК РФ на практике (Ustinova, Izmajlova, 2005:17–21; Pudovochkin, 2007:103–108; Bukalerova, Atabekova, Simonova, 2015:25–27), описано немало спорных и неоднозначных решений органов уголовной юстиции, связанных с неверным толкованием признаков указанного состава преступления (Alihadzhieva, 2006:31–35; Serdjukova, 2013:54–57). Н.Ф. Кузнецова справедливо отмечала, что причины квалификационных ошибок могут лежать не только в плоскости правоприменения, но и в самом Уголовном кодексе, в котором имеются отдельные случаи пробельности, избыточности норм, а также их неточности или устарелости (Kuznesova, 2007:33).

Учитывая, что от «качества» уголовно-правовых запретов зависит эффективность противодействия соответствующему виду преступности не только в национальных границах, но и на международном уровне, существует острая потребность не только в выявлении недостатков законодательного определения торговли людьми, порождающих трудности правоприменения, но и в формулировке научно обоснованных предложений по их устранению, что и определяет цель настоящего исследования.

⁵ (До 2003 года в УК РФ была предусмотрена ответственность только за торговлю несовершеннолетними (ст. 152 УК РФ). В 2003 году было зарегистрировано 21 фактов торговли детьми).

⁶ (Until 2003, the Criminal Code of the Russian Federation stipulated liability only for trafficking in minors (Article 152 of the Criminal Code of the Russian Federation). In 2003, 21 facts of child trafficking were recorded).

Понятие торговли людьми

В Российской Федерации соотношение международно-правовых и внутрисударственных норм определяется ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, согласно которой общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры РФ являются составной частью ее правовой системы. Вместе с тем общая инкорпорация определенных международно-правовых норм в российскую правовую систему не отрицает необходимости принятия имплементационного законодательства в целях реализации тех международных договоров или отдельных договорных положений, которые не являются самоисполнимыми (Sakaeva, 2019:110–118).

Так, в п. 6 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 года № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации»⁷ закрепляется невозможность непосредственного применения судами РФ международных договоров, «нормы которых предусматривают признаки составов уголовно наказуемых деяний, поскольку такими договорами прямо устанавливается обязанность государств обеспечить выполнение предусмотренных договором обязательств путем установления наказуемости определенных преступлений внутренним (национальным) законом». Обязанность криминализации торговли людьми в национальном законодательстве государств-участников предусматривается ст. 5 Палермского протокола. С момента принятия указанного документа более 100 государств приняли новые или усовершенствовали уже имеющиеся нормы национального законодательства о противодействии торговле людьми (Gallagher, 2009:813).

В Российской Федерации до 1995 года отсутствовали нормы, предусматривающие уголовную ответственность за торговлю людьми. Впервые наказание за торговлю, причем только несовершеннолетними, было предусмотрено в ст. 125², которая была включена в УК РСФСР Федеральным законом от 7 марта 1995 года № 28-ФЗ⁸.

В принятом в 1996 году Уголовном кодексе РФ также содержалась статья, относящая к преступным деяниям только торговлю несовершеннолетними (ст. 152⁹), и лишь в связи с подписанием Российской Федерацией Палермского

⁷ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. № 12.

⁸ Федеральный закон от 7 марта 1995 года № 28-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Кодекс о браке и семье РСФСР, Уголовный кодекс РСФСР, Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР, Кодекс РСФСР об административных правонарушениях» // Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. № 11. Ст. 939.

⁹ Диспозиция ст. 152 УК РФ предусматривала ответственность за куплю-продажу несовершеннолетнего либо совершение иных сделок в отношении несовершеннолетнего в форме его передачи и завладения им.

протокола¹⁰ (Палермский протокол был ратифицирован Россией 26 мая 2004 года¹¹), УК РФ в 2003 году был дополнен ст. 127¹ «Торговля людьми». Одновременно законодатель исключил из УК РФ ст. 152, так как новая норма относилась совершение сделок в отношении несовершеннолетнего к числу квалифицирующих признаков (п. «б» ч. 2 ст. 127¹ УК РФ), влекущих более строгое наказание.

Международная дефиниция торговли людьми конкретизирует действия, образующие соответствующее криминальное деяние — «осуществляемые в целях эксплуатации вербовка, перевозка, передача, укрывательство или получение людей путем угрозы силой или ее применения или других форм принуждения, похищения, мошенничества, обмана, злоупотребления властью или уязвимостью положения, либо путем подкупа, в виде платежей или выгод, для получения согласия лица, контролирующего другое лицо»¹² (ст. 3 Палермского протокола).

Определяя торговлю людьми как «куплю-продажу человека, иные сделки в отношении человека, а равно совершенные в целях его эксплуатации вербовка, перевозка, передача, укрывательство или получение» (ч. 1 ст. 127¹ УК РФ), российский законодатель «заложил» в рассматриваемое понятие отсутствующие в международной дефиниции действия в виде купле-продажи и иных сделок в отношении человека. Такое законодательное решение ученые объясняют стремлением облегчить толкование новой нормы на практике, формирование которой было заложено ранее действовавшей ст. 152 УК РФ. (Inogamov-Negaj, 2005:45–47; Rarog, Hellmann, Golovnenkov, 2008:20–26). Закрепление же в первоначальной редакции ст. 127¹ УК РФ, в числе обязательных субъективных признаков (в отличие утратившей силу ст. 152 УК РФ) цели эксплуатации человека, фактически привело к декриминализации сделок, предметом которых выступал несовершеннолетний, так как при покупке ребенка (особенно младенца) установить и доказать цель эксплуатации практически невозможно (Ustinova, Izmajlova, 2005:17–21; Mizulina, 2006:45). Примером тому служит вызвавший в 2006 году широкий общественный резонанс приговор в отношении Л. Вержбицкой, которая покупала младенцев у матерей, решивших прервать

¹⁰ Палермский протокол был подписан от имени Российской Федерации 12 декабря 2000 года. См.: Распоряжение Президента РФ от 9 декабря 2000 года № 556-рп «О подписании Конвенции Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности и дополняющих ее Протокола против незаконного ввоза мигрантов по суше, морю и воздуху и Протокола о предупреждении и пресечении торговли людьми, особенно женщинами и детьми, и наказании за нее» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2000. № 50. Ст. 4894.

¹¹ Федеральный закон от 26 апреля 2004 года № 26-ФЗ «О ратификации Конвенции Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности и дополняющих ее протокола против незаконного ввоза мигрантов по суше, морю и воздуху и протокола о предупреждении и пресечении торговли людьми, особенно женщинами и детьми, и наказании за нее» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2004. № 18. Ст. 1684.

¹² Дословное определение содержится и в Конвенции Совета Европы о противодействии торговле людьми (CETS № 197) (Варшава, 16 мая 2005 года) 2005 года // СПС «КонсультантПлюс»

беременность либо отказаться от новорожденного ребенка, для последующей продажи их бездетным семейным парам из Германии.

Несмотря на то, что «продавец» (Л. Вержбицкая) передала ребенка в собственность покупателям — гражданам Германии, а «покупатели» уплатили за товар (новорожденный и комплект поддельных документов для пересечения государственной границы) денежную сумму в размере 25 тысяч долларов, по всем правилам гражданско-правовой сделки ее заключение предваряло подробное описание свойств и качеств «живого» товара. Действия Л. Вержбицкой были квалифицированы только по статьям, карающим за подделку документов (ст. 327 УК РФ) и самоуправство (ст. 330 УК РФ), за что ей было назначено наказание в виде штрафа в размере 350 тысяч рублей¹³.

Учитывая, что по содержанию ст. 127¹ УК РФ не обеспечивала противодействие торговли детьми и не соответствовала международным стандартам в области защиты детей, в 2008 году в нее были внесены изменения¹⁴, исключившие цель эксплуатации в отношении действий, образующих куплю-продажу и иные сделки (дополнивших диспозицию указанной нормы) (Gammaev, 2011:132–135).

В отличие от международной дефиниции торговли людьми, конкретизирующей способы воздействия на жертву (угрозы силой или ее применения или других форм принуждения, похищения, мошенничества, обмана, злоупотребления властью или уязвимостью положения, либо путем подкупа, в виде платежей или выгод), отечественное понятие не включает средства воздействия на жертву в число обязательных характеристик торговли людьми, относя их к числу признаков, влекущих более строгое наказание (п. «в», «е», «е» ч. 2 ст. 127¹ УК РФ). Такой подход не только не противоречит требованиям международных стандартов, но и, следуя российской правовой традиции, демонстрирует вполне оправданную с социально-криминологической позиции тенденцию дифференциации ответственности за преступления, совершаемые наиболее опасными способами (Pudovochkin, 2007:103–108; Inogamov-Negaj, 2005:45–47). Отказ российского законодателя от конкретизации способов в определении торговли людьми позволяет в рамках одного состава установить уголовную ответственность и за торговлю взрослыми и несовершеннолетними без дополнительных оговорок, которые содержатся в п. «с» ст. 3 Палермского протокола¹⁵.

¹³ См.: Пояснительная записка к проекту Федерального закона № 430557-4 «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс»

¹⁴ Федеральный закон от 25 ноября 2008 года № 218-ФЗ «О внесении изменений в статью 127.1 Уголовного кодекса Российской Федерации» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2008. № 48. Ст. 5513.

¹⁵ с) вербовка, перевозка, передача, укрывательство или получение ребенка для целей эксплуатации считаются «торговлей людьми» даже в том случае, если они не связаны с применением какого-либо из средств воздействия, указанных в подпункте (а) настоящей статьи.

Таким образом, национальное определение торговли людьми в целом отражает содержание международной дефиниции, включая две самостоятельные группы деяний:

- 1) купля-продажа человека или иные сделки в отношении человека;
- 2) вербовка, перевозка, передача, укрывательство или получение человека, совершаемые с целью эксплуатации.

Однако многие представители уголовно-правовой науки (Rarog, Hell'mann, Golovnenkov, 2008:20–26; Alihadzhieva, 2006:31–31; Serdjukova, 2013:54–57) задают резонный вопрос об обоснованности законодательного решения объединить в одной статье ответственность и за сделки в отношении человека, и за содействующее им поведение. Такой подход не только влечет нарушение правил юридической техники, так как название ст. 127¹ УК РФ намного уже ее содержания, но и «уравнивает» разные по степени общественной опасности деяния. Признавая, что действующая редакция ст. 127¹ УК РФ, написанная по международным (а фактически — по англосаксонским) образцам, необоснованно стирает границы между стадиями преступной деятельности, мы не усматриваем значимой практической пользы в реализации высказываемых в доктрине уголовного права предложений законодательного выделения действий, «сопутствующих» сделкам (вербовка, перевозка, передача, укрывательство или получение человека, совершаемые с целью эксплуатации), в отдельный состав преступления «Содействие торговле людьми» (Pudovochkin, 2007:103–108 Alihadzhieva, 2006:31–31; Serdjukova, 2013:54–57). Реализация указанного предложения может повлечь на практике необоснованное удвоение ответственности торговцев людьми, так как их нужно будет привлекать и за сделку, и за предшествующие ей формы криминального деяния как за два самостоятельных преступления, что вряд ли будет соответствовать принципу справедливости (ст. 6 УК РФ). На наш взгляд, решать указанную проблему нужно не путем закрепления двух составов преступлений, содержащих дублирующие квалифицирующие признаки, а путем законодательного разделения ответственности за сделки в отношении человека и содействующие им формы поведения в рамках одной нормы (ст. 127¹ УК РФ), но в разных частях, что в условиях разного объема наказуемости деяний позволит сэкономить правовой материал без ущерба для нормативной определенности уголовно-правового запрета.

Цель эксплуатации человека как обязательный признак торговли людьми

В соответствии со ст. 3 Палермского протокола эксплуатация человека включает как минимум эксплуатацию проституции других лиц или другие формы сексуальной эксплуатации, принудительный труд или услуги, рабство или обычаи, сходные с рабством, подневольное состояние или извлечение органов. В российском законодательстве под эксплуатацией человека понимается ис-

пользование занятия проституцией другими лицами и иные формы сексуальной эксплуатации, рабский труд (услуги), подневольное состояние (п. 2 Примечания к ст. 127¹ УК РФ).

Несмотря на схожесть указанных определений, можно выделить следующие ключевые отличия.

1. Российский законодатель относит «извлечение органов»¹⁶ не к числу альтернативно-конструктивных форм эксплуатации потерпевшего (как это предусмотрено в международной дефиниции), а к числу признаков, влекущих более строгое наказание (п. «ж» ч. 2 ст. 127¹ УК РФ), что обусловлено «включением» в понятие торговли людьми действий, связанных с куплей-продажей, и иных сделок в отношении человека, не требующих установления цели эксплуатации.

2. Отечественное определение эксплуатации человека раскрывается посредством альтернативно-закрытого перечня соответствующих форм использования потерпевшего. Международная же дефиниция носит альтернативно-открытый характер описания соответствующих деяний (Палермский протокол, закрепляет выражение «как минимум»).

Имеющиеся расхождения нельзя рассматривать как несоблюдение Россией требований международного договора, так как в национальном законодательстве должен быть отражен смысл Палермского протокола, а не «фактические формулировки», используемые в нем¹⁷.

Однако российское определение, на наш взгляд, не является безупречным. Так, используемый законодателем альтернативно-закрытый способ описания эксплуатации человека приводит к тому, что некоторые существующие формы (например, эксплуатация человека в качестве попрошайки, использование в вооруженных конфликтах) и вновь появляющиеся способы использования людей «выпадают» из этого понятия, позволяя виновным избежать уголовного преследования.

А определение цели изъятия у потерпевшего органов или тканей в числе квалифицирующих, а не конструктивных признаков актуализирует на практике вопрос о возможности вменения соответствующего признака сторонам криминальной сделки, так как «потребителем» соответствующих «услуг» жертвы торговли людьми чаще становится не лицо, непосредственно изымающее органы или ткани, а лицо, использующее их для себя или других лиц (Pudovochkin, 2007:103–108). Решить указанную проблему можно было бы посредством расширительного толкования соответствующих положений уголовного закона на уровне Пленума Верховного Суда РФ. Однако в принятом 24 декабря 2019 года

¹⁶ До изменений, внесенных в ст. 127¹ УК РФ Федеральные законы № 73-ФЗ от 21.07.2004.

¹⁷ Руководства для законодательных органов по осуществлению Конвенции Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности и протоколов к ней. Нью-Йорк, 2004. С. 296.

Постановлении № 58 «О судебной практике по делам о похищении человека, незаконном лишении свободы и торговле людьми»¹⁸ (далее — Постановление) высший судебный орган не уделил внимание соответствующему квалифицирующему признаку.

На наш взгляд, в разъяснениях в рамках анализируемого обстоятельства нуждаются и вопросы квалификации действий виновных, связанных с изъятием и последующим использованием органов и тканей потерпевшего. Соответствующие разъяснения могут быть изложены в следующей редакции:

«По пункту «ж» части 2 статьи 127¹ УК РФ надлежит квалифицировать действия, относящиеся к торговле людьми, совершенные в целях изъятия у потерпевшего органов или тканей, причем не только для трансплантации, но и для других целей (экспериментов, научных опытов, ритуальных обрядов, каннибализма и т.п.). Указанный квалифицирующий признак следует вменять не только лицу, приобретающему потерпевшего в указанных целях, но и лицу, его передающего, при условии, что оно достоверно знало, что после совершения сделки с потерпевшим будут совершены действия, направленные на изъятие органов и тканей. В тех случаях, когда изъятие органов и тканей потерпевшего будет образовывать самостоятельный состав преступления, содеянное надлежит квалифицировать по совокупности преступлений, предусмотренных статьями 127¹ и 111 или 105 УК РФ».

Многие ученые связывают проблемы определения ключевых понятий, образующих содержание торговли людьми с трудностями их перевода на русский язык (Bukalerova, Atabekova, Simonova, 2015:25–27). Стремление российского законодателя максимально придерживаться международной формулировки приводит к нарушению правил юридической техники. Так, используя буквальный перевод понятия «эксплуатация человека», законодатель предусмотрел в нем словосочетание «иные формы сексуальной эксплуатации» (т.е. понятие раскрывается через понятие), а закрепление термина «услуги» в скобках к словосочетанию «рабский труд» свидетельствует о синонимичности соответствующих понятий. С точки же зрения русского языка несочетаемость слов «рабская услуга» очевидна, поскольку услуга означает действие, приносящее помощь, пользу другому, а равно свободное волеизъявление, добровольное согласие на ее оказание просителю (Ushakov, 2000:137).

Продолжая характеристику понятия «эксплуатация человека», следует обратить внимание на то, что в российском законодательстве предусмотрена указанная дефиниция и применительно к детям. В соответствии с абз. 12 ст. 3 Федерального закона от 24 июля 1998 года № 124-ФЗ «Об основных гарантиях прав

¹⁸ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24 декабря 2019 года № 58 «О судебной практике по делам о похищении человека, незаконном лишении свободы и торговле людьми» // Российская газета. 31.12.2019. № 296.

ребенка в Российской Федерации»¹⁹ эксплуатация детей определена как использование занятия проституцией несовершеннолетними и иные формы их сексуальной эксплуатации, рабский труд (услуги) несовершеннолетних, подневольное состояние несовершеннолетних, незаконное изъятие у несовершеннолетних органов и (или) тканей, незаконное усыновление (удочерение) несовершеннолетнего из корыстных побуждений. Не вдаваясь в полемику по вопросам обоснованности закрепленных в законе форм использования ребенка и нарушения системности в регулировании базового понятия «эксплуатации», следует указать, что Конвенция ООН о правах ребенка 1989 г. обязывает государства принимать все необходимые меры для предотвращения похищения детей, торговли детьми или их контрабанды *в любых целях* и в любой форме. В принятом для достижения целей этой Конвенции Факультативном протоколе, касающемся торговли детьми, детской проституции и детской порнографии 2000 года²⁰, торговля детьми рассматривается как любой акт или сделка, посредством которых ребенок передается любым лицом или любой группой лиц другому лицу или группе лиц за вознаграждение или любое иное возмещение. И ни о какой цели эксплуатации речи в ней не идет. Изложенное определяет потребность приведения соответствующего понятия в соответствие с международными актами.

Учитывая различные подходы к определению «торговли людьми» и «торговли детьми» в международном праве, необходимость обеспечения исполнения повышенных гарантий безопасности ребенка, продиктованных международными стандартами²¹, многие отечественные ученые предлагают криминализовать торговлю детьми в качестве самостоятельного состава преступления (Alihadzhieva, 2006:31–35; Sakaeva, 2019:110–118; Ustinova, Izmajlova, 2005:17–21). В целях создания условий для дифференциации уголовной ответственности виновных в торговле детьми ряд исследователей предлагают закрепить в новой норме признаки, влекущие более строгое наказание, например, характеризующие возраст потерпевшего (младенец, малолетний, несовершеннолетний), а также субъекта преступления (совершение преступления родителем или иным лицом, ответственном за воспитание ребенка, и т.д.) (Pudovochkin, 2007:103–108).

На наш взгляд, учитывая установленные в УК РФ более строгие санкции за посягательства на свободу несовершеннолетнего (п. «б» ч. 2 ст. 127¹ УК РФ)

¹⁹ Указанное определение, равно, как и понятие «торговля детьми» было закреплено в 2013 Федеральным законом от 5 апреля 2013 года № 58-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в целях предупреждения торговли детьми, их эксплуатации, детской проституции, а также деятельности, связанной с изготовлением и оборотом материалов или предметов с порнографическими изображениями несовершеннолетних» // *Собрание законодательства Российской Федерации.* 2013. № 148. Ст. 1666.

²⁰ Ратифицирован Российской Федерацией 7 мая 2013 года.

²¹ К соответствующим документам следует отнести не только Палермский протокол, но и Конвенцию о правах ребенка 1989 г., Факультативный протокол к Конвенции о правах ребенка, касающийся торговли детьми, детской проституции и детской порнографии 2000 г., Конвенцию Совета Европы о противодействии торговле людьми 2005 г. и др.

и «резервы» обстоятельств, отягчающих наказание (п. «г» ч. 1 ст. 63 УК РФ), на сегодняшний день нет острой необходимости реализации указанных предложений. Выделение торговли несовершеннолетними в качестве специального состава преступления не только повлечет дробление норм, по сути предусматривающих ответственность за одно и то же деяние, но и поставит перед правоприменителем вопросы при их реализации. Например, установив единый умысел на совершение сделки в отношении матери с малолетним ребенком, может возникнуть вопрос об обоснованности вменения совокупности общей и специальной норм. Используемая на сегодняшний день законодателем дифференциация уголовной ответственности за торговлю людьми посредством типичного и распространенного квалифицирующего признака, характеризующего возраст потерпевшего, является оптимальной. Внесение дополнений в УК РФ, обеспечивающих единообразное определение юридически значимой категории «эксплуатация детей», способствовало бы разрешению выявленной проблемы.

Проблемы, возникающие при реализации нормы о торговле людьми

Обозначенные редакционные изъяны в определении «торговли людьми» и «эксплуатации человека» породили в следственной и судебной практике трудности правоприменения. Так, закрепление в диспозиции ст. 127¹ УК РФ разных по смыслу альтернативных деяний, приравненных к торговле людьми, с выборочной конкретизацией субъективных признаков, дезориентирует правоприменителя при установлении признаков состава преступления. И несмотря на то, что цель эксплуатации человека напрямую не закреплена в отношении действий в виде «купли-продажи» и «иных сделок», правоохранительные органы, опасаясь за устойчивость своих решений, устанавливая ее, предъявляя обвинение по ст. 127¹ УК РФ²². Бремя доказывания указанной цели в отношении соответствующих действий было снято Пленумом Верховного Суда РФ, разъяснившим в п. 12 Постановления, что цель эксплуатации человека является обязательным признаком состава преступления только для таких действий, как вербовка, перевозка, передача, укрывательство или получение потерпевшего. Для купли-продажи или совершения иных сделок с человеком цель его эксплуатации обязательным признаком состава преступления не является, хотя и может преследоваться виновным лицом при совершении данных действий.

В указанном пункте нашел разрешение еще один значимый для квалификации вопрос, возникающий в первую очередь при определении вербовки, вопрос о согласии потерпевшего на его эксплуатацию и его передачу в качестве товара. Акцентируя внимание нижестоящих судов на том, что осведомленность потер-

²² См.: Справка Кемеровского областного суда от 1 сентября 2009 г. № 01-26/771 «О практике рассмотрения судами Кемеровской области уголовных дел о похищении человека, незаконном лишении свободы и торговле людьми (статьи 126, 127, 127 УК РФ)» // СПС «КонсультантПлюс».

певшего о характере совершаемых с ним действий и его согласие на их совершение не влияют на квалификацию данных действий как торговли людьми, Пленум учел положения, содержащиеся в п. «б» ст. 3 Палермского протокола.

Отсутствие легального определения и сложности, возникающие у правоприменителя при конкретизации действий, образующих «куплю-продажу», «иные сделки», «вербовку», «перевозку», «передачу», «укрывательство», «получение», определяют исключительную практическую ценность указанных дефиниции данных Верховным Судом РФ в п. п. 12 и 13 Постановления.

Однако указанные разъяснения не снимают всех вопросов, которые возникают на практике. Так, заведомо незаконный характер сделок с «живым товаром» определяет криминальное содержание действий и продавца, и покупателя, актуализируя на практике вопрос о возможной совокупности ст. ст. 127¹ УК РФ в действиях лица, купившего, а в последующем продавшего одного и того же потерпевшего. Судебная практика идет по пути исключения множественности. Так, исключая из обвинительного приговора Н. один из составов, предусмотренный ст. 127¹ УК РФ, судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ указала: «Осужденной Н. была совершена торговля в отношении одних и тех же потерпевших, купля и продажа состоялись фактически с минимальным разрывом во времени. При таких обстоятельствах суд необоснованно и искусственно разделил действия, связанные с куплей и продажей потерпевших, на два самостоятельных состава преступлений (в рамках каждой потерпевшей)»²³.

Вопросы о возможной совокупности ст. ст. 127¹ УК РФ, возникают и при уголовно-правовой оценке множества сделок (совершаемых между одними и теми же лицами) в отношении одного потерпевшего, например, аренды младенца, передающегося во временное владение для использования в процессе попрошайничества или девушки, передаваемой виновным для сексуальной или трудовой эксплуатации.

Учитывая, что в приведенном выше примере ключевую роль в уголовно-правовой оценке сыграл небольшой временной промежуток, прошедший с момента совершения первой и второй сделки (2 часа), можно предположить, что более значительный временной интервал между сделками не исключал бы в действиях покупателя-продавца совокупности ст. 127¹ УК РФ. Указанный вывод подтверждают и разъяснения Пленума Верховного Суда РФ, конкретизирующие момент окончания торговли людьми в форме купли-продажи и иных сделок — «фактическая передача и получение потерпевшего» (п. 14 Постановления). Совокупность исключается в случаях, когда все сделки в отношении одного потерпевшего охватываются единым умыслом виновного, так как содеянное будет образовывать единое продолжаемое преступление.

²³ Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 01.10.2008 // СПС «КонсультантПлюс».

Вербовка, как разновидность торговли людьми включает в себя ряд действий: поиск, отбор и прием по найму лиц для выполнения в интересах нанимателя или иных лиц каких-либо работ, оказания услуг либо осуществления иной деятельности, в том числе на территории иностранного государства, совершенные в целях дальнейшей эксплуатации вербуемого человека (абз. 2 п. 13 Постановления).

Согласно исследованиям, проведенным Ерохиной Л., существуют несколько способов вербовки женщин и девочек для занятия проституцией и в секс-индустрию зарубежных стран. Первый способ — это вербовка для местной и зарубежной проституции через газетные объявления о найме на работу, предлагающие женщинам и девушкам от 18 до 30 лет высокооплачиваемую и безопасную работу прислуги, стриптизерш, танцовщиц в ночных клубах и в фирмах досуга, места «неквалифицированных рабочих». Второй способ получил название «вторая волна», когда проданные женщины или девушки возвращаются домой, чтобы нанять на работу других. Третий способ вербовки осуществляется через публичные мероприятия, такие, как конкурсы фотографий или конкурсы красоты. Четвертый способ вербовки — откровенные объявления о найме на работу в качестве проституток и пятый — «брачные агентства» (Erohina, 2002:41–43).

Такое многообразие форм вербовки актуализирует на практике следующие вопросы. Во-первых, образуют ли торговлю людьми соответствующие действия виновного, совершаемые для целей эксплуатации потерпевшего самим вербовщиком. Отдельные ученые, ссылаясь на то, что вербовка, в которой участвуют лишь два человека — вербовщик и тот, кого вербуют, не является разновидностью сделки с человеком, так как завербованный не может быть предметом торговли с самим собой, исключают ст. 127¹ УК РФ (Serdjukova, 2013: 54–57). На наш взгляд, указанный подход не соответствует смыслу Палермского протокола, определяющего, что «вербовка может производиться тем же самым лицом, которое единолично эксплуатирует жертву, либо лицом, являющимся частью преступной сети, но одновременно участвующим в эксплуатации жертвы, либо индивидом, который является лишь одним из многих в сети торговли людьми, но не имеет отношения к стадии эксплуатации».

Во-вторых, распространяются ли на вербовщика правила об освобождении от уголовной ответственности, предусмотренные в п. 1 Примечания к ст. 127¹ УК РФ. Исходя из содержания вербовки, потерпевший дает согласие на эксплуатацию, что исключает добровольный характер освобождения жертвы, закрепленного в качестве одного из условий освобождения от уголовной ответственности. Как справедливо отмечают многие ученые (Alihadzhieva, 2006:31–35; Serdjukova, 2013:54–57; Ustinova, Izmajlova, 2005:17–21), если завербованный не лишен свободы, то нет оснований говорить о добровольном его освобождении вербовщиком как условии освобождения от уголовной ответственности. Если жертва незаконно лишена свободы, то деяние вербовщика тем более

не отвечает требованиям уголовно-правовой нормы, изложенной в примечании, поскольку кроме торговли людьми наличествует состав преступления, предусмотренный ст. 127¹ УК РФ, что препятствует освобождению вербовщика от ответственности.

В-третьих, по каким признакам следует разграничивать вербовку в целях использования занятия проституцией другими лицами и вовлечение в занятие проституцией, предусмотренное ст. 240 УК РФ. В доктрине уголовного права в качестве основного критерия, по которому разграничивают составы преступлений, выделяют объект, определение которого напрямую зависит от цели. «Квалификация преступлений определяется постановкой цели — пишет А.И. Рарог, что позволяет сделать вывод о цели, как об ориентире, служащем своеобразным маяком в правоприменительной деятельности» (Rarog, 2011:143). А.В. Наумов указывает, что «вербовка человека в целях его сексуальной эксплуатации образует состав торговли людьми, если такое деяние сопряжено с посягательством на свободу соответствующего лица. Если вербовка человека для занятия проституцией (и согласие на это) не связана с лишением его свободы, содеянное следует квалифицировать по ст. 240 УК РФ» (Naumov, 2007:10–15). В случаях, когда указанные преступные деяния совершаются с применением насилия (п. «е» ч. 2 ст. 127¹ УК РФ и п. «а» ч. 2 ст. 249 УК РФ), функцию разграничения будет выполнять цель насилия и ее соотношение с объектом соответствующего преступного деяния. «Если насилие сопряжено с лишением или ограничением свободы потерпевшего в целях его сексуальной эксплуатации, налицо состав преступления, предусмотренного п. «е» ч. 2 ст. 127¹ УК РФ. В случае же когда насилие предполагает лишь физическое воздействие на потерпевшего с целью вовлечения его в занятие проституцией или принуждение к продолжению занятия проституцией, содеянное следует квалифицировать по п. «а» ч. 2 ст. 249 УК РФ как вовлечение в занятие проституцией» (Naumov, 2007:10–15).

Закрепление указанных положений в Постановлении с конкретизацией фактических обстоятельств, по которым можно определить направленность умысла виновного (к числу которых можно отнести, например, возможность лица, вовлеченного в занятие проституцией, свободно передвигаться, прекратить заниматься данным видом деятельности; наличие контроля за доходами от проституции и принципы его распределения), предотвратило возможные ошибки в понимании и применении рассматриваемых составов преступлений.

Не менее сложным для правоприменителя является и установление такого признака торговли людьми, как «перевозка». При вменении данного деяния возникает вопрос о том, является ли обязательным сопровождение виновным потерпевшего в процессе перемещения. Так, Уссурийский городской суд Приморского края, соглашаясь с мнением государственного обвинителя, исключил из обвинения Х. перевозку человека, указав на то, что перевозка может осуществляться только в сопровождении виновного или других лиц. В ходе судебного разбирательства было установлено, что потерпевшие в аэропорту

г. Ташкента получали от соучастников Х. авиабилеты, после чего без сопровождения, самостоятельно на самолете прибывали в г. Хабаровск, где их и встречал Х²⁴.

Судебное толкование перевозки, данное в абз. 3 п. 13 Постановления, по сути совпадает с аналогичными определениями, данными Верховным Судом РФ применительно к другим категориям дел²⁵, однако оно не учитывает специфики перевозимого «предмета» (имеющего возможности самостоятельно передвигаться в пространстве), рассматриваемого состава преступления и требует конкретизации, как объективных признаков — обязательное или необязательное сопровождение виновным потерпевшего в процессе перемещения, так и субъективных — требуется ли осознание потерпевшим цели его перемещения²⁶.

Учитывая, что потерпевший сам способен перемещаться любым видом транспорта, понятие «перевозка» применительно к торговле людьми следует толковать более широко, допуская доставку перевозимого лица не только при условии сопровождения виновного, но и без такового. В последнем случае действия по перевозке могут выражаться в оформлении необходимых для перевозки документов (визы, заграничного паспорта, страховки и т.п.), приобретении потерпевшему проездных документов до места следования (куда потерпевший добирается самостоятельно), проводах — встрече потерпевшего. При этом не имеет значения, осознавал ли потерпевший, с какой целью его перемещают в пространстве, так как способ совершения преступления, а в данном случае это будет обман, не влияет на оценку содеянного.

Изучение судебных решений по уголовным делам о преступлениях, предусмотренных ст. 127¹ УК РФ, позволяет сделать вывод о том, что, устанавливая действия участников криминальной сделки, правоприменитель всегда определяет действия «продавца» как передачу, а «покупателя» — как получение человека. Исходя же из содержания анализируемой нормы, передача и получение человека являются самостоятельными преступными деяниями и не входят в действия сторон «сделки». Разъяснения, содержащиеся в абз. 4 п. 13 Постановления, ориентируют правоприменителя на самостоятельный характер соответствующих действий, входящих в содержание торговли людьми.

²⁴ Приговор Уссурийский городской суд Приморского края от 17.05.2015 г. по делу № 1-88/15 // СПС «КонсультантПлюс».

²⁵ См., например: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 12 марта 2002 года № 5 «О судебной практике по делам о хищении, вымогательстве и незаконном обороте оружия, боеприпасов, взрывчатых веществ и взрывных устройств» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2002. № 5; Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 15 июня 2006 года № 14 О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2006. № 8.

²⁶ Дополнительно следует отметить, что используемое в Палермского протоколе слово «transportation» может быть переведено на русский не только как «перевозка», но и как «транспортировка».

Определяя укрывательство (абз. 5 п. 13 Постановления), Пленум Верховного Суда РФ обоснованно указывает не только на физическое сокрытие потерпевшего от органов власти, родственников, заинтересованных лиц, но в качестве примера приводит другие формы поведения виновного, затрудняющие обнаружение потерпевшего — сообщение заведомо ложных сведений о личности или месте нахождения потерпевшего.

Заключение

Принятие в 2000 году Палермского протокола на международном уровне не только определило обязанности государств по противодействию торговле людьми, но и свидетельствует о признании глобального и универсального характера данной проблемы.

Закрепленные в российском законодательстве понятия «торговля людьми» и «эксплуатация человека» в целом отражают содержание международных дефиниции, но имеют некоторые расхождения, что не только не противоречит требованиям международных стандартов, но и, следуя отечественной правовой традиции, демонстрирует оправданную с социально-криминологической позиции тенденцию дифференциации уголовной ответственности.

Вместе с тем законодательное решение объединить в одной статье ответственность и за сделки в отношении человека, и за содействующее им поведение повлекло не только нарушение правил юридической техники, так как название ст. 127¹ УК РФ намного уже ее содержания, но и «уравнивает» разные по степени общественной опасности деяния. Законодательная дифференциация уголовной ответственности путем установления в рамках одной нормы, но в разных частях (с разным объемом наказуемости) ответственности за действия, содействующие криминальным сделкам, и сделки в отношении человека, с одной стороны, приблизит законодательное описание преступления к его фактической социальной природе, а с другой — обеспечит реализацию принципа справедливости.

Выявленные в ходе исследования редакционные изъяны в определении «торговли людьми» и «эксплуатации человека» породили в следственной и судебной практике множество вопросов, ряд из которых нашли разрешение в принятом 24 декабря 2019 года Пленумом Верховного Суда РФ Постановлении № 58 «О судебной практике по делам о похищении человека, незаконном лишении свободы и торговле людьми».

В работе были затронуты лишь отдельные вопросы криминализации торговли людьми и проблемы, возникающие при реализации соответствующей уголовно-правовой нормы. Предложенные же пути их решения, предполагающие совершенствование механизма уголовно-правового регулирования в рамках нормотворческой и правоприменительной деятельности, направлены на повышение эффективности противодействия торговли людьми.

Библиографический список / References

- Albertin, C. (2019) *Preventing Human Trafficking and Smuggling of Migrants, Prosecuting Perpetrators, and Protecting Victims: With a Special Focus on the Work of the United Nations Office on Drugs and Crime*. Migration and Refugees: Global Patterns and Local Contexts. Nova Science Publ., pp. 13–32.
- Alikhadzhieva, I. (2006) Nedostatki zakonodatel'noi reglamentatsii ugovovno-pravovoi bor'by s trgovlei lyud'mi [Deficiencies in the legal regulation of the criminal law fight against human trafficking]. *Ugolovnoe parvo*. (5), 31–35. (in Russian).
Алихаджиева И. Недостатки законодательной регламентации уголовно-правовой борьбы с торговлей людьми // Уголовное право. 2006. № 5. С. 31–35.
- Alvari, H., Shakarian, P., Snyder, J.E.K. (2016) A non-parametric learning approach to identify online human trafficking. In: *Mao W., Wang G.A., Zhou L., Kaati L. (ed.) IEEE International Conference on Intelligence and Security Informatics: Cybersecurity and Big Data, ISI, 15 November 2016*, Tucson, United States. Article number 7745456., pp. 133–138, DOI: 10.1109/ISI.2016.7745456.
- Andrews, S., Brewster, B., Day, T. (2016) Organised crime and social media: Detecting and corroborating weak signals of human trafficking online. In: *Haemmerle O., Stapleton G., Zucker C.F. (ed) Lecture Notes in Computer Science (including subseries Lecture Notes in Artificial Intelligence and Lecture Notes in Bioinformatics)*. 5–7 July 2016, Annecy, France., pp. 137–150, DOI: 10.1007/978-3-319-40985-6_11.
- Bukalerova, L.A., Atabekova, A.A., Simonova, M.A. (2015) Revisiting implementation of provisions of the council of Europe Convention on protection of children against sexual exploitation and sexual abuse in the russian legislation. *Public International and Private International Law*. (6), 25–29. (in Russian).
Букалерова Л.А., Атабекова А.А., Симонова М.А. К вопросу об имплементации положений Конвенции Совета Европы о защите детей от сексуальной эксплуатации и сексуальных злоупотреблений в российское законодательство // Международное публичное и частное право. 2015. № 6. С. 25–29.
- Cockbain, E., Bowers, K. (2019) Human trafficking for sex, labour and domestic servitude: how do key trafficking types compare and what are their predictors? *Crime, Law and Social Change*. 71 (1), 9–34, DOI: 10.1007/s10611-019-09836-7.
- Erohina, E. (2002) Torgovlya zhenshchinami: fenomen real'nyi ili nadumannyi? [Trafficking in women: a real or far-fetched phenomenon?]. *Torgovlya lyud'mi. Sotsiokriminologicheskii analiz [Human trafficking: sociocriminological analysis]*. Center for the Study of Transnational Crime and Corruption; Tyuryukanova E.V. (ed.). Moscow, Academia Publ., pp. 41–43. (in Russian).
Ерохина Е. Торговля женщинами: феномен реальный или надуманный? // Торговля людьми: социокримнологический анализ / Центр по изучению транснациональной преступности и коррупции; Под ред. Е. В. Тюрюкановой. М.: Academia, 2002. С. 41–43.
- Gallagher, A.T. (2009) Human Rights and Human Trafficking: Quagmire or Firm Ground? A Response to James Hathaway. *Virginia Journal of International Law*. 50 (1), 789–848.
- Gallagher, A.T. (2010) *The International Law of Human Trafficking*. Cambridge University Press.
- Gammaev, V.M. (2011) Osobennosti priznakov sub"ektivnoi storony trgovli lyud'mi [Features of the signs of the subjective side of human trafficking]. *Sovremennoe pravo*. (7), 132–135. (in Russian).
Гаммаев В.М. Особенности признаков субъективной стороны торговли людьми // Современное право. 2011. № 7. С. 132–135.

- Hathaway, J.C. (2008) The Human Rights Quagmire of "Human Trafficking". *Virginia Journal of International Law*. 49 (1), 1–59.
- Inogamova-Khegai, L.V. (2005) Human trafficking in Russian and international law. In: Razgil'diev B.T. (ed.) *Criminal law, penitentiary principles and their implementation: law-making, law enforcement levels: materials of the All-Russian Scientific and Practical Conference in 2 t. 28–29 March 2005*, Saratov, pp. 44–46. (in Russian).
Иногамова-Хегай Л.В. Торговля людьми в российском и международном праве // Уголовно-правовые, пенитенциарные принципы и их реализация: правотворческий, правоприменительный уровни: материалы Всероссийской научно-практической конференции. Саратов, 28–29 марта 2005 г., в 2 т. / Под ред. Б.Т. Разгильдиева, Саратов, 2005. С. 44–46.
- Kostenko, N.I. (2016) The role of the global Community and Russia in counteracting human trafficking. *International Law and International Organizations*. (1), 28–40. (in Russian).
Костенко Н.И. Роль мирового сообщества и России в противодействии торговле людьми // Международное право и международные организации. 2016. № 1. С. 28–40.
- Kuznetsova, N.F. (2007) *Problemy kvalifikatsii prestuplenii [Crime qualification issues]*. Moscow, Gorodets Publ. (in Russian).
Кузнецова Н.Ф. Проблемы квалификации преступлений. М.: Городец, 2007. 336 с.
- Mizulina, E.B. (ed.) (2006) *Doklad «O sostoyanii bor'by s trgovlei lyud'mi v Rossiiskoi Federatsii» [Report "On the status of the fight against trafficking in persons in the Russian Federation"]*. Moscow, available at: <http://www.spbredcross.org/images/docs/Human-trafficking-in-the-Russian-Federation.pdf>. (Accessed 02 March 2020). (in Russian).
Доклад «О состоянии борьбы с торговлей людьми в Российской Федерации» / под ред. Е.Б. Мизулиной. М., 2006. 160 с., available at: <http://www.spbredcross.org/images/docs/Human-trafficking-in-the-Russian-Federation.pdf>. (Accessed 02 March 2020).
- Mizulina, E.B. (2006) *Torgovlya lyud'mi i rabstvo v Rossii: mezhdunarodno-pravovoi aspekt [Trafficking in human beings and slavery in Russia: international legal aspect]*. Moscow, Jurist Publ. (in Russian).
Мизулина Е.Б. Торговля людьми и рабство в России: международно-правовой аспект. М.: Юрист, 2006.
- Naumov, A.V. (2007) Razgranichenie prestuplenii, predusmotrennykh st. st. 127.1 i 240 UK [Delineation of crimes under Art. Art. 127.1 and 240 of the Criminal Code]. *Zakonnost'*. (6), 10–15. (in Russian).
Наумов А.В. Разграничение преступлений, предусмотренных ст. ст. 127.1 и 240 УК // Законность. 2007. № 6. С. 10–15.
- Nigmatullin, R.V. (2011) The United Nations as the coordinator of the efforts of the world community in the fight against human trafficking. In: Gornyak S. (ed.). *Prospective development of science and technology: materials of the VII International Scientific and Practical Conference*, pp. 69–75. (in Russian).
Нигматуллин Р.В. Организация Объединенных Наций как координатор усилий мирового сообщества в борьбе с торговлей людьми // Перспективные разработки науки и техники: материалы VII Международной научно-практической конференции / под ред. С. Горняка, 2011. С. 69–75.
- Pudovochkin, Ju.E. (2007) Otvetstvennost' za trgovlyu lyud'mi po rossiiskomu ugovnomu pravu [Responsibility for trafficking in persons under Russian criminal law]. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie (Comparative Constitutional Review)*. (3), 103–108. (in Russian).
Пудовочкин Ю.Е. Ответственность за торговлю людьми по российскому уголовно-праву // Сравнительное конституционное обозрение. 2007. № 3. С. 103–108.

- Rarog, A.I. (2011) *Nastol'naya kniga sud'i po kvalifikatsii prestuplenii [Crime Qualification Judge Handbook]*. Moscow, Prospekt Publ. (in Russian).
Рарог А.И. Настольная книга судьи по квалификации преступлений. М.: Проспект, 2011. 480 с.
- Rarog, A.I., Hell'mann, U., Golovnenkov, P. (2008) *Torgovlya lyud'mi v rossiiskom i nemetskom ugovolnom prave [Human trafficking in Russian and German criminal law]*. *Lex Russica*. (5), 78–83. (in Russian).
Рарог А.И., Хелльманн У., Головненков П. Торговля людьми в российском и немецком уголовном праве. *Lex Russica*. 2008. № 5. С. 78–83.
- Sakaeva, O.I. (2014) Implementation of international legal norms in the field of combating human trafficking in the Russian Federation. *Journal of Russian Law*. (2), 110–118. (in Russian).
Сакаева О.И. Реализация международно-правовых норм в сфере противодействия торговле людьми в Российской Федерации // Журнал российского права. 2014. № 2. С. 110–118.
- Serdyukova, E.V. (2013) *Osnovaniya osvobozhdeniya ot ugovolnoi otvetstvennosti za torgovlyu lyud'mi [Grounds for exemption from criminal liability for trafficking in persons]*. *Zakonnost'*. (2), 54–57. (in Russian).
Сердюкова Е.В. Основания освобождения от уголовной ответственности за торговлю людьми // Законность. 2013. № 2. С. 54–57.
- Ustinova, T.D., Izmailova, I.D. (2005) *Stat'ya 127.1 UK RF: problemy primeneniya i zakonotvorchestva [Article 127.1 of the Criminal Code: problems of application and lawmaking]*. *Sovremennoe pravo*. (10), 17–21. (in Russian).
Устинова, Т.Д., Измайлова И.Д. Статья 127.1 УК РФ: проблемы применения и законотворчества // Современное право. 2005. № 10. С. 17–21.
- Vanyoro, K.P. (2019) 'Skeptics' and 'believers': anti-trafficking, sex work, and migrant rights activism in South Africa. *Gender and Development*. 27 (1), 123–137, DOI: 10.1080/13552074.2019.1570731.

Об авторе:

Скрипченко Нина Юрьевна — доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного права и уголовного процесса, Северный (Арктический) федеральный университет имени М.В. Ломоносова; 163002, Российская Федерация, г. Архангельск, набережная Северной Двины, д. 17.

ORCID ID: 0000-0003-2445-2231, SPIN-код: 9849-8083

e-mail: n.skripchenko@narfu.ru

About the author:

Nina Yu. Skripchenko — Doctor of Legal Sciences, Professor of the Department of Criminal Law and Criminal Procedure, Northern (Arctic) Federal University named after M.V. Lomonosov; 17 Severnaya Dvina Embankment str., Arkhangelsk, 163002, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0003-2445-2231, SPIN-code: 9849-8083

e-mail: n.skripchenko@narfu.ru



ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО

PROCEDURAL LAW

DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1100-1121

Научная статья

ОСОБЕННОСТИ ДОПРОСА ЛИЦ СТАРШИХ ВОЗРАСТНЫХ ГРУПП

Л.В. БертовскийРоссийский университет дружбы народов,
г. Москва, Российская Федерация

Актуальность. Рассматриваются актуальные проблемы уголовно-процессуального и криминалистического характера, с которым сталкиваются субъекты поисково-познавательной деятельности при работе с людьми старшего возраста с нарушениями когнитивного развития. Успешные разработки в области медицины, общее повышение уровня жизни населения и качества социального обеспечения привели к тому, что срок жизни людей увеличивается, а соответственно и увеличивается общее количество людей старшего возраста. Этим и обусловлено то, что лица из данной категории все чаще вовлекаются в орбиту уголовного судопроизводства в качестве свидетелей и потерпевших, а нередко и в качестве обвиняемых (подозреваемых). При этом следует понимать и принимать во внимание то, что в связи с наличием различных заболеваний, изменения психического состояния, социального статуса данных лиц и других причин объективно существуют определенные особенности получения вербальной уголовно-релевантной информации от таких участников производства по уголовному делу. Однако в настоящий момент криминалистические разработки, направленные на оптимизацию следственных действий с участием людей старшего возраста, отсутствуют. Соответствующие научные исследования по данной проблеме ни в России, ни за рубежом не проводились. *Целью работы* является необходимость обеспечения возможности полноценной реализации прав и законных интересов участников уголовного судопроизводства из числа лиц старших возрастных групп посредством разработки и внедрения методик криминалистического характера в правоприменительную деятельность правоохранительных органов при расследовании уголовных дел, что обуславливает необходимость изначального определения проблемы и раскрытия ее сущности. *Материалами* для проведения исследования послужили научные труды специалистов в области психологии,

© Бертовский Л.В., 2020.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

геронтологии, нейрофизиологии, криминалистики, статистические данные, а также богатый опыт производства предварительного расследования по уголовным делам самого автора статьи, проработавшего много лет в качестве следователя. Результаты и выводы получены на основе общенаучных *методов исследования*: логического, системного, социологического, а также частно-научных и специальных: сравнительно-правового, формально-юридического, толкования, статистического и др. *Результаты*: сделан ряд выводов, обуславливающих необходимость усовершенствования нормативной правовой базы, регламентирующей участие людей старшего возраста в уголовном судопроизводстве для обеспечения их законных прав и свобод. Предложены рекомендации по подготовке и проведению следственных действий с участием такой категории лиц.

Ключевые слова: криминалистика, тактика допроса, допрос лиц с нарушением когнитивного развития, допрос лиц старших возрастных групп, допрос умирающего

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Информация о финансировании. Статья выполнена при финансовой поддержке гранта РФФИ. Проект № 12-011-00536.

Дата поступления в редакцию: 19 июня 2020 г.

Дата принятия к печати: 15 октября 2020 г.

Для цитирования:

Бертовский Л.В. Особенности допроса лиц старших возрастных групп // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2020. Т. 24. № 4. С. 1100–1121. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1100-1121.

DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1100-1121

Research Article

FEATURES OF INTERVIEW OF ELDERLY PEOPLE

Lev V. Bertovsky

Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University),
Moscow, Russian Federation

Abstract. Relevance. The article considers current problems of a criminal procedural and forensic nature common for search and cognitive activities when dealing with older people with cognitive impairment. Successful developments in the field of medicine, an overall increase in the standard of living of the population, and the quality of social security have extended life span expectancy and, accordingly, led to the increase of the total number of older people. People from this category are increasingly involved in the orbit of criminal proceedings as witnesses and victims, and often as defendants (suspects). It should be understood and taken into account that, due to various diseases, changes in the mental state, social status of these persons and other reasons, obtaining verbal criminally relevant information from such participants in the criminal proceedings demonstrate certain specifics. However, at the moment, there are no forensic developments aimed at optimizing investigative actions involving older people. Relevant scientific research on this issue has not been conducted either in Russia or abroad. *The aim* of the work is the need to ensure the full realization of the rights and legitimate inter-

ests of participants in criminal proceedings from among the elderly by developing and introducing forensic techniques into law enforcement in criminal investigations, which necessitates the initial definition of the problem and disclosing its essence. *The materials* for the study are scientific works of specialists in the field of psychology, gerontology, neurophysiology, forensic science, and statistical data, as well as the author's vast experience in the preliminary investigation of criminal cases as an investigator. The results and conclusions were obtained with the help of general scientific *research methods*: logical, systemic, sociological, as well as private-scientific and special: comparative-legal, formal-legal, interpretation, statistical, etc. *Results*: several conclusions have been made to strengthen the necessary to improve the regulatory framework governing participation of older people in criminal proceedings to ensure their legal rights and freedoms. Recommendations on preparation and conduct of investigative actions with participation of such categories of persons have been proposed.

Key words: forensic science, interrogation tactics, interrogation of persons with impaired cognitive development, interrogation of the elderly, interrogation of a dying person

Conflicts of interest. The author declared no conflicts of interest.

Funding information. The article was supported by RFBR grant 12-011-00536.

Article received 19 June 2020

Article accepted 15 October 2020

For citation:

Bertovsky, L.V. (2020) Features of interview of elderly people. *RUDN Journal of Law.* 24 (4), 1100–1121. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1100-1121.

Введение

Несмотря на большое количество публикаций, в той или иной степени затрагивающих проблемы получения вербальной информации в уголовном процессе, проблема повышения качества криминалистических рекомендаций остается актуальной как в теоретическом, так и в практическом отношении. В частности, это касается и получения информации от лиц, имеющих определенные когнитивные ограничения¹.

К таким субъектам можно отнести детей, престарелых, лиц, страдающих психическими и физическими заболеваниями, находящихся в стрессовых ситуациях и пр. Необходимость их допроса часто возникает тогда, когда другие источники информации отсутствуют (Bertovsky, 2019:125). Самая большая группа из перечисленных — это люди старческого возраста и долгожители.

¹ К информационно-когнитивным процессам относятся следующие: внимание; ощущение и восприятие; мышление (образное, гипотетико-дедуктивное, абстрактное); использование языка (чтение, письмо, лингвистическое творчество, устная речь); обучение и научение (на основе механического запоминания, пространственное обучение, когнитивное обучение, вербальное обучение); память (кодирование, раскодирование, хранение, припоминание, узнавание, забывание). Соответственно, когнитивные ограничения представляют собой нарушения данных процессов, вследствие чего лицо не может полноценно использовать свои когнитивные функции.

По информации Росстата², в Российской Федерации из 146,9 млн человек каждый четвертый (37,3 млн человек) находится в возрасте старше трудоспособного, что составляет 25,4 % ко всему населению страны.

Поэтому проблема получения вербальной информации от таких субъектов представляется крайне актуальной.

Особенности когнитивного развития лиц старшего возраста

При возникновении необходимости привлечь к участию в уголовном судопроизводстве пожилых людей перед правоохранительными органами стоят, по крайней мере, две сложнейшие задачи: обеспечение соблюдения всех прав и законных интересов таких участников и получение от них максимально полной и объективной уголовно-релевантной информации.

Следует отметить, что если для малолетних и несовершеннолетних свидетелей и потерпевших (а в случае достижения ими возраста уголовной ответственности и подозреваемых, обвиняемых) закон предусматривает значительное количество компенсационных мер для обеспечения их прав и свобод, то отечественное законодательство, впрочем, как и международное, и зарубежное, не содержит сколько-нибудь внятных правовых норм, направленных на обеспечение прав и законных интересов пожилых участников уголовного судопроизводства со сниженными когнитивными способностями.

В настоящее время проводятся исследования в области уголовно-процессуального права связанные с разработкой концепции защиты законных прав и свобод пожилых участников уголовного судопроизводства (Kurbatova, 2020:236–241; Kurbatova, 2019:28–29), но криминалистических разработок, направленных на оптимизацию работы с пожилыми людьми (в том числе рекомендации по порядку получения вербальной информации от них) отсутствует.

То, что у пожилых людей происходят изменения памяти, ухудшаются физические показатели, возникают проблемы со здоровьем, все знают не понаслышке. Но эти изменения, естественно, происходят не одновременно и зависят от множества различных объективных и субъективных факторов.

Когнитивные возможности человека повышаются с момента его рождения и достигая своего пика, затем плавно идут на спад, причем этот процесс прогрессирует с увеличением возраста.

По данным геронтологов, максимальная работоспособность у лиц умственного труда наблюдается в возрасте от 35 до 45 лет, а к возрасту 50–60 лет из-за старения мозга она снижается на 20–40%.

До 50 лет снижение психических функций носит плавный и незаметный характер, а после 50 лет и особенно после 55 лет признаки ослабления памяти, внимания, мышления дают о себе знать во все более явной форме, причем не

² Федеральная служба государственной статистики, available at: <https://www.gks.ru/> (Accessed 29 July 2020).

только в быту, но и в профессиональной деятельности. Так, на примере пилотов гражданской авиации установлено, что имеется статистически достоверная связь между опасными отклонениями в пилотировании и возрастом пилотов. За допустимые параметры полета по собственной вине наиболее часто совершали выходы пилоты старше 55 лет.

Поэтому сдерживание темпов мозгового старения имеет высокую важность для безопасности полетов. В ходе обследования 500 пилотов авиакомпании «Аэрофлот — Российские Авиалинии» отмечено:

— в возрасте 50 лет снижение интеллектуальных функций у каждого 10-го пилота;

— в возрасте 55 лет — у каждого 5-го пилота;

— в возрасте 60 лет — у каждого 2-го пилота³.

По мере того, как мы стареем, наш мозг сжимается. Об этом свидетельствуют увеличение желудочков и заполненные спинномозговой жидкостью каналы, которые занимают больше места в уменьшающемся мозге. Хотя эти параметры являются хорошим общим критерием оценки размера мозга, они мало что говорят о его функции, ибо функциональное изменение в первую очередь зависит от того, какая часть мозга сжимается. В первую очередь сжимаются лобные доли, а височные и затылочные доли сжимаются медленнее. К 80 годам гиппокамп, играющий решающую роль в процессах памяти, теряет 20–30% своих нейронов (Larrу, 1987:232), и начинается медленное угасание, которое постепенно ускоряется, возможно, вследствие болезней (Raz, 2000).

Проведенные исследования показывают, что пространственные способности⁴ остаются неизменными примерно до 60 лет, после чего наблюдается снижение продуктивности. Тест на логическое мышление лучше всего выполняют люди в возрасте от 35 до 45 лет, затем также начинается уменьшение средних показателей. Понимание слов улучшается до 55–60 лет, снижение наступает к 65–70 годам. Арифметический тест практически одинаково успешно выполняют испытуемые от 25 до 60 лет (с некоторым прогрессивным улучшением), ухудшение наступает после 60 лет (Voronin, Goryunova, 2016:117).

Для реализации задач социальной политики во многих государствах мира с 1962 г. использовалась периодизация Первого мирового симпозиума геронтологов. Было принято считать возраст 40–60 средним, 60–75 — пожилым, 75–90 — старческим, а свыше 90 — возрастом долгожителей. В 2009 г. ВОЗ, учитывая изменившуюся реальность, предложила новую периодизацию, исключив из

³ Якимович Н.В. Питание мозга и возрастное снижение интеллекта, available at: http://www.ortho.ru/5_Guest/mozg2_0.htm (Accessed 13 May 2020).

⁴ Пространственная способность — это навык, отвечающий за мысленное оперирование пространством и расположением предметов. Когда человек представляет себе трехмерную фигуру или ориентируется по карте, он применяет пространственную способность, available at: <https://nplus1.ru/news/2017/02/21/monospacial> (Accessed 25 July 2020).

прежней «старческий возраст». Период от 60 до 75 лет стал поздней зрелостью, годы от 75 до 90 — пожилым возрастом, за которым наступает время долгожителей (Blekharskaya, 2017).

В 1965 году на симпозиуме Академии педагогических наук СССР была принята следующая возрастная периодизация, применительно к людям старшего возраста; пожилые люди — от 61 до 75 лет (муж.); от 56 до 75 лет (жен.); старческий возраст — от 76 до 90 лет; долгожители — старше 90 лет⁵.

С тех пор на официальном уровне каких-либо изменений в подобного рода возрастной градации не проводилось. В данной же работе автором используется собирательное понятие «лица старших возрастных групп» применительно к людям от 75 и выше.

В последние годы было предпринято немало попыток оценить когнитивные функции пожилых (Ruzhenskaya, Smirnova, Egorova, 2018), объяснить влияние старения на познавательные способности различными причинами (Arpentieva (Minigalieva), 2015). Однако основаны они на теории Тимоти Солтхауса (Salthouse, 1996:403–428) о том, что все когнитивные эффекты старения объясняются *снижением скорости обработки поступающей и хранящейся информации*, являющемся характерной особенностью пожилого возраста. Этот вывод основан на чрезвычайно большом количестве корреляционных исследований, свидетельствующих о том, что наилучшим прогностическим параметром результатов тестирования пожилых людей является скорее не точность обработки информации и функционирование памяти, а результаты измерения скорости обработки информации (Becker, Salthouse, 1998:242–252). Именно такое торможение, по всей видимости, и является причиной снижения качества большинства сенсорных функций — зрение, слух, вкус, осязание (Medvedev, 2015), так и более сложных — психомоторики, восприятия нового, запоминания, всего поведения человека, включая способность к адаптации в меняющихся условиях, абстрактно-логического мышления.

Замедление скорости обработки информации обуславливает также снижение уровня участия в беседе с несколькими коммуникаторами, возможности одновременного занятия различными видами деятельности; способности к обучению; сосредоточенности и удержания на каких-то наблюдаемых объектах внимания, быстроты поиска и извлечения необходимой информации их памяти (имен, нужных слов, названий); способствует развитию психических расстройств и отклонения.

Таким образом, опираясь на исследования психологов, социологов, можно сказать, что некоторые проблемы с восприятием, переработкой, хранением и передачей информации возникают у людей примерно с 60 лет, но до 65–75 лет они не играют существенной роли при определении тактики получения

⁵ Классификация возрастных периодов Академии педагогических наук СССР 1965 г., available at: <https://lektsii.org/2-59227.html> (Accessed 25 July 2020).

вербальной информации. Поэтому при получении вербальной информации от указанных лиц можно использовать весь тактический инструментарий, который применяется для получения объективных показаний от взрослых людей.

Однако после 75 лет происходят существенные изменения как в физическом, так и в эмоциональном и интеллектуальном состоянии коммуникатора, которые требуют специфического подхода.

Представляется нецелесообразным рассматривать в данной работе вопросы, связанные с предоставлением такими лицами заведомо ложной информации, т.к. замедление обработки информации у них в этом возрасте приводит к тому, что попытки солгать более четко проявляют вербальные и невербальные признаки лжи, и выявить ее, чаще всего, не представляется сложным делом. Определив, что ситуация становится конфликтной, можно применить все те же тактические приемы, которые используются при производстве допроса в конфликтной ситуации, учитывая при этом состояние здоровья коммуникатора и его когнитивные возможности (т.е. возможность реального, а не мнимого, забывания тех или иных деталей, снижение качества и количества информации, получаемой им посредством рецепторов и др.).

При этом несомненный практический интерес вызывают проблемы организации вербальных следственных действий в бесконфликтной ситуации с участием лиц, достигших старческого возраста и долгожителей (Kurbatova, 2019:(16):40–42).

Подготовительные мероприятия к допросу лиц старших возрастных групп

В процессе подготовки к допросу рассматриваемой категории лиц особое внимание следует уделить изучению личности допрашиваемого. Для последующего установления психологического контакта надлежит установить его отношение к своим воспоминаниям, т.к. особое отношение к прошлому составляет значительную часть психической жизни старого человека. Отношение к прошлому составляет основу субъективных переживаний за счет того, что в этом возрасте настоящее и будущее менее конструктивны, чем прошлые годы. Именно об этом писал Гете в своем Посвящении:

«Я в трепете, томленье миновало,
Я слезы лью, и тает лед во мне.
Насущное отходит вдаль, а давность,
Приблизившись, приобретает явность» (Goethe, 2020:5).

В одном исследовании, проводившемся в течение пятнадцати лет, были выделены четыре группы пожилых людей с разной эмоциональной реакцией на воспоминания.

Первая группа получала удовольствие от воспоминаний.

У второй группы воспоминания были навязчивы, увеличивали тревогу и депрессию, были связаны с чувством вины и сожаления.

Третья группа вообще не имела воспоминаний.

Четвертая группа в процессе воспоминаний испытывала ностальгию и депрессию из-за контраста прошлого и настоящего.

Исходя из полученной информации, нужно решить заранее, имеется ли необходимость в процессе предварительной беседы уделять время для разговора о прошлом пожилого человека, о его заслугах, достижениях, политической ситуации, историческом развитии общества и государства или же не касаться этой теме.

Немаловажным для предстоящего следственного действия является информация о том, какими чертами характера обладает потенциальный коммуникатор. Дело в том, что в старости за счет возрастных изменений у людей происходит сдвиг в негативную сторону присущих ранее человеку черт характера. Например, некоторые с тревожно-мнительными чертами становятся еще более мнительными, тревожными и подозрительными, у расчетливых развивается мелочность и скупость, доходящая при акцентуации до постоянного страха быть обворованным, оказаться нищим. Принципиальность и твердость установок часто преобразуются в непримиримость к взглядам окружающих, порождая «войну поколений», конфликты с окружающими. Эмоциональная несдержанность заостряется до степени взрывной агрессивности, нередко — полной утраты контроля над эмоциональными реакциями (Krasnova, Lidere, 2002:22). Поэтому целесообразно предварительно допросить родственников, соседей и близких о его характерологических особенностях и пространственных способностях.

Другая группа сведений, имеющих важное значение с точки зрения последующей оценки, — это полученная в ходе следственного действия информация, относящаяся к состоянию здоровья коммуникатора. Следует истребовать информацию о состоянии зрения, слуха, других органов чувств пожилого человека.

Определяя место допроса, необходимо учитывать возможность передвижения допрашиваемого, его «привязанность» к медицинским приборам (диализаторам для гемодиализа, капельницам и пр.). С учетом того, что старые люди больше подвержены паническим настроениям, труднее адаптируются к изменениям в различных ситуации, у них может наступать временная декомпенсация психической деятельности (например, депрессия при перемене привычных условий). Поэтому следует решить вопрос о возможности проведения следственного действия по месту пребывания допрашиваемого (если это больница, то, при необходимости, получив разрешение у лечащего врача).

Производство допроса лучше всего назначать на утренние часы, после ночного отдыха, но не слишком рано (примерно в 9–10 утра). Хотя пожилые спят в среднем на два часа меньше молодых, на раннее утро назначать следственное действие нецелесообразно, т.к. в это время высок уровень «гормона стресса» в крови — кортизола, дополнительное волнение, вызванное допросом,

может навредить здоровью пожилого человека. Продолжительность допроса, с учетом состояния коммуникатора, не должна превышать двух часов в день и не более часа без перерыва, что с моей точки зрения также необходимо закрепить в уголовно-процессуальном законе.

К участию в следственном действии можно привлечь специалиста-геронтопсихолога, который должен обратить внимание следователя на те психологические особенности допрашиваемого, которые могут обусловить трудности в получении уголовно-релевантной информации, а также предоставить следователю сведения о типичных особенностях восприятия, памяти, мышления пожилых коммуникаторов, которые будут способствовать дальнейшему правильному выбору субъектом поисково-познавательной деятельности линии поведения.

Готовясь к проведению допроса, следует уточнить: осуществляется ли над пожилым человеком опека, и если да, то обеспечить участие в следственном действии опекуна или попечителя. В настоящее время закон не требует его обязательного участия в допросе пожилых участников уголовного судопроизводства. Однако в целях оптимизации процесса получения вербальной информации и обеспечения прав и интересов указанных лиц, видимо, требуется изменение действующего законодательства в части корректировки понятия «законный представитель» (сейчас, в соответствии со ст. 5 УПК РФ, это понятие соотносится только с несовершеннолетними) и обязательного участия последних на всех стадиях уголовного процесса, где принимают участие их подопечные.

Кроме того, считаем необходимым предусмотреть обязательное участие адвоката на этапе предварительного расследования и в судебном заседании, представляющего интересы должжителей, а также в случае наличия соответствующих медицинских показаний, и людей старческого возраста, не только когда последние выступают в качестве подозреваемого, обвиняемого или подсудимого, но и в качестве свидетелей или потерпевших. Это обусловлено тем, что указанная категория участников уголовного процесса в силу своих психофизиологических особенностей могут неосознанно, невольно предоставить субъектам поисково-познавательной деятельности имеющуюся у них информацию (причем далеко не всегда достоверную), которая может свидетельствовать против них или их близких, что повлечет за собой нарушение их прав, гарантированных ст. 51 Конституции РФ.

Следует отметить, что, хотя объем и словесной, и пространственной памяти с годами уменьшается, характер этого процесса далек от драматического: за взрослую жизнь объем цифровой памяти уменьшается на 11% (Parkinson, Inman, Dannenbaum, 1985:83–101), а объем пространственной памяти на 7% (Spinnler, Della Sala, Bandera, Baddeley, 1988:193–211). Другие тесты показали минимальное уменьшение объема памяти в пожилом возрасте (Craik, 1986:409–422).

Некоторые исследователи указывают на то, что если влияние возраста на уменьшение объема рабочей памяти и имеет место, то оно весьма незначительно (Verhaeghen, Marcoen, Goossens, 1993:151–171).

По всей видимости, на качество и объем предоставляемой по запросу следователя информации, как указывалось ранее, в большей степени играет роль скорость обработки информации, а не недостатки памяти. Поэтому, в ряде случаев, если позволяют интересы расследования, целесообразно заранее сообщить потенциальному коммуникатору тему допроса и основные вопросы, на которые необходимо ответить. Это позволит допрашиваемому заранее подготовиться к допросу и припомнить интересующие обстоятельства.

Если же такой возможности нет, то в целях получения максимального количества уголовно-релевантной информации можно запланировать дополнительный допрос, который надлежит проводить через 2–3 дня после основного, в течение которых допрашиваемый также сможет припомнить забытые детали исследуемых обстоятельств.

Действенность такого тактического приема подтверждается следственной практикой. Так, в ночь на 17 августа 1994 г. в 1-м микрорайоне г. Зеленограда в жилом доме N 139 неустановленными лицами было заложено взрывное устройство. В результате взрыва во 2-м подъезде разрушены лестничные марши, стеновые панели жилых квартир. Сила взрыва была такова, что рухнула большая часть стены дома, а стеновая панель, располагавшаяся над подъездом, отлетела на 100 метров. Расследование происшествия было поручено автору данной статьи, который сразу после проведенного им осмотра места происшествия приступил к допросу свидетелей. Жительница дома, 76-летняя гр-ка М., сообщила, что вечером легла спать и больше ничего не помнит, проснулась только после взрыва. Через 2 дня она была еще раз допрошена. Женщина сказала, что много думала над заданными ей ранее вопросами и вспомнила много дополнительной информации, в том числе и о том, кто (с подробным описанием внешности) ранее заходил в подъезд и выходил оттуда, и что предшествовало взрыву, и др.

Следует учитывать, что участники уголовного судопроизводства, находящиеся в преклонном возрасте, часто страдают от различных недугов, и стресс, вызванный приглашением для участия в следственном действии или другими обстоятельствами, может негативно сказаться на их здоровье.

Так, 3 февраля 2015 года 81-летняя гражданка Г., жительница Санкт-Петербурга, пошла в магазин одной из известных сетей супермаркетов. На выходе ее остановили охранники, которые обнаружили, что блокадница не оплатила три пачки масла. Женщина заявила, что просто забыла их оплатить и извинилась, попросив ее отпустить. Однако охранник вызвал администратора, а та, в свою очередь, вызвала полицейских. Гражданку Г. доставили в отдел полиции Кронштадта, где от всех случившихся неприятностей она разнервничалась и схватилась за сердце. На место была вызвана «скорая помощь», но она умерла до приезда медиков⁶.

⁶ Васильев А.В. Кронштадте проверяют смерть задержанной из-за масла пенсионерки // Российская газета. 4 февраля 2015, available at: <https://rg.ru/2015/02/04/reg-szfo/pensionerka-anons.html> (Accessed 19 July 2020).

И такие случаи далеко не единичны. Поэтому представляется необходимым оборудовать помещение следственного отдела принадлежностями для возможности оказания первой помощи, дефибриллятором, кислородной подушкой, с запасом кислорода, тонометром, глюкометром и укомплектованной аптечкой (при этом со следственными сотрудниками нужно провести занятия по правильному использованию указанных средств и оказанию первой медицинской помощи). Для чтения документов лицами, страдающими нарушением зрения и слуха, желательно предусмотреть наличие в кабинете следователя луп и других приспособлений для увеличения текстов документов, а также усилителей громкости звука.

Планировать проведение допроса нужно в самый кратчайший срок после исследуемых событий, т.к. в отличие от семантической памяти пожилых людей, которая остается на прежнем уровне, о чем свидетельствуют результаты ее оценки на основании словарного запаса, и с возрастом даже немного увеличивается, становясь более обширной, чем у молодых (Giambra, Arenberg, Zonderman, Kawas, 1995:123–139), эпизодическая память с возрастом неуклонно ослабевает. Это обуславливает необходимость применения в следственном действии видеофиксации, т.к. имеется возможность того, что к судебному заседанию пожилой коммуникатор может забыть о тех обстоятельствах, о которых давал показания на предварительном следствии.

Операциональная часть допроса лиц старших возрастных групп

Перед началом следственного действия необходимо создать обстановку, способствующую продуктивной деятельности. Предварительно проветрить помещение, где будет проходить допрос, ознакомить допрашиваемого с расположением мест общего пользования и при первой необходимости разрешить ими воспользоваться. Если допрашиваемому нужно принять лекарственные препараты, предложить ему чай или воды.

Начинать знакомство, как и в иных случаях, следует с представления, назвав свою фамилию, имя и отчество, звание и должность. Обращаться к допрашиваемому, особенно к человеку старшей возрастной группы, нужно подчеркнуто вежливо, если у него есть воинское или специальное звание можно обратиться «товарищ генерал», или при наличии ученого звания «товарищ профессор», упомянув его заслуги «читал ваши работы, очень понравились», «много слышал о ваших достижениях» и пр.

Исследования показывают, что самооценка пожилых людей находится в тесной зависимости от занятости, состояния здоровья и эмоционального тонуса. В числе обстоятельств, существенно влияющих на самооценку в пожилом и старом возрасте, следует указать на степень расхождения между реальной ситуацией старого человека и его субъективной оценкой своих возможностей.

Как правило, с возрастом у людей накапливается все больше сожалений о нереализованных возможностях, совершенных неправильных действиях в решающие моменты, непоправимых жизненных ошибках. Чем больше расхождение между истинным положением и представлением о том, каким оно могло быть при других условиях, тем глубже неудовлетворенность жизнью и ниже самооценка личности.

В самохарактеристиках пожилых отмечается явный перевес положительных качеств над отрицательными и нарастание нескритичности к себе, например, неадекватность самооценки в сторону завышения, заметно обозначенную в позднем возрасте. С возрастом нарастают факторы компенсации, направленные на поддержание самооценки на приемлемом для субъекта уровне: наличие у пожилого высоких (как правило, неадекватных) позиций самооценки, фиксация на позитивных чертах (хотя бы в прошлом); признание своей позиции удовлетворительной (даже если она крайне низка); ориентация на жизнь детей и внуков, ретроспективный характер самооценки (Krasnova, Lidere, 2002:57).

Поэтому ни в коем случае нельзя обращаться к такому допрашиваемому фамильярно, снисходительно «дед», «бабка» и т.д. Пожилые люди достаточно обидчивы, и проявление пренебрежения к ним может вообще сорвать следственное действие.

Для установления психологического контакта можно поговорить о тех проблемах, которые тревожат пожилого человека. Чаще всего эти темы касаются его здоровья и благополучия близких, в некоторых случаях социально-политической ситуации в стране и мире.

Постепенная утрата значимых глубоких социальных связей проявляется в двух важнейших особенностях психической жизни: снижении поведенческого контроля и «истощении» чувствительности. Ослабление поведенческого контроля определяет нарастание эгоцентричности в старости, убежденности лиц старших возрастных групп в неоспоримой справедливости их позиции (Krasnova, Lidere, 2002:55). Ее оспаривание мешает создать у пожилого человека установку на дальнейшую работу.

Перед тем, как предоставить слово допрашиваемому, следует спокойно и неторопливо разъяснить суть вызова на допрос и сообщить, какие обстоятельства интересуют следствие. Также можно подготовить список вопросов, распечатав текст, используя крупный шрифт, это поможет коммуникатору придерживаться основного направления допроса.

Если в допросе участвуют иные лица, разъяснить им права и обязанности и обязательно предупредить, что вопросы к допрашиваемому или какие-нибудь замечания можно делать только по разрешению следователя, т.к. пожилым людям сложно воспринимать информацию из нескольких источников и какое-либо постороннее вмешательство в беседу мешает коммуникатору сосредоточить свое внимание на исследуемых обстоятельствах.

Небезынтересен в этом плане пример, связанный с возрастом снижения способности подавлять нерелевантную информацию, описанный в одном исследовании. Авторы тестировали группу игроков в миниатюрный гольф, которые в условиях тренировки продемонстрировали сравнимые навыки. Однако на соревнованиях группа пятидесятилетних игроков выступила хуже, чем более молодые участники. Во время тренировки на мониторах, следящих за работой сердца, было видно, что у членов обеих более молодых групп сердечный ритм при нанесении удара по мячу замедлялся, чего не было у более пожилых игроков. Когда потом игроков просили описать конкретные удары, пожилые участники продемонстрировали более ярко выраженную тенденцию упоминать нерелевантную информацию, чем молодые, которые, судя по всему, смогли «отсечь» потенциально отвлекающие моменты и сосредоточиться на ударе (Backman, Molander, 1986:133–139).

Повышению объема передаваемой информации способствует активное слушание следователем рассказа допрашиваемого. Следует выражать сопереживание, при этом не перебивая рассказчика. Если пожилой человек увлечется и отойдет от намеченной темы, то можно корректно попросить его вернуться к рассматриваемым обстоятельствам.

После того, как допрашиваемый закончит свободный рассказ, при необходимости можно задать ему дополнительные вопросы с целью уточнения полученной информации.

Вопросы следователя, в первую очередь, должны касаться характеристик интересующего следователя объекта. Например, можно поинтересоваться, не наблюдал ли допрашиваемый его раньше, и только потом, при получении положительного ответа, переходить к вопросам об обстановке, в которой тот наблюдался. Дело в том, что особенностью возрастных изменений, как показывают результаты исследований, является то, что пожилые люди значительно лучше распознают предьявлявшиеся прежде объекты, чем запоминают контекст, в котором они предьявлялись (Park, Puglisi, 1985:198–204; Chalfonte, Johnson, 1996:403–416).

В связи с замедлением скорости обработки информации люди в возрасте запоминают меньше информации за единицу времени, чем более молодые. С этим связано сравнительно неплохое запоминание основного объекта (по мнению наблюдателя) или события, и достаточно малое количество деталей.

Поэтому велика вероятность получения ошибочной информации о частностях. Например, наблюдая случайно факт покушения А. на ограбление Б., свидетель может легко воспринять общий смысл происшедшего: как А. подошел к Б., как он ему что-то сказал, как он затем вынул из кармана нож, как он замахнулся этим ножом на Б., как Б. кинулся бежать в сторону от А. Но при этом очевидец не заметил, как был одет А., какого размера был нож, сколько времени длилось нападение А. на Б. и т. д., а заметив эти обстоятельства, он мог неправильно их запечатлеть в своем сознании: А. был в сером костюме, а сви-

детелю показалось, что он был в черном костюме; нож был кухонный, а свидетелю показалось, что нож столовый; нападение длилось 2–3 минуты, а свидетелю показалось, что оно длилось 10–15 минут, и т.д.

Однако нет оснований при обнаружении какого-либо несоответствия в показаниях свидетеля с другими материалами уголовного дела всегда брать под сомнение все показания в целом, если оно касалось частных фактов.

Пожилые люди часто сожалеют о нереализованных возможностях, совершенных ошибках в определяющих моментах. Чем больше разница между настоящим и представлением о том, каким оно могло быть при других условиях, тем глубже неудовлетворенность жизнью и ниже самооценка личности. А если к этому прибавляется и зависимость от других людей, то пожилые люди становятся более внушаемыми.

Кроме того, на пожилых людей в большей степени, чем на молодых, оказывают внушающее воздействие настроения в семье и обществе, обсуждения, которые ведутся вокруг расследуемого события, давление заинтересованных лиц, влияние СМИ, если они тенденциозно освещают факты. Поэтому необходимо установить, беседовал ли ранее допрашиваемый с кем-нибудь еще об исследуемых обстоятельствах, какие передачи видел по телевизору или читал в газетах, имеющих отношение к теме допроса. При необходимости нужно разъяснить коммуникатору о возможной ошибочности данных суждений и необходимости объективизации показаний.

Внушение может происходить и под влиянием неправильной постановки следователем вопросов допрашиваемому. В целях повышения достоверности показаний вопросы должны быть предметными (допрашиваемый должен совершенно отчетливо представлять то, что конкретно следует раскрыть); ясными (с точки зрения смысловой структуры); небольшими по объему; нейтральными (не сковывающими свободу и самостоятельность отвечающего).

В формулировке вопроса не должно содержаться какой-либо информации, внушающе воздействующей на допрашиваемого. Вопрос должен быть поставлен так, чтобы, отвечая на него, допрашиваемый черпал материал только из фактически им воспринятого и сохраненного в памяти. Он должен быть простым, не обремененным излишними деталями, чтобы не сбивать допрашиваемого с толку и не утомлять его.

Ухудшения пространственных способностей коммуникатора нередко проявляются в форме амнестической афазии — речевое расстройство, заключающееся в нарушении номинативной функции речи. Люди затрудняются в актуализации слова-наименования для предъявляемого объекта. Нарушения называния могут проявляться в удлинении латенции, в замене номинации определением функции предмета или показом его назначения, в парафазиях, свидетельствующих о поиске слова в системе связанных с ним значений или сходных по грамматическому оформлению слов. Так, больной, описанный А.Р. Лурией, на вопрос: «Где вы находитесь?» отвечал: «...в этой... как ее... в школе, нет... в...

милиции,... нет... в этой... Красный крест... в больнице». Следует отметить, что обычно в этих случаях больному очень быстро и легко помогает подсказка⁷. Важно только чтобы эта подсказка не была настойчивой и не носила характер внушения.

При необходимости получить информацию о размерах объекта или расположении нескольких объектов в помещении можно предложить сравнить представленные, заранее подготовленные, макеты с сохранившейся в памяти информации.

Завершая допрос, следует нацелить коммуникатора на последующее сотрудничество, поблагодарив за предоставленную ценную информацию, попросить припомнить забытые детали, оставить свои контактные данные для оперативной связи, если человек вспомнит что-либо еще, при необходимости организовать доставку пожилого человека домой.

Особенности допроса лиц, находящихся в критическом для жизни состоянии

В практической деятельности нередко возникает потребность получить показания от лиц, которые находятся в опасной для жизни и здоровья ситуации, например, после тяжелого ранения, проведенной операции, в результате соматического заболевания, иногда отягощенного и психическими отклонениями. С такой ситуацией иногда сталкиваются субъекты поисково-познавательной деятельности и при допросе людей старческого возраста и долгожителей.

То, насколько можно доверять таким показаниям, интересовало исследователей очень давно. В своей работе «Руководство для судебных следователей, как система криминалистики» Г. Гросс, имея богатейший практический опыт, который не утратил своей ценности и по сей день, писал:

«Весьма важен для нас вопрос, как следует относиться к показаниям умирающих. Следователю приходится снимать допрос с лиц, смертельно раненых, отравленных, или с лиц, которые на смертном одре пожелают открыть давно скрываемые ими тайны, причем могут быть обнаружены виновные по какому-нибудь прежнему концу, умирающие могут облегчать свою совесть тем, что сознаются в совершении какого-либо преступления или же могут свидетельствовать о невинности осужденного.

Если следователь имел возможность сам допросить умирающего и даже под присягой, то вопрос не представляет затруднений, так как следователь имел случай лично наблюдать давшего показание и вынести то или другое убеждение о степени правдивости его. Гораздо чаще бывает, что следователя пригласить своевременно нет возможности, показание умирающего было выслушано тре-

⁷ Корсакова Н.К., Московичуте Л.И. Клиническая нейропсихология, 2018, available at: https://studme.org/160917/psihologiya/sindrom_narusheniya_prostranstvennyh_sintezov (Accessed 29 July 2020).

тремя лицами, которые и передали о нем следователю. Само собой разумеется, что такие свидетели должны быть допрошены с особой тщательностью и осторожностью, причем во всех подобных случаях следует истребовать заключение судебного врача о том, мог ли умиравший, ввиду его состояния говорить правду. Положим, что заключение высказано в утвердительном смысле; тем не менее остается решить вопрос: оказывает ли какое-нибудь влияние на правдивость показания то обстоятельство, что человек находится перед лицом смерти? Юристы отвечают на этот вопрос весьма различно: одни говорят, что показания умирающего без сомнений правдивы, другие утверждают, что к их показаниям следует относиться также точно, как и к показаниям всякого другого свидетеля. Более опытные в этом отношении, чем мы, лица духовного звания, особенно католического вероисповедания, которым бесчисленное количество раз приходится выслушивать последние тайны умирающих. Мнения этих лиц, — конечно, только тех, которые свободны от предубеждений, — сводятся к тому, что прежде всего следует обращать внимание, был ли умирающий безусловно верующим или нет. В первом случае показания умирающих, безусловно, следует придавать полную веру, так как умирающий, будучи твердо убежденный в необходимости предстать пред Всевышним Судьей, несомненно не возьмет на душу тяжкий грех. Но при этом возникает другой вопрос: как доказать, действительно ли умерший был веровавшим человеком?

Если же умирающий не был таковым, то следует принимать в соображение, были ли у него какие-нибудь особенные расчеты в жизни, т.е. не подвергалось ли доброе имя его опорочению, или это было для него безразлично, нет ли повода к предположению, что показание его, данное на смертном одре, может принести в каком бы то ни было отношении вред его родным. Если ответ на эти вопросы будет отрицательный, то предсмертное его показание правдиво, хотя бы в жизни своей он и не был вполне безупречным человеком. Если же у лица, не имевшего веры, обнаруживается расчет достигнуть восстановления его доброго имени или послужить тем или другим интересам его родни, то к предсмертному показанию его следует отнести так, как будто оно дано было в обычных условиях. Если он был честный человек, то говорил правду и на смертном одре, а если таковым не был, то мог и здесь сказать ложь» (Gross, 2002:135–136).

Обращая внимание на возможность адекватно воспринимать действительность, российский юрист Гарновский в 1901 году писал, что «Заявление, данное лицом перед смертью, если оно сознавало наступающую смерть, дает возможность предполагать, что это заявление не лживо, хотя и умирающий может дать ложное показание невольно, по заблуждению. Вообще же его показание может иметь силу только в таком случае, когда предварительно будет доказано свободное состояние его умственных способностей во время совершения того акта, к которому это показание относится, потому что всегда умирают от сильных болезней, которые непременно отражаются на сознании и мысли,

здравом уме и твердой памяти, что и делает подозрительными все акты, совершенные близко к смерти. Есть, однако, много примеров, где больные расстаются с жизнью в здравом уме и твердой памяти. Вообще в болезнях, от которых умирают, человек или безусловно лишается сознания или, что бывает реже, болезнь вовсе не касается его умственных способностей. Но всего чаще бывает смешанное состояние, когда в сознании его действительное мешается с вымышленным, настоящее с прошедшим, и когда человек едва опомнится, как пред его глазами снова пробегают фантастические идеи и образы, как бы в дремоте, и акт, составленный в таком состоянии, не имеет никакой силы» (Терновский, 1901).

Разделяя точку зрения Г. Гросса и Н. Терновского, можно сформулировать некоторые рекомендации по получению информации, которой обладают лица, находящиеся в опасном для жизни по состоянию здоровья положении, выделив при этом две ситуации: когда умирающего допрашивает непосредственно следователь или же такие сведения были переданы третьему лицу (родным, сиделке, врачу, священнику, за исключением информации, полученной последним при исповеди).

В первой ситуации следователь еще при подготовке к допросу должен получить информацию о том, является ли допрашиваемый верующим, т.к. как справедливо отмечено выше, верующий человек перед смертью не склонен лгать, тем самым совершая грех.

К участию в допросе в качестве специалиста следует привлечь лечащего врача (при невозможности любого иного врача-специалиста, соответствующего заболеванию направления). В целях дополнительной фиксации передаваемой информации коммуникатором, в соответствии с ч. 2 ст. 170 УПК РФ следователь вправе пригласить понятых, а также специалиста-криминалиста, для осуществления видеозаписи допроса. Перед следственным действием нужно спросить мнение врача о возможности проведения допроса с учетом состояния больного, зафиксировав ответ в протоколе или оформив отдельным документом — справкой. Также в протоколе следует указать всех, кто присутствовал при допросе, включая и медперсонал, а также соседей по палате и их данные.

Следует учитывать, что у тяжело больных, в том числе лежачих, людей старшего возраста при помещении их в больницу возникают определенные психические проблемы: галлюцинации, они не понимают, где находятся и т.д. (хотя впоследствии, после выписки, при возвращении в домашние условия, их состояние достаточно часто нормализуется). В этом случае необходимо допросить лечащего врача, медперсонал и соседей по больничной палате о самочувствии больного, его адекватности, а также о том, кто его посещал, о чем он говорил. Также, для возможной последующей судебно-психиатрической экспертизы, можно изъять медицинскую карту больного с указанием назначенных ему медикаментов и его состояния.

Предупреждение таких лиц об ответственности за дачу ложных показаний, несмотря на ограниченное в связи с физическим состоянием допрашиваемого время, обязательно надо сделать, чтобы впоследствии такое следственное действие не было опорочено процессуальными оппонентами в связи отклонением от требований закона.

В начальной фазе допроса следует задать вопросы, ответы на которые могут свидетельствовать о способности допрашиваемого понимать, где он находится, какой сейчас день, месяц и год, узнавать окружающих его людей и др.

Учитывая возможное ухудшение состояния больного, в первую очередь, следует спрашивать об основных обстоятельствах, интересующих следствие, и лишь только потом задавать дополнительные уточняющие вопросы. На этом фоне возможно и ухудшение речевой функции в виде заторможенных или неадекватных ответов или вообще отсутствие речи. Следует набраться терпения, придумать систему знаков, с помощью которой можно будет понять больного, использовать экран планшета для демонстрации, букв алфавита, на которые будет указывать коммуникатор. В этом случае стараться задавать вопросы, требующие односложного ответа: да, нет.

По окончании допроса, если допрашиваемый не может самостоятельно прочитать протокол допроса и подписать его, следователь должен сделать об этом отметку в протоколе и прочитать его вслух. Присутствующие, самостоятельно прочитав протокол, подписывают его.

В случае, когда предсмертное признание сделано не сотруднику правоохранительных органов, а близкому человеку, или кому-нибудь, кто находился рядом с умирающим, таких лиц необходимо допросить самым тщательным образом.

Как пример, случай Джеральдины Келли, которая в 1991 году во время очередного скандала со своим мужем Джоном Келли застрелила его из пистолета, а труп спрятала в холодильник, где он и пролежал 6 лет. Детям женщина сообщила, что их отец погиб в автокатастрофе, и они ей поверили. Несмотря на то, что никаких полагающихся по этому случаю процедур и ритуалов проведено не было — ни похорон, ни кремации, ни отпевания — вопросов ни у кого не возникло. Джеральдина, находясь при смерти из-за неизлечимой болезни, сама призналась дочери в убийстве. Та позвонила в полицию лишь после смерти матери, и прибывшие по вызову представители правоохранительных органов действительно обнаружили в холодильнике человеческие останки. Труп к тому времени довольно сильно разложился, однако опознать Джона Келли все же удалось — благодаря татуировкам⁸.

В таких ситуациях перед субъектом поисково-познавательной деятельности встает еще одна задача по проверке лица, получившего предсмертное

⁸ Самые шокирующие предсмертные признания, available at: <https://zagony.ru/2020/04/24/samyeshokirujuschie-predsmertnye-priznaniya.html> (Accessed 22 July 2020).

признание на причастность к преступлению, в котором признался или о котором свидетельствовал умирающий.

При допросе таких лиц следует выяснить, кем они приходились умершему, в каких отношениях находились, каким образом оказались рядом с ним, где и когда это было, какова была обстановка (хорошо слышно или мешали посторонние шумы), осуществлялась ли видео и аудиозапись и где она находится, по возможности дословно, что он сообщил, какого было его состояние, передавал ли он какие-либо предметы и документы и где они находятся в настоящее время, на каком языке он говорил и на сколько хорошо владеет им допрашиваемый, присутствовал ли при этом кто-либо еще. Кроме того, необходимо поинтересоваться, обсуждал ли допрашиваемый услышанное от умирающего с кем-либо еще, имелись ли попытки иных лиц оказать на него воздействие и др.

В остальном допрос таких лиц следует проводить в соответствии с рекомендациями, сформулированными в разделах, посвященным допросам в конфликтной и бесконфликтной ситуации.

Выводы

После общего анализа когнитивных возможностей человека на протяжении его жизни сделан обоснованный вывод о начале постепенного их снижения к возрасту старше 65 лет, проявляясь все более отчетливо к 75 годам. И хотя этот процесс и носит индивидуальных характер, обосновывается необходимость усовершенствования нормативной правовой базы, регламентирующей участие людей старшего возраста в уголовном судопроизводстве для обеспечения их законных прав и свобод.

Отмечается необходимость уделения особого внимания процессу подготовки к допросу и иным следственным действиям, основанном на получении вербальной информации, если в них участвуют лица старших возрастных групп: следует изучать их личности, определять место, время и состав участников следственного действия, выбирать тактику его проведения и др.

С учетом возрастных изменений людей старших возрастных групп, на основе последних исследований психологов, геронтологов и нейрофизиологов, сформулированы тактические рекомендации по проведению порациональной стадии допроса.

Представляет определенный практический и теоретический интерес та часть статьи, которая посвящена малоисследованному виду допроса, когда допрашиваемый находится в критическом для жизни состоянии.

Заключение

Результаты проведенного исследования показывают, что люди старших возрастных групп, сталкиваясь с необходимостью участия в уголовном судопроизводстве, испытывают стресс, не всегда могут воспринимать происходящее, от-

давать отчет своим действиям и руководить ими. Это, безусловно отрицательно влияет как на уровень защиты законных прав и интересов таких субъектов, так и на качество следственных действий, проводимых с их участием. Считаем необходимым скорейшую корректировку действующего уголовно-процессуального законодательства и проведение дальнейших криминалистических исследований, направленных на подготовку методических рекомендаций по проведению следственных действий с лицами, имеющими когнитивные нарушения.

Библиографический список / References

- Arpentieva (Minigalieva), M.R. (2015) Cognitive function and abnormalities in their development in elderly mentally ill people. *Advances in Gerontology*. 28 (1), 189–195. (in Russian).
Арпентьева (Минигалиева) М.Р. Когнитивные функции и нарушения в развитии этих функций у пожилых психически больных людей // *Успехи геронтологии*. 2015. Т. 28. № 1. С. 189–195.
- Backman, L., Molander, B. (1986) Adult age differences in the ability to cope with situations of high arousal in a precision sport. *Psychology and Aging*. (1), 133–139.
- Becker, J.T., Salthouse T.A. (1998) Independent Effects of Alzheimer's Disease on Neuropsychological Functioning. *Neuropsychology*. 12 (2), 242–252. DOI: 10.1037//0894-4105.12.2.242.
- Bertovsky, L.V. (2019) К вопросу о получении verbal'noi informacii ot lic s osobennostyami kognitivnogo razvitiya [On the issue of obtaining verbal information from individuals with cognitive specifics]. *Contemporary youth and the challenges of extremism and terrorism in Russia and abroad: a collection of materials of the All-Russian (with international participation) scientific and practical conference*. H.P. Pashaev (ed.). Gorno-Altaysk, Library and Publishing Center Gorno-Altai State University Publ., pp. 125–128. (in Russian).
Бертовский, Л.В. К вопросу о получении вербальной информации от лиц с особенностями когнитивного развития // *Современная молодежь и вызовы экстремизма и терроризма в России и за рубежом: сборник материалов Всероссийской (с международным участием) научно-практической конференции / под ред. Х.П. Пашаева*. Горно-Алтайск: БИЦ ГАГУ, 2019. С. 125–128
- Blekharskaya, E.V. (2017) Elderly age as a stage of the life cycle of a person. *Pedagogicheskoe obrazovanie v Rossii*. (12), 36–43. (in Russian).
Блехарская Е.В. Пожилой возраст как переходный этап жизненного пути человека // *Педагогическое образование в России*. 2017. № 12. С. 36–43.
- Chalfonte, B.L., Johnson, M.K. (1996) Feature memory and binding in young and older adults. *Memory and Cognition*. (24), 403–416.
- Craik, F.I.M. (1986) A functional account of age difference in memory. In: Klix F., Hagendorf H. (eds.), *Human Memory and Cognitive Capabilities: Mechanisms and Performances*. New York, Elsevier Science.
- Goethe, J.W. (2020) *Faust: [tragediya] [tragedy]*: [translated from German by N. Kholodkovsky]. Moscow, AST Publ. (in Russian).
Гете И.В. Фауст: [трагедия] / Иоганн Вольфганг Гете: [пер. с нем. Н. Холодковского]. М.: Издательство АС, 2020. 544 с.
- Giambra, L.M., Arenberg, D., Zonderman, A.B., Kawas, C. (1995) Adult life span changes in immediate visual memory and verbal intelligence. *Psychology and Aging*. (10), 123–139.

- Gross, G. (2002) *Rukovodstvo dlya sudebnyh sledovatelei kak sistema kriminalistiki [A forensic guide as a forensic system]*. New edition reprinted from the 1908 edition. Moscow, LeksEST Publ. (in Russian).
Гросс Г. Руководство для судебных следователей как система криминалистики. Новое изд., перепеч. с изд. 1908 г. М.: ЛексЭСТ, 2002. 1088 с.
- Krasnova, O.V., Lidere, A.G. (2002) *Social'naya psihologiya stareniya: Ucheb. posobie [Social Psychology of Aging]*. Moscow, Publishing Center "Academy" Publ. (in Russian).
Краснова О.В., Лидере А.Г. Социальная психология старения: Учеб. пособие. М.: Издательский центр «Академия», 2002. 288 с.
- Kurbatova, S.M. (2020) Problems of participation of blind and visually impaired persons in criminal proceedings. *Business. Education. Law.* 2 (51), 236–241. DOI: 10.25683/VOLBI. (in Russian).
Курбатова С.М. О проблемах участия лиц с ограниченными возможностями в производстве по уголовному делу // Бизнес. Образование. Право. 2020. № 2 (51). С. 236–241. DOI: 10.25683/VOLBI.2020.51.228.
- Kurbatova, S.M. (2019) Ugolovno-processual'naya deesposobnost': yuridicheskie i fakticheskie aspekty proyavleniya kognitivnyh osobennostej lichnosti [Criminal procedural capacity: legal and factual aspects of the manifestation of cognitive personal traits]. *Law and legality: theory and practice. Collection of materials of the IX All-Russian scientific-practical conference*. Abakan, Izd-vo HGU Publ., pp. 28–29. (in Russian).
Курбатова С.М. Уголовно-процессуальная дееспособность: юридические и фактические аспекты проявления когнитивных особенностей личности // Право и законность: вопросы теории и практики. Сб. мат-в IX Всеросс. научно-практич. конф. Абакан: Изд-во ХГУ, 2019. С. 28–29.
- Kurbatova, S.M. (2019) Ob ispol'zovanii kognitivnogo podhoda pri proizvodstve doprosa uchastnikov ugolovnogo sudoproizvodstva [On the use of the cognitive approach in the interrogation of participants in criminal proceedings]. *Collection of materials of forensic readings*. (16), 40–42. (in Russian).
Курбатова С.М. Об использовании когнитивного подхода при производстве допроса участников уголовного судопроизводства // Сборник материалов криминалистических чтений. 2019. № 16. С. 40–42.
- Larry, R. (1987) *Squire memory and brain*. New York Oxford. Oxford University press.
- Medvedev, I.N. (2015) Neuropsychological changes in cognitive functions during the transition from old age to senile. *Advances in Gerontology*. 28(3), 479–483. (in Russian).
Медведев, И.Н. Нейропсихологические изменения когнитивных функций при переходе из пожилого возраста в старческий // Успехи геронтологии. 2015. Т. 28. № 3. С. 479–483.
- Parkinson, S.R., Inman, V.W., Dannenbaum, S.E. (1985) Adult age differences in short-term forgetting. *Acta Psychologica*. (60), 83–101.
- Park, D.C., Puglisi, J.T. (1985) Older adults' memory for the color of matched pictures and words. *Journal of Gerontology*. (40), 198–204.
- Raz, N. (2000) Aging of the Brain and Its Impact on Cognitive Performance: Integration of Structural and Functional Findings. In: Craik, F.I.M. and Salthouse, T.A., (eds.) *The Handbook of Aging and Cognition*. Lawrence Erlbaum Associates Publishers Mahwah, pp. 91–153.
- Ruzhenskaya, E.V., Smirnova, S.V., Egorova, P.L. (2018) Evaluation of cognitive functions and methods for their correction in elderly patients. *Bulletin of the Ivanovo state medical academy*. 23(2), 37–40. (in Russian).

- Руженская, Е.В., Смирнова, С.В., Егорова, П.Л.* Оценка когнитивных функций и методы их коррекции у пожилых людей // Вестник Ивановской медицинской академии. 2018. Т. 23. № 2. С. 37–40.
- Salthous, T. (1996) The Processing-Speed Theory of Adult Age Differences in Cognition *Salthous Psychological Review*. 103(3), 403–428.
- Spinnler, H., Della Sala, Bandera, R., Baddeley, A.D. (1988) Dementia, ageing and the structure of human memory. *Cognitive Neuropsychology*. (5), 193–211.
- Ternovskii, N.A. (1901) *Yuridicheskie osnovaniya k suzhdeniyu o sile dokazatel'stv i mysli iz rechei predsedatel'stvyuyushchego po ugovnym delam. Posobie dlya yuristov-praktikov i prisyazhnykh zasedatelej [Legal grounds for a judgment on the strength of evidence and thoughts from speeches by the criminal presiding officer]*. Tula, Tipografiya V.N. Sokolova Publ. (in Russian).
- Терновский Н.А.* Юридические основания к суждению о силе доказательств и мысли из речей председательствующего по уголовным делам, Пособие для юристов-практиков и присяжных заседателей. Тула, Типография В.Н. Соколова. 1901. 207 с.
- Verhaeghen, P., Marcoen, A. Goossens, L. (1993) Facts and fiction about memory aging: A quantitative integration of research findings. *Jowrrca of Gerontology: Psychological Sciences*. (48), 157–171.
- Voronin, A.N., Goryunova, N.B. (2016) *Kognitivnyi resurs. Struktura, dinamika, razvitie [Cognitive resource. Structure, dynamics, development]*. Moscow, Institute of Psychology of RAS Publ. (in Russian).
- Воронин А.Н., Горюнова Н.Б.* Когнитивный ресурс. Структура, динамика, развитие. М.: Институт психологии РАН, 2016. 275 с.

Об авторе:

Бертовский Лев Владимирович — доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры уголовного права, уголовного процесса и криминалистики, Юридический институт, Российский университет дружбы народов; 117198, Российская Федерация, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6

ORCID ID: 0000-0002-2835-288X; SPIN-код 7788-0864

e-mail: bgl1980@yandex.ru

About the author:

Lev V. Bertovsky — Doctor of Legal Science, Full Professor, Professor of the Department of Criminal Law, Criminal Procedure and Criminalistics, Law Institute, Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University); 6 Miklukho-Maklaya str., Moscow, 117198, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0002-2835-288X; SPIN-code 7788-0864

e-mail: bgl1980@yandex.ru



DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1122-1140

Научная статья

ЭЛЕКТРОННОЕ ГРАЖДАНСКОЕ СУДОПРОИЗВОДСТВО В ИНДОНЕЗИИ, ТАИЛАНДЕ, МАЛАЙЗИИ

Е.П. Русакова

Российский университет дружбы народов,
г. Москва, Российская Федерация

Электронное судопроизводство в настоящее время становится необходимым условием для эффективного функционирования всей судебной системы. Внедрение цифровых технологий в судебный процесс является одной из задач реформирования, от этого зависит его быстрота, экономичность и доступность. Научно-исследовательской целью подготовленной статьи является выявление общих положительных и отрицательных черт процесса интегрирования современных технологий в гражданское судопроизводство Индонезии, Таиланда, Малайзии. Доказывается, что: 1) правовое регулирование применения технических средств в гражданском процессе зачастую не соответствует современным реалиям; 2) следует создать условия для обеспечения доступности судебной формы защиты прав и законных интересов посредством внедрения цифровых технологий; 3) судебная форма защиты прав в режиме онлайн является гарантией ее реализации; 4) процедура осуществления процессуальных действий с помощью цифровых технических средств нуждается в изменении в сторону упрощения; 5) общей тенденцией в реформировании гражданского процесса является переход на использование технологий искусственного интеллекта. Сравнительно-правовой анализ зарубежного законодательства и литературы демонстрирует разный уровень достижения электронного правосудия в представленных странах, среди которых Малайзия является лидером по интегрированию современных информационно-телекоммуникационных технических средств в гражданский процесс; 6) уровень реализации цифровой повестки различен в зависимости от вида судопроизводства.

Ключевые слова: цифровое правосудие, гражданский процесс, зеленый суд, умный суд, электронный суд, искусственный интеллект, информационно-телекоммуникационные средства, Индонезия, Таиланд, Малайзия

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Информация о финансировании. Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 20-011-00276 "а".

Дата поступления в редакцию: 4 августа 2020 г.

Дата принятия к печати: 15 октября 2020 г.

© Русакова Е.П., 2020.



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

Для цитирования:

Русакова Е.П. Электронное гражданское судопроизводство в Индонезии, Таиланде, Малайзии // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2020. Т. 24. № 4. С. 1122–1140. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1122-1140.

DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1122-1140

Research Article

ELECTRONIC CIVIL PROCEEDINGS IN INDONESIA, THAILAND, MALAYSIA

Ekaterina P. Rusakova

Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University),
Moscow, Russian Federation

Abstract. Electronic court proceedings are now becoming a prerequisite for the effective functioning of the entire judicial system. The introduction of digital technologies in the judicial process is one of the tasks of reform, and its speed, cost-effectiveness and accessibility depend on it. The research purpose of this article is to identify common positive and negative features of the process of integrating modern technologies into civil proceedings in Indonesia, Thailand, and Malaysia. It is proved that: 1) Legal regulation of application of technical means in civil proceedings are not often in line with modern realities; 2) It is necessary to create conditions to secure judicial form of protection of rights and lawful interests by means of digital technologies; 3) The judicial form of protection of rights online is a guarantee of its implementation; 4) Implementation of procedural actions with the help of digital technical means needs simplification; 5) The general trend in reforming the civil process is wider application of artificial intelligence technologies. Comparative legal analysis of foreign legislation and literature demonstrates different levels of e-justice achievement in the countries under study, among which Malaysia is a leader in integrating modern information and telecommunications technology in civil proceedings; 6) The level of implementation of the digital agenda varies depending on the type of legal proceedings.

Key words: digital justice, civil procedure, green court, smart court, electronic court, artificial intelligence, information and telecommunications technologies, Indonesia, Thailand, Malaysia

Conflicts of interest. The author declared no conflicts of interest.

Funding information. The reported study was funded by RFBR, project number 20-011-00276 "a".

Article received 04 August 2020

Article accepted 15 October 2020

For citation:

Rusakova, E.P. (2020) Electronic civil proceedings in Indonesia, Thailand, Malaysia. *RUDN Journal of Law*. 24 (4), 1122–1140. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1122-1140.

Введение

Происходящая в мире четвертая промышленная революция оказала свое влияние на все сферы жизнедеятельности общества (Dudin, Shakhov, Shakhova, Rusakova, Sizova, 2019:4436–4440). Серьезным изменениям подверглось судопроизводство путем внедрения современных цифровых технических средств в процесс разрешения споров. В исследуемых странах происходит цифровое реформирование судебных систем посредством создания электронных платформ: в Республике Индонезия поэтапно развивается платформа электронный суд (E-court), в Таиланде — интеллектуальный суд (E-Admincourt & E-Service Systems), в Малайзии — зеленый суд (E-Review, E-Lelong, E-Jamin).

Основной проблемой судопроизводства большинства стран Азии является низкая эффективность, это связано с длительными процессуальными сроками, сложностью процедуры рассмотрения дел и плохой инфраструктурой судов.

Ситуация, связанная с коронавирусной инфекцией в мире, вносит свои корректировки в различные сферы общественной жизни, в том числе оказала влияние на судебные системы всех стран мира. Большинство стран просто были не готовы обеспечить бесперебойную работу судов. Единственным возможным механизмом для реализации судебной формы защиты прав и законных интересов является повсеместное интегрирование цифровых технологий в судопроизводство.

В настоящее время деятельность судов направлена на стабилизацию работы, путем перехода на электронную форму взаимодействия всех участников судебного разбирательства, активного внедрения современных технических средств в процесс разрешения споров. Достижение поставленных целей и задач возможно при тесной коллаборации представителей законодательной, судебной и исполнительной властей для поиска наиболее результативного подхода (Inshakova, Frolova, Rusakova, Kovalev, 2020).

«Электронные суды» Республики Индонезия

Судебное разбирательство в Республике Индонезия уже давно не является эффективным способом разрешения споров, это связано с затяжными сроками, трудной процедурой и как следствие — крупными судебными расходами. Многочасовое ожидание судебного процесса в здании суда долгое время оставалось нормой, когда как по многим делам само заседание занимало не больше 10 минут¹. Привлекательность судебной формы защиты прав постепенно снижалась, многие граждане, осознавая все трудности, связанные с судопроизвод-

¹ Arthur Wailan Sanger, Febry Arisandi, How E-Court Process Is Impacting Trial Proceedings in Indonesia [Brought to you by Sandiva Legal Network], available at: <https://www.legalbusinessonline.com/news/how-e-court-process-impacting-trial-proceedings-indonesia-brought-you-sandiva-legal-network> (Accessed 15 June 2020).

ством, вообще отказывались от идеи подачи заявления в суд, так как был непонятен результат данной процедуры. Многолетние судебные разбирательства считались нормой, а судебные расходы могли только увеличиться.

Не последнюю роль в преодолении данной ситуации сыграл Верховный суд Индонезии, который создал интернет-платформу, которая называется «электронный суд». С момента создания электронного суда стало возможным совершать многие процессуальные действия в режиме онлайн: осуществлять обмен процессуальными документами между судом и участниками процесса, а также оплачивать судебные расходы.

Нормативная база постоянно претерпевает изменения, это связано с появлением новых технологий и необходимостью их регламентации. В настоящее время процедура осуществления процессуальных действий в электронной форме регламентирована: законом № 48 от 2009 года «О судебной власти», Постановлением Верховного суда № 3 от 2018 года «Об отправлении правосудия в судах с применением электронной системы», Постановлением Верховного суда № 1 от 2019 года «Об отправлении правосудия через электронную систему», распоряжением председателя Верховного Суда № 129/KMA/SK/VIII/2019 «О технических рекомендациях проведения разбирательств посредством электронной системы» и другие.

Однако многие юристы высказывают мнение, что начиная с 2019 года серьезных изменений в данной области не произошло. Так, по мнению индонезийского юриста Правиды Мурти (Prawidha Murti), данные акты только дополняют действующее Постановление Верховного суда № 3 от 2018 года «Об отправлении правосудия в судах с применением электронной системы», в части, касающейся сферы применения электронной судебной системы, пользователей электронного суда и процедуры электронного разбирательства (Murti, 2019).

Нужно отметить, что процесс внедрения электронного правосудия начался еще в 2009 году с принятием закона № 48, касающегося судебной власти, который закрепил, что судебное разбирательство должно иметь следующие качественные признаки — это простота, быстрота и главное — разумная стоимость. Население с низким уровнем жизни лишено возможности в полной мере реализовать свое право на судебную защиту гражданских прав из-за стоимости судопроизводства.

Кроме того, в этом законе также были провозглашены способы достижения вышеуказанных задач: одним из которых является внедрение цифровой платформы «электронный суд Индонезии», в которую включены гражданские, религиозные (шариат), военные и административные суды и которая позволит упростить многие судебные процессы и главное — сделать доступным судопроизводство для большинства граждан.

На законодательном уровне планировалось интегрировать цифровые технологии в судебный процесс на базе данной платформы, с помощью которой большинство процессуальных действий будут осуществлены в электронной

форме, например: подача и получение процессуальных документов, судебных актов, а также хранение судебных дел.

Целями принятия Постановления Верховного суда № 3 от 2018 года «Об электронном управлении судебными разбирательствами» являются создание упорядоченного, прозрачного, подотчетного, эффективного, действенного и современного правосудия во всех судах Индонезии.

Зачастую в судебной практике складывались ситуации, когда судебные решения по аналогичным делам могли противоречить друг другу, и как результат отсутствовало единообразие судебной практики. Система электронного правосудия позволит предотвратить такую ситуацию за счет возможности ознакомления судей и другими пользователями с судебными решениями, вынесенными ранее, а также председатель суда сможет ознакомиться с материалами дел и вынесенными решениями с целью проверки их законности и обоснованности.

По общему правилу платформой «электронный суд» могут воспользоваться адвокаты и зарегистрированные лица в судебной информационной системе. Однако, что касается физических лиц, то предоставление электронного управления делом должно быть дополнительно регламентировано распоряжениями председателя Верховного суда. Однако на практике данной услугой пользуются только адвокаты по делу из-за сложности самой процедуры. Законодательно установлено, что Верховный суд также компетентен осуществлять проверку регистрационных данных, приостанавливать и аннулировать доступ зарегистрированных пользователей, а также принимать меры против всех форм нарушений в виде выговора, временного или постоянного прекращения доступа к услуге.

В настоящее время действия, связанные с подачей иска, оплатой судебных расходов, регистрацией дел, получением судебных повесток осуществляются в электронном виде. Судебные уведомления даже не зарегистрированным лицам при их согласии может быть осуществлено аналогичным способом.

Важный вопрос, связанный с формой судебного решения, был урегулирован в данном законе, согласно которому судебное решение в письменной форме должно быть направлено участникам процесса не позднее 14 дней с момента вынесения в электронном виде, а по делам о банкротстве в течение 7 дней.

Данная формулировка указывает только период времени, а не устанавливает точный срок изготовления решения в письменном виде, что на практике может создавать спорные ситуации, связанные с соблюдением процессуальных сроков. Основной задачей данного положения является параллельное закрепление двух форм судебного решения, а именно письменной и электронной, что не характерно для электронного судопроизводства.

С целью реализации цифрового правосудия все действия, связанные с электронной регистрацией дел, должен осуществлять секретарь суда, как по исковым заявлениям, поданным в электронной форме, так и непосредственно в суде, причем информация, содержащаяся в информационной системе суда и книге-регистрации дел, имеют одинаковую юридическую силу.

В то же время председатель суда в случае необходимости обязан представить отчет по делу в электронном виде, а также периодически проводить ревизию дел и осуществлять надзор за судопроизводством. Можно предположить, что данные действия со стороны председателей судов должны были гарантировать повсеместное использование системы электронного суда. Однако, несмотря на принятие данного постановления, стала очевидной необходимость усиления контроля на местах за реализацией системы электронного суда, так как многие положения просто не исполнялись сотрудниками.

Для реализации на практике правил Постановления Верховного суда № 3 от 2018 года Верховный суд издал указ 271/DJU/SK/PS01/4/2018 «О начале функционирования электронной судебной системы в Индонезии», его целью было достижение более эффективного и действенного правосудия за счет внедрения информационно-телекоммуникационных технических средств.

Индонезийское юридическое сообщество позитивно оценивает принятие данных актов, а также мер, необходимых для реализации данной системы (Ahmad Tholabi Kharlie, Achmad Cholil, 2020). В первые в указе были закреплены основные понятия электронного судопроизводства, а именно:

— информационная система поиска дел — это система, осуществляющая их учет и регистрацию;

— система электронного суда — это приложение, используемое для обработки судебных исков, заявлений, оплаты судебных расходов, вызова лиц, участвующих в деле, в суд, отправки уведомлений и других действий;

— электронное управление делами представляет собой серию процессов для управления документооборотом и делопроизводством в суде, а именно получение судебных исков, запросов, ответов, копий, дубликатов, заключений, а также получение и хранение документов по гражданским делам.

Особое внимание уделено регистрации в системе «электронный суд», а именно пользоваться ей могут только зарегистрированные пользователи, причем данную процедуру можно осуществить с любого электронного устройства, имеющего доступ к сети Интернет. Данное правило, касается и профессионального представительства, в частности адвокатов, причем для них предусмотрена особая регистрация с подтверждением их статуса Верховным судом. Регистрация будет завершена после подтверждения электронной почты и правильного заполнения общих данных об адвокате. После надлежащей регистрации и подтверждения учетной записи адвокаты могут пользоваться различными услугами системы электронного суда. По сути, это основные пользователи, так как только планируется расширение списка пользователей².

² Ebenezer Sianipar, e-Court, a legal breakthrough in the era of the industrial revolution 4.0, available at: <https://www.legalbusinessonline.com/news/e-court-legal-breakthrough-era-industrial-revolution-40-brought-you-iabf/78641> (Accessed 15 June 2020).

Следует отметить, что большинство статей указа касаются порядка оплаты судебных расходов в электронном виде, от этого зависит весь ход судебного разбирательства, так как только после оплаты и ее подтверждения сторона получает номер дела, а также большинство электронных услуг предоставляется за отдельную плату.

Несмотря на осуществление процессуальных действий в электронной форме, после принятия дела к производству судья назначает слушание, на которое стороны или адвокаты должны явиться лично и представить оригиналы всех документов, которые были приложены к исковому заявлению, а это в свою очередь снижает эффективность всей системы электронного суда. Стороны или адвокаты обязаны обеспечить явку в суд, а это бывает сделать достаточно сложно и требует немало затрат как времени, так и денег.

Дальнейшее взаимодействие суда со сторонами или адвокатами может осуществляться в электронной форме при выражении на это их согласия, в том числе судебное извещение сторон может осуществляться путем видеозвонков, однако если данный вид связи предполагает оплату, издержки возлагаются на ту сторону, которая ходатайствовала об этом.

Одно из главных положений указа касается формы судебного решения, которое также направляется сторонам на электронный адрес, указанный в учетной записи, причем оно считается надлежаще оформленным, если отправляется в рабочий день и рабочие часы на электронные адреса сторон и считается зачитанным сторонам, присутствующим на заседании, при загрузке судебного решения в систему электронного суда. Данное положение четко регламентирует порядок выполнения судебного решения в электронной форме.

Аналогичное правило действует и для принятия остальных судебных актов. Стороны или адвокаты также могут осуществлять процессуальные действия в электронном виде, но главным является соблюдение процессуальных сроков, например, для направления возражений или ходатайств.

Правила и положения, регламентирующие систему электронного суда, впоследствии были уточнены в постановлении Верховного суда № 1 от 2019 года, которое провозгласило создание электронной судебной системы Индонезии.

Анализ приведенного постановления указывает на поэтапное достижение поставленных задач в области создания электронного правосудия. Так, с точки зрения Артура Уэйлан Сэнгера и Фебри Арисанди судопроизводство в электронном суде ведется с помощью информационных технологий для осуществления следующих процессуальных действий:

- электронное заполнение заявления: онлайн-регистрация;
- электронная оплата: онлайн-оплата;
- электронная повестка: онлайн-повестка;

- электронное судебное разбирательство: онлайн-судебное разбирательство³.

По мнению зарубежных ученых, работу в области внедрения электронного судопроизводства можно разделить на определенные этапы, которым соответствуют разработанные электронные модули на различных платформах (Zankovsky, Dudin, Zinkovsky, Frolova, Kirsanov, 2018:1236–1242). Каждому модулю соответствует четкий перечень действий зарегистрированного пользователя.

Первый этап начинается с заполнения заявления в суд, учитывая, что основным пользователем электронного судопроизводства являются адвокаты, то помимо своих знаний в области юриспруденции они должны иметь навыки в области IT-технологий и гарантировать своим клиентам правильность заполнения электронных форм, так как от этого зависит дальнейшее движение дела.

По окончании регистрации адвокаты или стороны автоматически получают расчет стоимости судопроизводства, номер дела, а также в дальнейшем будут получать уведомления и повестки в суд согласно судебному календарю на почтовый адрес или смс сообщение, указанное при регистрации пользователя.

Несмотря на амбициозное название постановления Верховного суда, в нем по-прежнему сохраняются старые положения, например: требование в получении судом согласия сторон на осуществление судопроизводства в электронной форме, а также проведение очного слушания для представления оригиналов доказательств и получения показаний свидетелей.

Нельзя не согласиться с мнением Правиды Мурти, что электронная судебная система имеет ряд положительных и отрицательных черт, к положительным относятся: малозатратность (дешевизна) процедуры, быстрота процесса, легкий и доступный обмен документами в режиме онлайн, уменьшение халатности и незаконных действий со стороны должностных лиц суда, а к отрицательным: сохранение ряда процессуальных действий, характерных для судопроизводства в обычном порядке (например: присутствие на слушании в суде), допрос свидетелей, несмотря на возможность его осуществления посредством аудиовизуальных средств коммуникаций, по-прежнему проводится в обычном режиме (открытым остается вопрос со свидетелями, находящимися за границей), а также сохраняются технические проблемы, связанные с юридической оценкой этих действий (Murti, 2019).

Совсем недавно Верховный суд опубликовал циркулярное письмо № 04 от 2019 года о требовании регистрировать все гражданские дела на платформе «электронный суд», поскольку, по мнению индонезийских юристов, существенных изменений в части внедрения электронного суда не произошло (Hertiawan, Jesconiah, 2019).

³ Arthur Wailan Sanger, Febry Arisandi, How E-Court Process Is Impacting Trial Proceedings in Indonesia [Brought to you by Sandiva Legal Network], <https://www.legalbusinessonline.com/news/how-e-court-process-impacting-trial-proceedings-indonesia-brought-you-sandiva-legal-network> (Accessed 12 June 2020).

В связи со сложной структурой судебной системы распространение и применение ресурсов электронного суда происходит по-разному в зависимости от региона и системы судов.

Сложившаяся ситуация, связанная с распространением COVID-19, повлияла в том числе на судопроизводство в Индонезии. Верховный суд опубликовал циркулярное письмо № 1 от 2020 года о корректировке работы судебной системы и судебного аппарата как превентивной меры против распространения коронавирусной инфекции. В данном письме закрепляется проведение электронного судопроизводства по гражданским, административным и гражданским делам, в том числе рассматриваемые шариатскими судами, исключение составляют уголовные и военные дела.

Однако на практике судебные разбирательства по многим делам были отложены или приостановлены в связи с принятием ограничительных мер в стране. Seriously коснулась данная ситуация уголовного судопроизводства, когда обвиняемый мог быть освобожден, еще до окончания судебного разбирательства, в силу нарушения процессуальных сроков, которые не возможно было продлить, так как суды временно не работали. В связи с этим Верховный суд указал, что судебные процессы по особо важным делам должны проводиться очно, невзирая на принятие столь серьезных ограничительных мер, с обязательным соблюдением мер социальной дистанцированности⁴.

Ряд судов в тоже время начали проводить слушания в режиме видеоконференции или посредством электронного суда (e-court), чтобы предотвратить распространение вспышки коронного вируса в Индонезии. Однако внедрение электронного суда по-прежнему считается труднодостижимым делом, поскольку существует еще целый ряд препятствий⁵.

«Умные суды» Таиланда

Создание электронного суда включено в национальную повестку страны «Таиланд 4:0», которая предполагает активное интегрирование современных цифровых технологий во все сферы жизнедеятельности страны, в том числе судебную систему.

Электронное судопроизводство регламентировано следующими законодательными актами: Гражданским процессуальным кодексом с изменениями, внесенными законами 2558 (2015) и (№ 30) 2560 (2017); Законом об учреждении административного суда и административном судопроизводстве № 2542 (1999),

⁴ Yohana Veronica Tanjung, Preventative Measures against COVID-19 by E-court and Social Distancing, Preventative Measures against COVID-19 by E-court and Social Distancing, available at: <https://gaffarcolaw.com/news-insights/preventative-measures-against-covid-19-by-e-court-and-social-distancing/> (Accessed 10 June 2020).

⁵ Yeremia Sukoyo, Pelaksanaan E-Court Masih Temui Sejumlah Kendala, available at: <https://www.beritasatu.com/nasional/613161-pelaksanaan-ecourt-masih-temui-sejumlah-kendala> (Accessed 02 June 2020).

Директивой Верховного суда «Об электронной системе подачи документов» от 4 мая 2017 года; Постановлением председателя Верховного суда «О расходах при получении доказательств в режиме видеоконференции по гражданским делам» 2557 (2014) и другими актами.

В 2015 году в гражданский процессуальный кодекс были внесены поправки, связанные с постепенным внедрением цифровых технологий, в частности, была создана электронная система хранения информации, которая позволила подавать иски и заявления и другие состязательные бумаги в электронной форме. Применялась данная система первоначально в некоторых судах, расположенных в Бангкоке и его пригородах, а также в провинции Чиангмай по определенным видам дел (Kancvalskul, Ebrahim, Yiamsamatha, Chantara-opakorn, 2018).

Принятие директивы в 2017 году сделало возможным подачу в электронной форме исковых заявлений и приложений к нему, отправлять и получать все судебные акты, а также оплачивать судебные расходы, то есть в результате был налажен электронный документооборот. Ключевой целью данных нововведений является повышение эффективности делопроизводства и уменьшение количества ошибок.

Предполагается внедрение электронной системы записи заседаний, которая давно себя зарекомендовала в мировой судебной практике и снизила количество спорных ситуаций в последующем, когда стороны обращаются в вышестоящую судебную инстанцию для обжалования или оспаривания судебного решения⁶.

В правиле первом данной директивы закреплены основные понятия, используемые в различных положениях, регламентирующие процессуальные действия — это электроника, электронные данные, электронная подпись, электронный сертификат, открытый ключ, закрытый ключ.

Кроме того, закрепляется возможность использования электронной системой сторонами и адвокатами, прошедшими регистрацию. Для определенных профессий устанавливаются дополнительные требования при регистрации — для адвокатов — это загрузка удостоверения, подтверждающее членство в Совете адвокатов или адвокатской лицензии, а для прокурора — служебное удостоверение. После завершения процесса регистрации пользователи по электронной почте получают логин и пароль. Статус зарегистрированного пользователя сохраняется на три года, затем пользователь должен его пролонгировать.

Согласно девятому правилу директивы ответственность за достоверность загруженных документов ложится на пользователя, который закачал документы в систему, так как по общему правилу документы, переведенные

⁶ Ukrit Petpichetchian, Thailand: Courts Introduce New Electronic Procedures, available at: <https://www.tilleke.com/resources/thailand-courts-introduce-new-electronic-procedures> (Accessed 18 June 2020).

в цифровой вид, должны сохранить свое первоначальное значение и формат⁷. По общему правилу заявитель, отправивший документы в систему, этим действием подтверждает их наличие у себя. Процедура подачи процессуальных документов в систему четко регламентирована и пошагово разъясняет сторонам порядок и значение данных действий. По окончании процедуры подачи документов пользователь получит электронное подтверждение, в котором будут указаны все документы, приложенные к заявлению, а также дата и время их направления. Такое сообщение будет являться доказательством момента обращения в суд, что имеет огромное значение, так как с этого момента начинают течь процессуальные сроки. В соответствии с Гражданским процессуальным кодексом электронное направление документов в суд приравнивается к их представлению в письменной форме.

В процессе судебного разбирательства все документы, загруженные в систему, составляют материалы дела, которые использует судья при рассмотрении дела. Пользователи системы могут распечатать имеющиеся в деле файлы, при чем полученные копии документов будут содержать специальный водяной знак суда, дату, время и лицо, распечатавшее их, и согласно Гражданскому процессуальному кодексу, относятся к надлежаще заверенным копиям.

Первым судом, который внедрил платформу «электронный суд», является Центральный суд по интеллектуальной собственности и международной торговле, который был создан в 1996 году. Главной целью его создания является обеспечение профессиональной, эффективной и соответствующей международным стандартам защиты прав и законных интересов в сферах интеллектуальной собственности и международной торговли, так как, по мнению тайских юристов, данные сферы обладают своими специфическими характеристиками.

Основными преимуществами производства в данном суде являются: во-первых, сроки рассмотрения, как правило, это одна неделя; во-вторых, решение по делу выносится немедленно сразу после окончания судебного разбирательства; в-третьих, в процессе разрешения споров применяются различные механизмы для ускорения производства по делу, а именно исследование доказательств, дача свидетельских показаний и допросы свидетелей осуществляются посредством видеоконференцсвязи, кроме того, зарегистрированные пользователи в электронной системе суда могут осуществлять взаимодействие с судом в режиме онлайн, однако для этого должна быть достигнута договоренность между сторонами и судом⁸.

⁷ Central Intellectual Property and International Trade Court. Announcement of the Office of the Judiciary on Criteria and Methods for Submitting, Serving and Receiving Pleadings and Documents via the Electronic Filing System, available at: <https://ipitc.coj.go.th/th/content/category/detail/id/10313/iid/191773> (Accessed 18 June 2020).

⁸ Contact Dej-Udom & Associates, the specialized courts, available at: <https://www.dejudomlaw.com/litigation/specialized-courts/> (Accessed 13 June 2020).

Юридическое сообщество страны позитивно оценивает идею цифровизации судебной системы. Большинство изменений судебной системы планировалось осуществить в 2020 году, и, возможно, ситуация, связанная с коронавирусом, только ускорит данные процессы. В соответствии с программой «D-Court 2020» будут реализованы следующие процессуальные действия:

- электронная подача заявлений и ходатайств;
- онлайн-сервис по рассмотрению дел с возможностью отслеживания информации о ходе производства, получение копий судебных актов, а также направление документов в суд;
- система доступа общественности в открытые судебные разбирательства без какой-либо предварительной регистрации;
- электронное уведомление о доставке документов и расписании судебных заседаний;
- использование видеоконференцсвязи для проведения процедуры посредничества, допросов свидетелей и судебных разбирательств в режиме онлайн;
- осуществление электронных платежей для оплаты судебных расходов;
- создание информационной системы о наложении ареста, тюремного заключения и других ограничительных мер⁹.

Ситуация с коронавирусной инфекцией стала толчком для более активной реализации цифрового судопроизводства, так, в марте 2020 года был создан онлайн сервис судебных дел как альтернатива ранее существующей системы, теперь адвокаты или стороны могут подавать документы онлайн, за исключением жалоб, ходатайств, запросов, требующих специальную процедуру подачи. Для осуществления процессуальных действий онлайн сторона или адвокат должны быть зарегистрированы, и их полномочия должны быть подтверждены. После загрузки документов нужного формата и объема должностное лицо суда осуществит их проверку и только потом отправит заявителю регистрационный номер. Особенностью является то, что документ будет считаться поданным в день загрузки, если этот процесс будет завершен до полпятого дня (16.30)¹⁰. Такое ограничение временных рамок для подачи документов онлайн не соответствует современным тенденциям в области цифрового правосудия, где таких ограничений нет, и пользователи имеют обратную связь с судом 24 часа в сутки, за счет внедрения технологий искусственного интеллекта, которые позволяют в режиме реального времени обрабатывать огромный массив данных.

⁹ Edmund Baranda Supichaya Somjitranukij Peeraya Thammasujarit Tania Lovita Yen Vu, E-filings and hearings in courts in South East Asia, available at: <https://www.rouse.com/magazine/news/e-filings-and-hearings-in-courts-in-south-east-asia/> (Accessed 18 June 2020).

¹⁰ Kowit Somwaiya, Oramart Aurore Saardphak, The Thai Courts of Justice (COJ) Allows E-filing of Documents Via New System, available at: <https://www.austchamthailand.com/the-thai-courts-of-justice-coj-allows-e-filing-of-documents-via-new-system/> (Accessed 05 June 2020).

В отличие от других судов Высший административный суд сделал важный шаг вперед запустив онлайн-систему, с помощью которой заявители могут подавать жалобы или ходатайства в режиме 24/7, что, по мнению председателя вышеуказанного суда г-на Пия Патангта, является важнейшим шагом к модернизации судебной системы и приведения к международным стандартам электронного правосудия¹¹.

В рамках административного судопроизводства был осуществлен ряд мер по реформированию процесса разрешения споров: разработана электронная система подачи жалоб через сайт суда; залы судебных заседаний оснащены специальным оборудованием для проведения онлайн-заседаний; внедрена система сбора, обработки и копирования документов; а также система контроля за исполнением судебных актов и оплаты судебных расходов. Наиболее важным шагом стал переход работы сотрудников суда на сервисы интеллектуального суда (E-Admincourt & E-Service Systems), например: безбумажный офис, электронные услуги, базы данных, поддерживающие формат обмена информацией, и другие¹².

Несмотря на достаточно развитую цифровую инфраструктуру в судах, в ситуации с коронавирусной инфекцией по большинству гражданских дел производство по делу было приостановлено как судами первой инстанции, так и апелляционной, за исключением дел, не терпящих отлагательств. Образцом электронного правосудия является Верховный суд, который незамедлительно перешел на рассмотрение споров в режиме видеоконференцсвязи, в том числе и по уголовным делам.

Согласно статистическим данным на июнь 2020 года 164 суда, что составляет примерно 64% от общего количества судов первой инстанции, используют электронную систему для подачи документов, и более 8000 тысяч юристов зарегистрированы в данной системе.

«Зеленые суды» Малайзии

Электронное правосудие в Малайзий базируется на идее создания так называемого «зеленого суда», то есть на основе внедрения современных инновационных технических средств в судопроизводство с целью уменьшения использования бумажных носителей (Erмаkova, 2015:43).

Правовую базу электронного правосудия составляют законы Малайзии: закон «О регламенте суда» 2012 г. [P. U. (A) 205/2012], закон «О судах общей юрисдикции» 1964 г., Закон «О правилах нижестоящих судов» 1955 г. и другие.

¹¹ Thai PBS WORLD at: <https://www.thaipbsworld.com/administrative-court-goes-online-to-provide-24-hour-service-to-public> (Accessed 03 August 2020).

¹² Administrative Court News, available at: http://admincourt.go.th/admincourt/upload/webcmsen/Publication/Publication_280819_113210.pdf (Accessed 10 June 2020).

В 2004 году в качестве пилотных проектов по созданию электронного правосудия были использованы два высших суда в Куала-Лумпуре. Однако говорить о начале создания полноценной электронной судебной системы в Малайзии можно только в 2011 году, когда были интегрированы в судебный процесс четыре типа систем: видеоконференцсвязи, управление делами, портала общественности и адвоката, записи и транскрибации судебных решений, электронной подачи документов (Kamal Halili Hassan, Maizatul Farisah Mokhtar, 2011:240–244).

Процесс создания электронной судебной системы можно разделить на несколько этапов. Первый этап реформирования закончился в 2011 году, в результате которого были созданы: электронная система подачи исков в режиме онлайн; электронная система управления делами; электронное управление графиком посещения суда; электронная запись и транскрибирование судебного разбирательства.

Второй этап начался в марте 2016 года, в этот период стали доступны: онлайн-подача заявлений по уголовным делам; открылась апелляция платформа для апелляционных судов; внедрена система E-lelong, которая позволит перевести все действия в электронный формат; интегрированы в единую базу малазийская королевская полиция, департамент автомобильного транспорта, иммиграционный департамент, регистрационный департамент, департамент несостоятельности и тюремный департамент (Dudin, Frolova, Kuznetsov, Drobysheva, Krasulya, 2016:8694).

Однако многие сервисы электронного суда требуют доработки, так, например, чтобы пользователю осуществить поиск файлов в системе, он должен заплатить пошлину и ровно за 30 минут осуществить данное действие, причем документ будет загружаться постранично, что требует больше времени, и если это многостраничный документ, то это совсем неудобно¹³. Адвокат Foong Cheng Leong на своем сайте дает советы практикующим юристам, как сделать данный процесс более эффективным, сэкономив время и деньги.

Судебная система продолжила вектор инновационного реформирования с целью интегрирования в процесс технологий искусственного интеллекта, создания виртуальных залов судебных заседаний и голограмм, с помощью которых получается изображение.

Система электронного суда в настоящее время включает: видеоконференцию, виртуальный суд и использование голографических технологий, электронный архив, в котором будут храниться документы в виде виртуальных файлов, система управления делами, база данных вынесенных судебных решений, в которой используется искусственный интеллект, для руководства судьям и судебным

¹³ Foong Cheng Leong, *LegalHack Series: How to download files from the Malaysian e-Court File System (Phase 2)*, available at: <http://foongchingleong.com/2017/07/legalhack-series-how-to-download-files-from-the-malaysian-e-court-file-system-phase-2/> (Accessed 15 June 2020).

должностным лицам при вынесении решения с целью обеспечения единообразной судебной практики, система управления очередью, система взаимодействия адвокатов и сообщества; запись и транскрибация судебных слушаний (Zuhairah, Rabiatul, 2019:548).

Существует система электронного суда и в шариатской системе судов, которая включает систему управления делом; электронную платформу, на которой объединены все шариатские суды, департамент шариатской судебной власти Малайзии и различные учреждения с целью обмена информацией; система регистрации адвокатов, специализирующихся в законах шариата; система управления библиотекой.

Еще одной особенностью судебной системы Малайзии является создание в 2016 году Киберсуда, расположенного Куала-Лумпуре. Причиной создания данного суда явилось огромное количество совершенных преступлений в сфере IT-технологий. Данный суд призван разрешать дела, связанные с киберпреступлениями, а также иные гражданские споры, связанные с высокими технологиями, в соответствии с практическими указаниями главного секретаря Федерального суда Малайзии № 5 от 2016 года (Edwin Lee Yong Cieh, 2018).

В 2020 году судопроизводство было оснащено тремя электронными ресурсами (E-Review, E-Lelong, E-Jamin): системой электронного рассмотрения дел (E-Review), которая позволяет сотрудниками суда и адвокатам осуществлять управление делом в режиме онлайн, системой E-Lelong, которая включает сервисы всех высших судов и системой электронного залога E-Jamin.

По мнению малазийских ученых уровень внедрения системы электронного суда в гражданские и шариатские суды является высоким, поэтому многие страны выбрали данный опыт за модель электронного правосудия (Zuhairah, Rabiatul, 2019:545).

Нужно отметить, что реализация таких глобальных задач, как внедрение цифровых технологий в различные области общественной жизни на прямую зависят от уровня развития IT-компаний в стране (Gaivoronskaya, Miroshnichenko, Mamuchev, 2019:43). Государственные программы Малайзии нацелены на развитие и поддержку данной сферы, поэтому за счет грамотного подхода были достигнуты следующие результаты: увеличилось количество судов, оснащенных современными технологиями; сократились сроки рассмотрения дел; и в результате повысился мировой инвестиционный рейтинг Малайзии (Frolova, 2017:518).

Заключение

Интегрирование в гражданское судопроизводство различных инновационных технических средств вызывает немало трудностей с точки зрения их правовой определенности, обеспечения безопасности и сохранения базовых гарантий (Kuznetsov, 2020:60). Политика большинства государств Азии направлена на поддержку данного процесса, причем это касается не только судопроизводства, но и дру-

гих сфер жизни общества. Вне зависимости от принятых целевых программ в этих странах по созданию «зеленого суда», «умного суда» или «электронного суда» основной целью является повышение эффективности судебного процесса посредством внедрения цифровых технологий. Нужно отметить, что данные процессы позволят сохранить природные активы за счет сокращения бумажных носителей, отсутствия необходимости личного присутствия в суде, что снизит выбросы в окружающую среду транспорта, экономии электроэнергии и т.д.

Судебная форма защиты прав и законных интересов является универсальной и основной для всего общества, несмотря на популяризацию альтернативных способов разрешения споров. На протяжении многих лет судопроизводство продолжало терять свою привлекательность из-за долгих сроков рассмотрения, сложной процедуры и денежных затрат, что делало данный процесс неэффективным, поэтому широкую популярность приобрели иные методы разрешения споров.

С появлением современных технических средств и активного интегрирования их в судебный процесс произошли колоссальные изменения: заметно сократились процессуальные сроки и судебные расходы, а производство по делу стало более прозрачно. Многие зарубежные ученые высказывают мнение, что данный процесс оказывает позитивное влияние и на всю судебную систему в целом, так как судьи теперь могут сосредоточиться на своих основных обязанностях, поскольку большинство действий, связанных с документооборотом, теперь выполняют цифровые технологии. Более того, с появлением различных электронных платформ судьям нужно меньше время тратить на подготовку к процессу. Судьи могут в любой момент ознакомиться с судебными решениями, вынесенными по аналогичным делам, для того, чтобы соблюдалось единообразие судебной практики, а помощником в этом процессе являются технологии искусственного интеллекта, которые могут составить образец судебного решения исходя из имеющихся данных в деле.

Успех в достижении цифровых повесток в данных государствах напрямую зависит от уровня экономического развития страны. Реформирование судебной системы требует немало денежных затрат, поэтому данный процесс в исследуемых странах происходит по-разному и с разными результатами (Dudin, Frolova, Kucherenko, Samusenko, Voikova, 2016:8707). Недостаточно принимать законодательные акты в данной области, не обеспечив финансированием их реализацию на практике.

Наибольшего успеха в реализации электронного правосудия добилась Малайзия. Это связано с тем, что несмотря на то, что данная страна является новичком в рейтинге по уровню развития IT-технологий, она стремительно развивает данную область, что позволяет ей более интенсивно реализовывать свою цифровую повестку. Помимо создания электронной судебной системы был создан киберсуд, который разрешает споры в области IT-технологий, в котором количество рассмотренных дел постоянно увеличивается.

Таиланд выбрал политику постепенного внедрения электронного суда и добился серьезных успехов, внедрив в судопроизводство технологии искусственного интеллекта (E-Admincourt & E-Service Systems), которые значительно упростили и ускорили процесс разрешения споров. Одним из первых судов стал суд по интеллектуальной собственности и международной торговле, который апробировал современные информационно-телекоммуникационные технологии, главной целью которого является создание механизма защиты прав в указанных областях соответствующему международному уровню.

Наиболее затруднительная ситуация с электронным правосудием сложилась в Индонезии, несмотря на принятие новых законов продолжают действовать ранее принятые, которые тормозят цифровое реформирование судебной системы, хотя в целом юридическое сообщество положительно оценивает достигнутые результаты.

Как можно заметить, в некоторых исследуемых странах были проанализированы помимо гражданского судопроизводства иные виды производства, это связано прежде всего с тем, чтобы обратить внимание на то, что интегрирование цифровых технологий в судопроизводство происходит неравномерно, в том числе зависит от специфических особенностей процесса разрешения конкретных споров.

Для исследуемых стран характерны общие положительные и отрицательные черты, но главным является то, что ситуация с коронавирусной инфекцией стала мощным толчком для реализации цифровой повестки во всех странах. Однако на практике судебные системы этих государств продемонстрировали свою неготовность к отражению поставленных перед ними вызовов, а большинство дел, находящихся в производстве, были не рассмотрены.

Происходящие изменения поставили задачу перед судебским сообществом и государством обеспечить независимое от любых обстоятельств правосудие посредством перехода на новое взаимодействие с обществом в цифровом формате (Khabrieva, 2018:11). Новейшие цифровые технологии позволяют не только гарантировать соблюдение основных прав и свобод граждан, принципа разумности правосудия, но сделают судебную систему эффективной и доступной, обеспечат целесообразность применения норм материального и процессуального права (Vlasenko, 2011:56).

Библиографический список / References

- Ahmad Tholabi Kharlie, Achmad Cholil (2020) E-court and e-Litigation: the new face of civil court practices in Indonesia. *International Journal of Advanced Science and Technology.* 29 (02), 2206–2213.
- Dudin, M.N., Frolova, E.E., Kuznetsov, M.N., Drobysheva, L.V., Krasulya, E.V. (2016) “Green” logistics as an instrument for putting together a new model for professional and career-broadening training in global economic space. *International Journal of Environmental and Science Education.* 11 (15), 8693–8705.

- Dudin, M.N., Frolova, E.E., Kucherenko, P.A., Samusenko, T.M., Voikova, N.A. (2016) Creating an effective system of education to prepare future human resources within the context provided by the global shift toward a “green economy”. *International Journal of Environmental and Science Education*. 11 (15), 8706–8717.
- Dudin, M.N., Shakhov, O.F., Shakhova M.S., Rusakova E.P., Sizova, Yu.S. (2019) Digital technologies as a driver of intellectual stratification of human resources: socio-economic inequality. *International Journal of Recent Technology and Engineering (IJRTE)*. 8 (2), Retrieval Number, 4436–4440.
- Frolova, E.E. (2017) Financial system of Malaysia: the concept of financial dispute. *MIR (Modernizatsiia. Innovatsii. Razvitiie) = MIR (Modernization. Innovation. Research)*. 8(4), 516–521. DOI: 10.18184/2079-4665.2017.8.4.516-521. (in Russian).
Фролова Е.Е. Финансовая система Малайзии: понятие финансового спора // МИР (Модернизация. Инновации. Развитие). 2017. Т. 8. № 4. С. 516–521. DOI: 10.18184/2079-4665.2017.8.4.516-521.
- Gaivoronskaya, Ya.V., Miroshnichenko, O.I., Mamychev, A.Yu. (2019) Immodest charm of digitalization. *Legal Concept*. 18 (4), 40–47. (in Russian).
Гайворонская Я.В., Мирошниченко О.И., Мамычев А.Ю. Нескромное обаяние цифровизации // *Legal Concept*. 2019. Т. 18. № 4. С. 40–47.
- Edwin Lee, Yong Cieh (2018) Special cyber court and E-Court, available at: <https://gltlaw.my/2018/05/24/special-cyber-court-and-e-court/> (Accessed 21 June 2020).
- Eri Hertawan, Jesconiah (2019) E-Court registration is now mandatory for civil cases, client update: Indonesia, June, available at: <https://id.rajahtannasia.com/media/3431/ahpclientupdate-27june2019.pdf> (Accessed 10 June 2020).
- Ermakova, E.P. (2015) *Grazhdanskii protsess, arbitrazh i mediatsiya v Gonkonge, Indonezii, Malaizii, Singapore i Filippinakh [Civil Procedure, Arbitration and Mediation in Hong Kong, Indonesia, Malaysia, Singapore and the Philippines]*. Monograph. Ser. Civil and Arbitration Procedure. Moscow, Yurlitinform Publ. (in Russian).
Ермакова Е.П. Гражданский процесс, арбитраж и медиация в Гонконге, Индонезии, Малайзии, Сингапуре и Филиппинах. Монография. Сер. Гражданский и арбитражный процесс. М.: Издательство «Юрлитинформ». 2015. 184 с.
- Inshakova, A.O., Frolova, E.E., Rusakova, E.P., Kovalev, S.I. (2020) The model of distribution of human and machine labor at intellectual production in industry 4.0. *Journal of Intellectual Capital*. 21 (4), 601–622, <https://doi.org/10.1108/JIC-11-2019-0257>.
- Kamal, H.H., Maizatul, F.M. (2011) The E-court system in Malaysia, *2nd International Conference on Education and Management Technology IPEDR*. (13), pp. 240–244.
- Khabrieva, T.Y. (2018) Law facing the challenges of digital reality. *Journal of Russian Law*. 9 (261), 5–16. DOI: 10.12737/art_2018_9_1. (in Russian).
Хабриева Т.Я. Право перед вызовами цифровой реальности // Журнал российского права. 2018. № 9 (261). С. 5–16. DOI: 10.12737/art_2018_9_1.
- Kuznetsov, M.N. (2020) The impact of digitalization on some guidelines for civil procedure. *Vestnik of Moscow City University. Series «Legal Sciences»*. 2(38), 58–67. DOI 10.25688/2076-9113.2020.38.2.06. (in Russian).
Кузнецов М.Н. Влияние цифровизации на некоторые руководящие начала гражданского судопроизводства // Вестник Московского городского педагогического университета. Серия: Юридические науки. 2020. № 2 (38). С. 58–67. DOI 10.25688/2076-9113.2020.38.2.06.
- Kancvalskul, L., Ebrahim, P., Yiamsamatha, W., Chantara-opakorn, O. (2018) The dispute resolution review — edition 10. *The law reviews*, available at: <https://thelawreviews.co.uk/chapter/1166520/thailand> (Accessed 10 June 2020).

- Murti, P. (2019) *Electronic proceedings through E-Court system in Indonesia, legal news & analysis — Asia pacific — Indonesia — dispute resolution*, available at: <http://www.conventuslaw.com/report/electronic-proceedings-through-e-court-system-in/> (Accessed 29 June 2020).
- Murti, P. (2019) *Electronic proceedings through E-Court system in Indonesia. Ashurst*, available at: <https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/electronic-proceedings-through-e-court-system-in-indonesia/> (Accessed 29 June 2020).
- Zankovsky, S.S., Dudin, M.N., Zinkovsky, S.B., Frolova, E.E., Kirsanov, A.N. (2018) Studying concepts of the breakthrough economic reforms in selected developed and developing countries and regions of the world: economic and legal aspect. *Journal of Advanced Research in Law and Economics*. (9) 4, 1236–1242.
- Zuhairah, A.A.Gh., Rabiatul, A.M.A. (2019) *E-court system in the civil and shariah courts: Malaysia perspective*, available at: <https://www.tatiuc.edu.my/assets/files/ICTM19-Papers/ICTM-70.pdf>. (Accessed 23 June 2020).
- Vlasenko, N.A. (2011) Reasonableness and law: connection of phenomena and ways of research. *Journal of Russian Law*. 11(179), 45–57. (in Russian).
Власенко Н.А. Разумность и право: связь явлений и пути исследования // Журнал российского права. 2011. № 11 (179). С. 45–57.

Об авторе:

Русакова Екатерина Петровна — кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры гражданского права и процесса и международного частного права, Юридический институт, Российский университет дружбы народов; 117198, Российская Федерация, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6

ORCID ID: 0000-0001-6488-0754

e-mail: rusakova-ep@rudn.ru

About the author:

Ekaterina P. Rusakova — Candidate of Legal Science, Associate Professor, Associate Professor of the Department of Civil Law and Procedural Law and Private International Law, Law Institute, Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University); 6 Miklukho-Maklaya str., Moscow, 117198, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0001-6488-0754

e-mail: rusakova-ep@rudn.ru



DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1141-1168

Научная статья

ПОДСУДНОСТЬ ЗАЯВЛЕНИЙ О ПЕРЕСМОТРЕ СУДЕБНЫХ АКТОВ ПО ВНОВЬ ОТКРЫВШИМСЯ ИЛИ НОВЫМ ОБСТОЯТЕЛЬСТВАМ И ПРОЦЕССУАЛЬНО-ПРАВОВЫЕ ПОСЛЕДСТВИЯ ЕЕ НАРУШЕНИЯ

С.Т. Багыллы, Л.Н. Павлова

Российский государственный университет правосудия,
г. Москва, Российская Федерация

Освещаются проблемные вопросы определения суда, компетентного пересматривать вступившие в законную силу судебные постановления по вновь открывшимся или новым обстоятельствам в гражданском и административном судопроизводстве. Авторы поставили своей *целью* провести исследование правового регулирования подсудности заявлений обозначенного пересмотра. *Методологическую основу* статьи составили общенаучные (анализ, аналогия, описание, синтез, системный) и частно-научные методы (историко-правовой, сравнительно-правовой, формально-юридический). Проведен ретроспективный анализ правовых актов отечественного законодательства. *По результатам* проведенного исследования отмечаются возникшие трудности при толковании и применении действующих норм об определении надлежащей инстанции по пересмотру. На основе анализа судебной практики судов общей юрисдикции и арбитражных судов авторы приходят к *выводу* об отсутствии единообразного подхода судов в определении процессуально-правовых последствий нарушений правил подсудности. В заключение обобщаются предложения о совершенствовании действующего законодательства с целью устранения неясностей и достижения единообразия судебной практики.

Ключевые слова: подсудность, пересмотр вступивших в законную силу судебных актов по вновь открывшимся или новым обстоятельствам, суды, пересматриваемые судебные акты, состав суда, процессуально-правовые последствия нарушения правил подсудности

Конфликт интересов. Авторы заявляют об отсутствии конфликта интересов.

Информация о вкладе авторов: С.Т. Багыллы — Введение. Исторический обзор законодательства в части определения компетентного суда. Действующие правила подсудности пересмотра. Формирование состава суда для пересмотра; Л.Н. Павлова — Процессуально-правовые последствия нарушений правил подсудности. Заключение.

Благодарности: Исследование проведено на основе материалов судебной практики, размещенной в СПС КонсультантПлюс.

© Багыллы С.Т., Павлова Л.Н., 2020.



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

Дата поступления в редакцию: 10 августа 2020 г.

Дата принятия к печати: 15 октября 2020 г.

Для цитирования:

Багыллы С.Т., Павлова Л.Н. Подсудность заявлений о пересмотре судебных актов по вновь открывшимся или новым обстоятельствам и процессуально-правовые последствия ее нарушения // *Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки*. 2020. Т. 24. № 4. С. 1141–1168. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1141-1168.

DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1141-1168

Research Article

JURISDICTION OF APPLICATIONS FOR THE REVISION OF JUDICIAL ACTS ON NEWLY DISCOVERED OR NEW CIRCUMSTANCES AND THE PROCEDURAL AND LEGAL CONSEQUENCES OF ITS VIOLATION

Safura T. Bagylly, Larisa N. Pavlova

*Russian State University of Justice,
Moscow, Russian Federation*

Abstract. The article deals with the problematic items of choosing a court competent to review court decisions that have entered into legal force on newly discovered or new circumstances in civil and administrative proceedings. The aim of the authors is to conduct a study of the legal regulation of the jurisdiction of applications for review. The methodological basis of the article was formed by general scientific (analysis, analogy, description, synthesis, and systemic approach) and particular scientific methods (historical-legal, comparative-legal, and formal-legal). A retrospective analysis of legal acts of domestic legislation has been carried out. According to the results of the study, difficulties relate to interpreting and applying the existing rules on determining the appropriate instance for revision. Based on the analysis of the judicial practice of courts of general jurisdiction and arbitral courts, the authors come to the conclusion that there is no unified approach of the courts in determining the procedural and legal consequences of violations of the rules of jurisdiction. The conclusion summarizes proposals for improving the current legislation to eliminate ambiguities and achieve uniformity in judicial practice.

Key words: jurisdiction, revision of court acts that have entered into legal force on newly discovered or new circumstances, courts revising judicial acts, composition of the court, procedural and legal consequences of violation of the rules of jurisdiction

Conflicts of interest. The authors declared no conflicts of interest.

The participation of the authors: S.T. Bagylly — Introduction. Historical review of legislation in terms of determining the competent court. The existing rules of jurisdiction of review. Formation of the court for review; L.N. Pavlova — Procedural and legal consequences of violations of the rules of jurisdiction. Conclusion.

Acknowledgements: The research is based on materials from judicial practice contained in the SPS ConsultantPlus.

Article received 10 August 2020

Article accepted 15 October 2020

For citation:

Bagylly, S.T., Pavlova, L.N. (2020) Jurisdiction of applications for the revision of judicial acts on newly discovered or new circumstances and the procedural and legal consequences of its violation. *RUDN Journal of Law*. 24 (4), 1141–1168. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1141-1168.

**Введение. Исторический обзор законодательства
в части определения компетентного суда**

Определение суда, уполномоченного пересматривать вступившие в законную силу судебные акты по вновь открывшимся или новым обстоятельствам, исторически происходило крайне противоречиво.

Псковская Судная грамота, действующая в начале и середине XV в., закрепляла, что преемник посадника, оставившего свою должность, не имел права пересматривать вынесенные его предшественником судебные решения (ст. 6) (Martysevich, 1951:1; Cherepnina, Yakovleva, 1940:238–239).

Напротив, Новгородская Судная грамота устанавливала возможность пересмотра («пересуда»), причем не всеми инстанциями, а только «наместником великого князя и тиуном» (ст. 2, 3 и 4) (Chistyakov, 1984:291–303) — вышестоящим судом, т.е. уже началось формирование инстанционности такого пересмотра.

Период XV–XVI вв. связывается с изданием Судебников (1497 и 1550 гг.). По мнению исследователей, решение судьи не носило обязательного характера как для сторон, так и для третьих лиц и могло быть пересмотрено по несколько раз в другое время другим судьей (Dmitriev, 1899:245–248). В Судебнике 1550 г. предпринята попытка ввести препятствие этому злоупотреблению: в ст. 97 установлен запрет «перевершивать» старые дела даже на основании новых законов. Однако ст. 2 этого же Судебника предусматривала необходимость пересмотра неправильного судебного решения, закрепляя возможные непреднамеренные случаи судебной ошибки (бесхитростное, добросовестное заблуждение, ошибка или неопытность судьи), не влекущие последствий для судьи, ее совершившего (Tatishchev, 1786:12).

В XV главе Соборного Уложения 1649 г. принимаются нормы «О вершенных делах». Основной целью гражданского правосудия того периода, кроме интереса тяжущихся, был казенный интерес — немедленное взыскание пошлинных денег, истцу и ответчику было запрещено возобновлять решенное дело под страхом личной и денежной ответственности. Мотивом для возобновления решенных дел, как правило, было желание не платить судебных пошлин. С этой целью субъекты подавали челобитные о перенесении дел в другие приказы, придумывая различные поводы. Еще чаще возобновлялись дела, завер-

шенные в прежние царствования: новому государю жаловались на решение его предшественника. В конце XVII в. было несколько раз подтверждено, чтобы Боярская Дума не принимала жалоб на решения приказов, если спор против них не был предъявлен немедленно после составления приговора; челобитные по делам, завершённым именными указами прежних государей, запретили под страхом смертной казни (Kavelin, 1844:107)¹.

Итогом судебной реформы 1864 г. стало издание Устава гражданского судопроизводства (далее — Устав, УГС). Порядок пересмотра в Уставе был достаточно непростым и не всегда понятным.

Согласно ст. ст. 185, 792 УГС просьбы об отмене решений были трех родов, одним из которых являлись положения о просьбах о пересмотре решений.

Особого разграничения по порядку отмены между родами просьб не проводилось, а потому общее между ними было то, что все они влекли за собой отмену вышестоящим судом решений судов первой инстанции и передачу им дела для повторного рассмотрения в другой суд первой инстанции.

В первоначальном проекте Устава предполагалось предоставить право пересмотра той палате, которая постановила решение. Но в последней редакции, поскольку просьбы о пересмотре по вновь открывшимся обстоятельствам относились к просьбам об отмене, то и было решено применять единые правила для всех просьб об отмене. Ведь прежде чем пересмотреть судебный акт, его необходимо было отменить². Таким образом, просьбы об отмене решений мировых судей приносились мировому съезду, а об отмене решений мировых съездов — Правительствующему Сенату.

Разрешение вопроса о том, кому приносить просьбы об отмене в итоге, вызвало различные дискуссии. Предложения о том, что все просьбы об отмене окончательных решений следовало приносить Сенату, были аргументированы тем, что, не разрешая дел по существу, он будет сочетать в себе наблюдательную и охранительную функции за силой закона, следить за единообразным его исполнением всеми судами в Империи. Позволить принесение жалоб на окончательные решения в судебные палаты на местах означало допустить такое разнообразное толкование закона, каково будет количество палат. В связи с чем произойдет умаление «высшего судилища», что в конечном счете поставит граждан в ту ситуацию, когда им нельзя будет рассчитывать на силу закона, его неприкосновенность и нерушимость.

¹ Например, после московского пожара 1626 года, в который в Поместном приказе сгорели многие документы, челобитные по делам о поместьях так умножились, что в Уложении специальными статьями запретили их пересматривать. См.: Статьи 15, 23, 154 главы X; ст. 119 главы XX Соборного Уложения 1649 г. Также, например, одним боярским приговором 1692 года запрещено ссылаться на такие приговоры, которые постановлены без доклада Боярской Думе.

² Судебные уставы 20 ноября 1864 года, с изложением рассуждений, на коих они основаны. Часть первая. С. 364 // СПС КонсультантПлюс.

Аргументы против такого сосредоточения состояли в проблеме отдаленности мест Империи от Сената и обременением его количеством дел, несообразных его составу.

Однако эти аргументы не были состоятельными, поскольку Сенат как бы доверял производству дел на местах. Ссылаясь на то, что Сенат будет обременен просьбами об отмене вынесенных в мировых учреждениях окончательных решений, означало бы отсутствие доверия к этим учреждениям и подозрения в нечестности мировых судей. Мировые судьи были близки к народу, предполагались как скорый и недорогой способ разрешения спора, а количество их было огромно. К тому же согласно ст. 130 УГС мировой судья при разрешении дел вправе был руководствоваться местными обычаями, а Кассационный Департамент о них мог быть не осведомлен, тогда как мировые съезды были ближе в этих вопросах к соответствующим местам. Последних, в свою очередь, о служебных обязанностях судей, о направлении развития законодательства собирались информировать из Сената.

Поэтому было принято решение, что малозначительные просьбы, рассматриваемые мировыми судьями, могли быть пересмотрены мировыми съездами, а решения мировых съездов — Кассационным Департаментом Сената³.

Так, согласно ст. 193 УГС, если мировой съезд признавал просьбу об отмене «заслуживающей уважения», то он отменял обжалованное решение и передавал ее на рассмотрение не тому же, а другому мировому судье. Правительствующий Сенат при отмене решения мирового съезда передавал его на рассмотрение другому съезду.

После принятия закона от 15.06.1912 г. в УГС произошли изменения, согласно которым просьбы об отмене решений мировых судей должны были приноситься Правительствующему Сенату и подаваться председателю мирового съезда по правилам, предусмотренным для апелляционных жалоб (ст. 189 УГС).

Просьбы об отмене решений мировых съездов подавались с соблюдением правил для подачи апелляционных жалоб в Кассационный Департамент Правительствующего Сената члену мирового съезда, который руководствовался порядком, установленным для судебных палат (ст. 801 УГС).

Все поступающие в Кассационный Департамент Сената просьбы и жалобы об отмене окончательных решений рассматривались предварительно в распорядительном заседании Департамента⁴. Полагаем, что это являлось своеобразным фильтром, напоминающим рассмотрение современным судом вопроса о наличии вновь открывшихся или новых обстоятельств в судебном заседании. В то же время это можно рассматривать и как подготовительный этап

³ См.: ст. 189 УГС Судебные уставы 20 ноября 1864 года, с изложением рассуждений, на коих они основаны. Часть первая. С. 94–99 // СПС КонсультантПлюс.

⁴ См.: ст. 802¹ Устава гражданского судопроизводства // СПС КонсультантПлюс.

перед основным судебным заседанием для рассмотрения просьбы об отмене окончательного решения по существу.

В случае отмены решения Сенат выбирал для рассмотрения другую палату, по территориальности ближайшую к той, где ранее рассматривалось дело (ст. 809 УГС).

Заявление об отмене судебных решений в общих судебных местах разрешалось подавать в случае отсутствия права на апелляцию⁵.

По сравнению с УГС правила о пересмотре решений в коммерческих судах имели свои особенности. Изначально Устав судопроизводства торгового 1832 г. (далее — УСТ) предусматривал только подачу частных жалоб и возможность апелляции. Однако вскользь в ст. 371 УСТ упоминалось о возможном «перевершении дела». Позднее в комментариях к УСТ можно найти разъяснения, что Сенат (если признает просьбу уважительной) может пересмотреть дело по просьбе заинтересованного лица, когда и Департамент, и общее собрание признают необходимость отмены по вновь открывшимся обстоятельствам (Nuremberg, 1913:178).

Поскольку УСТ не содержал подробную регламентацию порядка рассмотрения споров, регулируя только отдельные вопросы подсудности споров, вызова в суд, сбора доказательств и т.д., то судьи руководствовались «аналогией закона», обращаясь к УГС. Даже в самих положениях УСТ можно найти ссылки на правила УГС.

Принятый в 1923 г. ГПК РСФСР (в первоначальной редакции) разрешение вопроса о пересмотре судебных решений, для которых истек срок кассационного обжалования, относил исключительно к подсудности Верховного Суда.

По редакции ГПК РСФСР от 1930 г. пересмотреть судебное решение по вновь открывшимся обстоятельствам можно было либо суду, разрешившему дело по существу, либо Верховному Суду в зависимости от характера вновь открывшихся обстоятельств (ст. 250 ГПК РСФСР)⁶. Если открылись новые обстоятельства, имеющие существенное для дела значение, то пересматривал Верховный Суд, а если имели место такие обстоятельства, как ложные показания свидетелей, преступные деяния сторон, их представителей, экспертов, членов суда, участвовавших в деле, установленные судебным приговором, а также представление ложных документов, которые легли в основу решения, — то в суде, разрешившем дело по существу. Однако Гражданская кассационная коллегия Верховного Суда при необходимости могла пересматривать судебные акты и в этих последних случаях.

⁵ См.: ст. 792 УГС Судебные уставы 20 ноября 1864 года, с изложением рассуждений, на коих они основаны. Часть первая. С. 359 // СПС КонсультантПлюс.

⁶ Постановление ВЦИК от 10.07.1923 (ред. от 28.02.1930) «О введении в действие Гражданского процессуального кодекса Р.С.Ф.С.Р» (вместе с «Гражданским Процессуальным Кодексом Р.С.Ф.С.Р.») // СПС КонсультантПлюс.

В том же 1930 году законодатель вновь меняет норму о подсудности⁷, заменяя Верховный Суд на краевой (областной). Однако указанное выше правило определения подсудности соответствующих заявлений, сориентированное на характер вновь открывшихся обстоятельств, не поменялось.

Кроме того, законодательство того периода предусматривало правила пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам другими специализированными разъяснениями, например, в части земельных споров⁸.

По ГПК РСФСР 1964 г. заявление о пересмотре подавалось в суд, вынесший решение, определение или постановление (ст. 334). Позднее в Кодекс были внесены уточнения, согласно которым пересмотр по вновь открывшимся обстоятельствам определений и постановлений кассационной или надзорной инстанций, которыми изменено решение суда первой инстанции или постановлено новое решение, производится судом, изменившим решение или вынесшим новое решение (ст. 333.1)⁹.

Как видим, от критерия выбора инстанции, исходя из характера вновь открывшего обстоятельства, законодатель отказался.

Согласно Правилам рассмотрения хозяйственных споров государственными арбитражами 1980 г. (ред. 1988 г.) Государственный Арбитраж имел право пересмотреть принятое им решение по вновь открывшимся обстоятельствам¹⁰.

Действующие правила подсудности пересмотра. Формирование состава суда для пересмотра

Действующее процессуальное законодательство (ст. 310 АПК РФ, ст. 393 ГПК РФ, ст. 345 КАС РФ) устанавливает общие правила: пересмотр вступившего в законную силу судебного акта по вновь открывшимся или новым обстоятельствам осуществляется судом, его принявшим; пересмотр по вновь открывшимся или новым обстоятельствам постановлений судов апелляционной, кассационной или надзорной инстанции, которыми изменено или принято новое

⁷ Постановление ВЦИК от 10.07.1923 (ред. от 30.10.1930) «О введении в действие Гражданского Процессуального Кодекса Р.С.Ф.С.Р.» (вместе с «Гражданским Процессуальным Кодексом Р.С.Ф.С.Р.») // СПСКонсультант Плюс.

⁸ См.: Пункт 40 постановления ВЦИК, СНК РСФСР от 21.05.1928 «Об утверждении Положения об Особой Коллегии Высшего Контроля по земельным спорам Р.С.Ф.С.Р. и о коллегиях высшего контроля по земельным спорам автономных республик» ВЦИК и СНК от 21.05.1928 г. об утверждении Положения об Особой коллегии высшего контроля по земельным спорам РСФСР и о коллегиях высшего контроля по земельным спорам автономных республик (СУ, 1928, № 60, ст. 441, и № 123, ст. 771; 1929, № 17, ст. 177) // СПС КонсультантПлюс.

⁹ См.: Указ Президиума ВС РСФСР от 01.08.1980 «О внесении изменений и дополнений в Гражданский процессуальный кодекс РСФСР» // Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1980. № 32. Ст. 987.

¹⁰ Правила рассмотрения хозяйственных споров Государственными Арбитражами (утв. постановлением Совмина СССР от 05.06.1980 № 440) // Свод законов СССР. Т. 10. 1990. С. 184.

судебное постановление, производится судом, изменившим судебное постановление или принявшим новое судебное постановление.

Правомерность и обоснованность рассмотрения заявления о пересмотре по вновь открывшимся обстоятельствам тем судом, которым принят окончательный судебный акт, были подтверждены Конституционным Судом РФ (далее — КС РФ) в постановлении от 02.02.1996 № 4-П в связи с рассмотрением соответствующих механизмов уголовного судопроизводства¹¹, затем повторена применительно к арбитражному процессуальному законодательству в постановлении от 03.02.1998 № 5-П и к гражданскому процессу в определении от 08.02.2001 № 36-О¹².

В процессуальной литературе отмечается, что производство по пересмотру по вновь открывшимся и новым обстоятельствам обладает внеинстанционным характером, поскольку может быть возбуждено в любой судебной инстанции (Terekhova, 2007; Terekhova, 2017; Knyazkin, 2017:60–76).

Действующее правило определения подсудности заявлений о пересмотре вступивших в законную силу судебных актов по вновь открывшимся и новым обстоятельствам в юридической литературе не всегда оценивается положительно и предлагается передать полномочия по пересмотру судебных актов вышестоящей инстанции.

Так, по мнению Л.А. Тереховой, проверку наличия вновь открывшихся обстоятельств, квалификацию их в качестве таковых должен осуществлять вышестоящий суд, лишение судебного акта законной силы является слишком серьезным вопросом для самоконтроля (Terekhova, 2007).

С.В. Никитин высказывал предложение о необходимости узаконения специальной (исключительной) процедуры проверки окончательных, вступивших в законную силу судебных актов по некоторым новым основаниям пересмотра: связанным с установлением Европейским судом по правам человека нарушения положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод, а также по основанию признания КС РФ не соответствующим Конституции РФ закона. Он предлагает передать полномочия по рассмотрению таких заявлений о пересмотре Президиуму Верховного Суда РФ (Nikitin, 2010).

Другой точки зрения придерживается Е.А. Борисова, полагающая, что предложение о наделении вышестоящих судов функциями пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам не учитывает уроков истории, когда аналогич-

¹¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 02.02.1996 № 4-П «По делу о проверке конституционности пункта 5 части второй статьи 371, части третьей статьи 374 и пункта 4 части второй статьи 384 УПК РСФСР в связи с жалобами граждан К.М. Кульнева, В.С. Лалуева, Ю.В. Лукашова и И.П. Серебренникова».

¹² Постановление Конституционного Суда РФ от 03.02.1998 № 5-П «По делу о проверке конституционности статей 180, 181, пункта 3 части 1 статьи 187 и статьи 192 АПК РФ»; определение Конституционного Суда РФ от 08.02.2001 № 36-О «По жалобе акционерной компании «Алроса» на нарушение конституционных прав и свобод статьей 333 ГПК РСФСР».

ное регулирование было предусмотрено ст. 801 УГС (Borisova, 2008:66–81), и дела передавались Кассационному Департаменту Правительствующего Сената.

На наш взгляд, существующий на сегодняшний день порядок пересмотра вступивших в законную силу судебных актов по вновь открывшимся или новым обстоятельствам той инстанцией, которая приняла окончательное решение по существу спора, является наиболее обоснованным.

По вопросу подсудности заявлений о пересмотре вышестоящими инстанциями были даны некоторые разъяснения, касающиеся того, какие судебные акты вышестоящих инстанций могут быть пересмотрены¹³.

На первый взгляд, действующие правила определения суда, который правомочен пересмотреть судебный акт по вновь открывшимся или новым обстоятельствам, ясны и понятны. Однако это не так: в судебной практике возникли некоторые трудности в их толковании и применении для отдельных ситуаций.

Так, ряд граждан в своих жалобах в КС РФ оспаривали конституционность применения ст. 393 ГПК РФ о судах, пересматривающих по вновь открывшимся или новым обстоятельствам, полагая, что пересмотр не может осуществляться тем судьей, который непосредственно принимал судебный акт, заявленный к пересмотру. Правовая позиция КС РФ по этому поводу была такова: по смыслу положений указанной статьи пересмотреть судебный акт может тот же судья, который его принимал. Тем не менее, не исключается возможность рассмотрения заявления другим судьей суда, вынесшего обжалуемое судебное постановление¹⁴.

В п. 25 постановления Пленума ВАС РФ № 52 разъяснено, что дело рассматривается тем же составом суда, который рассматривал дело по существу, или в ином судебном составе того же суда¹⁵. Из разъяснения следует общее правило: заявление передается на рассмотрение тому же судье, который принимал судебный акт, а в случае невозможности по различным причинам (окончание срока полномочий судьи, нахождение его в отпуске, болезнь, отвод и т.п.) — передать другому. Данный вывод подтверждается и ч. 3 ст. 345 КАС РФ, которая конкретизирует выбор судьи, закрепляя следующее положение: когда приговором суда установлена вина судьи, связанная с совершением преступления, в результате

¹³ См.: Постановление Пленума ВАС РФ от 30.06.2011 № 52 (ред. от 20.09.2018) «О применении положений Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при пересмотре судебных актов по новым или вновь открывшимся обстоятельствам» (п.2); постановления Пленума Верховного Суда РФ от 11.12.2012 № 31 «О применении норм Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении судами заявлений, представлений о пересмотре по вновь открывшимся или новым обстоятельствам вступивших в законную силу судебных постановлений» (абз. 3 п. 1).

¹⁴ См., например, определения Конституционного Суда РФ от 26.01.2010 № 11-О-О, от 24.09.2012 № 1717-О, от 22.11.2012 № 2205-О, от 24.10.2013 № 1636-О.

¹⁵ Постановление Пленума ВАС РФ от 30.06.2011 № 52 (ред. от 20.09.2018) «О применении положений Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при пересмотре судебных актов по новым или вновь открывшимся обстоятельствам».

которого принят судебный акт, то пересмотр осуществляется тем судом, судьей которого он был.

Представляется, что в контексте вышеуказанной правовой позиции КС РФ норма ч. 3 ст. 345 КАС РФ является излишней.

Анализ судебных актов также свидетельствует, что основным принципом формирования состава суда для рассмотрения заявлений о пересмотре является его рассмотрение тем же судом, который разрешил дело по существу, при этом допускается передача заявления тому же или иному составу суда.

Суды отмечают, что этот принцип не предусматривает обязанность заинтересованного лица указать конкретного судью для рассмотрения заявления. Вопрос о составе суда должен решаться самим судом при поступлении заявления в суд. Главным для заявителя является соблюдение надлежащей подсудности¹⁶. Необходимости вынесения определения о замене судьи в случае, если решение суда по делу вынесено одним судьей, а заявление о пересмотре этого дела по вновь открывшимся обстоятельствам передано для рассмотрения другому судье, не имеется¹⁷.

Другой проблемой стало определение подсудности для ситуаций, когда судебный акт был отменен (изменен) вышестоящей инстанцией в части. Возник вопрос, в какую инстанцию подавать заявление: в инстанцию, которая частично отменила (изменила) судебный акт, либо в инстанцию, которая вынесла судебный акт в неизменной части?

Ответ на этот вопрос сформулировал Президиум ВАС РФ в постановлении от 13 ноября 2012 г. № 13649/1: рассмотрение заявления о пересмотре по новым обстоятельствам судебных актов относится к компетенции арбитражного суда первой инстанции в той части, в которой было оставлено в силе решение суда первой инстанции, и к компетенции арбитражного суда апелляционной инстанции в той части, в которой постановление суда апелляционной инстанции было отменено¹⁸.

По данной ситуации в литературе высказана рекомендация о необходимости подачи двух заявлений в обе инстанции (Sultanov, 2013:145–163). Это оправдано с точки зрения возможного риска пропуска срока подачи заявления. Обнаруженное вновь открывшееся или возникшее новое обстоятельство может быть настолько тесно связано как с измененной, так и оставленной без изменения частями судебного решения, что определить, к какой из них оно относится, иногда представляется затруднительным. Как показал анализ судебной практики, ошибки в определении уполномоченной инстанции имеют место не только со стороны заявителей, но и со стороны судов¹⁹.

¹⁶ Постановление Восьмого ААС от 20.06.2012 по делу № А46-1513/2011.

¹⁷ Постановление Первого ААС от 25.10.2017 по делу № А79-8485/2014.

¹⁸ Постановление Президиума ВАС РФ от 13.11.2012 № 13649/11 по делу № А55-26766/2010.

¹⁹ Апелляционное определение Ярославского областного суда от 25.01.2018 по делу № 33-737/2018, определение Московского городского суда от 10.10.2017 № 33-40141/2017.

Вместе с тем не исключено, что обе инстанции примут заявления к своему производству и посчитают необходимым пересмотреть дело по существу. Это может создать ситуацию, когда судебные акты, вынесенные по итогам пересмотра, будут иметь взаимные противоречия, что не соотносится с принципом правовой определенности и вызовет сложности в вопросе преюдициальности обстоятельств, установленных судами.

Как предотвратить такую ситуацию, вопрос остается открытым.

По нашему мнению, вновь открывшееся или новое обстоятельство непременно должно соотноситься с той частью судебного акта, который заявитель хотел бы пересмотреть. От этого будет зависеть выбор компетентного суда для пересмотра. В случае ошибочного определения инстанции судья обязан сориентировать заявителя в этом вопросе. Как указал Конституционный Суд РФ, у суда имеется обязанность разъяснить, в какой суд надлежит обратиться заявителю²⁰.

Процессуально-правовые последствия нарушений правил подсудности

Анализ судебной практики выявил еще одну проблему: до настоящего времени не выработан единообразный подход в определении процессуально-правовых последствий нарушений правил подсудности при подаче заявления о пересмотре как в случаях их выявления на стадии возбуждения производства по заявлению, так и после его ошибочного принятия судом к своему производству.

Данные ситуации не получили своего законодательного разрешения ни в ГПК РФ, ни в КАС РФ, а в АПК РФ — лишь при решении вопроса о принятии к производству заявления: п. 1 ч. 1 ст. 315 АПК РФ закрепляет, что арбитражный суд возвращает заявление, если установит, что оно подано с нарушением правил, установленных ст. 310.

Правда, из содержания нормы ч. 2 ст. 348 КАС РФ, согласно которой суд выносит определение о принятии заявления, представления к производству в случае, если заявление, представление о пересмотре соответствуют требованиям, предусмотренным статьей 347 *и поданы с соблюдением других правил главы 37 КАС РФ* (выделено авторами), косвенно можно сделать вывод о том, что заявление, поданное с нарушением правил подсудности, установленных ст. 345 КАС РФ, не подлежит принятию к производству.

По соответствующим вопросам разъяснения ВАС РФ и ВС РФ отсутствуют.

²⁰ Определение Конституционного Суда РФ от 24.10.2019 № 2868-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Трибухиной Анны Тихоновны на нарушение ее конституционных прав статьей 135 ГПК РФ».

Отметим, что общая законодательная регламентация процессуально-правовых последствий нарушений установленных законом правил подсудности при подаче искового заявления (заявления) предполагает:

— возвращение заявления при разрешении вопроса о его принятии (п. 2 ч. 1 ст. 135 ГПК РФ, п. 1 ч. 1 ст. 129 АПК РФ, п. 2 ч. 1 ст. 129 КАС РФ);

— передачу дела на рассмотрение другого суда после принятия заявления к производству (п. 3 ч. 2 ст. 33 ГПК РФ, п. 2 ч. 2 ст. 27 КАС РФ, п. 3 ч. 2 ст. 39 АПК РФ (при этом данный пункт указывает только на возможность передачи дела на рассмотрение другого арбитражного суда *того же уровня*, другими словами эта норма не позволяет ее применить в случае нарушения правил родовой подсудности).

В рассматриваемой проблематике возникают три ситуации:

1) судебный акт (его часть), о пересмотре которого заявлено, не подлежит пересмотру по вновь открывшимся или новым обстоятельствам, при этом инстанционность обращения заявителем:

1.1) соблюдена — заявление подано в судебную инстанцию, которая приняла или изменила указанный судебный акт (далее — ситуация 1.1);

1.2) не соблюдена — заявление подано в судебную инстанцию, которая не выносила этот судебный акт (далее — ситуация 1.2);

2) судебный акт, о пересмотре которого заявлено, либо его часть может быть объектом пересмотра по вновь открывшимся или новым обстоятельствам, но заявителем не соблюдена инстанционность обращения (ситуация 2).

Строго говоря, по нашему мнению, только ситуация 2 является нарушением правил специальной подсудности в чистом виде, ситуация 1.2 — отчасти, а ситуация 1.1 — нет.

Однако ситуация 1.1 представляет интерес и требует разрешения на законодательном уровне, поскольку закон не дает ответа на вопрос, как поступать в случае, если заявлено о пересмотре судебного акта, который не подлежит пересмотру по смыслу гл. 42 ГПК РФ, глав 37 АПК РФ и КАС РФ, что отмечается судами²¹, а судебная практика свидетельствует об отсутствии единообразного подхода в разрешении этого вопроса. К тому же эта ситуация судами связывается именно с неподсудностью²², а не с требованиями, предъявляемыми процес-

²¹ См., например, апелляционные определения Омского областного суда от 24.04.2019 по делу № 33-2680/2019, Московского городского суда от 14.10.2016 по делу № 33-40752/2016, Верховного суда Республики Дагестан от 07.03.2016 по делу № 33-1346, Архангельского областного суда от 25.02.2013 № 33-1064/2013 и др.

²² См., например, определение Московского городского суда от 18.04.2019 по делу № 4г/8-5512, апелляционные определения Омского областного суда от 24.04.2019 по делу № 33-2680/2019, Московского городского суда от 10.08.2018 по делу № 33-35254, Верховного суда Республики Алтай от 05.07.2017 по делу № 33-858, Верховного суда Республики Дагестан от 07.03.2016 по делу № 33-1346.

суальным законодательством к объекту пересмотра по вновь открывшимся или новым обстоятельствам.

При этом все три ситуации по-разному разрешаются судами общей юрисдикции, в том числе как на стадии возбуждения производства по заявлению, так и после его принятия к производству. Единообразия не наблюдается даже в пределах одного суда.

Ситуация 1.1. В разрешении этой ситуации, когда заявлено требование о пересмотре судебного акта, не подлежащего пересмотру по вновь открывшимся или новым обстоятельствам, в суд, его принявший, выявлено четыре правовых позиций судов.

Первая позиция: заявление о пересмотре следует принять к производству и, не рассматривая заявление по существу, отказать в его удовлетворении²³.

Данная позиция, как видится, сложилась в результате подхода, высказанного в определениях Верховного Суда РФ от 15.03.2011 № 18-В10-102 и от 07.06.2011 № 18-В11-15, в которых сделан вывод о том, что у кассационной инстанции не имелось предусмотренных законом оснований для удовлетворения заявления о пересмотре судебного акта данной инстанции, поскольку им решение суда первой инстанции было оставлено без изменения. В связи с этим надзорная инстанция Верховного Суда РФ в удовлетворении заявлений о пересмотре отказала.

О неправомерности возвращения заявления по мотиву его неподсудности со ссылкой на п. 2 ч. 1 ст. 135 ГПК РФ Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ прямо высказалась в определении от 08.11.2011 № 89-Г11-8, вынесенном по делу, в котором областной суд возвратил заявление о пересмотре постановления этого суда об оставлении в силе ранее принятого судебного акта.

Судебная коллегия по гражданским делам ВС РФ указала, что при разрешении вопроса о возможности принятия заявления к производству судья областного суда не учел, что положения ст. 135 ГПК РФ регулируют вопросы принятия заявления к производству суда первой инстанции на стадии предъяв-

²³ См. Определение Первого кассационного суда общей юрисдикции от 17.06.2020 по делу № 88-7521/2020; Определение Московского городского суда от 10.10.2017 по делу № 33-40141/2017; Апелляционные определения Московского городского суда от 06.12.2017 по делу № 33-49790/2017, от 12.01.2017 по делу № 33-0860/2017; Постановление Президиума Московского областного суда от 14.12.2016 № 581; Постановление Президиума Севастопольского городского суда от 05.06.2019 по делу № 44г-25/2019; Апелляционные определения Московского областного суда от 24.02.2016 по делу № 33-4759/2016, от 29.07.2015 по делу № 33-18489/2015, без даты по делу № 33-19080/2014; Краснодарского краевого суда от 21.11.2019 по делу № 33-43888/2019; Кемеровского областного суда от 04.07.2019 по делу № 33-7081/2019; Свердловского областного суда от 09.10.2018 по делу № 33-18121/2018; Постановление Президиума Верховного суда Республики Дагестан от 21.09.2016 по делу № 44-Г-95/2016; Определения Ульяновского областного суда от 30.08.2016 по делу № 33-4165/2016; Воронежского областного суда от 02.06.2015 по делу № 33-2962/2015 и др.

ления иска и к отношениям, связанным с пересмотром по вновь открывшимся обстоятельствам вступивших в законную силу судебных постановлений, неприменимы, и поскольку заявителями поставлен вопрос о пересмотре постановления областного суда, он подлежал разрешению именно этим судом. Определение о возвращении заявления было отменено, материалы дела возвращены в тот же суд на новое рассмотрение.

Указанный подход также применен в определении Верховного Суда РФ от 23.11.2011 № 5-Г11-175, принятом Судебной коллегией ВС РФ в рамках компетенции, закрепленной в ст. 393 ГПК РФ, по результатам рассмотрения заявления о пересмотре по вновь открывшимся обстоятельствам определения судебной коллегии ВС РФ, которым судебный акт нижестоящей инстанции был оставлен без изменения: данное заявление было принято к производству и по итогам его рассмотрения сделан вывод о том, что отсутствует предусмотренное законом [ст. 393 ГПК РФ — прим. авторов] условие для рассмотрения заявления о пересмотре кассационного определения по вновь открывшимся обстоятельствам, следовательно, в удовлетворении заявления необходимо отказать.

Вторая позиция: заявление о пересмотре подлежит возвращению²⁴.

Эта правовая позиция мотивируется судами отсутствием законных оснований для рассмотрения заявления по существу в порядке ст. 392 ГПК РФ и необходимостью применения положения п. 2 ч. 1 ст. 135 ГПК РФ на основании ч. 4 ст. 1 ГПК РФ (аналогии закона).

Исходя из обозначенного подхода, если заявление о пересмотре судебного акта, не подлежащего пересмотру по вновь открывшимся или новым обстоятельствам, было ошибочно принято судом к производству, то оно подлежит оставлению судом без рассмотрения²⁵. Данное полномочие применяется как корреспондирующее полномочию по возвращению заявления. Вместе с тем встречаются случаи возвращения заявления²⁶, а также прекращения производства по заявлению²⁷.

²⁴ См.: Определения Московского городского суда от 18.04.2019 по делу № 4г/8-5512, от 25.12.2018 по делу № 4г-17580/2018, от 23.12.2016 по делу № 4г-8378/2016; Апелляционные определения Московского городского суда от 10.08.2018 по делу № 33-35254, от 12.07.2018 по делу № 33-30271, от 12.01.2017 по делу № 33-0860/2017, от 20.10.2016 по делу № 33-41754; Омского областного суда от 18.09.2019 по делу № 33-5935/2019, от 05.07.2017 по делу № 33-4411/2017; Свердловского областного суда от 08.11.2017 по делу № 33-18979/2017, Верховного суда Республики Алтай от 05.07.2017 по делу № 33-858; Хабаровского краевого суда от 17.06.2016 по делу № 33-4327/2016, Верховного суда Республики Дагестан от 31.03.2016 по делу № 33-1467/2016; Определения Верховного суда Республики Ингушетия от 16.12.2019 по делу № 44Г-39/2019; Оренбургского областного суда от 13.09.2017 по делу № 33-6810/2017; Ленинградского областного суда от 16.07.2014 по делу № 33-3478/14 и др.

²⁵ См.: Определение Первого кассационного суда общей юрисдикции от 05.06.2020 по делу № 88-15324/2020 (2-15/2003).

²⁶ См., например, апелляционное определение Верховного суда Республики Дагестан от 07.03.2016 по делу № 33-1346.

²⁷ См., например, апелляционное определение Нижегородского областного суда от 08.08.2017 по делу № 33-9244/2017.

Третья позиция: в принятии заявления следует отказать²⁸.

Эта правовая позиция мотивируется судами тем, что соответствующее заявление не подлежит рассмотрению и разрешению в порядке гражданского судопроизводства, и в соответствии с ч. 4 ст. 1 применительно к п. 1 ч. 1 ст. 134 ГПК РФ суд должен отказать в принятии заявления²⁹.

Исходя из обозначенного подхода, если заявление о пересмотре было принято судом к производству, то производство по заявлению подлежит прекращению на основании ч. 4 ст. 1 и абз. 2 ст. 220 ГПК РФ. Данное полномочие применяется как корреспондирующее полномочию по отказу в принятии заявления³⁰.

Четвертая позиция: заявление о пересмотре следует принять, а затем производство по нему прекратить³¹.

Эта позиция обосновывается отсутствием оснований к рассмотрению заявления, предусмотренных ст. 393 ГПК РФ, и необходимостью в связи с этим применить п. 1 ч. 1 ст. 134 ГПК РФ, поскольку заявление рассматривается и разрешается в ином судебном порядке.

Ситуация 1.2. Судебный акт, о пересмотре которого заявлено, не подлежит пересмотру, при этом заявление подано в судебную инстанцию, которая его не принимала.

В разрешении данной ситуации выявлены две позиции судов.

Первая позиция: заявление следует принять, а затем производство по нему прекратить³²;

Вторая позиция: в принятии заявления должно быть отказано со ссылкой на применение по аналогии ст. 134 ГПК РФ³³.

При освещении судебной практики по ситуациям 1.1 и 1.2 нельзя оставить без внимания неформальный подход некоторых судов апелляционной инстанции в рассмотрении жалоб на определения, принятые по результатам по-

²⁸ См.: Апелляционные определения Московского городского суда от 14.02.2018 по делу № 33-6900, Нижегородского областного суда от 22.05.2018 по делу № 33-5917, от 24.04.2018 по делу № 33-4609/2018 и др.

²⁹ См., например, апелляционное определение Московского городского суда от 14.02.2018 по делу № 33-6900 и др.

³⁰ См., например, апелляционное определение Омского областного суда от 28.06.2017 по делу № 33-4365/2017.

³¹ См., например, апелляционные определения Астраханского областного суда от 07.11.2019 по делу № 33-4023/2019, Омского областного суда от 28.06.2017 по делу № 33-4365/2017, Нижегородского областного суда от 14.03.2017 по делу № 33-2681/2017, Краснодарского краевого суда от 28.01.2016 по делу № 33-3726/2016, Курганского областного суда от 07.07.2015 по делу № 33-1907/2015 и др.

³² См.: Апелляционное определение Московского городского суда от 22.04.2019 по делу № 33-8493/2017.

³³ См.: Апелляционное определение Московского городского суда от 14.10.2016 по делу № 33-40752/2016.

данных (как с соблюдением правил инстанционности, так и с их нарушением) заявлений по пересмотру судебных постановлений, которые пересмотру в силу ст. 393 ГПК РФ не подлежат, однако из содержания заявлений усматривается, что заявитель желает пересмотреть по вновь открывшимся или новым обстоятельствам судебное постановление, принятое апелляционным судом, но неправильно (ошибочно) определяет судебный акт, который подлежит пересмотру (например, указывает решение, тогда как оно изменено полностью или в части судом апелляционной инстанции). Такие ошибки заявителей весьма распространены, особенно в случаях, когда вышестоящими судами судебные акты отменены или изменены в части.

Констатируя, что заявитель, обращаясь в суд первой инстанции за пересмотром решения, фактически (по существу) просит пересмотреть апелляционное определение, вышестоящий суд по итогам рассмотрения жалобы принимает заявление к своему производству³⁴. Такой же подход реализуется и судами первой инстанции³⁵, а также судом апелляционной инстанции, когда он рассматривает заявление о пересмотре, поступившее в его адрес³⁶.

Но так поступают не все суды. Проведенный анализ судебной практики позволяет утверждать, что формальный подход преобладает. Как правило, суды апелляционной инстанции по итогам рассмотрения частных жалоб на соответствующие определения судов первой инстанции об отказе в удовлетворении заявления о пересмотре, отменяя их, оставляют заявления без рассмотрения³⁷, отказывают в их удовлетворении³⁸, в том числе с констатацией, что по сути заявление имеет целью пересмотр судебного акта апелляционной инстанции, но к своему рассмотрению заявление не принимают³⁹, а рассматривая частные жалобы на определения о возвращении заявления, при той же констатации оставляют определения судов первой инстанции без изменения, опять же не принимая заявления к своему производству⁴⁰.

Ситуация 2. Судебный акт, о пересмотре которого заявлено, может быть объектом пересмотра, но заявителем не соблюдена инстанционность обращения.

³⁴ См., например, апелляционные определения Новосибирского областного суда от 10.01.2019 по делу № 33-687/2019; Нижегородского областного суда от 03.10.2017 по делу № 33-10851/2017 и др.

³⁵ См., например, апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 19.06.2018 по делу № 33-12322/2018.

³⁶ См.: Апелляционное определение Ярославского областного суда от 06.09.2012 по делу № 33-4641.

³⁷ См., например, апелляционные определения Омского областного суда от 24.04.2019 по делу № 33-2680/2019, Красноярского краевого суда от 01.11.2017 по делу № 33-14520/2017, Московского городского суда от 20.10.2016 по делу № 33-41754 и др.

³⁸ См.: Апелляционное определение Архангельского областного суда от 25.02.2013 по делу № 33-1064/2013.

³⁹ См.: Апелляционные определения Московского городского суда от 10.08.2018 по делу № 33-35254, от 20.10.2016 по делу № 33-41754 и др.

⁴⁰ См., например, апелляционное определение Московского городского суда от 12.07.2018 по делу № 33-30271.

В разрешении данной ситуации выявлено пять позиций судов.

Первая позиция: заявление принимается, производство по делу прекращается⁴¹.

Эта позиция обосновывается положением абз. 2 ст. 220 ГПК РФ, согласно которому суд прекращает производство по делу в случае, если дело не подлежит рассмотрению и разрешению в суде в порядке гражданского судопроизводства по основанию, предусмотренному п. 1 ч. 1 ст. 134 указанного Кодекса, поскольку заявление рассматривается и разрешается в ином судебном порядке.

Вторая позиция: заявление следует принять и в его удовлетворении отказать⁴².

Третья позиция: заявление принимается и оставляется без рассмотрения⁴³.

Четвертая позиция: заявление подлежит возвращению⁴⁴.

Пятая позиция: суд принимает заявление к производству и, руководствуясь п. 3 ч. 2 ст. 33 ГПК РФ и аналогией закона (ч. 4 ст. 1 ГПК РФ), передает дело на рассмотрение другого суда, которому подсудно заявление⁴⁵.

Данная позиция нашла поддержку в Первом кассационном суде общей юрисдикции⁴⁶.

При этом передача заявления по подсудности осуществляется не только вышестоящими судами нижестоящим, но и судами первой инстанции на рассмотрение в вышестоящие инстанции⁴⁷. Такой подход был высказан в апелляционном определении Московского городского суда от 04.09.2015 по делу № 33-31749/2015, где суд указал следующее: поскольку из смысла положений закона следует, что у суда первой инстанции отсутствовали полномочия на разрешение по существу заявления, то суду следовало применить аналогию закона

⁴¹ См.: Постановление Президиума Краснодарского краевого суда от 18.07.2018 по делу № 44г-316; Апелляционные определения Московского городского суда от 04.09.2015 по делу № 33-31749/2015, Курганского областного суда от 07.07.2015 по делу № 33-1907/2015, Архангельского областного суда от 25.02.2013 по делу № 33-1064/2013.

⁴² См.: Апелляционные определения Кемеровского областного суда от 04.07.2019 по делу № 33-7081/2019, Архангельского областного суда от 25.02.2013 по делу № 33-1064/2013; Определения Приморского краевого суда от 25.04.2016 по делу № 33-4011, Оренбургского областного суда от 25.02.2016 по делу № 33-1689/2016, от 11.02.2015 по делу № 33-10-2015 и др.

⁴³ См.: Апелляционное определение Московского областного суда от 29.07.2015 по делу № 33-18489.

⁴⁴ См.: Апелляционные определения Верховного суда Республики Дагестан от 31.03.2016 по делу № 33-1467/2016, Смоленского областного суда от 09.07.2013 по делу № 33-2997/2013 и др.

⁴⁵ См.: Определения Новосибирского областного суда от 26.06.2018 по делу № 33-7004/2018, Верховного суда Республики Татарстан от 04.04.2016 по делу № 33-6498/2016.

⁴⁶ См.: Определение Первого кассационного суда общей юрисдикции от 05.06.2020 по делу № 88-15324/2020(2-15/2003).

⁴⁷ См., например, апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 19.06.2018 по делу № 33-12322/2018.

и направить заявление о пересмотре судебного постановления по вновь открывшимся обстоятельствам по подсудности в надлежащий суд, т.е. в Московский городской суд, отменивший решение суда первой инстанции и принявший новое судебное постановление, учитывая, что право на пересмотр судебного постановления по вновь открывшимся обстоятельствам является составной частью конституционного права на судебную защиту, в связи с чем не подлежит ограничению, а передача заявления по подсудности в надлежащий суд гарантирует заявителю жалобы и иным участникам процесса рассмотрение дела тем судом, к подсудности которого оно отнесено законом.

Следует отметить, что передача заявления по подсудности не носит пространенного характера, такие случаи единичны, в удовлетворении ходатайств заявителей о передаче заявления по подсудности в соответствии с п. 3 ч. 2 ст. 33 ГПК РФ суды отказывают⁴⁸.

Анализ судебной практики также свидетельствует о том, что в случае рассмотрения и разрешения заявления о пересмотре судебного постановления с нарушением правил родовой подсудности некоторые вышестоящие суды в процессе обжалования судебных актов, принятых по результатам рассмотрения указанных заявлений, отменяют состоявшиеся судебные акты и передают заявление на рассмотрение в тот суд, к подсудности которого оно отнесено⁴⁹, а если оно подсудно этому вышестоящему суду, то принимают заявление о пересмотре к своему производству⁵⁰.

Из изложенного следует, насколько противоречива и неоднозначна практика судов общей юрисдикции в определении процессуально-правовых последствий нарушений правил ст. 393 ГПК РФ при подаче заявления о пересмотре судебного акта по вновь открывшимся или новым обстоятельствам.

В отличие от судов общей юрисдикции практика арбитражных судов при решении вопроса о принятии заявления к производству является стабильной и единообразной: заявление о пересмотре, поданное с нарушением правил ст. 310 АПК РФ, возвращается, что предопределено наличием на этот счет специальной нормы, предусматривающей данное полномочие (п. 1 ч. 1 ст. 315 АПК РФ).

При этом возврат заявления производится арбитражными судами как при нарушении правил подсудности (ситуация 2), что отвечает общей законодательной регламентации процессуально-правовых последствий соответствующего нарушения (п. 2 ч. 1 ст. 135 ГПК РФ, п. 1 ч. 1 ст. 129 АПК РФ, п. 2 ч. 1 ст. 129

⁴⁸ См., например, апелляционные определения Московского городского суда от 04.09.2015 по делу № 33-31749/2015, Архангельского областного суда от 25.02.2013 по делу № 33-1064/2013.

⁴⁹ См., например, определение Второго кассационного суда общей юрисдикции от 26.11.2019 по делу № 88-626/2019; постановление Президиума Московского городского суда от 05.06.2018 по делу № 44г-139/2018.

⁵⁰ См., например, апелляционные определения Московского областного суда от 04.09.2015 по делу № 33-31749/2015, от 29.07.2015 по делу № 33-18489, Белгородского областного суда от 11.08.2015 по делу № 33-3400/2015, Верховного суда Удмуртской Республики от 18.11.2013 по делу № 33-4246/2013.

КАС РФ), так и в случаях подачи заявления в отношении судебного акта, который пересмотру не подлежит. Это нашло свою поддержку на уровне Верховного Суда РФ со следующей мотивировкой: судебный акт не может являться предметом пересмотра по правилам гл. 37 АПК РФ⁵¹.

По нашему мнению, с терминологической точки зрения в указанных случаях следует говорить об объекте пересмотра (Terekhova, 2016:85–97; Treushnikov, 2011:593–594; Osokina, 2010:731, 738; Afanasyev, 2013:750), а не о предмете, поскольку предметом пересмотра является правильность и правосудность вступивших в законную силу судебных актов с учетом вновь открывшихся или новых обстоятельств.

Представляется, что практика по возвращению заявления, содержащего просьбу о пересмотре судебного акта, который не подлежит пересмотру, со ссылкой на п. 1 ч. 1 ст. 315 АПК РФ, регламентирующий последствия нарушения ст. 310 АПК РФ, является правильной, поскольку положения ст. 310 АПК РФ определяют не только правила подсудности, но и объект пересмотра — вступивший в законную силу судебный акт, которым спор разрешен по существу.

Поэтому в гражданском процессе для рассматриваемых случаев недостаточно, на наш взгляд, применения по аналогии п. 2 ч. 1 ст. 135 ГПК РФ, а требуется закрепить норму, аналогичную норме АПК РФ о возвращении заявления, поданного с нарушением правил, установленных ст. 393 ГПК РФ.

Считаем, что в рассматриваемой ситуации отказ в принятии заявления является неправомерным, применение по аналогии п. 1 ч. 1 ст. 134 ГПК РФ неоправданным, так как сходность регулируемых процессуальных правоотношений отсутствует. Нельзя говорить о том, что заявление не подлежит рассмотрению и разрешению в порядке гражданского судопроизводства, поскольку заявление рассматривается и разрешается в ином судебном порядке (по старой редакции статьи), либо не подлежит рассмотрению в судах (по действующей редакции статьи).

При этом аргументы некоторых судов общей юрисдикции о неправомерности отказа в принятии заявлений по причинам отсутствия такого правомочия в положениях гл. 42 ГПК РФ⁵², закрепления в ч. 1 ст. 397 ГПК РФ только правомочий по удовлетворению заявлений и отказу в пересмотре, недопустимости применения по аналогии ст. 134 ГПК РФ⁵³, считаем необоснованными.

⁵¹ См.: Определения Верховного Суда РФ от 13.04.2020 № 309-ЭС19-7064(2), от 30.05.2018 № 305-ЭС16-14882(4), от 06.03.2018 № 305-ЭС17-604(10).

⁵² См., например, апелляционные определения Свердловского областного суда от 06.04.2018 по делу № 33-5246/2018, Верховного суда Республики Крым от 04.07.2017 по делу № 33-5165, Ставропольского краевого суда от 02.02.2017 по делу № 33-825/2017, Московского городского суда от 04.09.2015 по делу № 33-31749/2015; определение Верховного суда Республики Ингушетия от 08.06.2018 по делу № 4г-152/2018 и др.

⁵³ См.: Апелляционные определения Свердловского областного суда от 23.11.2017 по делу № 33-20547/2017, Сахалинского областного суда от 26.05.2015 по делу № 33-1121/2015 и др.

Применение аналогии закона в принципе не исключается, поскольку положение ч. 4 ст. 1 ГПК РФ является общим для регулирования гражданских процессуальных правоотношений.

С изложенной позиции являются необоснованными и аналогичные доводы судов общей юрисдикции о неправомерности возвращения заявления о пересмотре по аналогии с п. 2 ч. 1 ст. 135 ГПК РФ⁵⁴.

По нашему мнению, отсутствуют какие-либо объективные препятствия для применения аналогии закона. Об этом свидетельствует и наличие в процессуальном законодательстве нормы п. 1 ч. 1 ст. 315 АПК РФ о возвращении арбитражным судом заявления о пересмотре при нарушении правил подсудности, установленных ст. 310 АПК РФ.

Высказанное мнение подтверждается и правовой позицией Конституционного Суда РФ, отраженной в недавно вынесенном определении от 24.10.2019 № 2668-О по результатам рассмотрения вопроса о принятии жалобы гражданки А.Т. Трибухиной, которой было возвращено ее заявление о пересмотре по вновь открывшимся обстоятельствам решения суда в связи подсудностью данного дела суду апелляционной инстанции, ранее частично отменившему решение суда первой инстанции.

Конституционный Суд РФ отметил, что положения статьи 135 ГПК РФ обязывают судью при выявлении того, что заявление подано в суд заинтересованным лицом, в частности, с нарушением установленных законом правил подсудности гражданских дел, возвратить данное заявление и разъяснить, в какой суд надлежит обратиться заявителю (часть вторая). Поскольку в силу ч. 3 ст. 135 ГПК РФ в системной связи со статьей 393 данного Кодекса возвращение заявления не препятствует лицу, заинтересованному в пересмотре судебного постановления, обратиться с соответствующим заявлением в тот суд, к подсудности которого относится его рассмотрение, п. 2 ч. 1 ст. 135 ГПК РФ, будучи направленным на реализацию положений Конституции Российской Федерации, не может расцениваться как нарушающий конституционные права заявительницы.

Кроме того, в рассматриваемых случаях именно применение полномочия по возвращению заявления о пересмотре корреспондирует действующему законодательству о разрешении аналогичных ситуаций при подаче кассационных и надзорных жалоб с нарушением правил подсудности и на вступившие в законную силу судебные акты, которые не подлежат соответствующему обжалованию (п. 3 ч. 1 ст. 379.1, п. 3 ч. 1 ст. 390.6, п. 5 ч. 1 ст. 391.4 ГПК РФ, п. 5 ч. 1 ст. 281, п. 2 ч. 1 ст. 291.5, п. 2 ч. 1 ст. 308.3 АПК РФ, п. 5 ч. 1 ст. 321, п. 2.1 ч. 1 ст. 335 КАС РФ).

⁵⁴ См., например, апелляционные определения Ставропольского краевого суда от 31.10.2019 по делу № 33-9122/2019, от 02.02.2017 по делу № 33-825/2017; Верховного суда Республики Крым от 04.07.2017 по делу № 33-5165/2017, от 13.04.2016 по делу № 33-2684/2016.

При отсутствии специальной нормы в ГПК РФ применение по аналогии ст. 135 ГПК РФ диктуется задачей достижения эффективности гражданской процессуальной формы, имеющей своей целью реальную защиту нарушенных или оспоренных прав, свобод и законных интересов.

Кроме того, возбуждение производства по заявлению, которое изначально не подлежит рассмотрению судом по существу, никак не способствует оптимизации судебной нагрузки, а в ситуации обращения с нарушением правил подсудности влечет для заявителя негативные процессуальные последствия, связанные с возможным пропуском срока обращения в суд с соответствующим заявлением.

Конституционным Судом РФ неоднократно отмечалось, что условия пересмотра судебных актов должны отвечать требованиям процессуальной экономии в использовании средств судебной защиты, исключать затягивание или необоснованное возобновление судебного разбирательства и тем самым обеспечивать справедливость судебного решения и вместе с тем правовую определенность, включая признание законной силы судебных решений, без чего недостижим баланс публично-правовых и частноправовых интересов⁵⁵.

Исходя из высказанных соображений, никак не приемлемы подходы некоторых судов общей юрисдикции, предполагающие принятие заявления, заведомо не подлежащего рассмотрению по существу, с последующим отказом в его удовлетворении, оставлении без рассмотрения либо прекращением производства по делу.

Практика арбитражных судов в разрешении вопроса о том, как поступить в случае, когда заявление принято к производству ошибочно, с нарушением правил ст. 310 АПК РФ, складывалась на протяжении нескольких лет также неоднозначно, что было вызвано тем, что в данном вопросе правовая позиция Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ менялась три раза.

Так, *первая позиция*, была выражена в постановлении от 05.10.2010 № 11009/07: заявление подлежит направлению для рассмотрения в суд, которому оно подсудно, применительно к п. 3 ч. 2 ст. 39 АПК РФ⁵⁶.

Надзорная инстанция также указала, что содержащееся в данном постановлении толкование правовых норм является общеобязательным и подлежит применению при рассмотрении арбитражными судами аналогичных дел.

Ранее так поступил, например, Арбитражный суд города Москвы, передав заявление на рассмотрение Девятого арбитражного апелляционного суда⁵⁷.

⁵⁵ См.: Определения Конституционного Суда РФ от 28.06.2012 № 1248-О, от 15.05.2012 № 875-О, от 03.04.2012 № 598-О; Постановления Конституционного Суда РФ от 02.02.1996 № 4-П, от 03.02.1998 № 5-П, от 05.02.2007 № 2-П и др.

⁵⁶ Постановление Президиума ВАС РФ от 05.10.2010 № 11009/07 по делу № А40-26032/06-149-179.

⁵⁷ См.: Постановление ФАС Арбитражного суда Московского округа от 26.04.2005 № КГ-А40/2065-05.

Этой позицией нижестоящие суды руководствовались и в дальнейшем после изменения подхода ВАС РФ к разрешению рассматриваемого вопроса⁵⁸.

Вместе с тем арбитражными судами высказывалось мнение о том, что при поступлении в арбитражный суд первой инстанции заявления, подлежащего рассмотрению арбитражным судом другого уровня (апелляционным, кассационным, надзорным судом), оснований для вынесения определения о передаче дела по подсудности в порядке ч. 3 ст. 39 АПК РФ не имеется, так как часть 2 названной статьи, определяя случаи передачи дела на рассмотрение другого арбитражного суда, прямо указывает на то, что такая передача осуществляется между судами одного уровня⁵⁹.

Вторая — в постановлении от 10.05.2011 № 11313/08: заявление подлежит оставлению без рассмотрения применительно к ч. 1 ст. 148 АПК РФ⁶⁰. Также указано на общеобязательность толкования и применения.

Этой позицией нижестоящие суды руководствовались и после изменения подхода ВАС РФ к разрешению рассматриваемого вопроса⁶¹.

Третья — в постановлении от 11.12.2012 № 4340/12: производство по заявлению подлежит прекращению применительно к п. 1 ч. 1 ст. 150 АПК РФ⁶².

Этой позиции придерживаются большинство арбитражных судов, вплоть до настоящего времени⁶³.

Случай, когда вышестоящий суд, отменяя судебный акт, вынесенный по результатам рассмотрения нижестоящим судом заявления о пересмотре с нарушением правил ст. 310 АПК РФ, принимает заявление к своему производству в силу его подсудности этому вышестоящему суду, единичен⁶⁴, в основном неправомерно возбужденное нижестоящим судом производство прекращается, заявление не принимается к своему производству⁶⁵ и не направляется по подсудности⁶⁶, имеют место случаи возвращения заявления⁶⁷.

⁵⁸ См.: Постановление ФАС Арбитражного суда Поволжского округа от 02.02.2012 по делу № А12-8972/2009, определение Арбитражного суда Липецкой области от 12.11.2011 по делу № А36-841/2011.

⁵⁹ Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 05.04.2013 по делу № А32-28465/2006.

⁶⁰ Постановление Президиума ВАС РФ от 10.05.2011 № 11313/08 по делу № А46-19316/2006.

⁶¹ См., например, постановления Девятого ААС от 06.12.2018 по делу № А40-133379/2016, Тринадцатого ААС от 19.06.2018 по делу № А21-9730/2016.

⁶² Постановление Президиума ВАС РФ от 11.12.2012 № 4340/12 по делу № А41-13345/11.

⁶³ См., например, постановления Арбитражного суда Московского округа от 11.12.2019 по делу № А40-143761/2013, Арбитражного суда Северо-Западного округа от 20.12.2019 по делу № А56-14474/2018, Арбитражного суда Поволжского округа от 05.11.2019 по делу № А57-28129/2016, Арбитражного суда Центрального округа от 25.02.2016 по делу № А09-10092/2013 и многие другие.

⁶⁴ См.: Постановление Девятого ААС от 06.12.2018 по делу № А40-133379/16.

⁶⁵ См.: Постановление Десятого ААС от 29.10.2019 по делу № А41-24965/2017.

⁶⁶ См.: Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 26.12.2019 по делу № А72-7808/2018 и др.

⁶⁷ См.: Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 05.04.2018 по делу № А78-7796/2016.

Как нам представляется, с точки зрения эффективности судопроизводства, достижения задач своевременной и реальной защиты нарушенных или оспоренных прав, свобод и законных интересов граждан, организаций и иных субъектов в случаях, когда заявление о пересмотре судебного акта принято к производству судом ошибочно, с нарушением правил ст. 393 ГПК РФ, ст. 310 АПК РФ, ст. 345 КАС РФ, суды в судебном заседании, коль скоро оно назначено ими, должны выяснить действительную волю заявителя, изложенную в поданном им заявлении, относительно того, какой состоявшийся по делу судебный акт он желает пересмотреть по вновь открывшимся или новым обстоятельствам. Если заявитель, даже несмотря на неправильное указание (определение) им судебного акта, подлежащего пересмотру, и нарушения им правил подсудности, выражает намерение пересмотреть судебный акт другой инстанции, заявление применительно к п. 3 ч. 2 ст. 33 ГПК РФ, к ст. 39 АПК РФ, п. 2 ч. 2 ст. 27 КАС РФ должно быть передано на рассмотрение в другой суд, к подсудности которого оно отнесено.

По нашему мнению, вышеназванные цель, задачи и соблюдение принципа доступности правосудия должны иметь приоритетное значение перед соблюдением требуемой формы, тем более в ситуации ошибочного принятия заявления к производству, которая может обернуться для заявителя негативным последствием, связанным с возможным пропуском срока обращения в суд с заявлением о пересмотре вступившего в законную силу судебного акта.

Как справедливо отмечено Султановым А.Р., требование процессуального закона заключается в следующем: если ошибка в подсудности будет выявлена при рассмотрении дела в суде, то суд должен передать дело на рассмотрение другого суда, прекращение производства (при том, что сам суд при принятии заявления не увидел ошибку в определении подсудности) — чрезмерная санкция по отношению к заявителю (Sultanov, 2013:145–163).

Передача заявления по подсудности должна осуществляться не только вышестоящими судами нижестоящим, но и наоборот. Соблюдение судебной субординации не должно быть к тому препятствием по вышеизложенным доводам и в условиях допущенной ошибки иметь первостепенное значение.

Если же заявитель настаивает на пересмотре судебного постановления, которое пересмотру не подлежит, или это усматривается из его заявления, либо настаивает на рассмотрении его заявления судом, к подсудности которого оно не отнесено, то следует, по нашему мнению, не оставлять заявления без рассмотрения по ст. 222 ГПК РФ, ст. 148 АПК РФ, ст. 196 КАС РФ, поскольку в названных случаях не могут иметь место соответствующие правовые последствия этого полномочия (повторное обращение в тот же суд), и не прекращать производство по заявлению применительно к абз. 2 ст. 220 ГПК РФ, п. 1 ч. 1 ст. 150 АПК РФ, п. 1 ч. 1 ст. 194 КАС РФ, так как очевидно, что данные основания не подходят к рассматриваемой ситуации, *а оставить заявление о пересмотре без рассмотрения по существу.*

Применение именно указанного полномочия, отличного от полномочия по оставлению заявления без рассмотрения, предусмотрено процессуальным законодательством для схожей ситуации, когда кассационная или надзорная жалобы подаются на вступивший в законную силу судебный акт, который не подлежит обжалованию в соответствующей инстанции (п. 6 ч. 1 ст. 390, п. 6 ч. 1 ст. 390.15, п. 6 ч. 1 ст. 391.12 ГПК РФ, п. 7 ч. 1 ст. 291.14, п. 6 ч. 1 ст. 308.11 АПК РФ, п. 6 ч. 1 ст. 329, п. 2.1 ч. 1 ст. 335 КАС РФ), а также указано к применению в разъяснениях, содержащихся в абз. 3 п. 40 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19.06.2012 № 13 для производства в суде апелляционной инстанции⁶⁸.

Отличие указанных полномочий усматривается в том, что полномочие по «оставлению заявления без рассмотрения» (ст. 222 ГПК РФ, 148 АПК РФ, 196 КАС РФ) применяется непосредственно к итогам рассмотрения дела (спора, жалобы) по существу и его применение имеет исчерпывающий перечень оснований. Полномочие по «оставлению заявления (жалобы) без рассмотрения по существу» применяется тогда, когда само заявление (жалоба) не подлежит рассмотрению.

На основании изложенного считаем целесообразным закрепить в соответствующих главах процессуальных кодексов указанное правомочие для рассматриваемых случаев, а в ГПК РФ и КАС РФ также норму о возвращении заявления о пересмотре в случае нарушения правил ст. 393 ГПК РФ, ст. 345 КАС РФ.

Заключение

Итоги проведенного исследования позволили сделать следующие выводы:

1. В отечественном законодательстве в основном компетенцией по пересмотру судебного акта по вновь открывшимся или новым обстоятельствам наделялся вышестоящий суд. Действующее законодательство в регулировании этого вопроса имеет иной подход: пересмотр должен осуществлять суд, принявший судебный акт. Авторами такая позиция поддерживается как наиболее оптимальная.

2. При формировании состава суда для рассмотрения заявлений о пересмотре суды руководствуются принципом: судебный акт пересматривается составом суда, который разрешил дело по существу, при этом допускается передача заявления иному составу того же суда.

3. Выбор компетентного суда для пересмотра частично измененного (отмененного) судебного акта будет зависеть от того, с какой из частей судебного акта соотносится вновь открывшееся или новое обстоятельство. В случае оши-

⁶⁸ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 19.06.2012 № 13 «О применении судами норм гражданского процессуального законодательства, регламентирующих производство в суде апелляционной инстанции».

бочного выбора заявителем инстанции судья обязан сориентировать его и указать, в какой суд ему следует обратиться.

4. Анализ судебной практики показал, что до настоящего времени не выработан единообразный подход в определении процессуально-правовых последствий нарушений правил подсудности при подаче заявления о пересмотре как в случаях их выявления на стадии возбуждения производства по заявлению, так и после его ошибочного принятия судом к своему производству. Это вызвано также отсутствием соответствующего законодательного регулирования. Такое положение вещей недопустимо. Нарушение правил подсудности может повлиять на пропуск заявителем срока обращения в суд с заявлением о пересмотре.

По мнению авторов, нарушение правил подсудности должно влечь применение судом следующих полномочий: на стадии возбуждения производства по заявлению — возвращение заявления (что имеет место в АПК РФ), а случае ошибочного принятия судом заявления к своему производству — передачу заявления по подсудности. При этом передача заявления по подсудности должна осуществляться не только вышестоящими судами нижестоящим, но и наоборот.

5. В ситуации подачи заявлений о пересмотре судебного акта, который пересмотру не подлежит, следует оставлять заявление о пересмотре без рассмотрения по существу. Такое полномочие закреплено для аналогичной ситуации в кассационном и надзорном производствах в АПК РФ, ГПК РФ и КАС РФ.

Библиографический список / References

- Afanasyev, S.F. (2013) *Grazhdanskoe protsessual'noe pravo Rossii: Uchebnik dlya vuzov [Civil procedural law of Russia: Textbook for universities]*. Moscow, Yurayt Publ. (in Russian).
Афанасьев С.Ф. Гражданское процессуальное право России: Учебник для вузов. М.: Юрайт, 2013. 750 с.
- Borisova, E.A. (2008) *Peresmotr po vnov' otkryvshimsya obstoyatel'stvam v grazhdanskom i arbitrazhnom protsessakh [Revision for newly discovered circumstances in civil and arbitration proceedings]*. *Legislation*. (11), 66–81. (in Russian).
Борисова Е.А. Пересмотр по вновь открывшимся обстоятельствам в гражданском и арбитражном процессах // Законодательство. 2008. № 11. С. 66–81.
- Cherepnina, L.V., Yakovleva, A.I. (1940) *Pskovskaya Sudnaya gramota [Pskov Judgment Letter]*. (Translation and commentary) Historical notes. Т. 6. Moscow, Nauka Publ. (in Russian).
Черепнина Л.В., Яковлева А.И. Псковская Судная грамота / (пер. и коммент.) Исторические записки. Т. 6. М.: Наука, 1940. 300 с.
- Chistyakov, O.I. (1984) *Rossiiskoe zakonodatel'stvo X–XX vekov: v 9 t. T. I: Zakonodatel'stvo Drevnei Rusi [Russian legislation X–XX centuries: in 9 volumes. T. I: Legislation of Ancient Rus]*. V.L. Yanin (ed.). Moscow, Legal literature Publ. (in Russian).
Чистяков О.И. Российское законодательство X–XX веков: в 9 т. Т. I: Законодательство Древней Руси / отв. ред. тома В.Л. Янин. М.: Юрид. лит., 1984. 432 с.
- Dmitriev, F.M. (1899) *Istoriya sudebnykh instantsii i grazhdanskogo apellyatsionnogo sudoproizvodstva ot Sudebnika do uchrezhdeniya o guberniyakh [The history of courts and civil*

- appellate proceedings from the Judicial Code to the institution of provinces*]. Т. I. Moscow, Type. A.I. Mamontov and K^o Publ. (in Russian).
Дмитриев Ф.М. История судебных инстанций и гражданского апелляционного судопроизводства от Судебника до учреждения о губерниях. Т. I. М.: Тип. А.И. Мамонтова и К^o, 1899. 592 с.
- Kavelin, K.D. (1844) *Osnovnye nachala russkogo sudoustroystva i grazhdanskogo sudoproizvodstva v period vremeni ot Ulozheniya do Uchrezhdeniya o guberniyakh* [The main beginnings of the Russian judicial system and civil proceedings in the period from the Code to the Office of the Provinces]. Moscow, Type. A. Seeds at Imp. Medical surgeon. Acad. Publ. (in Russian).
Кавелин К.Д. Основные начала русского судоустройства и гражданского судопроизводства в период времени от Уложения до Учреждения о губерниях. М.: Тип. А. Семена при Имп. Мед.-хирург. акад., 1844. 191 с.
- Knyazkin, S.I. (2017) Problemy dostizheniya pravovoj opredelyonnosti na stadii proverki sudebnykh aktov v tsivilisticheskom protsesse [Problems of Achieving Legal Definitions at the Stage of Inspection of Judicial Acts in Civil Procedure]. *Herald of Civil Procedure*. (6), 60–76. (in Russian).
Князькин С.И. Проблемы достижения правовой определенности на стадии проверки судебных актов в цивилистическом процессе // Вестник гражданского процесса. 2017. № 6. С. 60–76.
- Martysevich, I.D. (1951) *Pskovskaya Sudnaya gramota: Istoriko-yuridicheskoe issledovanie* [Pskov Judgment Letter: Historical and Legal Research]. Galanz P.N. (ed.). Moscow, Publishing house of Moscow University Publ. (in Russian).
Мартысевич И.Д. Псковская Судная грамота: Историко-юридическое исследование. Отв. ред.: Галазца П.Н. М.: Изд-во Московского университета, 1951. 208. с.
- Nikitin, S.V. (2010) *Sudebnyi kontrol' za normativnymi pravovymi aktami v grazhdanskom i arbitrazhnom protsesse: monografiya* [Judicial control over normative legal acts in civil and arbitration process: monograph]. Moscow, RAP. Moscow, Walters Kluver Publ. (in Russian).
Никитин С.В. Судебный контроль за нормативными правовыми актами в гражданском и арбитражном процессе: монография. М.: РАП. М.: Волтерс Клувер, 2010. 304 с.
- Nuremberg, A.M. (1913) *Ustav sudoproizvodstva torgovogo* [Charter of commercial court proceedings]. Moscow, Izdatel'stvo: Yuridicheskii knizhnyi magazin I.K. Golubeva "Pravovedenie" Publ., (commentary on Article 377), available at: <https://znanium.com/catalog/product/> (Accessed 05 June 2020). (in Russian).
Нюрнберг А.М. Устав судопроизводства торгового. Москва, изд.: Юридический книжный магазин И.К. Голубева «Правоведение». 1913, (комментарий к ст. 377), available at: <https://znanium.com/catalog/product/505571> (Accessed 05 June 2020).
- Osokina, G.L. (2010) *Grazhdanskii protsess. Osobennaya chast'* [Civil procedure. The special part]. Moscow, Norma Publ. (in Russian).
Осокина Г.Л. Гражданский процесс. Особенная часть. М.: Норма, 2010. 959 с.
- Sultanov, A.R. (2013) Jurisdiction consider applications for review of newly discovered and new circumstances and practices of the Supreme «Arbitrazh» (Commercial) Court of the Russian Federation. *Herald of civil procedure*. (2), 145–163. (in Russian).
Султанов А.Р. Подсудность рассмотрения заявлений о пересмотре по вновь открывшимся и новым обстоятельствам и практика ВАС РФ // Вестник гражданского процесса. 2013. № 2. С. 145–163.

Tatishchev, V.N. (1786) *Sudebnik gosudarya tsarya i velikogo knyazya Ioanna Vasil'evicha i nekotorye sego gosudarya i blizhaishikh ego priemnikov ukazy, sobrannye i primechaniyami iz "yasnennye pokoinym tainym sovetnikom i Astrakhanskim gubernatorom Vasil'em Nikitichem Tatishchevym* [*The Code of Law of the Tsar Tsar and Grand Duke John Vasilyevich and some of this Tsar and his closest successors decrees collected and explained in notes by the late Privy Councilor and Astrakhan Governor Vasily Nikitich Tatishchev*]. Preface by the publisher G.F. Miller. 2nd ed. Moscow, In the University printing house of N. Novikov Publ. (in Russian).

Татищев В.Н. Судебник государя царя и великого князя Иоанна Васильевича и некоторые сего государя и ближайших его приемников указы, собранные и примечаниями изъясненные покойным тайным советником и Астраханским губернатором Васильем Никитичем Татищевым / [предисловие издателя Г.Ф. Миллера]. Издание второе. М.: В Университетской типографии у Н. Новикова, 1786. 270 с.

Terekhova, L.A. (2007) *Sistema peresmotra sudebnykh aktov v mekhanizme sudebnoi zashchity* [*The system of revision of judicial acts in the mechanism of judicial protection*]. Moscow, Walters Kluver Publ. (in Russian).

Терехова Л.А. Система пересмотра судебных актов в механизме судебной защиты. М.: Волтерс Клувер, 2007. 320 с.

Terekhova, L.A. (2016) Objects of revision due to new and newly discovered circumstances and subjects initiating revision. *Herald of civil procedure*. (3), 85–97. (in Russian).

Терехова Л.А. Объекты пересмотра по новым и вновь открывшимся обстоятельствам и субъекты, инициирующие пересмотр // Вестник гражданского процесса. 2016. № 3. С. 85–97.

Terekhova, L.A. (2017) *Novye i vnov' otkryvshiesya obstoyatel'stva v grazhdanskom i administrativnom sudoproizvodstve: monografiya* [*New and newly discovered circumstances in civil and administrative proceedings: monograph*]. Moscow, Prospect Publ. (in Russian).

Терехова Л.А. Новые и вновь открывшиеся обстоятельства в гражданском и административном судопроизводстве: монография. М.: Проспект, 2017. 144 с.

Treushnikov, M.K. (2001) *Grazhdanskiy protsess: Uchebnik* [*Civil Procedure: A Textbook*]. 4th revised and enlarged edition. Moscow, "Gorodets" Publ. (in Russian).

Треушников М.К. Гражданский процесс: Учебник. 4-е изд., перераб. и доп. М.: Издательский Дом «Городец», 2011. 832 с.

Об авторах:

Багыллы Сафура Теймуразовна — кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского и административного судопроизводства, Российский государственный университет правосудия; 117418, Российская Федерация, г. Москва, Новочеремушкинская ул., д. 69

ORCID ID: 0000-0003-2127-8266, Author ID 851528

e-mail: ayramsa@yandex.ru

Павлова Лариса Николаевна — кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского и административного судопроизводства, Российский государственный университет правосудия; 117418, Российская Федерация, г. Москва, Новочеремушкинская ул., д. 69

ORCID ID: 0000-0002-7390-9894, Author ID 1030661

e-mail: lornikpavlova@mail.ru

About the authors:

Safura T. Bagylly — Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Department of Civil and Administrative Proceedings, Russian State University of Justice; 69 Novochemushkinskaya str., Moscow, 117418, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0003-2127-8266, Author ID 851528

e-mail: agramsa@yandex.ru

Larisa N. Pavlova — Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Department of Civil and Administrative Proceedings, Russian State University of Justice; 69 Novochemushkinskaya str., Moscow, 117418, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0002-7390-9894, Author ID 1030661

e-mail: lornikpavlova@mail.ru



DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1169-1186

Научная статья

КОММУНИКАТИВНЫЕ БАРЬЕРЫ В СУДЕ С УЧАСТИЕМ ПРИСЯЖНЫХ ЗАСЕДАТЕЛЕЙ И ОРГАНИЗАЦИОННО-ПРАВОВЫЕ СПОСОБЫ ИХ ПРЕОДОЛЕНИЯ

Н.В. Буштец

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»,
г. Москва, Российская Федерация

Применение института присяжных заседателей в России с 1 июня 2018 г. было расширено. Сегодня суды с участием присяжных заседателей рассматривают уголовные дела в областных судах, приравненных к ним, а также в районных судах. Одновременно законодательные нововведения коснулись числа граждан, состоящих в коллегии присяжных заседателей. Приведенные изменения диктуют необходимость научного осмысления произошедшего, включая выработку предложений, направленных на оптимизацию работу судов, представителей государственного обвинения и защиты с присяжными заседателями. В связи с этим целью исследования является совершенствование организации уголовного судопроизводства, осуществляемого судом с участием присяжных заседателей с учетом психологических особенностей деятельности судьи, государственного обвинителя, защитника и коллегии присяжных заседателей. В ходе работы автором рассматриваются результаты психолого-правовых исследований, в той или иной мере затрагивающих коммуникативные особенности участников уголовного судопроизводства. В работе делаются следующие основные выводы: а) установить в нормативных правовых актах Судебного департамента основные требования к перечню имущества и технических средств, обеспечивающие комфортные условия для присяжных заседателей во время судебного процесса; б) вести системную работу с кадровым составом судей, сотрудниками аппарата суда, взаимодействующих с присяжными заседателями с учетом рекомендаций, приведенных в настоящей статье; в) обеспечить судей и работников аппарата суда методической помощью по вопросам работы с присяжными заседателями.

Ключевые слова: суд с участием присяжных заседателей, коммуникационные барьеры, психология в суде присяжных, расширение применения института присяжных заседателей, государственное обвинение, защита в суде присяжных заседателей, организация деятельности суда

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 30 апреля 2020 г.

Дата принятия к печати: 15 октября 2020 г.

© Буштец Н.В., 2020.



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

Для цитирования:

Буштец Н.В. Коммуникативные барьеры в суде с участием присяжных заседателей и организационно-правовые способы их преодоления // *Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки*. 2020. Т. 24. № 4. С. 1169–1186. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1169-1186.

DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1169-1186

Research Article

COMMUNICATION BARRIERS IN JURY TRIALS AND ORGANIZATIONAL AND LEGAL WAYS TO OVERCOME THEM

Nikita V. Bushtets

National Research University “Higher school of Economics”,
Moscow, Russian Federation

Abstract. The use of the Institute of jurors in Russia has been expanded since June 1, 2018. Today, courts with the participation of jurors consider criminal cases in regional courts and equivalent ones, as well as in district courts. At the same time, legislative innovations also affected the number of citizens who are members of the jury. These changes dictate the need for a scientific understanding of what happened, including the development of proposals aimed at optimizing the work of courts, representatives of the state prosecution and defense with a jury. In this regard, the purpose of the study is to improve the organization of criminal proceedings carried out by a court with the participation of jurors, taking into account the psychological characteristics of the judge, the public Prosecutor, the defense lawyer and the jury. In the course of the work, the author considers the results of psychological and legal research, which in one way or another affects the communicative features of participants in criminal proceedings. The paper makes the following main conclusions: a) to establish in the normative legal acts of the Judicial Department the main requirements for the list of property and technical means that provide comfortable conditions for jurors during the trial; b) to conduct systematic work with the staff of judges and employees of the court interacting with jurors in accordance with the recommendations given in the article; c) provide judges and employees of the court with methodological guidance concerning communication with a jury on work issues.

Key word: jury trial, communication barriers, psychology in the jury trial, expanding the use of the jury Institute, public prosecution, defense in the jury trial, organization of the court's activities

Conflicts of interest. The author declared no conflicts of interest.

Article received 30 April 2020

Article accepted 15 October 2020

For citation:

Bushtets, N.V. (2020) Communication barriers in jury trials and organizational and legal ways to overcome them. *RUDN Journal of Law*. 24 (4), 1169–1186. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1169-1186.

Введение

В этом году минует двадцать седьмой год с момента введения суда присяжных заседателей в современной России. История возникновения данного института берет свое начало со времен Судебной реформы 1864 года. Инициатива введения суда присяжных заседателей на почве нашего Отечества принадлежит российскому императору Александру II, который в народной памяти сохранился царем-освободителем.

Как справедливо отмечает А.А. Демичев, Судебная реформа 1864 года, претворенная в жизнь Александром II, не только создала совершенно новую судебную систему, но и произвела перелом в правосознании населения. Важнейшую роль в этом процессе сыграл суд присяжных (Demichev, 2020:107).

Суд присяжных заседателей существует и сегодня: будучи введенным в 1993 году, институт продолжает свое дальнейшее развитие. В 2016 году применение суда присяжных заседателей было серьезно расширено за счет его введения в районных судах, являющихся основным звеном системы федеральных судов общей юрисдикции (далее — СОЮ). До этого времени присяжные заседатели рассматривали уголовные дела исключительно в судах уровня субъекта Российской Федерации, которые относятся к среднему звену системы федеральных сою¹.

Под звеном судебной системы автор подразумевает такую ее часть, в которую входят суды равных или приравненных административно-территориальных образований и иных образований, то есть однотипные суды (Vozrov (ed.), 2017:20).

Одновременно с нововведением коллегия присяжных заседателей, ранее состоящая из 12 человек, была сокращена до 8 человек при рассмотрении дел в суде уровня субъекта Российской Федерации и до 6 человек при рассмотрении дел в районном суде.

Таким образом, произошло два принципиально новых изменения, которых не знала история суда присяжных заседателей в России. Во-первых, введение его на относительно небольшой территории административно-территориального деления (в районе), во-вторых, сокращение числа присяжных заседателей, привлекаемых для рассмотрения уголовного дела. Делать однозначные выводы о вышеописанных изменениях рано, нам еще предстоит осмыслить произошедшие перемены, прежде чем дать им объективную оценку.

Между тем мы имеем возможность на основе накопленного опыта рассмотреть психологические аспекты деятельности присяжных заседателей в суде. Это позволит нам предложить оптимальную форму организации судебного

¹ См.: Федеральный закон от 23 июня 2016 г. № 190-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации в связи с расширением применения института присяжных заседателей» // Собрание законодательства РФ, 27 июня 2016 г., № 26, ст. 3859.

процесса. Правосудие, осуществляемое с участием присяжных заседателей, сопровождается активным общением между участниками уголовного процесса, которому присущи те или иные психологические явления, выражающиеся, прежде всего, в наличии коммуникативных барьеров. В связи с этим функционирование суда присяжных заседателей перестает быть сугубо правовой проблемой и требует в том числе тщательного анализа психологических процессов (Brizhak, 2003:424–427).

В настоящее время коммуникативные особенности общения сторон при работе с коллегией присяжных заседателей в той или иной мере рассмотрены в работах: О.А. Гулевич, Л.М. Карнозовой, С.А. Пашина, З.И. Брижак. Однако предметом исследования данных работ, как правило, выступала коллегия, состоящая из 12 человек и работающая на уровне основного звена федеральной системы СОЮ. Речь идет о работе коллегии присяжных заседателей в судах уровня субъекта Российской Федерации.

Таким образом, внесение в законодательство принципиально новых изменений подчеркивает актуальность выбранной темы исследования.

Исходя из вышесказанного, целью настоящего исследования является совершенствование организации уголовного судопроизводства, осуществляемого судом с участием присяжных заседателей с учетом психологических особенностей деятельности судьи, государственного обвинителя, защитника (то есть профессиональных участников процесса) и коллегии присяжных заседателей, эксперта и специалиста соответственно.

Поставленная цель обуславливает решение следующих задач:

- на основе теоретического анализа научной литературы выделить основные коммуникативные барьеры, возникающие в ходе рассмотрения уголовных дел судом с участием присяжных заседателей;
- рассмотреть способы преодоления коммуникативных барьеров в суде с участием присяжных;
- выработать нормативно-правовые предложения по усовершенствованию организации деятельности коллегии присяжных заседателей.

Судебный процесс как поле для коммуникации

Любая коммуникация предполагает наличие ряда основных элементов. В структуре коммуникативной ситуации выделяют:

- коммуникатора;
- реципиента;
- сообщение;
- коммуникативные барьеры;
- обратную связь.

Коммуникатор является участником коммуникативной ситуации, который сперва ставит перед собой определенную цель, формулирует сообщение

и затем передает его реципиенту (аудитории). Под реципиентом в данном случае понимается участник коммуникационной ситуации, воспринимающий информацию. Далее реципиент старается понять (декодировать) содержание сообщения коммуникатора и цель, которую он преследовал. Однако в ходе общения участники сталкиваются с коммуникационными барьерами, которые мешают коммуникатору передать сообщение, а реципиенту — принять и понять его (Gulevich, 2011:10–11).

Рассмотрим виды коммуникативных барьеров при организации судебного процесса и некоторые способы их преодоления. Наиболее оптимальной классификацией, по нашему мнению, является классификация, предложенная О.А. Гулевич, которая выделяет четыре вида коммуникативных барьеров:

— технические барьеры, связанные с каналом передачи информации, к примеру, с плохой акустикой, освещенностью и вентиляцией в зале суда, неисправной аудио-, видеотехникой, температурой и посторонними звуками в зале суда;

— фонетические барьеры, проявляющиеся с речевыми и невербальными особенностями участников судебного процесса. Речь идет о плохой дикции, акценте, невыразительности мимики участников процесса (невербальных способов общения);

— психологические барьеры, заключающиеся в особом психологическом состоянии участников судебного процесса. Например, эмоциональное возбуждение, порожденное страхом, гневом или жалостью, стресс, застенчивость и так далее;

— смысловые барьеры, кроющиеся в затрудненном понимании используемых участниками судебного процесса понятиями, либо использование многозначных понятий или же профессиональной терминологии (Gulevich, 2011:27).

Сразу оговоримся, что, по данным проведенных исследований, наиболее влияющим фактором на вердикт присяжных заседателей является убедительность и достаточность доказательств. Другие факторы: социально-демографические и психологические характеристики присяжных, симпатия к подсудимому, красноречие сторон и т.д. — приобретают значимость лишь при слабости доказательственной базы (Gulevich, 2011:56). Лабораторные имитации и обзоры реальных судебных дел показывают, что влияние подобных факторов, способных ввести присяжных заседателей в заблуждение, меньше, чем влияние юридически корректных доказательств, при условии, что эти доказательства не вызывают сомнений (Gulevich, 2003:452).

Как отмечает Л.М. Карнозова, суд присяжных является уникальным институтом, в котором органично присутствует как правовое, так и человеческое начало. Суд присяжных, внося в человеческое измерение правосудие, одновременно оказывается более сильным правовым инструментом, препятствующим «презумпции профессионализма» предварительного расследования, существование которой в нашей судебной практике приводит в уголовном процессе без

участия присяжных заседателей к снижению уровня стандартов доказанности (Karnozova, 2010:23).

Другими словами: ответственность за решение вопроса о виновности обвиняемого в суде с участием присяжных заседателей перекладывается на присяжных, которые не отягощены интересами обвинения или защиты (Petruhin, 2003:452), поэтому такие принципы уголовного процесса, как презумпция невиновности, состязательность, гласность и устность, для них не простой звук, а действительные правовые гарантии, предоставленные обвиняемому.

Технические барьеры и способы их устранения

Перейдя к вопросу устранения коммуникативных барьеров, заметим, что общие вопросы нормативно-правового регулирования по организации деятельности федеральных судов, в том числе судов с участием присяжных заседателей, относятся к компетенции Судебного департамента при Верховном суде Российской Федерации (далее — Судебный департамент)², который наряду с организацией деятельности судов призван разрабатывать предложения по ее совершенствованию.

Одним из основных актов, регулирующих организацию судебного процесса с участием присяжных заседателей, является Положение об аппарате федерального суда общей юрисдикции, утвержденное приказом Судебного департамента от 21 декабря 2012 г. № 238 (далее — Положение об аппарате СОЮ). В соответствии с пунктом 3.2 указанного Положения организационное и техническое обеспечение судопроизводства по уголовным делам, в том числе по организационно-подготовительным действиям в связи с назначением дел к слушанию и непосредственному проведению судебных заседаний, в том числе оказание помощи судьям в привлечении присяжных заседателей, является одной из основных задач аппарата суда.

Таким образом, в данном случае устранение технических барьеров должно осуществляться сотрудниками аппарата соответствующего суда.

К наиболее распространенным техническим барьерам можно отнести плохую освещенность в зале суда, которая может препятствовать присяжным заседателям и иным участникам процесса обозреть, к примеру, важные для дела вещественные доказательства или же не дать рассмотреть мимику, эмоциональное состояние участника коммуникации. Приведенные детали порой вносят долю ясности при рассмотрении уголовного дела.

Очень важно, чтобы в зале суда сохранялся комфортный температурный режим, поскольку слишком низкая либо высокая температура способна оказать

² См.: подпункт 1 и 5 части 1 статьи 6 Федерального закона от 8 января 1998 г. № 7-ФЗ «О Судебном департаменте при Верховном Суде Российской Федерации» // *Собрание законодательства*, 12.01.1998, № 2, ст. 223.

влияние на эмоциональное состояние человека, и, как следствие, нарушить процесс восприятия информации.

Жара, сильный шум, неприятные запахи — это те характеристики внешней среды, которые вызывают физиологический стресс. Исследования, проведенные в реальной обстановке, продемонстрировали, что агрессия постепенно увеличивается по мере роста температуры окружающей среды. В то же время, по другим данным, рост температуры до 30–35 °С повышает агрессию, но дальнейшее увеличение делает людей более пассивными (Gulevich, Sarieva, 2015:229).

Комфортный температурный режим можно обеспечить при помощи отопления в случае холода или же при помощи кондиционера в случае жаркой обстановки. При этом если сегодня отопление проведено почти в каждом зале судебного заседания, то кондиционер не всегда можно встретить в зале суда или же в той же совещательной комнате, предназначенной для совещания присяжных заседателей.

Вместе с тем, рассмотрев организационную сторону вопроса, мы увидим, что нормативные затраты на обеспечение функций федеральных судов общей юрисдикции, федеральных арбитражных судов и управлений Судебного департамента в субъектах Российской Федерации³ предусматривают средства на приобретение систем кондиционирования (сплит-систем), а также их техническое обслуживание (пункты 3.6.4.3 и 3.8.3). Однако наличие систем кондиционирования (сплит-систем), к примеру, в совещательной комнате присяжных заседателей согласно действующему порядку обязательным не является. В то же время председатель суда вправе по своему усмотрению установить сплит-систему (или вентилятор) в совещательной комнате.

Таким образом, создание комфортных условий для присяжных заседателей в настоящее время фактически зависит от усмотрения председателя соответствующего суда, что, на наш взгляд, является неприемлемым. В этом смысле, как показывает проведенный анализ, правовые акты Судебного департамента не учитывают особенностей функционирования судов с участием присяжных заседателей, которые требуют создания особых организационных условий, что впоследствии приводит к ненадлежащей работе института присяжных заседателей.

Полагаем, нормативные правовые акты должны содержать основные требования к перечню имущества и технических средств, обеспечивающие комфортные условия для присяжных заседателей во время судебного процесса. Такие требования должны быть обязательными для всех судов, где рассматриваются дела с участием присяжных.

Техническая неисправность аудио- и видеосредств также может существенно снизить качество восприятия информации участниками процесса.

³ См.: приказ Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации от 24.10.2018 г. № 217 «Об утверждении нормативных затрат на обеспечение функций федеральных судов общей юрисдикции, федеральных арбитражных судов и управлений Судебного департамента в субъектах Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.

Если присяжным не удалось рассмотреть вещественные доказательства, представленные сторонами в ходе судебного разбирательства, в связи с плохим освещением в зале суда, по причине отвлечения внимания присяжных заседателей на посторонние звуки или же по другим причинам, то зачастую течение процесса из-за данных обстоятельств останавливать не будут. Присяжный заседатель находится в стесненном для него психологическом положении, среди других присяжных и участников процесса, поэтому не каждый осмелится заявить о том, что упустил из виду только что продемонстрированное доказательство. А ведь причиной этому может послужить и совершенно объективное обстоятельство: плохое зрение, слух, отвлечение внимания, которое тоже может произойти по разным причинам.

В связи с этим согласимся с С.А. Пашиным, указывающим на необходимость установления права присяжных заседателей получать вещественные доказательства в совещательную комнату (Pashin, 2009:155) — при условии, что риск порчи или уничтожения соответствующих доказательств будет исключен.

Фонетические барьеры и способы их устранения

Фонетические барьеры, как правило, вызывают неразборчивая, невнятная речь, либо ее быстрый темп, особенности интонации, громкость голоса, а также другие аналогичные факторы. Все это снижает качество восприятия информации участниками судебного процесса.

Однако существует ряд способов преодоления указанных барьеров. Например, неразборчивую или невнятную речь можно преодолеть предварительными тренировками, если речь идет о профессиональном участнике судебного процесса, который на постоянной основе участвует в рассмотрении уголовных дел с участием присяжных заседателей. В тех случаях, когда дефекты речи встречаются у иных участников процесса, таких как свидетель, защитник, эксперт, специалист, профессиональный участник способен уменьшить их воздействие, уточнив полученный ответ, попросив повторить сказанное предложение или просить коммуникатора говорить помедленнее, погромче, если это необходимо (Gulevich, 2011:27).

Оптимальная скорость речи зависит от нескольких условий:

— от степени знания языка аудитории — чем хуже знание языка, тем медленнее следует говорить;

— от степени знакомства с содержанием предмета обсуждения — если аудитория не знакома с содержанием предмета, то необходимо не спешить при произнесении речи;

— от уровня образования (интеллектуальных способностей) присяжных — чем выше уровень образования (интеллектуальных способностей), тем лучше воспринимается быстрая речь (Mukhadinov, Slugina, 2011:123–126). Существенно возрастает эффективность коммуникации, когда профессио-

нальные участники процесса адаптируют свое сообщение к уровню аудитории. В связи с этим в речи целесообразно использовать простые и понятные грамматические конструкции, которые будут понятны для присяжных заседателей (Gulevich, 2011:28).

Таким образом, профессиональные участники судебного процесса не только сами должны обладать хорошей дикцией и приемами построения оптимальной речи, но и уметь устранять либо снижать уровень фонетических барьеров, которые имеют место быть в речи непрофессиональных участников процесса.

Общее руководство процессом осуществляется председательствующим судьей, поэтому судьи, рассматривающие дела с участием присяжных, в первую очередь должны обладать необходимыми компетенциями. Для этого нужно непрерывно повышать квалификацию судей, работающих «в специальных условиях», как, собственно, и сотрудников аппарата суда, также взаимодействующих с присяжными заседателями.

Психологические барьеры и их устранение

Понятие психологического барьера используется для обозначения каких-либо психологически обусловленных преград, препятствий, мешающих человеку добиться поставленной цели, выполнить определенную задачу (Abakumova, Melnichenko, 2011:4).

Следует выделить психологические барьеры, возникающие у активных участников судопроизводства: судья, государственный обвинитель, защитник подсудимого, свидетели, эксперты, специалисты. Иными словами, тех лиц, которые наиболее часто включены в коммуникацию в ходе судопроизводства, а также психологические барьеры, которые возникают у лиц, состоящих в коллегии присяжных заседателей.

Подобное деление обусловлено разными причинами возникновения указанных барьеров, и, следовательно, приемами, применяемыми для устранения таких барьеров.

Среди психологических барьеров, которые встречаются у активных участников судопроизводства, можно выделить личностные черты, препятствующие передаче сообщения, либо недостатки коммуникативных навыков. Для их устранения необходима предварительная подготовка к судебному процессу, при которой следует учесть следующие рекомендации.

Для государственного обвинителя и защитника

При выступлении в прениях сторон вместо механического перечисления доказательств следует составить историю произошедшего события, которая, по мнению специалистов, должна обладать следующими признаками:

— последовательность — события необходимо расположить от причин к следствию;

- непротиворечивость — содержание истории не должно противоречить основным доказательствам;
- правдоподобие — основные элементы истории должны соответствовать социальным установкам;
- яркость — в ней должны быть яркие, хорошо запоминающиеся детали, которые легко представить (Gulevich, 2011:44).

По нашему мнению, в истории также необходимо указать мотивы совершения того или иного действия, как именно было совершено преступление. При этом описываемые события необходимо подкреплять представлением доказательств, подтверждающих достоверность сведений.

Начинать работу следует с предъявления наиболее убедительных доказательств, которые не вызывают у присяжных недоверие. Доказательства, в свою очередь, должны быть прямыми, непротиворечивыми и несложными для понимания присяжных, вместе с тем их не должно быть много, иначе есть риск создания путаницы (Gulevich, 2011:73). По мнению В.П. Шейнова, очередность приводимых аргументов влияет на их убедительность. При этом наиболее убедительный следующий порядок аргументов, в нашем случае доказательств: сильные доказательства — средние — одни из самых сильных (Sheinov, 2017:20).

Процесс предъявления доказательств не должен быть быстрым, напомним: быстрая и долгая речь вызывает усталость и плохо запоминается (Gulevich, 2011:75). Чтобы избежать потери информации, необходимо не спеша зачитывать документы, задавать вопросы и делать короткие перерывы.

Чтобы привлечь и удерживать внимание присяжных, рекомендуется чередовать доказательства разных типов. Для начала следует провести допрос нескольких свидетелей. Затем предъявить вещественные доказательства, а после зачитать протокол и вновь допрашивать свидетелей.

Между отдельными доказательствами следует создать ассоциации, чтобы облегчить процесс запоминания и анализ информации.

Основную информацию, содержащуюся в доказательствах, необходимо повторять неоднократно: повторения также увеличивают шансы на запоминание информации.

Особенно трудно присяжные заседатели воспринимают заключения эксперта или специалиста в связи с большим объемом заключения и наличием в нем профессиональной терминологии. Улучшить восприятие заключения можно двумя способами: во-первых, пригласить эксперта (специалиста), обратившись к нему с просьбой разъяснить свою позицию, избегая сложной профессиональной терминологии. Во-вторых, если пригласить указанных лиц нет возможности, то целесообразно огласить вопросы, поставленные перед экспертом (специалистом), и сразу же ответы на них (Gulevich, 2011:88).

Безусловно, предложения, рекомендуемые для использования государственному обвинителю и защитнику, потребуют, во-первых, значительных временных затрат при работе с коллегией присяжных заседателей, во-вторых, уча-

ствия в судебном процессе кадров, прошедших подготовку по работе с присяжными заседателями как со стороны государственного обвинения, так и со стороны защиты. Поэтому в целях сохранения времени в прениях и донесения нужной информации до присяжных заседателей полагаем возможным учесть опыт работы суда присяжных в Японии, где прокурор и защитник представляют судьям и присяжным заседателям письменный конспект своей основной позиции, состоящей из одной или двух страниц (Comorida, 2012:8).

Однако использование указанного международного опыта в рамках российского судебного процесса с участием присяжных потребует внесения изменений в национальное уголовно-процессуальное законодательство, предусматривающих возможность государственного обвинителя и защитника знакомить коллегию присяжных заседателей с заранее подготовленной краткой письменной позицией по уголовному делу. Вместе с тем полагаем необходимым обязать стороны представлять свои позиции для начала председательствующему судье, чтобы он мог убедиться в том, что материалы не содержат сведений о недопустимых доказательствах, а потом с позволения судьи передавать указанные материалы присяжным заседателям через секретаря суда для исключения подлогов.

Также в целях обеспечения качества правосудия, осуществляемого с участием присяжных заседателей, полагаем возможным рассмотреть вопрос о закреплении в уголовно-процессуальном законодательстве дополнительных требований к квалификации прокуроров и защитников (адвокатов), участвующих в рассмотрении уголовных дел в суде с участием присяжных заседателей. Например, предусмотреть возможность представления государственного обвинения в суде присяжных преимущественно тех обвинителей, которые прошли повышение квалификации по работе с коллегией присяжных заседателей, подтверждаемое официальными документами. А для адвокатов, желающих осуществлять защиту в суде присяжных заседателей, предусмотреть сдачу экзамена в квалификационной комиссии адвокатской палаты субъекта Российской Федерации, подтверждающего навыки работы с присяжными заседателями.

Конечно, «жесткие» требования в отношении квалификации государственного обвинителя и защитника не должны устанавливаться в одночасье. Их внедрение потребует переходного периода на подготовку соответствующих кадров. Вносить подобные изменения следует с особой предусмотрительностью, исключив случаи затягивания судебного разбирательства в связи с отсутствием квалифицированных кадров для рассмотрения уголовного дела в суде с участием присяжных. В настоящее время уголовное судопроизводство не готово к данным изменениям, они должны сопровождаться тщательной подготовкой и планомерностью, в то же время это не исключает обязанности законодателя заботиться о повышении качества правосудия, осуществляемого с участием присяжных заседателей.

Теперь рассмотрим основные психологические барьеры, возникающие у присяжных заседателей.

Во-первых, «информационная перегрузка», которая означает, что наши органы чувств получают больше информации, чем та, на основе которой мы формируем свои представления о содержании сообщения и его авторе. Это происходит по причине ограниченного объема восприятия информации.

Присяжные заседатели, попадая в зал суда, сталкиваются с большим объемом новой для себя информации, им предстоит ознакомиться с порядком ведения процесса, о целях и задачах, которые стоят перед ними, и, наконец, о своих правах и обязанностях. Большой объем информации, передаваемой присяжным, приводит к «информационной перегрузке», то есть они не всегда успевают обработать полученную информацию, что впоследствии ведет к ее лишь частичному восприятию (Gulevich, 2011:15). К примеру, рассматривая вещественные доказательства, присяжные заседатели могут упустить мелкие детали или добавить несуществующие.

Рекомендации для судей и сотрудников аппарата суда по работе с присяжными заседателями

Во избежание «информационной перегрузки» присяжных заседателей следует знакомить с порядком и ведением судебного процесса, разъяснять информацию об их правах и обязанностях и других организационных деталях заранее до начала судебного процесса, чтобы новые сведения были успешно обработаны без перегрузки от обилия получаемой информации.

Например, в Испании секретариат суда направляет кандидатам в присяжные заседатели по почте уведомления о необходимости выполнения долга присяжного, к которым прикладывается информационная брошюра о суде присяжных заседателей (Yurishina, 2020:91). Полагаем возможным позаимствовать полезный опыт информирования кандидатов в присяжные заседатели, закрепив в брошюре общие сведения о суде присяжных.

В соответствии с частью 2 статьи 327 УПК РФ председательствующий произносит перед кандидатами в присяжные заседатели краткое вступительное слово, в котором он: представляется им, представляет стороны, сообщает общие сведения об уголовном деле, а также разъясняет задачи, стоящие перед присяжными заседателями, и условия их участия в рассмотрении уголовного дела.

При ознакомлении присяжных заседателей с указанной информацией полагаем необходимым учитывать следующие предложения, выработанные психологами для лучшего усвоения присяжными информации.

Психологи выделяют четыре вида памяти, которые участвуют в сохранении информации: визуальная, слуховая, тактильная, смысловая. Данные виды памяти есть у каждого человека, но развиты они по-разному, поэтому необходимо при передаче информации постараться задействовать как можно больше таких видов. Для задействования визуальной и тактильной памяти можно использовать информационные буклеты со схемами и соответствующим содержанием. Слуховая память работает при устной передаче материала, а смысловая — при содержании в тексте ассоциативных связей, отражающих отдельные стороны изучаемого предмета.

Запоминание характеризуется процессом памяти, в результате которого происходит закрепление новых сведений путем связывания их с уже приобретенными сведениями ранее. В связи с этим очень важно структурировать преподносимую информацию, разделив ее на небольшие части. Запоминание есть закономерный продукт действия субъекта с объектом (в рассматриваемом случае в качестве объекта выступает сообщение). Характеристики запоминания того или иного материала определяются мотивами, целями и способами деятельности личности (Botokanov, Sarymsakov, Esenalieva, 2015:141–144). Поэтому коммуникатору важно не только применять специальные правила для упрощения запоминания сообщения, но и способствовать мотивации реципиентов (присяжных заседателей) понимать и декодировать сообщения.

В педагогике для закрепления у обучающихся определенного фонда знаний используется специальная организация мнемонической деятельности, которая направлена на запоминание информации. Вот некоторые мнемонические приемы (способы запоминания), которые судья, сотрудник аппарата суда, а также государственный обвинитель или защитник могут использовать при работе с присяжными заседателями: группировка и структурирование материала; выделение опорных пунктов; использование ассоциативных связей; перекодирование, в том числе вербализация, проговаривание; повторения (Masharova, 1997:25).

Однако Судебному департаменту и гражданскому обществу не следует забывать о не менее важной работе, связанной с просвещением населения об институте присяжных заседателей. По данным социологического исследования, проведенного Левада-Центром в 2010 году, о суде присяжных ничего не знал каждый третий гражданин в России. Наименее информированными о суде присяжных оказались молодые люди и самые старшие по возрасту, жители села, рабочие, особенно неквалифицированные, вообще — респонденты с невысоким уровнем образования, военнослужащие и сотрудники милиции (Gudkov, Dubin, Zorkaya, 2010:33).

По данным другого исследования, проведенного Некоммерческим партнерством «Центр правовых программ Леонида Никитинского» при участии Левада-Центра и автора настоящей статьи в 2019 году, низкий уровень информированности граждан о суде с участием присяжных заседателей и недоверие к судебной системе служат причинами нежелания граждан принимать участие в суде в качестве присяжных заседателей.

Важно, чтобы присяжные заседатели имели общие представления о суде присяжных до того, как будут в нем участвовать. Знание целей, задач, общих сведений о правах и обязанностях присяжных существенно облегчит работу судов по подготовке коллегии присяжных заседателей для участия в судебном процессе.

Вторым психологическим барьером следует назвать незаинтересованность присяжных заседателей при рассмотрении уголовного дела. Преодолеть либо снизить влияние данного психологического барьера можно с помощью повышения мотивации присяжных заседателей. Мотивацию повышает апелляция

ция к тем ценностям присяжных, которые для них являются важными, к такому можно отнести такие общечеловеческие ценности, как добро, справедливость, патриотизм. С этой целью можно применить следующую формулировку: «Искренне убежден в том, что наши дорогие присяжные не допустят, чтобы виновный избежал положенного ему наказания, как и того, чтобы наказан был невиновный» (Gulevich, 2011:113).

Повысить мотивацию также можно с помощью прямых и косвенных указаний на важность миссии присяжных. В качестве прямых указаний используются фразы: «Точку ставить Вам», «Ваше слово завершит дело», «Будьте бдительны и ответственны», «В Ваших руках находится жизнь человека» и так далее. Косвенные указания проявляются с помощью определенных действий по отношению к присяжным заседателям. К примеру, стороны встают, когда присяжные входят в зал заседаний. Судья может в разговоре со сторонами указать на значение и важную роль коллегии присяжных заседателей при осуществлении правосудия, также судье необходимо выражать озабоченность тем, все ли расслышали присяжные заседатели, что было высказано участником судопроизводства, есть ли у них какие-либо вопросы, другими словами — выражать заботу в отношении присяжных. Проявление уважения к представителям народа будет содействовать их заинтересованности в судебном процессе. Другими словами, в ходе судебного процесса следует повысить самооценку присяжных заседателей, они должны быть уверены в себе и в том, что могут вынести правильное решение. Для формирования самооценки следует использовать следующие фразы: «Никто не разберется в деле лучше Вас», «У Вас хватит здравого смысла и опыта на принятие справедливого решения», «Вы — люди независимые» (Gulevich, 2011:114).

Наряду с мотивацией нужно учитывать способность присяжных к декодированию сообщения, которая во многом зависит от уровня интеллектуальных способностей и эмоционального состояния присяжных (Gulevich, 2015:154).

Смысловые барьеры и способы их устранения

Под смысловыми барьерами понимают особый вид коммуникативных барьеров, которые вызывают затруднения в смыслообразовании и смыслораскрытии (Osipova, Dyatlova, Ryadinskaya, Luk'yanenko, 2018:260–278). В судебном процессе с участием присяжных заседателей смысловые барьеры возникают при использовании профессиональными участниками, участвующими в процессе, специфической, зачастую непонятной для присяжных заседателей терминологии. Причиной смысловых барьеров может также выступить использование коммуникатором многозначных терминов или слов, которые в силу разных причин по-разному могут быть истолкованы реципиентом, иными словами — расхождение между участниками коммуникации в понимании одних и тех же терминов.

Впоследствии подобного рода недопонимания становятся препятствием во взаимодействии профессиональных участников процесса, являющихся ком-

муникаторами, и присяжными заседателями, выступающими реципиентами, то есть, воспринимающими и обрабатывающими получаемую от коммуникатора информацию.

При рассмотрении уголовного дела с участием присяжных заседателей очень важно, чтобы сообщение было адаптировано под образовательный (интеллектуальный) уровень граждан, состоящих в коллегии присяжных, иначе сообщение коммуникатора будет дешифровано неправильно и не сможет достичь поставленной цели, что, в свою очередь, может повлиять на качество судебного разбирательства.

Надо сказать, что участие граждан в отправлении правосудия является важным конституционным правом (часть 5 статьи 32 Конституции Российской Федерации). Законодатель, конкретизируя конституционные установления, предусмотрел требования к кандидатам в присяжные заседатели, среди которых: возрастной ценз (не менее 25 лет); отсутствие неснятой или непогашенной судимости; полная дееспособность.

При этом лица не должны состоять на учете в наркологическом или психоневрологическом диспансере, быть подозреваемыми или обвиняемыми в совершении преступлений. В то же время присяжные заседатели должны обладать языком, на котором ведется судопроизводство, и не иметь физических или психических недостатков, которые могли бы помешать полноценному участию лица в рассмотрении дела⁴.

Как мы видим, законодатель не установил образовательного ценза в отношении кандидатов в присяжные заседатели, который мог бы дать представления об их предполагаемом уровне интеллектуального развития. Поэтому важно, чтобы речь судьи, государственного обвинителя, защитника и других участников судебного процесса была понятна каждому гражданину, участвующему в судопроизводстве, в том числе тем, кто не имеет юридической или иной специальной подготовки.

Для устранения смысловых барьеров профессиональным участникам процесса достаточно применять несложные грамматические конструкции, которые будут доступны для понимания лицами, не являющимися профессиональными юристами. При этом слова следует подбирать общеупотребительные, имеющие широкое применение в повседневной жизни и понятные каждому носителю языка (Ukhova, 2012:76).

Заключение

Подводя итог всему сказанному, можно сделать вывод, что на сегодняшний день вопросы организации работы с присяжными урегулированы

⁴ См: Федеральный закон от 20 августа 2004 г. № 113-ФЗ «О присяжных заседателях федеральных судов общей юрисдикции в Российской Федерации» // *Собрание законодательства РФ*, 23.08.2004, № 34, ст. 3528.

в общем виде. Нормативные правовые акты во многом не учитывают вышеописанных психологических и организационных деталей, которые могут качественно улучшить работу судов с участием присяжных заседателей. В связи с этим представляется важным при подготовке федеральных законов и ведомственных актов учитывать закономерности человеческой деятельности, выработанные психологией.

Для устранения технических барьеров предлагается установить в нормативных правовых актах Судебного департамента основные требования к перечню имущества и технических средств, обеспечивающих комфортные условия для присяжных заседателей во время судебного процесса. Указанные требования должны быть обязательными для всех судов, где рассматриваются дела с участием присяжных.

Для устранения иных барьеров предлагается Судебному департаменту на постоянной основе повышать квалификацию судей, рассматривающих уголовные дела с участием присяжных заседателей, и сотрудников аппарата суда, также взаимодействующих с присяжными. При этом в образовательную программу повышения квалификации судей следует включать те дидактические блоки, которые обеспечат подготовку судей и сотрудников аппарата суда дополнительными компетенциями по работе с присяжными заседателями.

Для целей оказания методической помощи судьям и сотрудникам аппаратов судов необходимы подготовка и распространение материалов, которые следует разработать на основе результатов научных исследований института присяжных заседателей в России, выявив основные закономерности его работы. В связи с этим в системе управления Судебного департамента следует определить структурное подразделение, отвечающее за оказание методической помощи судьям и сотрудникам аппаратов сою.

Библиографический список / References

- Abakumova, I.V., Mel'nichenko, D.V. (2011) *Cennostno-smyslovye bar'ery v uchebnom processe: vidy i tekhnologii preodoleniya. Metodicheskie ukazaniya* [Value-semantic barriers in the educational process: types and technologies of overcoming. Methodical instructions]. Moscow, KREDO Publ. (in Russian).
Абакумова И.В., Мельниченко Д.В. Ценностно-смысловые барьеры в учебном процессе: виды и технологии преодоления. Методические указания. М.: Изд-во «КРЕДО», 2011. 20 с.
- Bozrov, V.M. (ed.) (2017) *Aktual'nye problemy deyatel'nosti sudov obshchei yurisdikcii Rossiiskoi Federacii: uchebnik* [Actual problems of the activities of courts of general jurisdiction of the Russian Federation: textbook], kollektiv avtorov [group of authors]; Bozrov V.M. (ed.). Moscow, YUSTICIYA Publ. (in Russian).
Актуальные проблемы деятельности судов общей юрисдикции Российской Федерации: учебник / коллектив авторов; под ред. В.М. Бозрова. М.: ЮСТИЦИЯ, 2017. 568 с.
- Brizhak, Z.I. (2003) *Psihologicheskie problemy suda prisyazhnyh* [Psychological problems of the jury trial]. *Yearbook of the RPO: Proceedings of the III RPO, June 23–25, 2003*, Т. 1. Saint-Petersburg, Petersburg University Publ., pp. 424–427. (in Russian).

- Брижак З.И.* Психологические проблемы суда присяжных // Ежегодник РПО: Материалы III РПО, 23–25 июня 2003 г., Т. 1. СПб.: Изд. Петербургского ун-та, 2003. С. 424–427.
- Botokanov, A.I., Sarymsakov, A.A., Esenalieva, V.A. (2015) The importance of memory in learning. *Izvestiya vuzov (Kyrgyzstan)*. (3), 141–144. (in Russian).
- Ботоканов А.И., Сарымсаков А.А., Эсеналиева В.А.* Значение памяти в обучении // Известия вузов (Кыргызстан). 2015. № 3. С. 141–144.
- Gudkov, L., Dubin, B., Zorkaya, N. (2010) Russian Judicial Reform in Society Opinions. *The Russian Public Opinion Herald*. 4 (106). 7–43. (in Russian).
- Гудков Л., Дубин Б., Зоркая Н.* Российская судебная система в мнениях общества // Вестник общественного мнения. 2010. № 4 (106). С. 7–43.
- Gulevich, O.A. (2011) *Psikhologiya v sude prisyazhnykh: uchebnoe posobie [Psychology in a jury: a textbook]*. Pskov, American Bar Association Publ. (in Russian).
- Гулевич О.А.* Психология в суде присяжных: учебное пособие // О.А. Гулевич. Псков: Американская ассоц. юристов, 2011. 136 с.
- Gulevich, O.A., Sarieva, I.R. (2015) *Social'naya psikhologiya. Uchebnik i praktikum dlya akademicheskogo bakalavriata [Social Psychology. Academic Baccalaureate Textbook and Workshop]*. Moscow, Yurayt Publ. (in Russian).
- Гулевич О.А., Сариева И.Р.* Социальная психология. Учебник и практикум для академического бакалавриата. М.: Юрайт, 2015. 452 с.
- Demichev, A.A., Plyukhina, V.A. (2020) Woman before the jury court in the Russian empire (revisiting the gender equality principle). *RUDN Journal of Law*. 24 (1), 98–112. DOI:10.22363/2313-2337-2020-24-1-98-112. (in Russian).
- Демичев А.А., Плюхина В.А.* Женщина перед судом присяжных в Российской империи (к вопросу о принципе гендерного равенства) // Вестник РУДН. Серия: Юридические науки. 2020. Т. 24. № 1. С. 98–112. DOI:10.22363/2313-2337-2020-24-1-98-112.
- Karnozova, L.M. (2010) Prisyazhnye o sude prisyazhnykh [Jury on jury trial]. *Sud prisyazhnykh v Rossii: sovershenstvovanie protsedur i rasshirenie yurisdiktsii [Jury trial in Russia: improving procedures and expanding jurisdiction]*. Compiled by L.V. Nikitinsky. Moskva, Fond «Liberal'naya missiya» Publ. (in Russian).
- Карнозова Л.М.* Присяжные о суде присяжных // Суд присяжных в России: совершенствование процедур и расширение юрисдикции / [составитель Л.В. Никитинский]. М.: Фонд «Либеральная миссия», 2010. 84 с.
- Komorida, A. (2012) Sud s uchastiem sudebnykh zasedatelei: novaya sistema uchastiya grazhdan v otpravlenii pravosudiya v Yaponii [Judicial trial: a new system of citizen participation in the administration of justice in Japan]. *Criminal Judicial Proceeding*. (3), 396–409. (in Russian).
- Коморида А.* Суд с участием судебных заседателей: новая система участия граждан в отправлении правосудия в Японии // Уголовное судопроизводство. 2012. № 3. С. 396–409.
- Masharova, T.V. (1997) *Pedagogicheskie teorii, sistemy i tekhnologii obucheniya: Uchebnoe posobie [Pedagogical theories, systems and teaching technologies: a textbook]*. Kirov, VGPU Publ. (in Russian).
- Машиарова Т.В.* Педагогические теории, системы и технологии обучения: Учебное пособие. Киров: Изд-во ВГПУ, 1997. 160 с.
- Osipova, A.A., Dyatlova, L.A., Ryadinskaya, E.N., Luk'yanenko, M.A. (2018) Psychological and pedagogical technologies for overcoming meaning barriers in the learning process. *Rossiiskii psikhologicheskii zhurnal — Russian Psychological Journal*. 15(2), 260–278. DOI: 10.21702/rpj.2018.2.11. (in Russian).
- Осипова А.А., Дятлова Л.А., Рядинская Е.Н., Лукьяненко М.А.* Психолого-педагогические технологии преодоления смыслового барьера в учебном процессе // Российский психологический журнал. 2018. Т. 15, № 1. С. 260–278. DOI: 10.21702/ rpj.2018.2.11.

- Pashin, S.A. (2009) *Predlozheniya po sovershenstvovaniyu suda prisyazhnykh v Rossii* [Proposals for improving the jury in Russia]. In the book: *Analytical review of the results of the All-Russian monitoring on the problems of judicial reform in the Russian Federation*. Moscow, R. Valent Publ. (in Russian).
Пашин С.А. Предложения по совершенствованию суда присяжных в России // В кн.: Аналитический обзор результатов Всероссийского мониторинга по проблемам судебной реформы в Российской Федерации. М.: Р. Валент, 2009. 229 с.
- Petruhin, I.L. (ed.) (2003) *Sudebnaya vlast' [Judicial branch]*. Moscow, TK Velbi Publ. (in Russian).
Судебная власть / под. Ред. Петрухина И.Л. М.: ТК Велби, 2003. 720 с.
- Petruhin, I.L. (2009) *Opravdatel'nyi prigovor i pravo na reabilitatsiyu: Monografiya [Not guilty and the right to rehabilitation: Monograph]*. Moscow, Prospekt Publ. (in Russian).
Петрухин И.Л. Оправдательный приговор и право на реабилитацию: Монография. М.: Проспект, 2009. 192 с.
- Sheinov, V.P. (2017) *NLP v ubezhdenii i manipulirovanii [NLP in persuasion and manipulation]*. Moscow, AST Publ. (in Russian).
Шейнов В.П. НЛП в убеждении и манипулировании. М.: Изд-во АСТ, 2017. 286 с.
- Ukhova, L.V. (2012) *Effektivnost' reklamnogo teksta: monografiya [The effectiveness of the advertising text: monograph]*; Ministry of Education and Science of the Russian Federation, Federal State Budgetary Educational Institution of Higher Professional Education "Yaroslavl State Pedagogical University named after K.D. Ushinsky". Yaroslavl: YAGPU Publ. (in Russian).
Ухова Л.В. Эффективность рекламного текста: монография. М-во образования и науки Российской Федерации, ФГБОУ ВПО «Ярославский гос. пед. ун-т им. К.Д. Ушинского». Ярославль: Изд-во ЯГПУ, 2012. 375 с.
- Yurishina, E.A. (2020) *Sud prisyazhnykh v Ispanii: istoricheskaya retrospektiva, predposylki vrozhdeniya i nekotorye otlichitel'nye osobennosti [Jury trial in Spain: historical review, revival of institute and some distinctive features]. Voprosy rossiiskogo i mezhdunarodnogo prava [Matters of Russian and International Law]. 10 (3A), 87–98. DOI: 10.34670/AR.2020.93.3.016. (in Russian).*
Юришина Е.А. Суд присяжных в Испании: историческая ретроспектива, предпосылки возрождения и некоторые отличительные особенности // Вопросы российского и международного права. 2020. Том 10. № 3А. С. 87–98. DOI: 10.34670/AR.2020.93.3.016.

Об авторе:

Буштец Никита Владимирович — аспирант, кафедра судебной власти, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»; 101000, Российская Федерация, г. Москва, ул. Мясницкая, д. 20; референт отдела правовой экспертизы Правового департамента Министерства просвещения Российской Федерации

ORCID ID: 0000-0002-7019-1389

e-mail: n.bushtets@mail.ru

About the author:

Nikita V. Bushtets — postgraduate student, Department of Judiciary, National Research University Higher School of Economics; 20 Myasnitskaya str., Moscow, 101000, Russian Federation; assistant of the Legal Expertise Division of the Legal Department of the Ministry of Education of the Russian Federation

ORCID ID: 0000-0002-7019-1389

e-mail: n.bushtets@mail.ru



МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО. ЗАРУБЕЖНОЕ ПРАВО

INTERNATIONAL LAW. FOREIGN LAW

DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1187-1204

Научная статья

О ГЕНЕЗИСЕ И БУДУЩЕМ ИНСТИТУТА ПРОКУРОРА *AMICUS CURIAE* В МЕЖДУНАРОДНОМ ПРАВЕ

Е.А. Копылова

Посольство Российской Федерации во Французской Республике и Княжестве Монако,
г. Париж, Французская Республика

В статье подробно прослеживается процесс становления международно-правового института прокурора *amicus curiae* в практике Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии, который впоследствии будет воспринят всеми международными уголовными трибуналами *ad hoc*. Отмечается, что своим появлением он обязан неудачному опыту преследования посягательств на отправление правосудия трибуналом в рамках предыдущего правового регулирования. Подчеркивается также, что, несмотря на свою эффективность, этот институт не может быть центральным компонентом политики преследования такого рода деяний и даже на данном этапе является помехой ее формированию, ввиду точечного характера участия прокурора *amicus curiae* в международных производствах и отсутствия преемственности. В качестве его альтернативы предлагается учреждать в международных уголовных трибуналах, включая Международный уголовный суд, особый независимый орган — Прокурора по посягательствам на отправление правосудия.

Ключевые слова: прокурор *amicus curiae*, друг суда, Правила процедуры и доказывания, гарант справедливости международного уголовного правосудия, международное уголовное право

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 10 июля 2020 г.

Дата принятия к печати: 15 октября 2020 г.

© Копылова Е.А., 2020.



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

Для цитирования:

Копылова Е.А. О генезисе и будущем института прокурора *amicus curiae* в международном праве // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2020. Т. 24. № 4. С. 1187–1204. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1187-1204.

DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1187-1204

Research Article

THE GENESIS AND CRITICS OF THE PROSECUTORS AMICUS CURIAE IN INTERNATIONAL LAW

Ekaterina A. Kopylova

Embassy of the Russian Federation to the French Republic and the Principality of Monaco,
Paris, France

Abstract. The article traces in detail the origins of the prosecutor *amicus curiae* in the practice of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. This mechanism will subsequently be endorsed by all the *ad hoc* international criminal tribunals. It is noted that their emergence is the result of an unsuccessful experience in prosecuting offences against the administration of justice by the Tribunal under the previous legal framework. It is also stressed that, despite its effectiveness, the prosecutor *amicus curiae* mechanism cannot constitute the central component of the policy of prosecuting such acts and that, at this stage, it may even be considered an obstacle to its formation, given the occasional nature of the prosecutor *amicus curiae*'s intervention in the international criminal proceedings and lack of continuity. As an alternative, it is proposed to establish a special independent organ — the Prosecutor for the offences against the administration of justice — in the international criminal tribunals, including the International Criminal Court.

Key words: prosecutor *amicus curiae*, friend of the court, Rules of Procedure and Evidence, guarantor of fairness of the international criminal justice, international criminal law

Conflict of interests: The author has declared no circumstance amounting to a conflict of interests to her knowledge.

Article received 10 July 2020

Article accepted 15 October 2020

For citation:

Kopylova, E.A. (2020) The genesis and critics of the prosecutors *amicus curiae* in international law. *RUDN Journal of Law*. 24 (4), 1187–1204. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1187-1204.

Введение

Международный уголовный трибунал по бывшей Югославии (далее — «МТБЮ») стал первым опытом международного сообщества по учреждению

международного судебного органа для уголовного преследования лиц, виновных в совершении международных преступлений, после Второй мировой войны. Завершив свою работу в 2017 г. после почти двадцатипятилетнего функционирования, он оставил после себя богатое правовое наследие, которое предстоит изучать не одному поколению юристов-международников. Многие правовые концепции и механизмы, разрабатывавшиеся судьями в режиме реального времени, зачастую путем проб и ошибок, — многочисленные поправки в Правила процедуры и доказывания тому подтверждение — были восприняты последующими международными уголовными трибуналами *ad hoc* и служат ориентиром для Международного уголовного суда.

Для преследования преступлений против отправления международного уголовного правосудия (Marusin, 2002; Trikoz, 2009; Kopylova, 2019) в случаях, когда участие системного прокурора нецелесообразно¹, МТБЮ был создан особый институт — прокурор *amicus curiae*. Он представляет собой совокупность международно-правовых норм, регулирующих порядок назначения, прекращения полномочий, компетенцию, процессуальные права и обязанности комплементарного по отношению к прокурору международных уголовных трибуналов внесистемного органа следствия и поддержания обвинения в связи с посягательствами на отправление правосудия международными уголовными трибуналами. До сих пор в доктрине международного права ему практически не уделялось внимания, как в России, так и за рубежом². Вместе с тем он представляет собой большой научный и практический интерес, благодаря своей уникальности и позитивной роли гаранта справедливости международного уголовного судопроизводства, а также элемента борьбы с посягательствами на отправление правосудия.

Первая часть настоящей статьи посвящена истории его появления. Во второй части представлено его критическое осмысление, в том числе в свете необходимости формирования устойчивой и последовательной политики преследования преступлений против отправления международного уголовного правосудия. Наконец, в третьей части изложены предложения по созданию в системе международных уголовных трибуналов специального органа — Прокурора по преступлениям против отправления правосудия — в качестве альтернативы прокурору *amicus curiae*.

¹ К таким случаям относятся: 1) наличие у системного Прокурора конфликта интересов в отношении деяния, подлежащего расследованию и уголовному преследованию; 2) загруженность системного Прокурора, не позволяющая взять на себя бремя дополнительного производства без ущерба для текущих дел; 3) самоотвод системного Прокурора.

² Одна из немногих публикаций, в которой поднимается вопрос об альтернативных системному Прокурору МУС механизмах преследования за совершение преступлений против отправления правосудия, — это статья М. Хиераменте, Ф. Мюллера и Э. Фергюсон (Hiéramente, Müller, Ferguson, 2014).

Формирование института прокурора *amicus curiae*

По меркам международного права институт прокурора *amicus curiae*³ совсем молод — соответствующее положение появилось в Правилах процедуры и доказывания МТБЮ 13 декабря 2001 г., спустя семь лет функционирования трибунала в ходе двадцать второго пересмотра текста Правил. В отсутствие подготовительных материалов сложно однозначно определить причину его появления; содействовать ее установлению может анализ обстоятельств трех дел о посягательствах на отправление правосудия, которые были рассмотрены МТБЮ к тому моменту, а именно: против М. Вуджина⁴, М. Шимича и Б. Аврамовича⁵ и А. Нобило⁶.

Порядок преследования лиц, подозреваемых в совершении посягательств на отправление международного уголовного правосудия, в МТБЮ менялся несколько раз, лишний раз подтверждая, что международное процессуальное право отличается динамичностью и гибкостью и развивается под влиянием практики. В самой первой версии Правил процедуры и доказывания от 11 февраля 1994 г. наказуемым признавался только отказ свидетеля давать показания по вопросу, имеющему отношение к предмету судебного разбирательства. По своему характеру данное деяние не требовало ни предварительного следствия, ни обвинительного заключения: суд констатировал его в режиме реального времени и сразу же выносил решение о наказании в виде штрафа в размере до 10 000 долл. США либо лишения свободы сроком до шести месяцев⁷.

30 января 1995 г. перечень составов дополнился покушением на оказание воздействия или устрашение свидетеля. Виды и размеры наказаний остались без изменений, однако у приговоренных в первой инстанции появилось право обжаловать приговор в апелляционном порядке⁸.

В результате очередного цикла поправок 25 июля 1997 г. в Правилах процедуры и доказывания появился запрет на разглашение информации, признанной конфиденциальной постановлением Палаты⁹. Порядок преследования

³ Международно-правовое содержание понятия *amicus curiae* подробно исследовано в контексте международного, международного уголовного и регионального правосудия (см.: Lysenko, 2008; Mirgorodsky, 2019; Cibulski, 2005; Chinkin, Mackenzie, 2002; Crema, 2013; Gomez, 2012; Sands, Mackenzie, 2008; Shelton, 1994; Viljoen, Abebe, 2014; Van den Eynde, 2019).

⁴ Vujin, IT-94-1-A-R77.

⁵ Avramovic and Simic, IT-95-9-R77.

⁶ Nobilo, IT-95-14/1-AR77.

⁷ Rule 77, Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 11 February 1994, available at: https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032_original_en.pdf (Accessed 12 June 2020).

⁸ Rule 77, Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 30 January 1995, available at: 77(D) https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032_rev3_en.pdf (Accessed 12 June 2020).

⁹ Rule 77, Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 25 July 1997, available at: https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032_rev11_en.pdf (Accessed 12 June 2020).

оставался неизменен еще несколько месяцев, до поправок 12 ноября 1997 г. Одновременно перечень посягательств на правосудие дополнился бесосновательным уклонением от явки или представления документов по приказу трибунала¹⁰. По мере того, как к составам непосредственного проявления неуважения к суду (имеют место в зале судебного заседания «на глазах» у судей, *in facie curiae* — Вгу, 1993:227) добавлялись составы опосредованного (которые суд не наблюдает физически), расширялось и регулирование порядка привлечения к ответственности (Вгу, 1993:225). Обвиняемому было предоставлено право быть заслушанным судом; право на защитника; введено правило о необходимости установления виновности «вне всяких разумных сомнений», которое обычно применяется к обвиняемым в международных преступлениях.

В результате поправок от 10 июля 1998 г. было принято более детальное регулирование порядка обжалования приговора в апелляционном порядке¹¹. В следующий цикл поправок от 4 декабря 1998 г. не только существенно расширился перечень преступных деяний, но и была предусмотрена наказуемость подстрекательства и покушения на их совершение, а также внедрена градация наказаний в зависимости от тяжести содеянного: для менее тяжких — штраф в размере до 40 000 нидерландских гульденов и/или лишение свободы на срок до двенадцати месяцев; для более тяжких — штраф до 200 000 гульденов и/или лишение свободы на срок до семи лет. Отметим, что семилетним лишением свободы наказывались лица, признанные виновными в совершении международных преступлений (Kopylova, 2019:144).

На момент рассмотрения дел против М. Вужина, М. Шимича и Б. Аврамовича и А. Нобило ч. (F) Правила 77 Правил процедуры и доказывания МТБЮ предусматривала следующий порядок преследования посягательств на отправление правосудия: «Если у Палаты имеются основания полагать, что лицо может быть виновно в неуважении к трибуналу, она может, по своей собственной инициативе, возбудить процесс и уведомить это лицо о том, что оно может быть признано виновным в неуважении к суду, а также о характере предъявляемых ему обвинений. После того, как лицу будет предоставлена возможность предстать перед судом и ответить на обвинения лично или через защитника, Палата может признать его виновным в неуважении к суду, если она будет убеждена в его виновности вне всяких разумных сомнений».

¹⁰ Rule 77, Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 12 November 1997, available at: https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032_rev12_en.pdf (Accessed 12 June 2020).

¹¹ Rule 77, Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 10 July 1998, available at: https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032_rev13_en.pdf (Accessed 12 June 2020).

М. Вуджин был основным защитником Д. Тадича в деле по обвинению в нарушении законов и обычаев войны¹². Ему вменялось противоправное оказание воздействия на свидетелей в ходе подготовки процесса в связи с апелляционным обжалованием обвинительного приговора, вынесенного Д. Тадичу в первой инстанции. Согласно пунктам обвинения (вынесены в виде постановления Палаты), в период с сентября 1997 г. по апрель 1998 г. М. Вуджин давал указания свидетелям о даче ложных показаний второму защитнику Д. Тадича; жестами головы показывал свидетелям во время предварительных допросов, когда отвечать утвердительно, а когда — отрицательно; устрашал свидетелей с целью воспрепятствовать даче ими правдивых показаний; осознанно давал указание свидетелю дать ложные показания трибуналу; выплачивал денежное вознаграждение свидетелю за дачу предварительных показаний, соответствующих его указаниям, и отказывался выплачивать вознаграждение за показания, идущие с ними вразрез¹³. В основу дела легли материалы, представленные Прокурором МТБЮ. М. Вуджин был признан виновным в первой¹⁴ и апелляционной инстанциях¹⁵.

М. Шимич был обвиняемым по делу «Прокурор против М. Шимича и других»¹⁶, а Б. Аврамович — его защитником. Согласно пунктам обвинения, в период с июля 1998 г. по май 1999 г. они реализовывали план по оказанию активного воздействия и устрашению одного из потенциальных свидетелей, подкреплявшийся подкупом, с целью убедить его принять участие в процессе в качестве свидетеля защиты и дать ложные показания. Соответствующая информация поступила от свидетеля Прокурору. Всю доказательную базу обвинения составили пять протоколов допросов свидетеля сотрудниками Канцелярии Прокурора¹⁷. Суд пришел к заключению, что обстоятельств, изложенных в них, не-

¹² Душко Тадич, боснийский серб, политик, лидер ячейки Сербской демократической партии в поселке Козарац в общине Приедор. Приговорен МТБЮ к двадцати годам лишения свободы за преступления против человечности, серьезные нарушения Женевских конвенций и обычаев войны, совершенные на территории общины.

¹³ *The Prosecutor v. Duško Tadić, Scheduling Order Concerning Allegations Against Prior Counsel*, 10 February 1999, IT-94-1-A-R77 (confidential).

¹⁴ *The Prosecutor v. Duško Tadić, Judgment on Allegations of Contempt against Prior Counsel*, Milan Vujin, 31 January 2000, IT-94-1-A-AR77.

¹⁵ *The Prosecutor v. Duško Tadić, Appeal Judgment on Allegations of Contempt against Prior Counsel*, Milan Vujin, 27 February 2001, IT-94-1-A-AR77.

¹⁶ Боснийскому сербу Милану Шимичу в 1995 г. Прокурором МТБЮ было предъявлено обвинение совместно с Б. Шимичем, С. Заричем, М. Тадичем, С. Тодоровичем и С. Милжковичем в причастности к военным преступлениям и преступлениям против человечности, имевшим место в 1992 г. на северо-востоке Боснии и Герцеговины в районе Босански Самак. М.Шимич добровольно предстал перед трибуналом в 1998 г. В обвинительное заключение несколько раз вносились изменения. В 2002 г. М. Шимич заключил соглашение о частичной признании вины с Прокурором МТБЮ и был приговорен к лишению свободы в общей сложности сроком на 5 лет за вычетом 835 дней, проведенных в предварительном заключении.

¹⁷ *The Prosecutor v. Blagoje Simic et al., Judgement in the Matter of Contempt Allegations against an Accused and his Counsel*, 30 June 2000, IT-95-9-R77, §18.

достаточно для того, чтобы признать подсудимых виновными «вне всяких разумных сомнений», и вынес обоим оправдательный приговор¹⁸.

А. Нобило был защитником Т. Бласкича¹⁹. В сентябре 1998 г. в ходе повторного допроса одного из свидетелей защиты он ходатайствовал о приобщении к материалам дела карты, подготовленной свидетелем, участвовавшим в деле «Прокурор против З. Алексовски». При этом он попросил свидетеля по делу Т. Бласкича озвучить в открытом судебном заседании должностное положение свидетеля по делу З. Алексовски. В отношении последнего Судебной палатой по делу З. Алексовски были приняты меры о защите персональных данных, включая его имя, лицо и профессию. После того, как личность свидетеля была разглашена, по его просьбе Посольство Боснии и Герцеговины в Нидерландах направило обращения Прокурору и Секретарю МТБЮ. В свою очередь, Прокурор информировал Судебную палату по делу З. Алексовски о случившемся, предложив квалифицировать деяние А. Нобило как разглашение судебной тайны. В первой инстанции А. Нобило был признан виновным²⁰, однако Апелляционная палата приговор отменила²¹.

В решении об отмене приговора первой инстанции Апелляционная палата выступила с критикой предусмотренного Правилами процедуры и доказывания в действующей редакции порядка привлечения к ответственности лиц, подозреваемых в совершении посягательства на отправление МТБЮ правосудия.

Для целей нашего исследования критика Апелляционной палаты является достаточно существенной, чтобы воспроизвести ее целиком: «[Предусмотренный в правиле 77 порядок] отличается от порядка, предусмотренного в правиле 91, согласно которому Палата может дать предписание Прокурору провести расследование в отношении свидетеля, подозреваемого в осознанной и умышленной даче ложных показаний, для подготовки и представления обвинительного заключения о даче ложных показаний. Было высказано предложение, чтобы возложить на Прокурора полномочия по возбуждению производства за неуважение к суду посредством вынесения обвинительного заключения или, в случае, если подозреваемый в неуважении к суду связан со стороной обвинения, — на *amicus curiae*, назначенного Палатой для этих целей»²² (выделено нами).

¹⁸ The Prosecutor v. Blagoje Simic et al., Judgement in the Matter of Contempt Allegations against an Accused and his Counsel, 30 June 2000, IT-95-9-R77, §18.

¹⁹ Тихомир Бласкич, по происхождению боснийский хорват, возглавлял вооруженные силы Хорватии в Центральной Боснии в период с 1992 по 1995 гг. Был приговорен в первой инстанции к 45 годам лишения свободы за военные преступления и преступления против человечности. Апелляционная палата снизила срок наказания до 9 лет, отменив приговор по ряду пунктов обвинения.

²⁰ The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Finding of Contempt of the Tribunal, 11 December 1998, IT-95-14/1-AR77.

²¹ The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Judgment on Appeal by Anto Nobile against Finding of Contempt, 31 May 2001, IT-95-14/1-AR77.

²² The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Judgment on Appeal by Anto Nobile against Finding of Contempt, 31 May 2001, IT-95-14/1-AR77, §55.

И далее: «Опасно, когда Палата выступает одновременно прокурором и судьей в отношении обвинения в неуважении к суду. Существует вероятность, что в таком случае не будут соблюдены процедуры и гарантии, обычно предоставляемые сторонам. Апелляционная палата отметила [...] пробелы в обычно применимых процедурах, которые бы не случились, если бы процесс по неуважению к суду был инициирован посредством обвинительного заключения и если бы бремя доказывания было возложено на Прокурора. Таким образом, крайне важно, чтобы Палата, самостоятельно возбуждающая производство в связи с неуважением к суду, на раннем этапе формулировала характер обвинения с точностью, присущей обвинительному заключению, и чтобы она давала сторонам возможность высказаться относительно подлежащих доказыванию обстоятельств. Это единственный способ обеспечить подозреваемому в совершении неуважения к суду справедливый процесс»²³.

Итак, идея внедрения прокурора *amicus curiae* зародилась, по всей видимости, в рамках дела против А. Нобило, в первую очередь в связи с тем, что действовавшее на тот момент регулирование не позволяло в полной мере обеспечить справедливое судебное разбирательство подсудимому. Действительно, прежний порядок привлечения к ответственности за посягательства на отправление правосудия не соответствовал ни характеру этих посягательств, ни характеру и срокам предусмотренного максимального наказания. Он не был приспособлен для проведения следственных действий, подготовки и поддержания обвинения, т.к. Судебные палаты не обладают ни необходимыми ресурсами, ни навыками. Между тем, рискуя лишиться свободы на максимальный срок до семи лет, подсудимый имел право на полноценное судебное разбирательство со всеми международно-правовыми гарантиями.

Постановление об отмене обвинительного приговора А. Нобило Апелляционной палатой было вынесено 31 мая 2001 г.; полгода спустя в Правила процедуры и доказывания были внесены поправки, в результате которых появилась ч. (С) правила 77 следующего содержания: «Если Палата имеет основания полагать, что лицо может быть виновно в неуважении к суду, она может: (i) вынести предписание Прокурору провести расследование с целью подготовки и представления обвинительного заключения по неуважению к суду; (ii) в случае, если, по мнению Палаты, Прокурор находится в состоянии конфликта интересов по отношению к соответствующему деянию, вынести предписание Секретарю назначить *amicus curiae* для проведения расследования и информирования Палаты о наличии достаточных оснований для возбуждения производства о неуважении к суду; (iii) возбудить производство самостоятельно».

Новая ч. (D) предусматривала: «Если Палата полагает, что существуют достаточные основания для возбуждения производства против лица за неуваже-

²³ The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Judgment on Appeal by Anto Nobilo against Finding of Contempt, 31 May 2001, IT-95-14/1-AR77, §56.

ние к суду, Палата может: (i) при обстоятельствах, предусмотренных п. (i) ч. (С), вынести предписание Прокурору поддерживать обвинение по делу, или (ii) при обстоятельствах, предусмотренных пп. (ii) и (iii) ч. (С), вынести постановление, заменяющее обвинительное заключение, и либо предписать *amicus curiae* поддерживать обвинение, поддерживать обвинение самостоятельно». В таком виде это положение просуществовало вплоть до закрытия трибунала и в целом было воспринято в правиле 90 Правил процедуры и доказывания Международного остаточного механизма для уголовных трибуналов, призванного завершить нерассмотренные дела МТБЮ и Международного уголовного трибунала по Руанде после окончания их функционирования.

Допускаем, что вышеприведенные аргументы Апелляционной палатой были не единственными, которые сыграли роль в принятии решения о создании механизма прокурора *amicus curiae*. При анализе обстоятельств дел против М. Вужина, М. Шимича и Б. Аврамовича и А. Нобило сразу обращает на себя внимание то, что в каждом из них в качестве обвиняемого привлекался адвокат защиты. Все дела были возбуждены Палатами на основании информации, представленной Прокурором, и доказательственная база сводилась только к ней. В двух делах доказательства оказались недостаточными для подтверждения виновности подсудимых вне всяких разумных сомнений. Статистика привлечения защитников в качестве обвиняемых в ста процентах случаев возбуждения уголовных дел в связи с посягательствами на отправление правосудия и недостаточность доказательств против них в семидесяти процентах могла также учитываться при принятии решения о создании альтернативного процессуального механизма преследования такого рода деяний в случае конфликта интересов системного Прокурора. Отсюда можно предположить, что ситуация конфликта интересов может возникнуть для Прокурора не только тогда, когда под подозрением находится связанное с ним лицо, как это отметила Апелляционная палата в деле А. Нобило, но и когда подозрения падают на представителя стороны защиты. На правильность данного предположения указывает, в частности, то обстоятельство, что первое дело о посягательствах на отправление правосудия, возбужденное после принятия поправок в Правила процедуры и доказывания, — «Прокурор против М. Маглов»²⁴ — касалось одного из защитников Р. Брданина²⁵ и было поручено прокурору *amicus curiae*²⁶.

Использование термина «*amicus curiae*» применительно к лицу с полномочиями прокурора было беспрецедентным в международном праве, несмотря на то, что, по некоторым предположениям (Williams, Woolaver, Palmer, 2020:126),

²⁴ Milka Maglov, IT-99-36-R77.

²⁵ Радослав Брданин, боснийский серб, заместитель Председателя автономной области Краина. Приговорен к двадцати четырем годам лишения свободы за причастность к этнической чистке несербского населения.

²⁶ The Prosecutor v. Radoslav Brdanin, Order Instigating Proceedings against Milka Maglov, 8 May 2003, IT-99-36/R77.

сам институт «*amicus curiae*» мог применяться уже Международным военным трибуналом и Международным военным трибуналом для Дальнего Востока в силу их естественных полномочий (Корылова, 2019:94–103). Под влиянием национально-правовой концепции *amicus curiae* в международном праве воспринимался только в своей информативной ипостаси, как субъект представления судам спонтанно или по запросу в письменном или устном виде замечаний по вопросам факта или права. В таком же понимании термин «*amicus curiae*» употреблялся до внесения поправок от 13 декабря 2001 г. в Правилах процедуры и доказывания МТБЮ²⁷. В качестве *amicus curiae* как внешнего источника информации в рамках этого и других трибуналов регулярно участвуют как субъекты международного права, так и различные неправительственные организации, профессиональные объединения, индивиды.

Вместе с тем новаторское использование термина «*amicus curiae*» в отношении прокурора вписывалось в общую тенденцию к расширению его международно-правового содержания, наблюдаемую в МТБЮ в этот период. Так, 30 августа 2001 г. Судебная палата назначила *amicus curiae* для представительства интересов обвиняемого С. Милошевича, отказавшегося нанять защитника²⁸. При этом *amicus* были, по сути, предоставлены процессуальные права и обязанности полноценной стороны защиты²⁹. Вкупе с новым положением о прокуроре *amicus curiae* этим решением было положено начало формированию новой разновидности *amicus curiae* — гаранта справедливости международного уголовного судопроизводства³⁰.

Вопреки мнению, бытующему в зарубежной литературе, согласно которому использование термина «*amicus curiae*» применительно к прокурору или квазизащитнику некорректно (Williams, Woolaver, 2006:183; Williams, Woolaver, Palmer, 2020:91), на наш взгляд, оно в данном случае более, чем обоснованно. Понятие «суда» в выражении «друг суда» может толковаться двояко: суд как учреждение и суд как Судебная палата. В первом случае подчеркивается сторонний, внесистемный характер прокурора *amicus curiae* — это третье лицо, ко-

²⁷ Rule 74, Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 11 February 1994, available at: https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032_original_en.pdf (Accessed 12 June 2020).

²⁸ The Prosecutor v. Slobodan Milosevic, Order Inviting Designation of Amicus Curiae, 30 August 2001, IT-99-37-PT, p. 2; The Prosecutor v. Slobodan Milosevic, Order Inviting Designation of Amicus Curiae, 30 October 2001, IT-01-50-PT, p. 2–3; The Prosecutor v. Slobodan Milosevic, Order Inviting Designation of Amicus Curiae, 23 November 2001, IT-01-51-PT, p. 2–3.

²⁹ The Prosecutor v. Slobodan Milosevic, Order of Further Instruction to the Amici Curiae, 6 October 2003, IT-02-54-T; The Prosecutor v. Slobodan Milosevic, Order Concerning Amici Curiae, 11 January 2002, IT-02-54-T; The Prosecutor v. Slobodan Milosevic, Reasons for Decision on Assignment of Defence Counsel, 22 September 2004, IT-02-54-T, §64.

³⁰ Подробнее об институте *amicus curiae* в международном и международном уголовном праве см: Wiik, 2018; Crema, 2013; Williams, Woolaver, 2006; Williams, Woolaver, Palmer 2020; Sands, Mackenzie, 2008; Bartholomeusz, 2005.

торое, как «друг суда», соглашается выполнять по просьбе последнего функции, призванные содействовать надлежащему отправлению правосудия. Во втором случае через термин «друг суда» подчеркивается роль прокурора *amicus curiae* как представителя интересов Судебной палаты, которым посягательством на отправление правосудия был нанесен ущерб. В национальных уголовных производствах прокурор представляет интересы государства и общества, которое делегировало государству право по их отстаиванию; в международных уголовных производствах в связи с совершением международных преступлений он представляет интересы международного сообщества³¹. Специфика объекта посягательств на отправление международного уголовного правосудия такова (Корулова, 2019:177–180), что в производствах по такого рода делам прокурор защищает, в первую очередь, интересы «потерпевшего» суда.

В практике МТБЮ было зафиксировано четыре случая участия в качестве стороны обвинения в делах о посягательствах на отправление правосудия прокурора *amicus curiae*³² из двадцати четырех производств.

В Правила процедуры и доказывания Международного уголовного трибунала по Руанде соответствующее положение было включено двумя годами позднее, 26 мая 2003 г. Нам известен лишь один случай привлечения прокурора *amicus curiae* к расследованию в рамках этого трибунала: в приговоре по делу «Прокурор против П. Нийрамасухуко и других» упоминается, что для поддержания обвинения по делу о даче ложных показаний одним из свидетелей Судебной палатой был назначен прокурор *amicus curiae*³³. Однако ввиду того, что само постановление о назначении³⁴ и, по всей видимости, материалы производства являются конфиденциальными, проанализировать их не представляется возможным.

Критика института прокурора *amicus curiae*

Отрицательные последствия совершения преступлений против правосудия для привлечения к ответственности лиц, виновных в совершении наиболее тяжких деяний, предусмотренных международным правом, достаточно масштабны и серьезны, чтобы принципы, цели, направления, методы и перспективы борьбы с ними приобрели системность. Совокупность этих аспектов можно

³¹ Standards of Professional Conduct for Prosecution Counsel, Prosecutor's Regulation № 2, International Tribunal for the Former Yugoslavia, 1999, available at: https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Miscellaneous/otp_regulation_990914.pdf (Accessed 12 June 2020).

³² Hartmann IT-02-54-R77.5; Maglov IT-99-36-R77; Seselj First Contempt Case IT-03-67-R77.2; Seselj Second Contempt Case IT-03-67-R77.3.

³³ The Prosecutor v. Pauline Nyiramasuhuko et al., Judgement, 14 December 2015, ICTR-98-42-T, §282.

³⁴ См. The Prosecutor v. Pauline Nyiramasuhuko et al., Confidential Decision Following Amicus Curiae Report Related to Allegations of Contempt of the Tribunal and False Testimony [of] Witness QA, 2 September 2011 (confidential), ICTR-98-42-T, §33.

именовать политикой преследования преступлений против отправления международного уголовного правосудия. Ввиду идентичности вызовов, с которыми сталкиваются все органы международного уголовного правосудия, целесообразна разработка ее международным сообществом и реализация на базе отдельных международных уголовных трибуналов.

К ключевым принципам такой политики следует отнести равенство, неотвратимость наказания, уважение прав человека, пропорциональность наказания содеянному. К основной цели — обеспечение надлежащего отправления международного уголовного правосудия.

В направлениях ее реализации должны входить: установление уголовной ответственности за совершение деяний, посягающих на отношения по надлежащему отправлению международного уголовного правосудия, в международно-правовых актах и во внутреннем законодательстве государств-участников учредительных договоров международных уголовных судов; сотрудничество между государствами и международными уголовными трибуналами в связи с оказанием правовой помощи в превенции, осуществлении следственных действий, сборе доказательств, аресте и передаче обвиняемых, организации отбывания наказания осужденными.

Среди методов ее реализации следует назвать разработку и заключение международных договоров и принятие международно-правовых актов о создании действенных процессуальных механизмов привлечения к ответственности внутри международных трибуналов; принятие соответствующих уголовно-процессуальных норм на национальном уровне.

На сегодня такой политики не существует. Преследования осуществляются выборочно и несистемно, отсутствует мониторинг потенциальных посягательств, в процессе принятия решения о преследовании учитываются посторонние факторы. Как результат, можно без преувеличения утверждать, что большинство посягательств на отправление правосудия остается невыявленными и, как следствие, безнаказанными.

Множественность органов преследования — системный прокурор, прокурор *amicus curiae* — не способствует формированию такой политики. Вкупе со сменяемостью прокуроров *amicus curiae* она не позволяет разработать единый подход к расследованию и преследованию преступлений против правосудия, кодифицировать передовой опыт. Каждый прокурор *amicus curiae* действует согласно своему собственному представлению о своей роли и задачах, на которое неизбежно накладывает отпечаток его образование и профессиональная среда.

Этот и ряд других факторов заставляют усомниться в том, что институт прокурора *amicus curiae* представляет собой наиболее оптимальный механизм осуществления расследования и поддержания обвинения в связи с преступлениями против международного уголовного правосудия.

Ресурсы прокурора *amicus curiae* ограничены, и даже на их полную мобилизацию требуется время, занимаемое у расследования. Сравнение с нацио-

нально-правовым институтом специального прокурора представляется здесь уместным. В публикации, посвященной институту специального прокурора в США³⁵, Д. Шмольц отмечает: «В отличие от генерального прокурора США или сотрудника Министерства юстиции, заступающего на пост в уже существующем органе со своим помещением, персоналом, телефонами, агентами, юристами и всеми другими составляющими функционирующего органа, специальный прокурор, принеся присягу, начинает с нуля. У него нет ничего, кроме бумаги о его назначении, определяющей пределы его полномочий. У него нет ни копировальной машины, ни помещения, ни персонала, ни юристов, ни агентов, ни книг, ни компьютера, ни даже телефона» (Smaltz, 1998). То же самое можно в целом сказать и о прокуроре *amicus curiae* международных уголовных трибуналов. Секретариаты международных трибуналов оказывают ему техническую поддержку, однако очевидно, что на организацию оптимального рабочего пространства необходимо время³⁶.

Механизм прокуроров *amicus curiae* не приспособлен для предупреждения преступлений против отправления правосудия. Прокуроры *amicus curiae* привлекаются пост-фактум к преследованию уже совершенных преступлений, по сути, когда, исходя из уже известных обстоятельств, уголовное производство практически неизбежно.

Ввиду перечисленных недостатков нельзя не задуматься о создании механизма, в котором они бы отсутствовали. Залог любой успешной правовой политики — это наличие целостного видения ситуации и отслеживание ее эволюции в средне- и долгосрочной перспективе для внесения корректив. Фактор постоянства имеет в этой связи первостепенное значение. Следовательно, спорадическое применение института прокурора *amicus curiae* необходимо заменить на перманентный механизм.

Прокурор по посягательствам на отправление международного уголовного правосудия как альтернатива прокурору *amicus curiae*

В качестве одной из альтернатив прокурору *amicus curiae* можно было бы рассмотреть учреждение в рамках Канцелярий Прокуроров международных уголовных судов специальных подразделений по расследованию и преследованию посягательств на отправление правосудия³⁷. В деле «Прокурор против

³⁵ Специальный прокурор может рассматриваться как национально-правовой эквивалент прокурора *amicus curiae*. В некоторых юрисдикциях специальные прокуроры назначаются для проведения следственных действий и поддержания обвинения в отношении высших должностных лиц государства и других высокопоставленных чиновников, во избежание давления на систему прокуратуры.

³⁶ Practice Direction on Procedure for the Investigation and Prosecution of Contempt before the International Tribunal, 6 May 2004, IT/227, §19(ii), available at: https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Practice_Directions/it227_contempt_procedure_en.pdf (Accessed 12 June 2020).

³⁷ Kopylova, E. Everybody Has Friends, Why Not the ICC: on the Court's Power to Appoint Amicus Curiae Prosecutors, 12 May 2016, available at: <http://opiniojuris.org/2016/05/12/everybody-has-friends-why-not-the-icc-on-the-courts-power-to-appoint-amicus-curiae-prosecutors/> (Accessed 11 June 2020).

Ж. Де Дье Камуханда» Апелляционная палата Международного уголовного трибунала по Руанде (далее — «МТР») дала предписание Прокурору трибунала следственным путем проверить информацию о попытке отдельных сотрудников трибунала оказать воздействие на свидетелей и о даче ложных показаний³⁸. Прокурор назначил специального советника — партнера американской фирмы «Хоган и Хартсон» — для осуществления следственных действий и «доклада Прокурору о целесообразности предъявления обвинения в неуважении к суду или даче ложных показаний или любом другом преступлении против должного отправления правосудия»³⁹. Кроме того, специальному советнику поручалось проанализировать и расследовать «некоторые вопросы, которые возникли в рамках апелляции на приговор в отношении Хассана Нгезе⁴⁰», а также представить свои предложения по результатам⁴¹. Расследование специального советника привело к возбуждению двух единственных дел о посягательствах на отправление правосудия МТР, против Л. Нсогоза и свидетеля ГАА.

Вместе с тем внедрение специального подразделения внутри Канцелярий Прокуроров не вполне устраняет недостатки, характерные для прокурора *amicus curiae*. Более того, такой вариант дополнительно страдает от некоторых других. Главный из них — подчиненность системному Прокурору и отсутствие полномочий по принятию решения о правовых последствиях итогов расследования. Системный Прокурор неизбежно будет учитывать ряд факторов, не имеющих непосредственного отношения к защите интересов правосудия, таких как вероятные последствия для дел, находящихся у него в производстве, для имиджа его Канцелярии и др.

Представляется, что положительных результатов в борьбе с преступлениями против отправления правосудия помогло бы достичь учреждение в рамках международных уголовных судов особого органа — прокурора по посягательствам на отправление правосудия.

Такой орган мог бы быть создан в рамках Международного уголовного суда (далее — «МУС») посредством внесения поправок в Римский статут, а также создаваться в будущих трибуналах *ad hoc*. Он функционировал бы независимо как от внешних источников, так и от других органов того или иного трибунала, включая прокурора по международным преступлениям. Это позво-

³⁸ Jean de Dieu Kamuhanda c. le Procureur, transcription de l'audience, le 19 mai 2005, ICTR-99-54A-A, p. 52, lns 8–18.

³⁹ Appointment of Special Counsel by the Prosecutor (Press release, 12 July 2005), available at: <https://unictr.irmct.org/en/news/appointment-special-counsel-prosecutor> (Accessed 11 June 2020).

⁴⁰ Хассан Нгезе, уроженец Руанды, журналист. В период геноцида в Руанде был корреспондентом Свободного Радио-Телевидения Тысячи Холмов, на волнах которого неоднократно призывал к уничтожению тутси и хуту. Обнародовал списки лиц, подлежащих уничтожению вооруженными группировками. Был приговорен к пожизненному заключению в первой инстанции; Апелляционная палата снизила срок наказания до 35 лет.

⁴¹ Appointment of Special Counsel by the Prosecutor, op. cit.

ляло бы гарантировать полную беспристрастность при решении о возбуждении уголовного дела.

Замещение должности прокурора по посягательствам на отправление правосудия происходило бы в таком же порядке, что замещение должности прокурора по международным преступлениям, посредством назначения или избрания. На нее могло бы претендовать высококвалифицированное лицо, обладающее высокими моральными качествами, практическим опытом в области расследования и поддержания обвинения по уголовным делам и свободно владеющее как минимум одним из рабочих языков суда.

Должность прокурора по посягательствам на отправление правосудия должна быть несовместима с другой профессиональной деятельностью и исключать любые виды деятельности, могущие поставить под сомнение его независимость.

Прокурор по посягательствам на отправление правосудия пользовался бы такими же процессуальными правами, обязанностями, международными иммунитетами и привилегиями. По умолчанию его взаимодействие с государствами и иными субъектами международного права регулировалось бы нормами, применимыми к взаимодействию с ними прокурора по международным преступлениям. Вместе с тем нельзя не констатировать на примере МУС, что действующие механизмы правовой помощи слишком громоздки. В этой связи перспективными могли бы стать переговоры с государствами об упрощении порядка международного сотрудничества в борьбе с преступлениями против международного уголовного правосудия.

В подчинении Прокурора по посягательствам на отправление правосудия находилась бы Канцелярия, набор в которую осуществлялся бы в соответствии с процедурой, предусмотренной для трудоустройства в Канцелярию Прокурора по международным преступлениям. В порядке повышения эффективности взаимодействия с правоохранительными органами государств-участников в ее состав также могли бы входить их представители для поддержания прямого диалога о ходе исполнения запросов о правовой помощи.

Сотрудники Канцелярии Прокурора по посягательствам на отправление правосудия должны иметь доступ к материалам, включая конфиденциальные, всех дел и ситуаций, находящихся в производстве трибунала. В их задачу будет входить:

- мониторинг текущих производств на предмет выявления совершенных или готовящихся преступлений против правосудия;
- проверка сообщений о совершенных или готовящихся преступлениях против правосудия. Такие сообщения могут исходить от других органов международного уголовного трибунала, участников процесса (например, защитников или представителей потерпевших), любых других внешних источников;
- проверка информации о совершенных или готовящихся преступлениях, публикуемой в СМИ. Через механизм правовой помощи либо напрямую,

если позволяет устав, прокурор по посягательствам на отправление правосудия запрашивает у редакции соответствующего СМИ документы и материалы, подтверждающие информацию о преступлении.

Под «проверкой» следует понимать совершение любых следственных действий, направленных на установление соответствия действительности содержащейся в сообщении информации. Факт получения сообщения о преступлении против правосудия и содержание его проверки входят в состав тайны следствия и не подлежат разглашению. Таким образом, расследованию будет обеспечиваться необходимая конфиденциальность.

При проведении проверки прокурором по посягательствам на отправление правосудия соблюдаются права человека и правила сбора, регистрации и хранения доказательств.

В интересах повышения отчетности и ответственности заявителю должен подтверждаться факт принятия сообщения о преступлении и сообщаться о результатах проверок. По итогам рассмотрения сообщения прокурор по посягательствам на отправление правосудия может принять решение о возбуждении уголовного дела; об отказе в возбуждении уголовного дела в связи с отсутствием оснований, т.е. наличия достаточных данных, указывающих на признаки преступления; о нецелесообразности возбуждения уголовного дела в рамках международного уголовного трибунала и о передаче материалов проверки правоохранительным органам государства, компетентного осуществлять уголовное преследование.

Параллельно созданию такого органа во избежание злоупотреблений следовало бы дополнить перечень преступлений против международного уголовного правосудия преступлением заведомо ложного доноса — деянием, состоящим в умышленном сообщении прокурору по посягательствам на отправление правосудия заведомо не соответствующей действительности информации о совершенном или готовящемся преступлении против отправления правосудия.

Выводы

Восприятие нормы о прокуроре *amicus curiae* всеми международными уголовными трибуналами *ad hoc* дает основания говорить об универсальном характере этого института. Повсеместное его использование — с большей или меньшей интенсивностью, в зависимости от трибунала, — указывает на его эффективность как субъекта борьбы с посягательствами на отправление международного уголовного правосудия.

Вместе с тем, как представляется, спустя почти тридцать лет непрерывного функционирования международной уголовной юстиции и в отсутствие признаков прерывания этого процесса пришло время выводить эту борьбу на новый уровень: более системный, организованный, базирующийся на прошлом опыте как в плане преемственности положительных аспектов, так и в плане

корректировки неудачных решений. В силу своей природы институт прокурора *amicus curiae* неспособен интегрироваться в новую систему. Ее организацию следует мыслить вокруг перманентного органа, полностью ориентированного на выявление, преследование и превенцию преступлений против международного уголовного правосудия.

Библиографический список / References

- Bartholomeusz, L. (2005) The amicus curiae before international courts and tribunals. *Non-State Actors and International Law*. (5), 209–286.
- Bry, K. (1993) An overview of illinois contempt law: a court's inherent power and the appropriate procedures and sanctions. *Marshall Law Review*. (23), 223–256.
- Cibulski, C. (2005) The Amicus curiae as an instrument of perfectioning the legal system: materials of the Third International Conference «Access to justice. The practice of amicus curiae — friend of court», available at: <https://csip.kg/documents/HFHR/1/attPart01/3-1a.pdf> (Accessed 05 June 2020). (in Russian).
Цыбульски С. «Amicus curiae» как инструмент усовершенствования правовой системы: материалы Третьей Международной Конференции «Доступ к правосудию. Практика Amicus curiae — друга правосудия». Киев, апрель 2005, available at: <https://csip.kg/documents/HFHR/1/attPart01/3-1a.pdf> (Accessed 05 June 2020).
- Chinkin, Ch., Mackenzie, R. (2002) International Organizations as Friends of Court. *International Organizations and International Dispute Settlement: Trends and Prospects*. Ardsley, N.Y. Transnational Publishers Inc., pp. 295–311.
- Crema, L. (2013) Testing Amici Curiae in International Law: Rules and Practice. *The Italian Yearbook of International Law*. 22(1), 91–132.
- Gomez, K.F. (2012) Rethinking the Role of *Amicus Curiae* in International Investment Arbitration: How to Draw the Line Favorably for the Public Interest. *Fordham International Law Journal*. 35(2), 510–564.
- Hiéramente, M., Müller, Ph., Ferguson, E. (2014) Barasa, Bribery and Beyond: Offences against the Administration of Justice at the International Criminal Court. *International Criminal Law Review*. 14 (6), 1123–1149.
- Kopylova, E.A. (2019) *Préstupleniya protiv mezhdunarodnogo ugovnogo pravosudiya [The Offences against the Administration of the International Criminal Justice]*. Moscow, Boslen Publ. (in Russian).
Копылова Е.А. Преступления против международного уголовного правосудия. Бослен. 2019. 368 с.
- Lysenko, V.V. (2008) The amicus curiae in the theory and practice of the NGOs and the European Court of Human Rights. *Russian Judge*. (9), 38–42. (in Russian).
Лысенко В.В. Институт amicus curiae в теории и практике неправительственных организаций и Европейский суд по правам человека // Российский судья. 2008. № 9. С. 38–42.
- Marusin, I.S. (2002) Grounds and Procedure for Prosecution of Crimes Against Justice in International Judicial Institutions. *Russian Yearbook of International Law 2002*. Saint-Petersburg, Russia-Neva Publ. pp. 114–127. (in Russian).
Марусин И.С. Основания и порядок привлечения к ответственности за преступления против правосудия в международных судебных учреждениях // Российский ежегодник международного права 2002. СПб.: Россия-Нева, 2002. С. 114–127.

- Mirgorodsky, E.D. (2019) The Amicus Curiae in international law: history and modernity. *Journal of the Oleg Kutafin University (MSLU)*. 10 (62), 199–204. (in Russian).
Миргородский Е.Д. Amicus Curiae в международном праве: история и современность // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2019. № 10 (62). С. 199–204.
- Sands, Ph., Mackenzie, R. (2008) International Courts and Tribunals, Amicus Curiae. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, available at: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e8> (Accessed 05 June 2020).
- Shelton, D. (1994) The Participation of Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings. *The American Journal of International Law*. 88 (4), 611–642.
- Smaltz, D.C. (1998) The Independent Counsel: A View from Inside. *Georgetown Law Journal*. 86 (6), available at: <https://govinfo.library.unt.edu/oic/SMALTZ/speeches/GTLJ.htm> (Accessed 06 June 2020).
- Trikoz, E.N. (2009) The Offences against the Administration of Justice in the International Criminal Law. *The Current Problems of the International Justice*. Moscow, Law and Public Policy Institute Publ. 227–236. (in Russian).
Трикоз Е.Н. Преступления против отправления правосудия в международном уголовном праве // Международное уголовное правосудие: современные проблемы. М.: Ин-т права и публичной политики, 2009. С. 227–236.
- Van den Eynde, L. (2019) Amicus Curiae: European Court of Human Rights (ECtHR). *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, available at: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeipro/e3753.013.3753/law-mpeipro-e3753> (Accessed 05 June 2020).
- Viljoen, F., Abebe, A. (2014) «Amicus Curiae» Participation Before Regional Human Rights Bodies in Africa. *Journal of African Law*. 58 (1), 22–44.
- Wiik, A. (2018) *Amicus Curiae* Before International Courts and Tribunals. Nomos/Hart.
- Williams, S., Woolaver H. (2006) The Role of the Amicus Curiae before International Criminal Tribunals. *International Criminal Law Review*. 6(2), 151–189.
- Williams, S., Woolaver, H., Palmer, E. (2020) *The Amicus Curiae in International Criminal Justice*. Hart Publishing.

Об авторе:

Копылова Екатерина Алексеевна — кандидат юридических наук, помощник по правовым вопросам Чрезвычайного и Полномочного Посла Российской Федерации во Французской Республике и Княжестве Монако, Посольство Российской Федерации во Французской Республике и Княжестве Монако; 75116, Французская Республика, г. Париж, Бульвар Ланн, д. 40–50

ORCID: 0000-0002-0893-6044; SCOPUS Author ID: 57193092605;

SPIN-код: 2501-6221

e-mail: kopylova.diplomatie@gmail.com

About the author:

Ekaterina A. Kopylova — Candidate of Legal Sciences, Legal Advisor to the Extraordinary and Plenipotentiary Ambassador of the Russian Federation to the French Republic and the Principality of Monaco, Embassy of the Russian Federation to the French Republic and the Principality of Monaco; 40–50 Boulevard Lannes, Paris, 75116, France

ORCID: 0000-0002-0893-6044; SCOPUS Author ID: 57193092605;

SPIN-code: 2501-6221

e-mail: kopylova.diplomatie@gmail.com



DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1205-1223

Научная статья

АВТОНОМИЯ ВОЛИ В ГААГСКОЙ КОНВЕНЦИИ О ПРАВЕ, ПРИМЕНИМОМ К АГЕНТСКИМ СОГЛАШЕНИЯМ

Т.В. Новикова

Северо-Кавказский филиал Российского государственного университета правосудия,
г. Краснодар, Российская Федерация

Актуальность исследования обуславливается развитием трансграничных частноправовых отношений, включая агентские, реализацией их сторонами автономии воли и потенциалом практического применения Гаагской конвенции о праве, применимом к агентским соглашениям (Гаагской конвенции 1978 г.). *Цель* — проанализировать стандарты автономии воли, установленные Гаагской конвенцией 1978 г., оценить место норм анализируемой конвенции в системе международных норм об автономии воли и сделать выводы о потенциале их практического применения. Основные специально-юридические *методы* — историко-правовой и сравнительно-правовой. В связи с незначительной научной разработанностью темы основными *материалами* выступили нормы международных договоров, в том числе различные языковые версии и переводы, и обширные подготовительные материалы, позволяющие уяснить содержание анализируемых норм. Главные *результаты* включают следующие выводы. Во-первых, вопреки распространенной в отечественной юриспруденции точке зрения Гаагская конвенция 1978 г. признает автономию воли для двух правоотношений и устанавливает либеральный стандарт для правоотношений агента и принципала и строгий — для вопроса о полномочиях агента в правоотношениях принципала и третьего лица. Во-вторых, Гаагская конвенция 1978 г. имеет потенциал практического применения как часть *lex fori* государств-участников в суде и как свод признанных на международном уровне норм в международном коммерческом арбитраже. В *заключение* подчеркивается, что отечественным участникам международного гражданского оборота важно иметь правильное представление о нормах Гаагской конвенции 1978 г. при выборе места рассмотрения споров из заключаемых ими агентских соглашений международного характера.

Ключевые слова: автономия воли, выбор применимого права, соглашение о применимом праве, оговорка о применимом праве, агентское соглашение, полномочия агента, коллизийное право

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 29 июля 2020 г.

Дата принятия к печати: 15 октября 2020 г.

© Новикова Т.В., 2020.



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

Для цитирования:

Новикова Т.В. Автономия воли в Гаагской Конвенции о праве, применимом к агентским соглашениям // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2020. Т. 24. № 4. С. 1205–1223. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1205-1223.

DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1205-1223

Research Article

PARTY AUTONOMY IN THE HAGUE CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO AGENCY

Tatiana V. Novikova

The North Caucasian branch of the Russian State University of Justice,
Krasnodar, Russian Federation

Abstract. The research is relevant due to development of transboundary private legal relations, including agency, recourse to party autonomy and the Hague Convention on the Law Applicable to Agency (the Hague Convention of 1978) potential of practical application. The goal is to analyze the party autonomy standards stipulated by the Hague Convention of 1978, to assess the place of the indicated norms within the system of international norms regarding party autonomy and to make conclusions on potential of its practical application. The main specific legal methods are historical and comparative. Due to insufficient scientific elaboration on the matter the main materials were the international treaty norms, including different language versions and translations, and profound *travaux préparatoires* enabling to clear up the contents of the norms. The main results include the following conclusions. Firstly, in spite of standpoint widespread in Russian jurisprudence the Hague Convention of 1978 acknowledges party autonomy for two legal relations and stipulates liberal standard for agent and principal relations and strict — for the agent’s authority in principal and third party relations. Secondly, the Hague Convention of 1978 has the potential of practical application as a part of *lex fori* of its states parties by court and as a collection of internationally accepted norms by international commercial arbitration. In conclusion the author stresses that it is important for Russian participants of international civil intercourse to have the right perception of the Hague Convention of 1978 norms when choosing a forum for disputes arising out of their international agency agreements.

Key words: autonomy of will, choice of applicable law, choice of law agreement, choice of law clause, agency agreement, agent’s authority, conflict of laws

Conflicts of interest. The author declared no conflicts of interest.

Article received 29 July 2020

Article accepted 15 October 2020

For citation:

Novikova, T.V. (2020) Party autonomy in the Hague convention on the law applicable to agency. *RUDN Journal of Law*. 24 (4), 1205–1223. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1205-1223.

Введение

Истоки Гаагской конвенции о праве, применимом к агентским соглашениям, можно усмотреть в предложении разработать унифицированное коллизионное регулирование агентирования в области международной купли-продажи товаров, которое прозвучало еще на Восьмой Гаагской конференции по международному частному праву в 1956 г. Из-за отсутствия интереса у государств-участников проект был отложен на неопределенный период, но на Двенадцатой Гаагской конференции в 1972 г. в рамках направления по унификации коллизионного регулирования договорных правоотношений вопрос об агентских соглашениях и представительстве в целом был включен в повестку дня будущей конференции¹.

Как следствие, в 1977 г. специальная комиссия по поручению Тринадцатой Гаагской конференции утвердила текст Гаагской конвенции о праве, применимом к агентским соглашениям². В литературе подчеркивается, что эта конвенция представляет особый интерес в связи с тем, что в условиях ярких различий национальных законодательств она составляет прекрасный пример согласования интересов, лежащих в основе правового регулирования этой сложной сферы (Hay, Müller-Freienfels, 1979:1–2). Конвенция вступила в силу в 1992 г. и в настоящее время действует для четырех государств³.

В юридической литературе общепризнанно, что Гаагская конвенция о праве, применимом к агентским соглашениям, устанавливает автономию воли. В подавляющем большинстве случаев ученые ограничиваются указанием на данную конвенцию в числе других международных инструментов (Zanibekov, 2016:143; Strigunova, 2014:153; Strigunova, 2016). Вместе с тем ее положения заслуживают предметного анализа по двум причинам. Во-первых, в вопросе закрепления автономии воли конвенция является промежуточным звеном между Гаагскими конвенциями 1955 г.⁴ и 1986 г.⁵, унифицирующими коллизионные

¹ П. 1 Пояснительного отчета (Karsten, I.G.F. (1979) *Convention on the Law applicable to Agency*, Draft Convention adopted by the Thirteenth Session and Explanatory Report (edited by the Permanent Bureau of the Conference). The Hague, Hague Conference on Private International Law, p. 8) (далее — Explanatory Report).

² Специальная комиссия провела свое первое заседание в мае и второе — в ноябре 1975 г. Тринадцатая Гаагская конференция, заседавшая в октябре 1976 г., проделала существенную работу по разработке текста конвенции и поручила ее завершение специальной комиссии, которая сформировала и утвердила текст конвенции в июне 1977 г. (п.п. 2–3 Пояснительного отчета) (Explanatory Report, pp. 8–9). Дата конвенции (14 марта 1978 г.) обусловлена датой, в которую конвенцию прописало первое государство — Франция (Convention of 14 March 1978 on the Law applicable to Agency: Status Table [online], available at: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=89> (Accessed 28 July 2020) (далее — Status Table).

³ На основании ст. 26 конвенции она вступила в силу после принятия ее тремя государствами. С 1 мая 1992 г. она действует для Аргентины, Португалии, Франции и с 1 октября 1992 г. — для Нидерландов. Российская Федерация в конвенции не участвует (Status Table).

⁴ Конвенция о праве, применимом к международной купле-продаже товаров, от 15 июня 1955 г. (г. Гаага) // Регистр текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли. Том 1. Нью-Йорк: ООН, 1971.

нормы о договоре международной купле-продажи товаров, и в этом плане является показательным материалом для осмысления развития принципа автономии воли в международном частном праве. Во-вторых, что существенно более важно, предмет конвенции составляют сложные правоотношения, распадающиеся на две группы (отношения между агентом и принципалом; отношения с третьими лицами), в рамках каждой из которых автономия воли получает свое специальное закрепление, требующее надлежащего осмысления.

Практическая значимость исследования автономии воли в Гагской конвенции о праве, применимом к агентским соглашениям, определяется двумя обстоятельствами: во-первых, стремительным развитием трансграничных частноправовых отношений, включая агентские, и все более частым использованием сторонами таких отношений возможности избрать применимое право и, во-вторых, потенциалом практического применения анализируемой конвенции как *lex fori* государственных участников в суде или как признанных на международном уровне норм в международном коммерческом арбитраже, что в свою очередь требует решения вопроса о соотношении данных норм с иными нормами об автономии воли.

Правовой режим автономии воли в отношениях между агентом и принципалом

В первую очередь, в литературе получает освещение автономия воли в отношениях между агентом и принципалом. Так, ст. 5 конвенции устанавливает, что «агентские отношения между принципалом и агентом регулируются избранным ими внутренним правом»⁶. Комментируя указанное положение, обратим внимание на ряд аспектов. Во-первых, Гагская конвенция 1978 г., как и Гагская конвенция 1955 г., позволяет сторонам избрать только «внутреннее право»⁷, в то время как уже Гагская конвенция 1986 г. указывает на «право, выбираемое сторонами» (ст. 7), и тем самым оставляет открытым вопрос о допустимости выбора вненациональных источников⁸.

⁵ Конвенция о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, от 22 декабря 1986 г. (г. Гаага) // Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров. М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. С. 209–220.

⁶ В этом отношении заслуживает внимания следующий вывод Пояснительного отчета к конвенции: «Данное положение отражает единогласное мнение Комиссии о том, что в соответствии с общепризнанными принципами международного частного права автономии воли сторон должен быть отдан приоритет при определении права, применимого к агентским отношениям между принципалом и агентом» (курсив наш — Т.Н.) (п. 45 Пояснительного отчета — Explanatory Report, pp. 19–20).

⁷ Ст. 2 Гагской конвенции 1955 г. содержит еще более жесткую формулировку, допуская выбор «внутреннего права страны».

⁸ Вопрос о выборе вненациональных источников (в привязке к термину «право», используемому ст. 15 Гагской конвенции 1986 г.) вызвал острую дискуссию среди делегатов, в результате чего докладчик заключил: «Вопрос о нормах права, которые не являются частью национального права, является тем, на который Конвенция не дает ответа» (п. 153 Пояснительного отчета — Mehren, A.T. von (1987) Convention on the Law applicable to Contracts for the International Sale of Goods, Explanatory Report (edited by the Permanent Bureau of the Conference). The Hague, Hague Conference on Private International Law, p. 49).

Во-вторых, Гагская конвенция 1978 г. в силу предписания ст. 4 в совокупности с положением ст. 5 санкционирует выбор сторонами права «третьей» страны, в том числе не участвующей в конвенции⁹. Н.Г. Вилкова указывает, что анализируемая конвенция — «первый международно-правовой документ», закрепляющий выбор национальными лицами государств-участников международного договора права государства, не участвующего в нем (Vilkova, 2000:102)¹⁰. При этом, как подчеркивает автор, такой подход был впоследствии воспринят Гагской конвенцией 1986 г., а также другими международными и национальными источниками (Vilkova, 2000:102).

По этой причине мы не согласимся с С.В. Николюкиным, который пишет, что на основании анализируемой конвенции стороны агентского соглашения могут избрать «применимое к их отношениям право, т.е. *право принципала или право агента*» (курсив наш — Т.Н.) (Nikolyukin, 2008:33–37). Как указано в Пояснительном отчете к конвенции, «Комиссия полагала, что стороны должны быть полностью свободны в выборе любого права, которое они пожелают, вне зависимости от степени связанности права и их отношения и безотносительно к мотивам сторон, побудившим их сделать выбор»¹¹. Следовательно, оценивая в совокупности положения ст. ст. 4 и 5 Гагской конвенции 1978 г. в свете заключений Пояснительного отчета к ней, можно сделать вывод о том, что анализируемая конвенция впервые на уровне международного договора прямо закрепила полную свободу сторон в выборе права любой «третьей» страны (ни в коем случае не ограничиваясь правом сторон соответствующего отношения).

В ст. 5 конвенции также определена форма выражения выбора, осуществляемого агентом и принципалом, а именно: он «должен быть выражен прямо либо в такой форме, которая позволяет с достаточной определенностью установить применимое право исходя из условий договора между сторонами и обстоятельств дела». Н.Г. Вилкова справедливо указывает, что данное прави-

При этом нельзя не отметить, что и в Пояснительном отчете к Гагской конвенции 1978 г. по вопросу о термине «*внутреннее право*» дается краткий комментарий, согласно которому, как это принято в конвенциях Гагской конференции по международному частному праву, данное положение нацелено на исключение всех правил международного частного права (коллизионных норм) соответствующего государства (то есть на запрет обратной отсылки) (п. 155 Пояснительного отчета — Explanatory Report, p. 46).

⁹ Ст. 4 Гагской конвенции 1978 г. устанавливает: «Право, определенное в соответствии с настоящей Конвенцией, применяется вне зависимости от того, является ли оно правом одной из Сторон».

¹⁰ В литературе также высказана точка зрения, согласно которой Гагская конвенция 1955 г. — даже в отсутствие специального предписания по этому вопросу — не препятствует выбору права «третьего» государства (Malkin, 2008:60).

¹¹ В Пояснительном отчете к конвенции также указано: Комиссия «придерживалась мнения, что обычно у сторон имеются веские причины выбрать определенное право для регулирования их отношений; что выбор редко делается в силу причуды; и что нежелательные злоупотребления свободой выбора сторон всегда могут быть исключены применением статей 16 и 17, относящихся, соответственно, к императивным нормам и публичному порядку» (п. 45 Пояснительного отчета — Explanatory Report, p. 20).

ло является «как бы промежуточным» между соответствующими нормами Гаагских конвенций 1955 г. и 1986 г. (Vilkova, 2000:102). Первая позволяет вывести выбор сторон только «из положений договора» (ст. 2), а вторая — «из условий договора и поведения сторон, рассматриваемых в их совокупности» (ст. 7)¹². Как отмечается в Пояснительном отчете к конвенции, «по мнению большинства делегатов, было бы неестественно и в некоторых случаях несправедливо по отношению к сторонам запретить суду выводить намерение сторон из обстоятельств»¹³, но при этом нужно «гарантировать, что суд придаст значение только реальному выбору в отличие от подразумеваемого выбора, приписываемого сторонам судом»¹⁴.

Примечательно, что в англоязычных версиях документов предварительный проект конвенции указывал на выведение выбора сторон «из положений договора» («from the provisions of the contract»)¹⁵, однако указанная терминология показалась разработчикам слишком ограничительной и уже в итоговом проекте, а также в действующей конвенции говорится об «условиях соглашения» («the terms of the agreement»)¹⁶. В литературе отмечается, что данная корректировка была направлена на то, чтобы охватить случаи «безвозмездного агентирования» и дела, в которых стороны не оформили свое соглашение (Hay, Müller-Freienfels, 1979:40). Вместе с тем франкоязычная версия действующей конвенции, имеющая одинаковую силу с ее текстом на английском языке, оперирует словосочетанием «условия договора» («dispositions du contrat»)¹⁷, что,

¹² Пояснительный отчет к Гаагской конвенции 1978 г. также характеризует ее положение о форме выражения выбора сторон как значительное отступление от соответствующей нормы Гаагской конвенции 1955 г. (п. 46 Пояснительного отчета — Explanatory Report, 20).

¹³ П. 47 Пояснительного отчета (Explanatory Report, 20). В Пояснительном отчете к конвенции — в рамках комментария к ст. 5 — приводится следующий показательный пример: «А, который часто выступал в качестве агента для Б, каждый раз заключал с Б письменный договор, содержащий идентичные положения и устанавливающий одинаковую оговорку о применимом праве, в одном случае не составляет договор в письменной форме». По мнению разработчиков конвенции, «в такой ситуации предшествующие отношения сторон, очевидно, влияют на решение вопроса о том, намеревались ли они в этом случае подчинить свои отношения тому же праву, на какое они опирались в прошлом» (п. 156 Пояснительного отчета — Explanatory Report, 46–47).

¹⁴ Далее в Пояснительном отчете к конвенции указано: «Суд уполномочен сделать вывод о выборе права сторонами только тогда, когда такой вывод может быть сделан с разумной уверенностью на основании положений соглашения и обстоятельств дела» (п. 47 Пояснительного отчета — Explanatory Report, 20).

¹⁵ Положение предварительного проекта конвенции на английском языке звучит следующим образом: «choice ... must arise by necessary implication from *the provisions of the contract* and the surrounding circumstances» (курсив наш — Т.Н.) (Hay, Müller-Freienfels, 1979:39–40).

¹⁶ Положение действующей конвенции на английском языке звучит следующим образом: «choice ... may be inferred with reasonable certainty from *the terms of the agreement* between the parties and the circumstances of the case» (курсив наш — Т.Н.) (Convention on the Law applicable to Agency of 14 March 1978, available at: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=89> (Accessed 28 July 2020)).

¹⁷ Положение действующей конвенции на французском языке звучит следующим образом: «Le choix ... doit ... résulter avec une certitude raisonnable des *dispositions du contrat* et des circonstances de la cause» (курсив наш — Т.Н.) (Convention sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation du 14 mars 1978, available at: <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=89> (Accessed 28 July 2020)).

судя по всему, оставляет за рамками анализируемого положения те случаи, в которых с формальной точки зрения договор не был заключен. Наконец, неофициальные переводы конвенции на русский язык также используют термин «договор»: перевод Н.Г. Вилковой говорит о том, что выбор должен «следовать из положений договора»¹⁸, перевод Е.Ю. Проничевой — о том, что выбор должен быть в «форме, которая позволяет ... установить ... право исходя из условий договора»¹⁹. Таким образом, можно заключить, что отраженное в подготовительных материалах намерение разработчиков конвенции расширить сферу действия положения о форме выбора права получило отражение исключительно в ее англоязычной версии. Следовательно, практика применения указанной нормы, исходящая из обычного значения используемых в ней терминов, может быть неустойчивой и, вполне вероятно, не отражающей намерение ее разработчиков²⁰.

В завершение анализа ст. 5 конвенции отметим, что по мере развития принципа автономии воли в международном частном праве получали разработку и его институты, направленные в целом на защиту публичных интересов²¹. Данная тенденция ярко проявилась в работах исследователей Гаагской конвенции 1978 г. В частности, Н.Г. Вилкова подчеркивает, что «формальная свобода выбора права ограничивается правилом» о применении императивных норм государства, с которым имеется существенная связь, впервые появившимся в ст. 16 конвенции (Vilkova, 2000:102). Е.В. Попова также обращает внимание на то, что «автономия воли сторон не является безграничной», дополняя перечень механизмов, позволяющих «избежать злоупотреблений ... при выборе права», институтом публичного порядка (ст. 17 конвенции)²².

¹⁸ Конвенция о праве, применимом к агентским соглашениям от 14 марта 1978 г. (г. Гаага), неофициальный перевод Н.Г. Вилковой (текст конвенции официально опубликован не был), available at: <http://oprave.ru/?p=35699> (Accessed 28 July 2020).

¹⁹ Конвенция о праве, применимом к агентским соглашениям от 14 марта 1978 г. (г. Гаага), неофициальный перевод Е.Ю. Проничевой (текст конвенции официально опубликован не был) // СПС «Гарант».

²⁰ Общее правило толкования международных договоров, отраженное в ст. 31 Конвенции о праве международных договоров, гласит: «Договор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора» (Конвенция о праве международных договоров от 23 мая 1969 г. (г. Вена) // Ведомости Верховного Совета СССР. 1986. № 37. Ст. 772). Необходимо подчеркнуть, что ст. 32 указанной конвенции в исключительных случаях допускает обращение к дополнительным средствам толкования, включая подготовленные материалы и обстоятельства заключения международного договора. Однако, данный усложненный механизм, очевидно, не упрощает правоприменительный процесс и в условиях разночтения языковых версий международного договора не может гарантировать единые правовые результаты на территории всех его государств-участников.

²¹ В литературе подчеркивается, что поскольку гл. II конвенции не применяется, если «соглашение о создании агентских отношений содержится в трудовом договоре» (ст. 10), разработчики посчитали ненужным вводить специальные ограничения автономии воли в целях защиты слабой стороны и на этом основании отклонили соответствующее предложение Швейцарии (Hay, Müller-Freienfels, 1979:39).

²² Попова Е.В. Право, применимое к агентированию (сравнительно-правовой анализ российского и зарубежного законодательства): дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2000. С. 30.

В этой связи следует обратить внимание на выявленную А.Б. Покровской закономерность, по которой «с расширением сферы регулирования правоотношений, осложненных иностранным элементом, посредством согласованного сторонами права, в практику вводятся и новые ограничительные институты»²³. Полагаем, аналогичным образом можно сделать и вывод о том, что формирование согласованной системы пределов свободы сторон частноправовых отношений международного характера избрать применимое к ним отношениям право является косвенным доказательством формирования такой свободы в качестве принципа международного частного права (и в этом отношении Гаагская конвенция 1978 г. составляет прекрасное подтверждение).

Наконец, стоит указать, что Гаагская конвенция 1978 г. в силу весьма ограниченного предмета регулирования намеренно уклоняется от решения вопросов реализации автономии воли, которые, по мнению разработчиков, являются общими вопросам международного частного права. В частности, Пояснительный отчет к конвенции относит к вопросам такого характера выбор права, регламентирующего действительность соглашения сторон о праве, применимом к агентскому соглашению²⁴. Вероятно, что по этим же соображениям Гаагская конвенция 1978 г. не содержит положений о допустимости последующего выбора права, депесяжа и других возможностей при выборе права сторонами агентского соглашения. При этом в свете формирования системы ограничительных институтов международного частного права среди ученых получает распространение подход, в соответствии с которым в пределах прямо установленных ограничений (нормы непосредственного применения, публичный порядок и др.) свобода сторон частноправовых отношений международного характера избрать применимое право считается неограниченной, то есть отсутствие запрета рассматривается как дозволение. В частности, с использованием именно такой логики Е.В. Попова делает выводы о допустимости частичного, «плавающего» и последующего выбора права в Гаагской конвенции 1978 г.²⁵

²³ Далее А.Б. Покровская уточняет, что «с распространением действия коллизионного критерия *lex voluntatis* на большинство частноправовых договорных отношений ... получили признание и правовое оформление на основе норм международного договора положения доктрины о “сверхимперативных нормах” и “необходимости защиты слабой стороны”» (Покровская А.Б. Соглашение о праве, применимом к частноправовым отношениям, осложненным иностранным элементом: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 160-161).

²⁴ В Пояснительном отчете к конвенции указано, что в этом отношении подход Гаагской конвенции 1978 г. более осторожный, чем у Гаагской конвенции 1955 г., которая подчиняет соглашение о выборе права тому праву, которое стороны сами выбрали (ст. 2). Как предполагают разработчики, в отсутствие специальных положений в конвенции суд, рассматривающий дело, решит этот вопрос на основании собственных правил международного частного права (п.п. 153–154 Пояснительного отчета — Explanatory Report, p. 46).

²⁵ Попова Е.В. Право, применимое к агентированию (сравнительно-правовой анализ российского и зарубежного законодательства): дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2000. С. 34–36.

Правовой режим автономии воли в отношениях принципала с третьими лицами

Особо подчеркнем, что в подавляющем большинстве случаев отечественные ученые связывают автономию воли в Гаагской конвенции 1978 г. исключительно с ее ст. 5. В частности, одни авторы, указывая на закрепление автономии воли в данной конвенции, ссылаются исключительно на ст. 5 (Strigunova, 2016:12, 44; Strigunova, 2017), а другие (в рамках общей характеристики конвенции) отмечают ст. 5, но при этом вообще не упоминают ст. 14 (Kanashevskiy, 2014:100–101; Makovskiy, Khlestova (eds.), 2012). Более того, Н.Г. Вилкова прямо заявляет: «В том, что касается отношений между представляемым (принципалом) и третьим лицом, ... стороны лишены права выбора применимого права» (Vilkova, 2000:103)²⁶.

Вместе с тем второй блок отношений, охватываемых Гаагской конвенцией 1978 г., составляют отношения принципала с третьими лицами (гл. III). Регламентация этих отношений начинается со ст. 11, которая устанавливает для них коллизионные привязки, однако ст. 14 прямо предписывает: «Невзирая на положения статьи 11, если письменное указание принципала или третьего лица на право, подлежащее применению..., было прямо принято другой стороной, к указанным вопросам должно применяться обозначенное таким образом право»²⁷. Исходя из изложенного, мы не можем согласиться с учеными, связывающими автономию воли в Гаагской конвенции 1978 г. только с ее ст. 5 и даже прямо отрицающими возможность выбора права в отношениях принципала с третьими лицами.

Нетрудно заметить, что в части закрепления автономии воли юридическая техника второй и третьей глав Гаагской конвенции 1978 г. существенно отличаются: во второй главе (об отношениях между агентом и принципалом) автономия воли закреплена в статье, открывающей главу (ст. 5), а в третьей главе (об отношениях принципала с третьими лицами) об автономии воли говорится в предпоследней для главы статье (ст. 14)²⁸. Указанное различие может свидетельствовать о том, что на момент разработки конвенции автономия воли в «классических» договорных отношениях прочно утвердилась в сознании спе-

²⁶ Далее автор уточняет, что «в конвенции приводятся лишь соответствующие коллизионные нормы» (Vilkova, 2000:103).

²⁷ В Пояснительном отчете к конвенции отмечается, что «Комиссия не нашла причин, почему автономия воли не должна распространяться на область регулирования Главы III, также как и на область Главы II, при наличии надлежащих защитных ограничений» (п. 66 Пояснительного отчета — Explanatory Report, p. 26).

²⁸ Поразительный факт составляет то, что в Пояснительном отчете к конвенции в отличие от самой конвенции структура изложения является идентичной и для раздела об отношениях между принципалом и агентом, и для раздела об отношениях принципала с третьими лицами: в первую очередь, субъективная привязка (то есть право, избранное сторонами); во вторую, объективные привязки (Explanatory Report, p. 19–23, 26–31).

циалистов, в то время как для более «сложных» отношений, существующих между принципалом и третьим лицом, но касающихся наличия и объема полномочий агента, а также результатов осуществления им полномочий либо намерений их осуществить, выбор применимого права рассматривался скорее как исключение, нежели как правило. Последнее, в свою очередь, может быть связано также с тем, что в середине второй половины XX в. автономия воли как принцип международного частного права еще развивалась, на практике была связана преимущественно с международной куплей-продажей и лишь в отдельных случаях получала признание в иных частноправовых отношениях международного характера²⁹.

Тем не менее, мы исходим из того, что номер статьи или ее расположение не влияют на юридическую силу закрепленной в ней нормы. В одном из первых обзоров анализируемой конвенции в зарубежной литературе указывается: «Ст. 14 позволяет принципалу и третьему лицу сделать прямой выбор права для регулирования тех аспектов их отношения, которые иначе регулировались бы правом государства, указанным в ст. 11» (Pfeifer, 1978:436)³⁰. Пояснительный отчет к конвенции также гласит: «Положение об автономии воли в Главе III Конвенции позволяет принципалу и третьему лицу заранее урегулировать их отношение в целом, минимизируя таким образом риск последующей тяжбы»³¹. При этом, как и в Главе II, автономия воли принципала и третьего лица допускает выбор любого (в том числе «третьего») права³². Таким образом, следует заключить, что Гагская конвенция 1978 г. однозначно признает автономию воли не только в отношениях между принципалом и агентом, но и в отношениях принципала с третьими лицами.

Вместе с тем специфика отношения принципала и третьего лица, касающегося полномочий агента и результатов их осуществления, не могла не сказаться на специфике реализации в его рамках автономии воли сторон. Необходимо обратить внимание на несколько аспектов. Во-первых, тот факт, что выбор применимого права осуществляется не для отношения в целом, а лишь для специального вопроса, в достаточной мере отделенного от остального отноше-

²⁹ См., например: Конвенция о праве, применимом к режимам собственности супругов, от 14 марта 1978 г. (г. Гаага) // *Международное частное право. Сборник документов.* М.: БЕК, 1997. С. 694–699.

³⁰ Автономия воли в отношениях принципала и третьего лица признается и другими зарубежными авторами. Например, Ю. Базедов, утверждая применительно к ст. 14, что Гагская конвенция 1978 г. «не ставит во главу угла применение принципа автономии воли» и не оперирует обычной терминологией, касающейся выбора сторонами применимого права, тем не менее, признает, что «по содержанию Конвенция имеет дело с автономией воли» (Basedow, 2019:16).

³¹ В порядке иллюстрации Пояснительный отчет к конвенции указывает, что ст. 14 позволяет принципалу и третьему лицу согласовать применение права, регулирующего отношение принципала и агента, создавая таким образом единый режим для обоих отношений; или права, регулирующего основной контракт между ними, создавая таким образом единый режим для всех вопросов, возникающих в связи с контрактом (п. 67 Пояснительного отчета — Explanatory Report, p. 26).

³² П.п. 67, 222 Пояснительного отчета — Explanatory Report, pp. 26, 59.

ния, обусловил признание в этом случае (в отличие от отношений принципала и агента) только прямо выраженного выбора³³.

Во-вторых, несмотря на то, что отношение касается полномочий агента, оно складывается между принципалом и третьим лицом и, следовательно, волеизъявление касательно применимого права может исходить только от этих двух субъектов. При этом агент как посредник, неминуемо вовлеченный во взаимодействие принципала и третьего лица, может содействовать трансляции волеизъявления от одного субъекта к другому. В этом плане показательным, что в качестве типичного случая, подпадающего под действие ст. 14, Пояснительный отчет к конвенции указывает на представление агентом третьему лицу доверенности или иного документа о полномочиях: «Если в таком документе указано право, применимое к полномочиям агента по отношению к третьему лицу, и если принципал согласится на применение этого права, то будут иметься сильные аргументы в пользу его применения»³⁴.

В данном случае нельзя не обратить внимание и на то, что избранное принципалом и третьим лицом право будет в конечном итоге определять полномочия агента, то есть третьего лица, и этим потенциально может ущемить его интересы (например, при решении вопроса о последствиях превышения агентом своих полномочий³⁵). На этом основании следует поддержать уточнение Ю. Базедова, в соответствии с которым «выбор принципалом и третьей стороной приемлем только в том случае, если это не порождает негативных последствий для агента без его/ее согласия» (Basedow, 2019:18).

В-третьих, стремясь к определенности³⁶, Гаагская конвенция 1978 г. предъявляет экстраординарные требования к форме соглашения о выборе применимого права между принципалом и третьим лицом: оно должно исходить в письменной форме, с одной стороны, и быть прямо принято, с другой. В отношении требования письменной формы Ю. Базедов справедливо указывает, что хотя его «трудно обосновать», оно не будет «серьезным препятствием, если современные формы связи включены в качестве конститутивного документа» (Basedow, 2019:17). Более сложным будет установление прямого принятия, осо-

³³ Пояснительный отчет к конвенции уточняет, что международное частное право большинства государств содержит вполне установившиеся правила определения судом подразумеваемого выбора права для отношения в целом, но для отдельного вопроса такие правила отсутствуют. На этом основании разработчики конвенции делают вывод о том, что допущение подразумеваемого выбора в отношении принципала и третьего лица не породило бы ничего, кроме путаницы и неопределенности (п. 68 Пояснительного отчета — Explanatory Report, p. 26).

³⁴ П. 66 Пояснительного отчета — Explanatory Report, p. 26. Ю. Базедов идет в этом отношении еще дальше и предполагает, что «ничто не препятствует принципалу наделять агента полномочиями выбирать право, применимое к сфере его компетенции, в процессе переговоров между ним и третьей стороной» (Basedow, 2019:17).

³⁵ Ю. Базедов указывает, что в данном случае будет «налицо очевидное нарушение фундаментального принципа *res inter alios acta alteri non nocet*» (Basedow, 2019:18).

³⁶ П. 69 Пояснительного отчета — Explanatory Report, pp. 26–27.

бенно в свете того, что, как указывает Пояснительный отчет к конвенции, подписание стандартной формы договора, содержащей оговорку о выборе права, применимого к полномочиям агента, не является достаточным для констатации прямого принятия такого выбора³⁷. При этом нужно учитывать, что разработчики конвенции в целом занимали крайне строгую позицию по отношению к стандарту принятия предложенного права. В Пояснительном отчете к конвенции указано, что оно могло бы требоваться и в письменной форме, хотя в таком случае статья в значительной степени лишилась бы практической ценности³⁸.

Нормы Гагской конвенции о праве, применимом к агентским соглашениям, в системе международных норм об автономии воли

Историко-правовой анализ показал, что положения Гагской конвенции 1978 г. составляют одну из ступеней в прогрессивном развитии принципа автономии воли в международном частном праве. В частности, стандарт автономии воли в отношениях между агентом и принципалом общепризнанно квалифицируется как промежуточный между положениями Гагских конвенций в сфере международной купли-продажи товаров 1955 и 1986 гг. (Vilkova, 2000:102).

Вместе с тем юридическая судьба Гагской конвенции 1978 г. подтверждает, что готовность делегатов государств, участвующих в разработке международного договора, внести в его текст прогрессивные правовые стандарты вовсе не гарантирует их последующей имплементации в национальных законодательствах. В настоящее время Гагская конвенция 1978 г. насчитывает лишь четыре государства-участника³⁹ и, что особенно значимо, составляет не единственный пример подобного рода. Так, Гагская конвенция 1955 г., закрепляющая строгий стандарт автономии воли (внутреннее право страны; выбор, основанный только на условиях договора), насчитывает восемь государств-участников⁴⁰, а Гагская конвенция 1986 г., закрепляющая существенно более либеральный стандарт автономии воли (последующий выбор права; вытекаю-

³⁷ Пояснительный отчет к конвенции конкретизирует, что в таком случае судья должен будет определить, что еще в дополнение к присоединению к договору потребуются, чтобы установить прямое принятие (курсив наш — Т.Н.) (п. 244 Пояснительного отчета — Explanatory Report, p. 59).

³⁸ П. 69 Пояснительного отчета — Explanatory Report, p. 27.

³⁹ Аргентина, Нидерланды, Португалия и Франция (Status Table).

⁴⁰ Государствами-участниками конвенции являются Дания, Италия, Нигер, Норвегия, Финляндия, Франция, Швейцария и Швеция. Государствами-подписантами, для которых конвенция на данный момент не вступила в силу, являются Испания, Люксембург и Нидерланды. Кроме того, Бельгия ратифицировала конвенцию 29 октября 1962 г., но денонсировала 19 февраля 1999 г. Российская Федерация не является участником конвенции (Convention of 15 June 1955 on the Law applicable to International Sales of Goods: Status Table, available at: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=31> (Accessed 28 July 2020)).

щий из условий договора и поведения сторон в совокупности), вообще не вступила в силу⁴¹.

Представляется, что именно неуспешная юридическая судьба конвенций, которые, в том числе, устанавливают стандарт автономии воли в договорных правоотношениях различного рода (в сфере агентских соглашений и договоров международной купли-продажи товаров) и которые из-за незначительного числа участников или вообще невступления в силу нельзя считать достигнутыми цели унификации — создания единообразного поля коллизионного регулирования на значительной территории, подтолкнула Гаагскую конференцию по международному частному праву к разработке первого в ее истории юридически необязательного документа — Принципов, касающихся выбора права в международных коммерческих договорах, 2015 г.⁴²

Вместе с тем в современный период практическая значимость исследования стандарта автономии воли в Гаагской конвенции 1978 г. обуславливается тем фактом, что данная конвенция является действующим международным договором, хотя и с весьма ограниченным кругом участников. Будучи частью *lex fori* государств-участников, нормы анализируемой конвенции подлежат применению судами этих государств при рассмотрении споров, вытекающих из агентских соглашений международного характера. Таким образом, отечественным участникам международного гражданского оборота крайне важно иметь правильное представление о содержании таких норм при выборе места рассмотрения споров, вытекающих из заключаемых ими агентских соглашений с иностранным элементом.

Более того, особенно важно учитывать, что при рассмотрении споров из трансграничных агентских соглашений международным коммерческим арбитражем последний не будет юридически связан коллизионными нормами государства его локализации. По общему правилу международный коммерческий арбитраж признает автономию воли сторон спорного правоотношения на основании положений «собственных» актов. Например, для МКАС при ТПП РФ таким основанием выступит п. 1 ст. 28 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже»⁴³, который воспроизводит п. 1 ст. 28 Типового закона ЮНСИТРАЛ

⁴¹ Согласно ст. 27 конвенции она вступает в силу при условии принятия пятью государствами. К настоящему моменту Аргентина ратифицировала конвенцию, а Молдавия присоединилась к конвенции. При этом Нидерланды только подписали конвенцию, а Чехия и Словакия признали себя связанными подписанием конвенции Чехословакией до даты ее разделения в 1993 г. (Convention of 22 December 1986 on the Law applicable to Contracts for the International Sale of Goods: Status Table, available at: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=61> (Accessed 28 July 2020).

⁴² Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts (2015). The Hague, Hague Conference on Private International Law Permanent Bureau, pp. 7–8, 24, available at: <https://assets.hcch.net/docs/5da3ed47-f54d-4c43-aaef-5eafc7c1f2a1.pdf> (Accessed 28 July 2020).

⁴³ Закон РФ от 07 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» // Ведомости съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. 1993. № 32. Ст. 1240.

о международном торговом арбитраже⁴⁴. Однако поскольку в актах, касающихся международного коммерческого арбитража, возможность сторон избрать применимое материальное право, как правило, лаконично провозглашается⁴⁵, при рассмотрении конкретного спора арбитраж будет обращаться к дополнительному инструменту, содержащему более подробные правила реализации обозначенной возможности, а именно: либо — несмотря на отсутствие такой обязанности — к коллизионному праву государства локализации⁴⁶, либо к любому иному инструменту — национальному или международному (вне зависимости от его юридической силы)⁴⁷.

В последнем случае по спорам из трансграничных агентских соглашений для международного коммерческого арбитража таким инструментом могут выступить как Гагская конвенция 1978 г. (в том числе для арбитражей, локализованных в государствах, не участвующих в конвенции, — что существенно расширит территориальную сферу ее воздействия), так и упомянутые Принципы 2015 г. (в том числе для арбитражей, локализованных в государствах, участвующих в Гагской конвенции 1978 г., — вне зависимости от юридически обязательного для государства локализации характера конвенции и рекомендательного характера принципов).

В отношении Принципов 2015 г. важно подчеркнуть, что отсутствие необходимости согласования позиций делегатов по будущему юридически обязательному документу выступило одним из факторов, позволивших Гагской конференции по международному частному праву сформулировать чрезвычайно прогрессивные и либеральные положения в анализируемой области. В частности, Принципы санкционируют депесаж (п. 2 ст. 2); последующий выбор (п. 3

⁴⁴ Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже от 21 июня 1985 г. (с изменениями, внесенными 07 июля 2006 г.) // Издание Организации Объединенных Наций. R.08.V.4. С. 1–22.

⁴⁵ Например, упомянутый п. 1 ст. 28 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже» ограничивается провозглашением: «Третейский суд разрешает спор в соответствии с такими нормами права, которые стороны избрали в качестве применимых к существу спора», — а также оговоркой, исключающей обратную отсылку. Идентичное, по сути, правило содержится и в § 26 (применимое право) Регламента МКАС (Регламент МКАС при ТПП РФ (утвержден Приказом ТПП РФ от 18 октября 2005 г. № 76), available at: <http://mkas.tpprf.ru/ru/materials/> (Accessed 28 July 2020), и в § 23 (нормы, применимые к существу спора) действующих в рамках МКАС Правил арбитража международных коммерческих споров (Правила арбитража международных коммерческих споров (Приложение 2 к Приказу ТПП РФ от 11 января 2017 г. № 6), available at: <http://mkas.tpprf.ru/ru/materials/> (Accessed 28 July 2020).

⁴⁶ Практика обращения к коллизионному праву государства локализации широко распространена в МКАС при ТПП РФ. Так, в одном из решений применительно к коллизионным нормам (которые МКАС считает применимыми при отсутствии избранных сторонами норм права) состав арбитража констатировал: «Согласно преобладающему в практике МКАС при ТПП РФ подходу применимыми, как правило, признаются коллизионные нормы раздела VI ГК РФ» (Решение МКАС при ТПП РФ от 02 сентября 2013 г. по делу № 225/2012 // СПС «КонсультантПлюс»).

⁴⁷ На тенденцию «денационализации процесса определения применимого права» в международном коммерческом арбитраже и обращение последнего к общим принципам коллизионного регулирования, отраженным в актах международного характера, в том числе не вступивших в силу, справедливо указывает, например, А.В. Асосков (Asoskov, 2017:542).

ст. 2); выбор несвязанного права (п. 4 ст. 2); выбор вненациональных источников (если *lex fori* это не запрещает — ст. 3); прямо выраженный и подразумеваемый выбор (ст. 4) и т.д. Как следствие, уже в год принятия Принципов Комиссия ООН по праву международной торговли рекомендовала использовать данный документ, в том числе арбитражам⁴⁸.

Таким образом, необходимо заключить, что в конкретном деле международный коммерческий арбитраж, определяющий стандарт автономии воли для трансграничных агентских соглашений, может оказаться перед выбором надлежащего инструмента: специально разработанной для этой сферы отношений, но консервативной согласно конкретным историческим условиям ее принятия Гаагской конвенции 1978 г. либо весьма прогрессивных, хотя и юридически необязательных Принципов 2015 г. В силу гибкости и негосударственной природы международного коммерческого арбитража выбор в таком случае будет находиться всецело в поле усмотрения конкретного состава арбитража либо единоличного арбитра.

В этом отношении мы можем только предложить подход, в соответствии с которым для автономии воли в отношениях между принципалом и агентом целесообразно опираться на более прогрессивный и разработанный стандарт Принципов 2015 г., однако для автономии воли в отношениях принципала с третьими лицами в силу прямого предписания п. 3 (f) ст. 1 Принципов и особой специфики данных отношений следует опираться на сдержанный стандарт Гаагской конвенции 1978 г.

Наконец, нельзя не отметить, что совершенно особый потенциал применения Гаагской конвенции 1978 г. обнаруживается в том случае, когда стороны агентских соглашений международного характера избирают неприменимое материальное право какого-либо государства, а именно указанную конвенцию как источник коллизионных норм. Показательным в этом плане является решение арбитража Международной торговой палаты по спору между американским агентом и российским принципалом, которые предусмотрели, что заключенное ими агентское соглашение «должно регулироваться Гаагской конвенцией о праве, применимом к агентским соглашениям (Гаага, 1978)»⁴⁹. Арбитраж в данном деле подчеркнул, что хотя ни США, ни Россия не являются участниками Гаагской конвенции 1978 г., это не препятствует сторонам заключить соглашение о применении указанной конвенции к их договорным правоотношениям⁵⁰. Как следствие, арбитраж избрал право штата Мичиган (США) в каче-

⁴⁸ Report of the United Nations Commission on International Trade Law. A/70/17. Forty-eight session (29 June — 16 July 2015). General Assembly Official Records. Seventieth session. Supplement No. 17. Para. 240, 45–46.

⁴⁹ Final award in case no. 13756. Jean-Jacques Arnaldez, Yves Derains, Dominique Hascher. Collection of ICC Arbitral Awards 2012–2015. Recueil des sentences arbitrales de la CCI, Volume VII. Wolters Kluwer Law & Business, 2018 (далее — Final award in case no. 13756).

⁵⁰ П. 29 решения (Final award in case no. 13756).

стве применимого к отношениям агента и принципала на основании соответствующей коллизионной нормы Гаагской конвенции⁵¹ 1978 г.

Изложенное позволяет заключить, что в силу присущей сторонам договорных, в том числе агентских, правоотношений международного характера автономии воли они могут избрать применимое материальное право не только прямо, указывая на право конкретного государства, но и косвенно, предусматривая применение Гаагской конвенции 1978 г. (вне зависимости от участия в ней государств национальной принадлежности сторон) в качестве источника коллизионных норм, которые в свою очередь приведут к выбору материального права определенного государства.

Выводы

По итогам проведенного анализа следует сделать следующие выводы. Гаагская конвенция о праве, применимом к агентским соглашениям, признает автономию воли сторон двух различных типов правоотношений, для каждого из которых предусмотрен специальный стандарт: либеральный — для «классических» правоотношений агента и принципала и крайне строгий — для изолированного вопроса о полномочиях агента в правоотношениях принципала и третьего лица.

Автономия воли в отношениях между агентом и принципалом имеет ключевое значение. Степень развития данного принципа в Гаагской конвенции 1978 г. имеет промежуточный характер между положениями Гаагских конвенций в сфере международной купли-продажи товаров 1955 и 1986 гг. Она указывает на выбор «внутреннего» права, но при этом прямо санкционирует выбор права «третьей» страны (в том числе не участвующей в конвенции) и допускает выведение соглашения сторон из условий договора и обстоятельств дела. В Гаагской конвенции 1978 г. формируется система ограничительных институтов (нормы непосредственного применения, публичный порядок), которые очерчивают пределы свободы сторон избрать применимое право, что является косвенным доказательством становления такой свободы в качестве принципа международного частного права. Наконец, несмотря на то, что Гаагская конвенция 1978 г. в силу весьма ограниченного предмета регулирования намеренно уклоняется от решения ряда общих вопросов реализации автономии воли, отсутствие прямого запрета толкуется как дозволение (для последующего выбора права, депесяжа и др.).

Вопреки распространенной в отечественной юриспруденции точке зрения Гаагская конвенция 1978 г. связывает автономию волю не только с отношениями агента и принципала, но и с отношениями принципала и третьих лиц. Однако специфика таких отношений, касающихся полномочий агента, сказалась и на степени развития автономии воли. Возможность выбора применимого

⁵¹ П. 30 решения (Final award in case no. 13756).

права принадлежит принципалу и третьему лицу, при этом такой выбор может быть только прямым, выраженным в письменной форме, с одной стороны, и прямо принятым, с другой.

Потенциал практического применения Гагской конвенции 1978 г. реализуется в двух направлениях. Во-первых, будучи частью *lex fori* государств-участников, нормы анализируемой конвенции подлежат применению судами этих государств при рассмотрении споров, вытекающих из агентских соглашений международного характера. Во-вторых, в свете общей тенденции «денационализации процесса определения применимого права» (Asoskov, 2017:542) нормы анализируемой конвенции могут быть применены международным коммерческим арбитражем — вне зависимости от того, участвует ли в данной конвенции государство локализации конкретного арбитража.

Таким образом, отечественным участникам международного гражданского оборота крайне важно иметь правильное представление о содержании норм Гагской конвенции о праве, применимом к агентским соглашениям (в том числе об автономии воли), при выборе места рассмотрения споров, вытекающих из заключаемых ими агентских соглашений международного характера.

Библиографический список / References

- Asoskov, A.V. (2017) *Kollizionnoe regulirovanie dogovornyh objazatel'stv [Conflict of Laws in the Field of Contractual Obligations]*. Electronic edition. Moscow, M-Logos Publ. (in Russian).
Асосков А.В. Коллизийное регулирование договорных обязательств. М.: М-Логос, 2017. 640 с.
- Basedow, J. (2019) *Avtonomiya voli v regulirovanii mezhdunarodnykh otnoshenii. K obshchemu kursu mezhdunarodnogo chastnogo prava [party autonomy in regulation of international relations. to the basic course on private international law]*. Translated from English by Jumashov, Ju.M. (2019) Moscow, Norma: INFRA-M Publ. (in Russian).
Базедов Ю. Автономия воли в регулировании международных отношений. К Общему курсу международного частного права / Пер. с англ. Ю.М. Юмашева. М.: Норма: ИНФРА-М, 2019. 134 с.
- Hay, P., Müller-Freienfels, W. (1979) Agency in the conflict of laws and the 1978 Hague convention. *The American Journal of Comparative Law*. 27 (1), 1–49, doi:10.2307/839937.
- Kanashevskiy, V.A. (2014) Agency agreements and contracts of commission in foreign trade turnover. *Journal of Russian Law*. (3), 96–104. (in Russian).
Канашевский В.А. Агентские соглашения и договоры комиссии во внешнеторговом обороте // Журнал российского права. 2014. № 3. С. 96–104.
- Makovskiy, A.L., Khlestova, I.O. (eds.) (2012) *The problems of the unification of private international law*. Moscow, The Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation. Moscow, Jurisprudence Publ. (in Russian).
Проблемы унификации международного частного права: монография / отв. ред. А.Л. Маковский, И.О. Хлестова. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации; ИД «Юриспруденция», 2012. 535 с.
- Malkin, O.Ju. (2008) *Pravovoe regulirovanie vybora prava storonami dogovora [Legal regulation of parties to the contract choice of law]*. Moscow, Publishing House of the Modern Humanitarian University Publ. (in Russian).

- Малкин О.Ю. Правовое регулирование выбора права сторонами договора / О.Ю. Малкин; Современ. гуманитар. акад. М.: Издательство Современ. гуманитар. университета, 2008. 156 с.
- Nikolyukin, S.V. (2008) Avtonomiya voli storon i osobennosti prava, primenimogo k chastnopравovym otноsheniyam, oslozhnennym inostrannym elementom [Party autonomy and peculiarities of law applicable to the private legal relations with foreign element]. *Notarius*. (6), 33–37. (in Russian).
- Николюкин С.В. Автономия воли сторон и особенности права, применимого к частноправовым отношениям, осложненным иностранным элементом // Нотариус. 2008. № 6. С. 33–37.
- Pfeifer, M.G. (1978) The Hague convention on the law applicable to agency. *The American Journal of Comparative Law*. 26 (3), 434–440, doi:10.2307/839811.
- Strigunova, D.P. (2014) Realization of the principle of the autonomy of will of the parties in the international commercial contracts. *Sovremennoe pravo*. (4), 153–158. (in Russian).
- Стригунова Д.П. Реализация принципа автономии воли сторон в международных коммерческих договорах // Современное право. 2014. № 4. С. 153–158.
- Strigunova, D.P. (2016) Legal nature of party autonomy in the field of legal regulation of international commercial contracts. In: Mogilevskii, S.D., Egorova M.A. (eds.). *Current Issues of Business and Corporate Law in Russia and Abroad: Collection of Scientific Articles of III International Scientific and Practical Conference*. 25 April 2016, Moscow. Moscow, Justicinform Publ. SPS ConsultantPlus. (in Russian).
- Стригунова Д.П. О правовой природе автономии воли сторон в сфере правового регулирования международных коммерческих договоров // Актуальные проблемы предпринимательского и корпоративного права в России и за рубежом: сборник научных статей III Международной научно-практической конференции. Москва, 25 апреля 2016 г. / под общ. ред. С.Д. Могилевского, М.А. Егоровой. М.: Юстицинформ, 2016. Режим доступа: СПС «КонсультантПлюс».
- Strigunova, D.P. (2016) *Problemy primeneniya principa avtonomii voli storon v pravovom regulirovaniy mezhdunarodnyh kommercheskih dogovorov* [Problems of Application of the Party Autonomy Principle within the Legal Regulation of International Commercial Contracts]. Moscow, Ruscience Publ. (in Russian).
- Стригунова Д.П. Проблемы применения принципа автономии воли сторон в правовом регулировании международных коммерческих договоров. Монография. М.: Русайнс, 2016. 137 с.
- Strigunova, D.P. (2017) *Legal regulation of international commercial contracts: a monograph*. In 2 vols. Т. 2. Moscow, Justicinform Publ. (in Russian).
- Стригунова Д.П. Правовое регулирование международных коммерческих договоров. В 2 т. Т. 2. М.: Юстицинформ, 2017. 432 с.
- Vilkova, N.G. (2000) Agentskie dogovory [Contracts of Agency]. *Zakon*. (7), 101–107. (in Russian).
- Вилкова Н.Г. Агентские договоры // Закон. 2000. № 7. С. 101–107.
- Zanibekov, M.M. (2016) Party Autonomy and freedom of contract at the conclusion of International Commercial contract: Functioning legal mechanism or legal fiction? *Herald of the Moscow university of finances and law MFUA*. (2), 142–153. (in Russian).
- Занибеков М.М. Автономия воли сторон и свобода договора при заключении международного коммерческого договора: действующий правовой механизм или юридическая фикция? // Вестник Московского финансово-юридического университета. 2016. № 2. С. 142–153.

Об авторе:

Новикова Татьяна Васильевна — кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой международного права, Северо-Кавказский филиал Российского государственного университета правосудия; 350002, Российская Федерация, г. Краснодар, ул. им. Леваневского, д. 187/1

ORCID ID: 0000-0002-8889-0444, SPIN-код: 4488-6370

e-mail: tnovikova@inbox.ru

About the author:

Tatiana V. Novikova — Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Head of the International Law Department, The North Caucasian branch of the Russian State University of Justice; 187/1 Levanevskogo str., Krasnodar, 350002, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0002-8889-0444, SPIN-code: 4488-6370

e-mail: tnovikova@inbox.ru



DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1224-1239

Научная статья

КОЛЛИЗИОННОЕ ПРАВИЛО «LEX POSTERIOR» В АРМЯНСКОМ ПРАВЕ

А.С. Гамбарян

Российско-Армянский (Славянский) Университет,
г. Ереван, Республика Армения

Правило «Lex posterior derogat legi priori» (позднейшим законом отменяется более ранний) имеет универсальное доктринальное значение. Сохранение этого принципа на протяжении веков свидетельствует о его важности и аксиоматическом характере. Однако в армянской практике сложилась иная ситуация. В данной статье обсуждается правомерность коллизионной нормы Закона Республики Армения «О нормативных правовых актах», согласно которой в случае коллизии между ранее и позднее вступившими в силу законами действует более ранний закон. Философской основой правила «новый закон упраздняет старый» является закон диалектики отрицания отрицания, которое придает высокий авторитет и ценность правилу «Lex posterior». Правило «Lex posterior» является способом обеспечения конституционной свободы поколений. Свобода поколений предполагает, что новое поколение свободно от правил, установленных предыдущими поколениями, и может свободно менять их. Кроме этого, закон, написанный позднее, должен преобладать над более ранними законами, исходя из принципа народовластия. Автор рассматривает коллизионное правило «Lex posterior» с сравнительно-правовой и исторической точек зрения и делает вывод о том, что предусмотренное Законом РА «О нормативно-правовых актах» регулирование противоречит законам диалектики, аксиоматическим истинам, отраженным в римском праве, следовательно, его необходимо пересмотреть. До закрепления в законодательстве правила «Lex posterior derogat legi priori» на практике высшие суды Республики Армения при коллизии между старыми и новыми нормами, обладающими равной юридической силой, должны отдавать предпочтение правовой норме, вступившей в силу позднее.

Ключевые слова: коллизионная норма, Lex posterior, ранее принятый закон, демократия, свобода поколений

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 30 июля 2020 г.

Дата принятия к печати: 15 октября 2020 г.

© Гамбарян А.С., 2020.



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

Для цитирования:

Гамбарян А.С. Коллизийное правило «Lex posterior» в армянском праве // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2020. Т. 24. № 4. С. 1224–1239. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1224-1239.

DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1224-1239

Research Article

THE CONFLICT RULE “LEX POSTERIOR” IN ARMENIAN LAW

Artur S. Ghambaryan

Russian-Armenian University,
Yerevan, Armenia

Abstract. The rule “Lex posterior derogat legi priori” (the later law cancels the earlier one) has a universal doctrinal meaning. The preservation of this principle over the centuries shows its importance and axiomatic character. However, the situation in the Armenian practice is different. This article discusses the legality of the conflict of laws rule of the RA Law “On Normative Legal Acts”, according to which, in the event of a conflict between the earlier and later laws in force, the earlier law applies. The author investigates the conflict rule “Lex posterior” from comparative-legal and historical points of view, and concludes that the regulation provided by the RA Law “On Normative Legal Acts” contradicts the laws of dialectics, and axiomatic truths, reflected in Roman law, thus, it is essential to revise it. The philosophical basis of the “new law abolishes the old” rule is the law of the dialectic’s denial of the denial, which gives high authority and value to the “Lex posterior” rule. The rule “Lex posterior” is the means of ensuring the Constitutional freedom of generations. Freedom of generation implies that the new generation is free from the rules established by previous generations and is free to change them. In addition, a law written later must prevail over earlier laws, based on the principle of democracy by the people. Before “Lex posterior derogat legi priori” law is fixed in practice, in case of conflict between the old and the new norms that have equal legal force, the highest Courts of the Republic of Armenia should give preference to the legal norm that came into force later.

Key words: conflict norm, Lex posterior, previously adopted law, democracy, freedom of generations

Conflicts of interest. The author declared no conflicts of interest.

Article received 30 July 2020

Article accepted 15 October 2020

For citation:

Ghambaryan, A.S. (2020) The conflict rule “Lex posterior” in Armenian law. *RUDN Journal of Law*. 24 (4), 1224–1239. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1224-1239.

Теоретические основы правила «*Lex posterior derogat legi priori*»

(а) Общие положения

В юридической литературе проблемные аспекты коллизионных норм были предметом всестороннего изучения многих ученых (Vlasenko, 2018:16; Petrov, Tihonravov, 2017:53; Ghambaryan, Dallakjan, 2019:160).

В данной научной статье нами различаются: коллизионные нормы — как правила, закрепленные в позитивном праве, и коллизионные правила толкования — как разработанные юридической герменевтикой средства толкования. Д. Левин отмечал, что ни один законодатель не может предусмотреть в тексте закона все частные случаи, при которых может возникнуть коллизия. Из постулата единства права вытекает, что в тех случаях, когда закон прямо не указывает, какая из коллизионных норм должна быть применена, этот вопрос решается самим правоприменительным органом на основании общих правил, выработанных юридической наукой, как например, правила о предпочтении более новых норм старым (*Lex posterior derogat priori*), специальных норм — общим и т.п. Все эти правила исходят из непротиворечивости системы права как необходимой презумпции (*legislator non praesumitur sibi ipsi contraries*) (Levin, 1948:90). Из сказанного можно сделать два вывода. Во-первых, необходимо законодательно установить те правила, на основе которых правоприменитель должен решить, какую из противоречащих друг другу норм он должен применить. Во-вторых, если законодательством подобных правил не установлено, то правоприменитель должен руководствоваться общими правилами, выработанными юридической наукой. При этом источником для коллизионных норм, закрепленных в позитивном праве, послужили коллизионные правила толкования, которые были разработаны юридической наукой (коллизионные правила толкования).

Исторически разрешение правовых коллизий лежит в плоскости толкования права, то есть в рамках юридической герменевтики (теории толкования права) были разработаны определенные критерии толкования, с помощью которых правоприменительный орган решает какую из противоречащих друг другу норм он должен применить (коллизионные правила толкования). Коллизионные правила толкования являются критериями теоретического характера, разработанными юридической герменевтикой. Хотя данные критерии не наделены нормативностью позитивного права, однако исторически применялись в качестве средств для разрешения коллизий (коллизионные правила толкования).

В процессе развития общественных отношений целый ряд коллизионных правил толкования получили государственное признание, то есть данные коллизионные правила толкования были закреплены в позитивном праве государства (в законах либо подзаконных актах), приобретая статус коллизионных норм. К примеру, в ст. 24 закона Республики Армения «О правовых актах» (2002 г.) впервые был закреплен целый ряд коллизионных правил толкования, разработанных наукой. Сказанное не означает, что все правила толкования, раз-

работанные наукой, получили свое закрепление в позитивном праве, переросли в коллизионные нормы.

В статье 24 Закона Республики Армения 2002 г. «О правовых актах» установлены следующие коллизионные правила.

Во-первых, в случае противоречий между правовыми актами действуют предусмотренные Конституцией Республики Армения и данным законом правовые акты, имеющие более высокую юридическую силу, за исключением случаев, предусмотренных ч. 7 ст. 24 закона (п. 2 ст. 24 Закона).

Во-вторых, правовой акт, принятый органом, не должен противоречить *его же* правовому акту равной юридической силы, принятому ранее. В случае противоречий между правовыми актами равной юридической силы, принятыми одним и тем же органом, преимущественную силу имеют положения предыдущего (более раннего) правового акта (ч. 3 ст. 24 Закона).

В-третьих, в случае коллизии принятых разными органами нормативных или индивидуальных правовых актов, обладающих равной юридической силой, действует правовой акт, принятый органом, которому полномочие на принятие такого правового акта предоставлено правовым актом, обладающим более высокой юридической силой (ч. 4 ст. 24 Закона).

В-четвертых, в случае коллизии разных частей одного и того же правового акта действуют положения тех частей, которые следуют из существа данного правового акта или правовых принципов, регулирующих данные правоотношения, за исключением случаев, предусмотренных ч. 7 настоящей статьи. В случае коллизии общей и особенной частей того же правового акта действуют положения общей части (ч. 5 ст. 24 Закона).

В-пятых, в случае коллизии законов, принятых Национальным Собранием Республики Армения и путем референдума, действуют нормы закона, принятого путем референдума (ч. 6 ст. 24 Закона).

В-шестых, в случае коллизии нормативных правовых актов, обладающих равной юридической силой, или разных частей одного и того же правового акта государственные органы и органы местного самоуправления в отношениях с физическими и юридическими лицами должны применять предпочтительный для физических и юридических лиц нормативный правовой акт или его часть (ч. 7 ст. 24 Закона).

В-седьмых, запрещается предусматривать в правовом акте норму о верховенстве в отношении иных правовых актов, обладающих равной юридической силой. Такие нормы не имеют юридической силы (ч. 8 ст. 24 Закона).

В статье 40 Закона Республики Армения «О нормативных правовых актах», принятого в 2018 году, предусмотрена система следующих коллизионных норм, расположенных в порядке приоритета:

— во-первых, в случае коллизий между нормами нормативных правовых актов применяется норма нормативного правового акта, имеющего более высокую юридическую силу;

- во-вторых, в случае коллизий между общей нормой и специальной нормой применяется специальная норма;
- в-третьих, в случае коллизии между нормами общих и особенных частей нормативного правового акта действуют нормы общей части;
- в-четвертых, в случае коллизий между нормами нормативных правовых актов применяются нормы нормативного правового акта, вступившего в силу ранее;
- в-пятых, в случае коллизии между нормами нормативных правовых актов применяется нормы благоприятных для физических и юридических лиц нормативных правовых актов, если применение данной нормы не затрагивает права или законные интересы других лиц.

Отметим, что последовательность изложения коллизионных норм в законе Республики Армения «О правовых актах» (2002 г.) имеет нормативное значение, так как данная последовательность определяет какой из данных коллизионных норм отдать предпочтение в случае их конкуренции.

В данной работе более подробно рассматривается правило «*Lex posterior derogat legi priori*», в частности в армянском праве. Правило «*Lex posterior derogat legi priori* — позднейшим законом отменяется более ранний» имеет всеобщее доктринальное значение, а некоторые авторы отмечают, что правила приоритета нормы, принятой позднее, обычно используются по умолчанию, они являются юридическими обыкновениями (Akhmetzhanova, 2017:74). А. Чашин отмечает: «Принцип римского права *lex posterior derogat legi priori* достиг такого уровня доктринальной общепризнанности, которая делает его общеобязательным и однообразно применимым ко всем схожим ситуациям, то есть нормативным» (Chashin, 2018:79). Прошедшее апробацию на протяжении веков и получившее научное признание общеизвестное правило «*lex posterior derogat legi priori*» (далее — «*Lex posterior*»), казалось бы, приобрело характер аксиоматического требования, и законодательный орган ни одного государства не осмелится закрепить в позитивном праве коллизионную норму, противоречащую этому правилу. Однако в армянской практике сложилась другая ситуация. В ч. 3 ст. 24 Закона РА «О правовых актах»¹ было установлено, что новый правовой акт, изданный одним и тем же органом, не должен противоречить принятым ранее и вступившим в силу правовым актам, обладающим равной юридической силой. В случае коллизии принятых одним и тем же органом правовых актов, обладающих равной юридической силой, действуют нормы правового акта, вступившего в силу ранее (*курсив автора*). Отечественные юристы на протяжении многих лет поднимали вопрос о том, что норма, закрепленная в ч. 3 ст. 24 Закона РА «О правовых актах», противоречит правилу «*Lex posterior*», известному еще со времен эпохи

¹ Закон Республики Армения № ЗР-320 от 03.04.2002 г. «О правовых актах»

римского права и нашедшему воплощение в правовых доктринах и нормативных актах многих стран (Kupeljanс, 2007:49–52)².

Следует определить причины общего признания правила «*Lex posterior*», его признания аксеоматической истиной. Думается, ответ на вопрос находится в философско-правовых основах обсуждаемого коллизионного правила.

(b) Философско-правовые основы правила «*Lex posterior*»

(1) *Закон диалектики отрицания отрицания и правило «*Lex posterior*»*. Философской основой правила «новый закон упраздняет старый» является закон диалектики отрицания отрицания, которое придает высокий авторитет и ценность правилу «*Lex posterior*». Любое явление возникает, осуществляет свою функцию, стареет, в дальнейшем упраздняется, уступая свое место новому. Отрицание понимается как борьба старого и нового. Новое продвинуто, прогрессивно, соответственно, приоритетнее старого.

Сущность закона отрицания отрицания заключается в том, что новое отрицает старое, однако постепенно оно становится старым и отрицается со стороны более нового. Этот закон дает возможность сохранить и последовательность, и новизну, и связь старого и нового. В философии отмечается: «Когда новое рождается, оно сильнее старого или слабее? Слабее. А в борьбе, как известно, побеждает сильнейший. Так что поначалу новое, передовое будет проигрывать, и надо быть к этому готовым. Но поскольку это действительно передовое, оно на своих поражениях будет учиться, укрепляться, усиливаться и постепенно начнет теснить старое, а потом и систематически побеждать его» (Роров, 2014:69).

Если руководствоваться тем подходом, что старый закон сильнее нового закона, то это будет противоречить диалектическим закономерностям развития жизни, будет препятствовать прогрессу жизни. Законодатель, принимая новый закон, даже в случае, если он ошибочно не отменил старый закон, все равно, принятием нового закона подтверждается, что он хотел внести в общественную жизнь новые изменения, в противном случае не принял бы новый закон, противоречащий старому. Р. Штектгардт отмечал: «Внутреннее основание этого правила заключается в том необходимом предположении, что каждый законодатель при усовершенствовании или изменении права действует с сознанием, сообразно с целями государства, и потому, как скоро он издает новое положение о том предмете, для которого уже и прежде существовал закон, то значит новый закон сообразнее с настоящим состоянием государства, нежели бывший прежде» (Shtekgardt, 1843:147).

(2) *Правило «*Lex posterior*» как способ обеспечения конституционной свободы поколений*. В преамбуле Конституции РА отмечено: «Армянский на-

² См.: Теория государства и права. Учебник. Под ред. Гамбаряна А. и Мурадяна М. Ер.: Изд. Лусабац, 2-е дополн. изд., 2016 (на армянском языке).

род ... с целью обеспечения свободы поколений ... принимает Конституцию Республики Армения». Свобода поколений предполагает, что новое поколение свободно от правил, установленных предыдущими поколениями, и может свободно менять их.

Правило «старый закон упраздняет новый закон», которое было закреплено прежде всего в Законе РА от 2002 г. «О правовых актах», а далее и в Законе РА от 2018 г. «О нормативно-правовых актах»³, противоречит ч. 2 ст. 2 Конституции РА, где установлено, что народ осуществляет свою власть путем свободных выборов, референдумов, а также через государственные органы и органы местного самоуправления и должностных лиц, установленных Конституцией.

Сущность принципа народовластия заключается в том, что волю народа в настоящее время выражает законодатель, сформировавшийся путем позднее осуществленных выборов, а не законодатель, сформировавшийся ранее. В итоге закон, написанный позднее, должен преобладать над более ранними законами, исходя из принципа народовластия. С этой точки зрения между вышеобозначенной нормой Закона РА «О нормативно-правовых актах» и Конституцией возникает противоречие⁴.

(с) Правило «Lex posterior» в римском праве

Правило приоритета нового закона действовало также в римском праве. Д. Гримм отмечал: «Что касается соотношения различных частей законодательства Юстиниана, то Новеллы, как документы, получившие юридическую силу позднее, имели преобладание над Институциями, Дигестами и Кодексами» (Grimm, 2003).

По мнению другого специалиста по римскому праву старые нормы уничтожаются со стороны новых, однако для всего этого необходимо, чтобы оба закона были однородными, т.е. они должны быть *leges generales* или *leges speciales*. Автор отмечает: «*Lex posterior generalis non derogat legi priori specialis*», т.е. старое привилегия (автор имеет ввиду специальный закон — автор) не упраздняется новым общим законом, например, если для военнослужащего, имеющего специальное положение, не обязательно соблюдение общего правила составления завещания в присутствии 7 лиц, то на него не распространяется также новое требование составления завещания в присутствии 5 лиц» (Efimov, 1901:42–43). Следует отметить, что автор обсуждает не только коллизионную норму, решающую противоречия между старой и новой нормой, а представляет решение конкуренции коллизионных норм «*Lex posteriori*» и «*Lex specialis*».

³ Закон Республики Армения № ЗР-180 от 21.03.2018 г. «О нормативно-правовых актах».

⁴ См.: Гамбарян А., Купелянц Г. Разрешение коллизии между старыми и новыми нормами: последовательная нелогичность или нелогичная последовательность // Судебная власть. Ер., 2018. № 05-06/227-228. С. 3–10. (на армянском языке).

**(d) Разграничение правил «Lex posterior»
и «qui prior est tempore, potior est jure»**

В истории права были случаи, когда действовало правило привилегии нормы, ранее получившей юридическую силу. Итак, согласно ст. 24 раздела 1 статута Большого Княжества Литвии от 1529 г.: «В случае возникновения противоречий между привилегиями, касающимися одного и того же вопроса, следует давать приоритет ранее установленной привилегии» (Petrov, Tihonravov, 2017:63). Думается, что суждение о приоритете ранее возникшей привилегии относится не к коллизиям законодательных актов, а конфликтам (конкуренциям), возникающим в ходе реализации субъективных прав.

Противоречие старых и новых норм следует отличать от совпадения субъективных прав (конфликтов). В гражданском праве дореволюционного периода отмечалось, что в ходе реализации прав они часто совпадают, например, один и тот же предмет принадлежит нескольким лицам, что препятствует реализации этих прав. С целью решения данного противоречия были разработаны ряд правил, например, фактически ранее реализовавший свои права не обязан обращать внимание на права иных лиц, а в случае противоречия равных прав приоритет дается ранее возникшему праву (*qui prior est tempore, potior est jure* — кто явился ранее, пользуется законной привилегией — автор.) (Vas'kovskii, 1894:151–152). Немецкий юрист 19-го века Ф. Регелсберг отмечал, что в случае противоречащих друг другу прав (если эти права не имеют проблемы ограничения аналогичных прав) последние осуществляются поочередно, в силу чего последующее право реализуется после того, когда предыдущее право было удовлетворено, которое имеет привилегию, соответственно, последующее должно быть удовлетворено с той возможностью, которая осталась после удовлетворения предыдущего права (Regelsberger, 1897:292–293).

Итак, правило «Lex posterior», как норма, решающая противоречия между старыми и новыми нормами, следует отличать от правила «*qui prior est tempore, potior est jure*», которое применяется в ходе реализации совпадающих субъективных прав.

(e) Правило «Lex posterior» в праве иностранных государств

(1) *Правило «Lex posterior» в англоамериканском и европейском праве.* Правило «Lex posterior» широко распространено в зарубежных странах. Как было отмечено, оно было принято еще в римском праве и в дальнейшем получило распространение и в англо-саксонской, и в континентальных правовых системах. В английском праве даже считается, что позднее принятый законодательный акт упраздняет старый, исходя из верховенства парламента и принципа суверенитета⁵. Отметим, что подобная практика существует также в правовой системе США

⁵ Hamnett v. Essex County Council [2017] EWCA Civ 6, [25]–[27].

(Nguyen, Daillier, Pellet, 1999:285). В случае коллизии между двумя источниками права одного и того же уровня структурной иерархии преимущество имеет позднейший по времени принятия источник права (Bernat, 2006:108).

В некоторых случаях это правило даже применяется с целью решения противоречий между законодательными актами, имеющими неравную юридическую силу. Итак, согласно ряду прецедентов Кассационного суда Франции и Государственного совета в случае противоречия международных актов и законов во внутринациональном праве применим закон, если он имеет «конституционный характер», т.е. конкретизирует конституционные нормы, и если он был принят после ратификации и утверждения международного договора (Ansel, Lequette, 2002:762–765).

Во французском праве коллизионное правило «*Lex posterior*» рассматривается также в аспекте признания закона утратившим силу по умолчанию. Французские юристы различают режимы прямой утраты силы и утраты по умолчанию. В случае прямой утраты силы в заключительной части нового закона специальной нормой регламентируется, что ранее принятые законы утрачивают силу. Утрата силы по умолчанию производится не специальной нормой, а возникновением коллизии между новым и старым законами. Так как они исключают друг друга, то предпочтение должно быть дано воле законодателя, выраженной позднее (Morandier, 1958). Относительно упомянутого вопроса Ж. Бержель отмечает: ««Молчаливая» отмена, которая является результатом несовместимости прежнего закона с новым, всегда носит более неопределенный характер и происходит только в том случае, когда оказывается невозможным согласование противоречивых текстов» (Bergel, 2000:215). Еще со времен эпохи римского права предусматривалось правило утраты силы старого закона по умолчанию. Итак, Юлиан в 84-й книге «Дигест» отмечает: «Прежний укоренившийся обычай заслуженно применяется как закон, и это право называется правом, установленным нравами. Ибо если сами законы связывают нас в силу лишь того, что они приняты по решению народа, то заслуженно связывает всех и то, что народ одобрил, не записав. Ибо какое имеет значение, объявил ли народ свою волю путем голосования или путем дел и действий. Поэтому весьма правильно принято, что законы отменяются не только голосованием законодателя, но даже молчаливым согласием всех путем неприменения» (Kofanov, 2006:44–45).

(2) *Правило «Lex posterior» в праве постсоветских стран.* Согласно ч. 3 ст. 12 Закона Казахстана от 06.04.2016 г. № 480-V «О правовых актах» при наличии противоречий в нормах нормативных правовых актов одного уровня действуют нормы акта, позднее введенные в действие.

Согласно абзацу второму ст. 71 Закона Белоруссии от 10.01.2000 г. № 361-3 «О нормативно-правовых актах»: «В случае коллизии между нормативными правовыми актами, обладающими равной юридической силой, и если ни один из них не противоречит акту с более высокой юридической силой, дей-

ствуют положения акта, принятого (изданного) позднее». Схожее положение предусматривается и в ч. 2 ст. 70 Закона Белоруссии от 17.07.2018 г. № 130-З «О нормативно-правовых актах».

Согласно второму абзацу ст. 14 Закона Туркменистана от 26.08.2017 г. № 589-V «О нормативных правовых актах» (новая редакция): «При наличии противоречий в нормативных правовых актах с равной юридической силой и если ни один из них не противоречит нормативному правовому акту с более высокой юридической силой, применяется нормативный правовой акт, вступивший в силу в более позднее время».

Таким образом, правило «*Lex posterior*» также закреплено законодательством отдельных постсоветских государств, однако следует отметить, что в этих государствах вопрос о признании закона старым или новым решается по-разному. В Белоруссии это определяется моментом *принятия (опубликования)* закона, а в других вышеуказанных государствах — моментом *вступления закона в юридическую силу* или моментом введением закона в действие.

(f) Правило «*Lex posterior*» в международном праве

Это правило закреплено также и в международном праве. Согласно ч. 3 ст. 30 Конвенции «О праве международных договоров»: «Если все участники старого договора являются участниками следующего договора, но действие старого договора не прекращено и не приостановлено, то прежний договор применяется постольку, поскольку его положения совместимы с положениями нового договора».

(j) Правило «*Lex posterior*» в обычном праве

Единственный источник права, в котором можно было бы оспорить применимость правила «*Lex posterior*» — это правовой обычай. В теории отмечается, что в отличие от нормативно-правовых актов в случае обычаев преобладает иное правило: «Насколько стар обычай, настолько правилен он (сильнее)» (Silchenko, 2018:18). В контексте старых и новых обычаев следует принять во внимание также суждение Н. Коркунова касательно столкновения интересов старого и нового: «Интересы могут различаться, как старый и новый. Старый, уже завоевавший себе общее признание, уже привычный, естественно предпочитается новому» (Korkunov, 2010:194). С другой стороны, специалист римского права В. Ефримов выразил иную позицию касательно данного вопроса. По его мнению, старые нормы уничтожаются новыми нормами, старые обычаи — новыми (Efimov, 1901:42). Полагается, что параллельно развитию жизни меняются также правовые обычаи, которые могут иметь место в следствие замены старых обычаев новообразованными. Если исходить из того подхода, что старый обычай сильнее нового, то это приведет к застою общественной жизни в этой области, так как ни один новый обычай не может упразднить старый обычай. Правовые обычаи, в отличие от нормативно-правовых актов, не имеют

определенного способа изменения. Изменения обычаев видимы благодаря новообразованному устойчивому поведению, в то время как правило «старый обычай сильнее нового обычая» не дает возможности новому застоявшемуся поведению, которое противоречит старому обычаю, квалифицироваться как новый правовой обычай.

Отрицание правила «*Lex posterior*» в армянском праве

(а) Первая стадия отрицания

(1) *Отрицание правила «Lex posterior» в законе РА «О правовых актах».* Согласно ч. 3 ст. 24 Закона РА «О правовых актах» от 2002 г.: «Новый законодательный акт, принятый тем же органом, не должен противоречить имеющим равную юридическую силу правовым актам, принятым ранее и вступившим в законную силу. При возникновении противоречий между принятыми тем же органом и имеющими равную юридическую силу нормативными актами, действуют нормы правового акта, вступившего в законную силу ранее.

(2) *Продолжение отрицания законодателя со стороны судебной власти.* У читателя возникнет вопрос: а какой была позиция судебных органов РА? Какому положению они давали привилегию в данной ситуации: закрепленной в ч. 3 ст. 24 Закона РА «О правовых актах» нелогичной коллизионной норме (старый закон упраздняет новый), или же принятого в науке и отображающего простую истину правилу коллизионного толкования (новый закон упраздняет старый)? Это вопрос, находящийся в области правопонимания, и являющийся частным и конкретным проявлением сложных философских вопросов, касающихся соотношения естественных (или идеальных) и позитивных прав, ответ на который, в условиях вульгарного и крайнего позитивизма, не совпадает с красивыми суждениями о преобладании естественного или идеального права, представленными в учебниках или студенческих аудиториях. В правоприминительной практике государственные органы следовали закрепленному ч. 3 ст. 24 Закона РА «О правовых актах» нелогичному коллизионному правилу (старая норма упраздняет новую).

Несомненно, простая человеческая логика требовала, чтобы в случае возникновения противоречий между старыми и новыми нормами правоприменитель, вопреки нелогичному правилу, закрепленному Законом РА «О правовых актах», отдавал предпочтение нормам нового закона (правоприменение *contra legem*). Правоприменители имели обоснования, исходящие из вышеуказанного простого суждения, для того, чтобы заблокировать данное положение Закона Республики Армения «О правовых актах», однако на практике суды РА, в случае возникновения противоречий между старыми и новыми нормами, применяли нелогичное, однако получившее нормативную силу со стороны государства, правило. Полагается, что основное обоснование правоприменения

contra legem может быть то, что указанное положение противоречит принципу народовластия, закреплённому Конституцией.

Органы судебной власти, без серьёзного обсуждения вопроса, продолжали нигилизм законодательного органа. Например, Кассационный Суд Республики Армения решением от 02.12.2010 г. решил противоречие между Уголовно-процессуальным кодексом Республики Армения (далее — УПК РА) и Судебным кодексом РА касательно вопроса обжалования судебного акта о самоотводе в Апелляционный уголовный суд РА. Возможность обжалования решения о самоотводе в Апелляционный уголовный суд РА УПК РА не предусматривает, в то время как Судебный кодекс РА предусматривает возможность апелляционного обжалования решения о самоотводе. То есть относительно обсуждаемого вопроса существует противоречие между УПК РА и Судебным кодексом РА. Кассационный Суд РА отметил, что Судебный кодекс РА вступил в законную силу в 2007 г., а УПК РА — в 1999 г., и решил эту коллизию в пользу УПК РА, ссылаясь на то, что УПК РА вступил в силу раньше чем Судебный кодекс РА.

(b) Вторая стадия отрицания

(1) *Отрицание правила «Lex posterior» в Законе РА «О нормативно-правовых актах».* Казалось, что после обсуждения нового законопроекта «О нормативных правовых актах», принятого в 2018 году, прежний ошибочный подход будет устранен, однако ожидания не оправдались. В п. 3 ч. 1 ст. 40 принятого в 2018 г. Закона РА «О нормативно-правовых актах» было установлено, что в случае коллизий между нормативно-правовыми актами применяются нормы нормативного акта, который вступил в силу ранее. Таким образом, законодатель во второй раз допустил ту же ошибку, закрепив в нем коллизионную норму, которая противоречит выработанной юридической наукой и практикой аксиоматической истине «позднейшим законом отменяется более ранний», что, по-нашему мнению, является неоправданным.

Во всяком случае, факт повторной ошибки ставит под сомнение не вопрос истинности аксиоматического требования, согласно которому при коллизии между новым и старым законом, предпочтение отдается новому закону, а профессионализм авторов проекта Закона РА «О нормативных правовых актах» и их единомышленников.

(2) *Причины последовательной нелогичности или нелогичной последовательности.* После вышезложенного возникает вопрос: почему в обоих случаях законодатель предусмотрел такой механизм решения вопроса противоречия старого и нового закона?

В рамках беседы с авторами проекта закона РА «О правовых актах» от 2002 г. и авторами проекта Закона РА «О нормативно-правовых актах» от 2018 г. ими были представлены позиции, которые можно разделить на две группы.

Первое — цель предусмотрения коллизионной нормы при наличии противоречий между новым и старым законами сводится к тому, что в случае ее непредусмотрения законодатель может потерять бдительность, что может привести к принятию новых норм, не отменяя или изменяя старую норму.

Такое обоснование вызывает удивление. С каких пор коллизионной норме стали предписывать функцию юридической техники? Известно, что основная задача коллизионной нормы — определить, какую из противоречащих норм должен применять уполномоченный орган. Коллизионные нормы не имеют задачу предотвращения противоречий в правовых актах, последнее является задачей правил юридической техники и правовой экспертизы.

Второе — при коллизии между старыми и новыми нормами преимущество давалось старой норме (принятой или вступившей в силу ранее) для защиты частного инвестора. По их мнению, интересы инвестора нарушаются, когда при действии конкретного закона принимаются иные законы, которые без изменения действующего закона, по-иному регулируют те же общественные отношения. Такое обоснование также вызывает удивление.

Во-первых, согласно ст. 7 Закона РА «Об иностранных инвестициях» — при изменении законодательства РА, регулирующей иностранные инвестиции, в течение 5 лет с момента инвестиции, по желанию инвестора может применяться законодательство, действующее на момент осуществления инвестиций.

Во-вторых, в международной практике частные лица не имеют права ожидать «заморозивания» законодательства. Даже те условия договора, которые направлены на заморозку правовой системы (так называемые стабилизирующие положения (*stabilisation clauses*) в международной практике считаются незаконными (Morse, McClean, Briggs, (et al.), 2006:1804–1805). В противном случае получится, что основанный на демократизме правило «*Lex posterior*» приносится в жертву интересам инвесторов.

Права инвесторов защищаются соответствующим законодательством, международными договорами о защите инвестиций и международным обычным правом. Однако ни одно из вышеперечисленных не предусматривает такой широкой и всесторонней защиты инвесторов. Так, в международном инвестиционном праве инвестор только в исключительных случаях может утверждать, что его права были нарушены в результате изменения закона. То есть инвестор, в предусмотренных международным правом случаях, может утверждать, что принятый ранее закон сам по себе нарушает его права. Однако это касается вопроса гармонизации позднее принятого закона международному праву и не имеет никакого отношения к коллизионным нормам. Риск «утеснения» инвесторов не является основой для искажения структуры правовой системы (Kupeljanc, 2007:52).

Предложения

В п. 3 ч. 1 ст. 40 Законе РА «О нормативных правовых актах» необходимо предусмотреть, что в случае коллизий между правовыми актами, применяются нормы правового акта, позже вступившего в силу.

До закрепления в законодательстве правила «Lex posterior» на практике высшие суды РА при коллизии между старыми и новыми нормами, обладающими равной юридической силой, должны отдавать предпочтение правовой норме, вступившей в силу позднее.

Библиографический список / References

- Akhmetzhanova, C.V. (2017) *Legal collisions: theory and practice*. Diss... cand. Legal of sciences. Moscow, RUDN Publ. (in Russia).
Ахметжанова К.В. Юридические коллизии: теория и практика: дисс. канд. юрид. наук: 12.00.01. М.: РУДН. 2017. 119 с.
- Ansel, B., Lequette, Y. (2002) *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. Dalloz. (in French).
- Bergel, J.L. (2000) *Obshchaya teoriya prava. [General theory of law]*. Danilenko V.I. (ed.). Translated from French. Moscow, NOTA BENE Publ. (in Russia).
Бергель Ж.Л. Общая теория права / Под. общ. ред. В.И. Даниленко / Пер. с фр. М.: Издательский дом NOTA BENE. 2000. 576 с.
- Bernam, U. (2006) *Pravovaya sistema SShA [US legal system]*. 3rd ed. Moscow, New justice Publ. (in Russia)
Бернам У. Правовая система США. 3-й выпуск. М.: «Новая юстиция», 2006. 1216 с.
- Ghambaryan, A.S., Dallakjan, L.G. (2019) *Kollizionnye normy i ih konkurenciia: monografiya [Conflict Of Law Rules And Their Competition: monograph]*. Moscow. Yurlitinform Publ. (in Russian).
Гамбарян А.С., Даллакян Л.Г. Коллизионные нормы и их конкуренция: монография. М.: Юрлитинформ, 2019. 160 с.
- Chashin, A.N. (2018) The Roman doctrine as a form of law in the legal systems of the CIS. *Journal of Nizhny Novgorod Academy of the Ministry of Internal Affairs of Russia*. 2(42), 77–81. DOI 10.24411/2078-5356-2018-10012. (in Russian).
Чашин А.Н. Римская доктрина как форма права в правовых системах СНГ. Вестник Нижегородской академии МВД России. 2018. № 2 (42). С. 77–81. DOI 10.24411/2078-5356-2018-10012.
- Grimm, D. (2003) *Leksii po dogme rimskogo prava (vosproizvoditsya po pyatomu izdaniyu. S.-Peterburg, 1916 g.) [Lectures on the dogma of Roman law (reproduced from the fifth edition. St. Petersburg, 1916)]*. Moscow, Zercalo Publ., available at: <https://legalns.com/download/books/lib/roman-law/book-001.pdf> (Accessed 05 July 2020). (in Russian).
Гримм Д. Лекции по догме римского права (воспроизводится по пятому изданию. С.-Петербург, 1916 г.). М.: Изд. Зерцало, 2003, available at: <https://legalns.com/download/books/lib/roman-law/book-001.pdf> (Accessed 05 July 2020).
- Efimov, V.V. (1901) *Dogma rimskogo prava: Uchebnyi kurs V.V. Efimova, professora Sankt-Peterburgskogo universiteta [Dogma of Roman law: Training course V.V. Efimov, professor of St. Petersburg. university]*. Saint Petersburg, Bookstore A.F. Zinserling, Mellier and Co. Publ. (in Russian).
Ефимов В.В. Догма римского права: Учебный курс. СПб.: Книжный магазин А.Ф. Цинзерлинга, бывший Мелье и К, 1901. 640 с.
- Kofanov, L.L. (2006) *Sud i sud'i v izbrannykh fragmentah iz Digest Justiniana [Court and judges in selected passages from the Digest of Justinian]*. Translated from Latin. Preface: L.L. Kofanov. Moscow, Statut Publ. (in Russian).

- Суд и судьбы в избранных фрагментах из Дигест Юстиниана. Перевод с латинского / Предисл.: Кофанов Л.Л. М.: Статут, 2006. 734 с.
- Korkunov, N.M. (2010) *Lektsii po obshchei teorii prava. [Lectures on general theory of law]* Sost., avtor vstup. st., komment. A.N. Medushevskii [Compiler, author of introductory article, commentary. A.N. Medushevsky]. Moscow, Russian Political Encyclopedia ROSSPEN Publ. (in Russian).
- Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. Сост., автор вступ. ст., коммент. А.Н. Медушевский. М.: Российская политическая энциклопедия (РОССПЭН), 2010. 510 с.
- Kupeljanc, G. (2007) Resolution of contradictions between earlier and later legal norms in the Republic of Armenia. *Yerevan Legality*. (39), 49–52. (in Armenian).
- Levin, I.D. (1948) *Suverenitet [Sovereignty]*. Moscow, Institute of Law of the USSR Academy of Sciences Publ. (in Russian).
- Левин И.Д. Суверенитет. М.: Институт права Академии наук СССР. 1948. 375 с.
- Morandier, L.Ju. (1958) *Grazhdanskoe pravo Frantsii [French civil law]*. Translated from French. T. 1. Translated from French by E.A. Fleischitz. Moscow, Foreign Literature Publ. (in Russian). Гражданское право Франции. Перевод с французского. Т. 1 / Жюллио де ла Морандьер Л.; Пер. и вступ. ст.: Флейшиц Е.А. М.: Иностр. лит., 1958. 742 с.
- Petrov, A.A., Tihonravov, E.Ju. (2017) *Probely i kollizii v prave. Uchebnoe i nauchno-prakticheskoe posobie [Gaps and conflict in law. Educational and scientific-practical manual]*. Moscow, Prospekt Publ. (in Russian).
- Петров А.А., Тихонравов Е.Ю. Пробелы и коллизии в праве. Учебное и научно-практическое пособие. М.: Проспект. 2017. 106 с.
- Popov, M.V. (2014) *Sotsial'naya dialektika [Social dialectics]*. Saint Petersburg, Publishing house of the Polytechnic University Publ. (in Russian).
- Попов М. В. Социальная диалектика. СПб.: Изд-во Политехн. ун-та, 2014. 468 с.
- Regelsberger, F. (1897) *Obshhee uchenie o prave [General doctrine of law]*. In: Gambarov Y.S. (ed.). Translation by I.A. Bazanov, Moscow, Printing house I.D. Sytin Publ. (in Russian). Общее учение о праве / Регельсбергер Ф.; Под ред.: Ю.С. Гамбаров, проф.; Пер.: И.А. Базанов. М.: Т-во И. Д. Сытина, 1897. 312 с.
- Silchenko, N.V. (2018) Problems of hierarchy of sources of law. *State and law*, (4), 13–20. (in Russian).
- Сильченко Н.В. Проблемы иерархии источников права // Государство и право. 2018. № 4. С. 13–20.
- Shtekgardt, R.A. (1843) *Juridicheskaja propedeutika. [Legal propaedeutics]*. Translated by F.G. Toll from the 2nd edition. Saint Peterburg, Izdanie knigoprodavca Ju. A. Jungmeistera Publ. (in Russian).
- Юридическая пропедевтика. Перевод со 2 издания, исправленного и дополненного автором / Штекгардт Р.А.; Пер. и предисл.: Толль Ф.Г. СПб.: Издание книгопродавца Ю.А. Юнгмейстера, 1843. 422 с.
- Vas'kovskii, E.V. (1894) *Uchebnik grazhdanskogo prava. Vypusk I: Vvedenie i obshchaya chast'. [Civil law textbook. Issue I: introduction and general part]*. Saint-Petersburg, Railway contractor printing house Publ. (in Russia).
- Васьковский Е.В. Учебник гражданского права. Выпуск I: Введение и общая часть. СПб.: Типография Контрагентства железных дорог, 1894. 169 с.
- Vlasenko, N.A. (2018) *Kollizionnye normy v sovetskom prave: monografija [Conflict of laws rules in Soviet law: monograph]*, Reprinted. Moscow, Norma Publ. (in Russian).
- Власенко Н.А. Коллизионные нормы в советском праве: монография, Репринт изд. М.: Норма. 2018. 100 с.

Об авторе:

Гамбарян Артур Сиреканович — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой Теории права и конституционного права, Российско-Армянский (Славянский) Университет; 0051, Республика Армения, г. Ереван, ул. Овсепя Эмина, д. 123

SPIN-код: 5302-1598

e-mail: artur.ghambaryan@gmail.com

About the author:

Artur S. Ghambaryan — Doctor of Law, Full Professor, Head of the Department of Theory of Law and Constitutional Law, Russian-Armenian University; 123 Hovsep Emin str., Yerevan, 0051, Armenia

SPIN-code: 5302-1598

e-mail: artur.ghambaryan@gmail.com



РЕЦЕНЗИИ. НАУЧНЫЕ ФОРУМЫ

REVIEWS. SCIENTIFIC FORUMS

DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1240-1249

Рецензия

СИСТЕМА ЮРИДИЧЕСКОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ: АНАЛИТИЧЕСКИЙ ОБЗОР МОНОГРАФИЙ И.А. КУЗЬМИНА

Д.А. Липинский

Тольяттинский государственный университет,
г. Тольятти, Российская Федерация

Целью статьи является аналитический обзор монографий кандидата юридических наук, доцента Игоря Александровича Кузьмина: «Проблемы реализации юридической ответственности» (2015), «Системная модель юридической ответственности» (2018), «Система права и система юридической ответственности» (2018), в первых двух из которых автор принял участие в качестве рецензента, а в третьей — выступил научным редактором. Представленная в работах авторская концепция характеризует юридическую ответственность как системное правовое образование, элементы которого сложно структурированы, затрагивают различные уровни государственно-правовой действительности и вступают в многочисленные взаимодействия с разнообразными правовыми явлениями и процессами. В работах учтена специфика закрепления и реализации юридической ответственности на уровне объективного и субъективного права, раскрыты материально-правовые и процессуально-правовые особенности возложения ответственности. Сконструирована теоретическая модель юридической ответственности, продемонстрированы традиционные и современные методологические подходы к исследованию ее системы. Обозначены положения, обладающие научной новизной, приведены критические замечания и рекомендации, сформулированы выводы, свидетельствующие об основательности исследования, его комплексном характере.

Ключевые слова: правовая система, правовое регулирование, система права, юридическая ответственность, институт юридической ответственности, реализация юридической ответственности, система юридической ответственности

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

© Липинский Д.А., 2020.



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

Дата поступления в редакцию: 22 сентября 2020 г.

Дата принятия к печати: 15 октября 2020 г.

Для цитирования:

Липинский Д.А. Система юридической ответственности: аналитический обзор монографий И.А. Кузьмина // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2020. Т. 24. № 4. С. 1240–1249. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1240-1249.

DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1240-1249

Review

SYSTEM OF LEGAL LIABILITY: ANALYTICAL REVIEW OF MONOGRAPHS BY I.A. KUZMIN

Dmitry A. Lipinsky

Togliatti State University,
Togliatti, Russian Federation

Abstract. The purpose of the article is an analytical review of the monographs of the candidate of legal sciences, associate professor Igor Kuzmin. They are: “Problems of realization of legal liability” (2015), “System model of legal liability” (2018), “System of law and system of legal liability” (2018). In the first two the author participated as a reviewer, and in the third he acted as a scientific editor. The author's concept presented in the works characterizes legal liability as a systemic legal formation, the elements of which are complexly structured, affect various levels of state and legal reality and enter into numerous interactions with various legal phenomena and processes. The works consider the specifics of consolidation and implementation of legal liability at the level of objective and subjective law and disclose the substantive and procedural legal features of assigning responsibility. A theoretical model of legal liability is constructed, traditional and modern methodological approaches to the study of its system are demonstrated. Scientific novelty of researches is identified, critical remarks and recommendations are given, conclusions are formulated to testify the thoroughness of the study and its complex nature.

Key words: law system, legal regulation, system of law, legal liability, institute of legal liability, implementation of legal liability, system of legal liability.

Conflicts of interest. The author declared no conflicts of interest.

Article received 22 September 2020

Article accepted 15 October 2020

For citation:

Lipinsky, D.A. (2020) System of legal liability: analytical review of monographs by I.A. Kuzmin. *RUDN Journal of Law*. 24 (4), pp. 1240–1249. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1240-1249.

Введение

Проблемы понимания, реализации и системности юридической ответственности находятся в области повышенного внимания ученых-юристов России и ряда зарубежных стран. Отечественной правовой наукой, несмотря на более чем полувековую дискуссию об ответственности в праве, не выработано единого и непротиворечивого определения для этого явления, доктринальный консенсус не достигнут. Справедливости ради отметим, что подобного единства не выработано и относительно признаков, форм реализации, наличия позитивного аспекта ответственности, основаниях, целях, принципах ответственности, ее соотношении со смежными правовыми категориями и по другим проблемам¹. Н.В. Витрук, О.А. Кожевников, Г.А. Прокопович, Р.Л. Хачатуров и многие иные исследователи представили и обосновали авторские концепции, интерпретирующие закономерности происхождения, развития и функционирования юридической ответственности, но до разрешения имеющихся пробелов и коллизий в одноименной частной теории еще очень далеко. В этой связи существует реальная необходимость продолжать научные поиски и выявлять новые «границы» юридической ответственности. Важно установить место, роль и функциональные особенности юридической ответственности в правовой системе, системе права и системе правового регулирования, обосновать системную организацию ответственности в праве.

В настоящей работе проанализирована концепция кандидата юридических наук, доцента Игоря Александровича Кузьмина, основные положения которой нашли свое непосредственное выражение в монографиях: «Проблемы понимания и реализации юридической ответственности» (2015)², «Системная модель юридической ответственности» (2018), «Система права и система юридической ответственности» (2018).

Монография «Проблемы реализации юридической ответственности»

Работа И.А. Кузьмина «Проблемы реализации юридической ответственности» посвящена основным теоретическим проблемам понятия и сущности, оснований возникновения, а также реализации юридической ответственности, исходя из многообразия ее разновидностей и форм.

Монография содержит ряд положений, которые заслуживают внимания и обладают определенной научной новизной. Это относится к систематизации базовых концепций юридической ответственности, раскрывающих содержание последней с позиции мер государственного принуждения, реализации принуди-

¹ Липинский Д.А. Юридическая ответственность и безответственность как парные юридические категории // Юридическая наука и правоохранительная практика. 2019. № 2. С. 6–24.

² Кузьмин И.А. Проблемы реализации юридической ответственности: монография. Иркутск: Иркутский юридический институт (филиал) Акад. Ген. прокуратуры Рос. Федерации, 2015. 167 с.

тельных мер, юридической обязанности и правоотношения. Дано обоснование двуединой природы юридической ответственности: на уровне объективного и субъективного права, а также раскрыт компромиссный потенциал данной дихотомии. Дифференцированы основания возникновения юридической ответственности на каждом из уровней. Представлена динамика юридической ответственности как единого процесса реализации объективного и субъективного права. Сформулировано авторское определение понятия «реализация юридической ответственности», охарактеризована процедура осуществления ответственности с учетом специфики ответственности в объективном и субъективном смысле, материального и процессуального права. Сконструирована общетеоретическая модель реализации ответственности и ее правоотношения. Названа специфика добровольной и государственно-принудительной форм реализации юридической ответственности. Отмечена необходимость расширения сферы применения публично-правовой ответственности в добровольной форме, охарактеризован механизм возложения ответственности. Продемонстрированы особенности осуществления ответственности за невиновные деяния в процессуальном и международном праве. Сделанные автором предложения по совершенствованию законодательства Российской Федерации и рекомендации для оптимизации методик правоприменения непосредственно вытекают из содержания работы и сделанных выводов, адекватны современной государственно-правовой действительности.

Отдельные положения исследования нуждаются в дополнительном обосновании, корректировке. Так, обозначенное критическое видение автором теории позитивной юридической ответственности требует пояснений и аргументации относительно фактического широкого использования в законодательстве и актах применения права термина «ответственность» в перспективном аспекте. Именованная юридической ответственности в объективном и субъективном смысле «воплощениями» (проявлениями) усложняет восприятие авторской позиции, выводит ее из юридической в философскую плоскость. Изложенная в работе модель реализации юридической ответственности должна быть аргументирована исходя из анализа конкретных правотворческих и правоприменительных решений. В плане ответственности за невиновные деяния автору следовало бы привлечь большее число источников в пользу исключения из системы права этого института.

В настоящей работе автору удалось охарактеризовать общие вопросы юридической ответственности, тем самым приблизившись к намеченной цели — раскрытию системы юридической ответственности. Дальнейшее исследование поднятой проблематики предполагает конкретизацию места и роли юридической ответственности в системе права, системе законодательства и в целом в системе правового регулирования и правовой системе. Достижение указанных целей требует выявления внешних и внутренних системных связей юридической

ответственности, получающих свое отражение в нормах права, правоотношениях, актах реализации и толкования права, а также в иных правовых средствах.

Монография «Системная модель юридической ответственности»

Работа И. А. Кузьмина «Системная модель юридической ответственности»³ посвящена исследованию конструкции юридической ответственности и ее связей с правовой системой, системой права и системой правового регулирования, разработке соответствующей методологии.

Данное издание продолжает начатое ранее исследование системы юридической ответственности, поскольку в процессе его написания была разработана системная модель юридической ответственности. Выявлен изменчивый (эволюционный) характер системной модели юридической ответственности, обуславливаемый используемым методологическим подходом, способами раскрытия содержания юридической ответственности в условиях действия целого комплекса факторов. Названы и разграничены системные связи (логико-функциональные взаимодействия) юридической ответственности с иными правовыми явлениями и процессами. Установлено, что системная модель юридической ответственности является закономерным результатом конкретизации нескольких взаимосвязанных между собой категорий. Дифференцированы базовые подходы, раскрывающие содержание категории «юридическая ответственность» и позволяющие моделировать ее и устанавливать системные связи в качестве: института права — элемента системы права, правового средства — элемента механизма правового регулирования и правового явления — элемента правовой системы. Обозначены особенности и методологические ориентиры исследований правовой системы, включая функциональные задачи методологии и основные положения теории правовой системы, с акцентом на синергетический метод и метод правового моделирования. Показано единство правовой системы и системы юридической ответственности с точки зрения составляющих их подсистем: регулятивной, идеологической и организационной. Проведен анализ юридической ответственности как элемента правовой системы и статусных свойств, которыми обладает последняя (системность, комплексность, двухуровневость, межотраслевой характер, принудительность, ретроспективность, многофункциональность и т.д.). Приводится многоуровневая классификация исследований конструкции юридической ответственности по объему охвата, в зависимости от степени интенсивности и результатов, а также исходя из характера структурных изменений. Сформулированы и раскрыты критерии изучения взаимодействий юридической ответственности с иными правовыми явлениями. Систематизированы подходы по проблеме соотношения системы права

³ Кузьмин И.А. Системная модель юридической ответственности: монография. Иркутск: Иркутский юридический институт (филиал) Университета прокуратуры Российской Федерации; Тип. «Иркут», 2018. 186 с.

и юридической ответственности. Обоснованы базовые методологические положения, которые, по мнению автора, следует учитывать при определении места и роли юридической ответственности в системе права. Предложено авторское видение нормативной модели публично-правовой и частноправовой ответственности, исходя из семи критериев: 1) цель установления и применения; 2) сфера применения; 3) формы проявления; 4) юридическое закрепление; 5) фактическое основание; 6) субъектный состав; 7) форма и механизм реализации. Раскрыта функциональная природа юридической ответственности в системе правового регулирования, исходя из целей, функций, оснований возникновения и принципов ответственности. Разобраны потенциально- и собственно-функциональные аспекты ответственности, выявлены свойства регулятивной функции юридической ответственности. Дифференцированы доктринальные подходы к пониманию динамики правового регулирования относительно юридической ответственности (модернизационный, функциональный и интегративный). Названы подходы к реализации юридической ответственности в собственно-регулятивном, материально-правовом и процессуально-правовом аспектах. Исходя из содержания стадий и средств правового регулирования сделаны выводы о местоположении ответственности в механизме правового регулирования и перспективах совершенствования всей правовой системы. Выявлены и сформулированы закономерности, отражающие место и роль («бытие») юридической ответственности в механизме правового регулирования.

Критически осмыслив изложенные в работе положения, считаем необходимым рекомендовать автору в очередной раз «взвесить» свою позицию относительно обособления идеологической подсистемы, которая является внешней по отношению к ответственности и относится в большей степени к ее источникам. Предположение о существовании публично- и частноправовой ответственности также представляется неоднозначным, «механически» перекладывать структуру права на систему юридической ответственности, по-видимому, не следует. При исследовании «моделей» юридической ответственности требуется дополнительно обосновать и актуализировать, более доступно изложив свою убежденность в ее выделении как таковой. Кроме того, наличие практико-ориентированных предложений по итогам работы могло бы повысить ее прикладную составляющую и ценность для непосредственной юридической деятельности.

Несмотря на указанные замечания, следует признать, что автору удалось сформировать собственное непротиворечивое видение системной модели юридической ответственности, имеющей связи с многочисленными правовыми явлениями и процессами, что является очередным шагом к постижению системы юридической ответственности.

Закономерным продолжением исследования является детальный анализ юридической ответственности как межотраслевого института во взаимодей-

ствии с системой права с учетом макро- и микроуровня ответственности в плоскости единства, различия и противоречия рассматриваемых систем.

Монография «Система права и система юридической ответственности

Труд И.А. Кузьмина «Система права и система юридической ответственности»⁴ посвящен общетеоретическому исследованию проблем взаимодействия системы права и системы юридической ответственности, включая изучение специфики межотраслевого института юридической ответственности в системе права, а также современных тенденций развития научных знаний о юридической ответственности как элементе системы права.

Отталкиваясь от ранее сформулированных авторских суждений о понятии, сущности и связях юридической ответственности, исследование углубляет знания об этой правовой категории как институте права. В работе содержатся положения, представляющие интерес для науки и практической деятельности. Так, разграничены узкий и широкий подходы к пониманию норм юридической ответственности, определена их правовая природа и специфика в системе права. В узком, более распространенном, смысле нормы юридической ответственности — это нормативно-правовые предписания, запрещающие те или иные деяния, а также устанавливающие меры ответственности (наказания) за их совершение. В широком смысле под нормами юридической ответственности в работе понимаются нормативно-правовые предписания, закрепляющие противоправные деяния и меры ответственности (наказания) за их совершение, а также регулирующие общественные отношения, связанные с программно-целевой ориентацией, выявлением, конкретизацией, возложением и последующим претерпеванием юридической ответственности. Оценен нормативный объем юридической ответственности, роль, которую выполняют входящие в него нормы и юрико-технические вопросы «нормирования» ответственности и реализации ее законодательных положений. Разработана многоуровневая классификация юридической ответственности с использованием системы критериев, объединенных в три группы: статические основания (1 группа), динамические основания (2 группа), смешанные основания (3 группа). Предпринята попытка типологизации ответственности в праве. Проанализированы микро- и макроуровни юридической ответственности. Охарактеризован процесс обособления отраслей права, особенности которого экстраполированы на процессы возникновения и развития отраслевых форм юридической ответственности. Предложено авторское видение межотраслевого института юридической ответственности. Названы преимущества изучения юридической ответственности на макроуровне. Рассмотрены основные типы ответственности. Выявлены и систематизированы

⁴ Кузьмин И.А. Системная модель юридической ответственности: монография. Иркутск: Иркутский юридический институт (филиал) Университета прокуратуры Российской Федерации; Тип. «Иркут», 2018. 186 с.

факторы, порождающие проблемы в понимании юридической ответственности как элемента системы права. Первая группа указанных факторов связывается с уровнем развития и потребностями юридической науки, вторая — с уровнем развития и потребностями юридической практики, третья непосредственно апеллирует к личности исследователя. Выявлены и проанализированы последствия длительного сохранения пагубного влияния данных факторов. Оценена перспективность исследований юридической ответственности, выраженная в формулировании пяти групп критериев (индикаторов) потенциальной полезности научных изысканий в соответствующей области. Первая группа критериев связана с предпосылками установления ответственности, вторая — с местом и ролью ответственности в системе права, третья учитывает особенности ее реализации, четвертая высвечивает тенденции совершенствования нормативной конструкции ответственности (и механизмы ее реализации) в системе права, а пятая основана на необходимости углубления теоретико-методологического восприятия проблем юридической ответственности. Сформулированы рекомендации по перспективному развитию научных знаний о юридической ответственности в системе права.

Помимо несомненных достоинств работа обладает и недостатками, вызывает определенные вопросы. Так, не до конца понятна цель автора, предложившего значительное число классификаций ответственности, в том числе не связанных с ее нормативной конструкцией (например, классификации, основанные на реализации ответственности). При формулировании дефиниции норм юридической ответственности в будущем предлагается учесть, что нормы и предписания — несовпадающие понятия. Процессы возникновения и развития отраслевых видов юридической ответственности рассмотрены автором несколько поверхностно. Ранее отмечалось, что выделение публично-правовой и частноправовой ответственности в качестве самостоятельных типов представляется излишним. Предпринятая попытка провести черту между перспективными и неперспективными научными знаниями о юридической ответственности является весьма смелой, но полученные результаты составляют сугубо субъективное мнение автора, нуждающееся в дальнейшей проработке. Как и в предыдущей работе, автором не были сформулированы практические рекомендации для право творческих и правоприменительных органов, иных заинтересованных лиц.

В завершающем обзор научном издании получили свое развитие положения о юридической ответственности, изложенные в предыдущих работах. Продемонстрировано системное видение ответственности как комплексной правовой категории, установлены особенности ее содержания, структуры, места и роли в государственно-правовой действительности.

Обобщения и выводы

Оценивая содержание каждой из работ И.А. Кузьмина по отдельности и в совокупности, мы приходим к определенным выводам. Так, задействованный автором существенный нормативный, доктринальный и эмпирический материал, обозначенный в подстрочных сносках и списках использованной литературы (более 700 оригинальных источников), свидетельствует об основательности проведенного исследования и показывает эффективность его проработки. Автор последовательно обосновывает идею о разграничении подходов к пониманию юридической ответственности на разных уровнях правового регулирования: нормативном (ответственность в объективном смысле) и индивидуальном (ответственность в субъективном смысле, субъективная ответственность), которая фактически «внедрена» в содержание предметных размышлений об ответственности, выступает своего рода отправной точкой для них. Изучение собственно-регулятивного, материально-правового и процессуально-правового аспектов реализации ответственности позволило автору выстроить убедительную модель суждений и выводов о сущности этого правового процесса, учитывающую особенности ответственности в праве и объясняющую ее «состояние» на каждой из стадий. Предпринятая попытка осмыслить методологическую составляющую исследований юридической ответственности, задействовав системные методы (синергетики, правового моделирования) в целом удалась, сконструированная общетеоретическая модель юридической ответственности пригодна для ее дальнейшего использования. Взаимодействие юридической ответственности с иными правовыми явлениями и процессами охарактеризовано на различных уровнях и учитывает многозначность термина «ответственность» как правового средства, института права и в иных смыслах. В содержании всех трех работ прослеживается общность авторской мысли, начиная от базовых вопросов понимания и реализации юридической ответственности, ее оснований, целей, функций и принципов к проблемам позиционирования ответственности как системного правового явления государственно-правовой действительности и специфике ее исследования. Предложенный автором подход к пониманию и внутреннему наполнению (структурированию) системы юридической ответственности является весьма дискуссионным, однако обстоятельно проработанным и имеющим перспективы для дальнейшего совершенствования и качественного улучшения. В известном смысле концепция системы юридической ответственности И.А. Кузьмина представляет собой новейшее комплексное исследование — перспективное для дальнейших научных изысканий в процессе подготовки диссертационных и иных монографических работ.

Об авторе:

Липинский Дмитрий Анатольевич — доктор юридических наук, профессор, профессор департамента магистратуры (бизнес-программ), Тольяттинский государственный университет; 445020, Российская Федерация, г. Тольятти, ул. Белорусская, д. 14

ORCID: 0000-0003-1870-069X; ResearcherID: P-3192-2017

e-mail: dmitri8@yandex.ru

About the author:

Dmitry A. Lipinsky — Doctor of Legal Sciences, Full Professor, Professor of the Department of Master's Degree (Business Programs), Togliatti State University; 14 Belorusskaya str., Togliatti, 445020, Russian Federation

ORCID: 0000-0003-1870-069X; ResearcherID: P-3192-2017

e-mail: dmitri8@yandex.ru



DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1250-1254

Обзор

**ЮРИДИЧЕСКИЕ ИННОВАЦИИ (ДОКТРИНА, ПРАКТИКА, ТЕХНИКА):
XXII МЕЖДУНАРОДНЫЙ НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКИЙ ФОРУМ
«ЮРТЕХНЕТИКА». ПРЕЗЕНТАЦИЯ ЖУРНАЛА
«ВЕСТНИК РОССИЙСКОГО УНИВЕРСИТЕТА ДРУЖБЫ НАРОДОВ.
СЕРИЯ: ЮРИДИЧЕСКИЕ НАУКИ»**

П.Н. Андреева

Российский университет дружбы народов,
г. Москва, Российская Федерация

23–26 сентября 2020 года в Нижнем Новгороде состоялся XXII Международный научно-практический форум «Юртехнетика» в формате круглого стола и в жанре дискуссионного клуба на тему «Юридические инновации (доктрина, практика, техника)», в котором приняли участие ведущие ученые юристы, преподаватели и аспиранты из разных регионов Российской Федерации. В обзоре кратко изложено содержание ключевых докладов, особенности работы секций и «круглых столов». Отдельное внимание уделено дискуссии по новой номенклатуре научных специальностей, в частности, по юриспруденции. Прошла презентация журнала «Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки».

Ключевые слова: социальные инновации, инновации в праве, инновации в юридической науке, юридическая техника, инновационное законодательство

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 30 сентября 2020 г.

Дата принятия к печати: 15 октября 2020 г.

Для цитирования:

Андреева П.Н. Юридические инновации (доктрина, практика, техника). XXII Международный научно-практический форум «Юртехнетика». Презентация журнала «Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки» // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2020. Т. 24. № 4. С. 1250–1254. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1250-1254.

© Андреева П.Н., 2020.



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

**LEGAL INNOVATION (DOCTRINE, PRACTICE, TECHNIQUE).
XXII INTERNATIONAL SCIENTIFIC AND PRACTICAL FORUM
“YURTEKHNETICS”. PRESENTATION OF THE JOURNAL
“RUDN JOURNAL OF LAW”**

Polina N. Andreeva

Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University)
Moscow, Russian Federation

Abstract. On September 23–26, 2020, the XXII International Scientific and Practical Forum “Yurtekhnetics” on the topic “Legal innovations (doctrine, practice, technology)” was held in Nizhny Novgorod in the format of a round table: a discussion club of leading lawyers, teachers and postgraduate students from different regions of the Russian Federation. In this review the content of the main reports and the specifics of the sections and the round tables are summarised. Special attention is paid to the discussion of the new Nomenclature of scientific specialties, including jurisprudence. The journal “RUDN Journal of Law” was presented to the participants.

Key words: social innovations, innovations in law, innovations in legal science, legal technology, innovative legislation

Conflicts of interest. The author declared no conflicts of interest.

Article received 30 September 2020

Article accepted 15 October 2020

For citation:

Andreeva, P.N. (2020) Legal innovation (doctrine, practice, technique). XXII International Scientific and Practical Forum “Yurtekhnetics”. Presentation of the journal “RUDN Journal of Law”. *RUDN Journal of Law*. 24 (4), 1250–1254. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1250-1254.

В сентябре 2020 года в Нижнем Новгороде состоялась научно-практическая конференция, посвященная проблеме юридических инноваций, основным учредителем которой выступили Нижегородская академия МВД России и юридический факультет Национального исследовательского Нижегородского государственного университета имени Н.И. Лобачевского. Активное участие в работе форума принял Юридический институт РУДН. С приветственным словом к участникам конференции обратились Председатель комитета Совета Федерации Федерального Собрания РФ по конституционному законодательству и государственному строительству, д.ю.н., профессор, заведующий кафедрой теории права и государства Юридического института РУДН А.А. Клишас, а также Председатель Законодательного собрания Нижегородской области Е.В. Лебедев и другие руководители региона.

Пленарное заседание открыл В.М. Баранов, д.ю.н., профессор, заслуженный деятель науки. Руководитель форума поприветствовал участников и выступил с докладом «Иновационные юридические проекты в фокусе неудач (innovation failures): доктрина, практика, техника». Выступающий отметил, что юридические инновации — новая и очень важная категория. При этом оратор подверг критике практику принятия тысячи федеральных и региональных законов. Их должно быть не много, отметил выступающий, но они должны быть творческими и новаторскими, что позволит упростить законодательство и освободить его от лишних и многих законов, по существу мало что решающих. Докладчик обратил внимание на то, что научная юридическая общественность должна давать строгую оценку инновационным неудачам, например, потерпевшей крах идее создания Свода законов РФ, многих других, недавно принятых и невыполненных, федеральных Стратегий развития в той или иной сфере.

В.И. Крусс, д.ю.н., профессор, заведующий кафедрой теории права Тверского государственного университета, к проблеме инноваций в праве предложил относиться очень осторожно. Правовая система России, по его мнению, весьма консервативна, и здесь «новые правовые образы» если и возможны, то в небольшом количестве. Правовая наука призвана беречь и преумножать правовые традиции, которые всегда ценились в отечественной юридической мысли.

Р.А. Ромашов, д.ю.н., профессор кафедры теории права и правоохранительной деятельности Санкт-Петербургского гуманитарного университета, посвятил свой доклад поправкам к Конституции России как форме конституционно-правовой инновации. Автор доклада с помощью слайдов продемонстрировал конституционный успех и неудачи России за последние сто лет. Далеко не все нынешние поправки можно, как считает докладчик, назвать новаторскими и тем более инновационными. Современное Российское государство после принятия и одобрения гражданами поправок к Конституции по праву можно считать сильной президентской республикой. Дискуссия о смешанной республиканской форме правления в России больше не должна существовать. «Обнуление» президентских сроков правления, отметил выступающий, есть правоприменительный акт, требующий правовой формы.

Н.А. Власенко, д.ю.н., профессор кафедры теории права и государства РУДН, выступил с докладом на тему: «Антиинновационные новеллы в современной юридической науке». Докладчик развил и проиллюстрировал закономерности, не улучшающие качество современной юридической науки. Это несостоятельные и неаргументированные знания (ложные знания), по мнению выступающего, авторы провозглашают идею, конструкцию, одновременно предлагая очень слабую аргументацию, по существу не выдерживающую никакой критики. Логика в таких случаях предлагает использовать такой прием опровержения, как «выявление несостоятельности демонстраций». Другой не менее опасной тенденцией выступающий предложил считать «удвоение» терминологии, активно распространяющегося особенно в отраслевых науках. Н.А. Власенко

обратил внимание и на так называемые «философские вольности», которыми пестрят некоторые диссертационные исследования, монографии и др. Например, в исследованиях часто встречается термин «категория», предполагающая обобщение, «возведение в ранг» самых существенных признаков явлений и объектов. На деле же речь идет о простых, небольших по объему понятиях. Все большее распространение находит такая новация, как видение явлений посредством парных категорий, например, один из авторов кандидатской диссертации обосновывает идею парности «Конкретизации права и определенности права». Выступающий подверг сомнению возможность парных категорий в юридической науке. Докладчик критиковал и такое неискоренимое явление в правоведении, как заимствования.

На пленарном заседании, «круглых столах», «дискуссионных площадках» выступили ученые, аспиранты и преподаватели, представляющие юридические научные центры, юридические институты и факультеты вузов России и других стран. Преподаватели и аспиранты Юридического института РУДН представили следующие доклады:

— П.Н. Андреева, ассистент кафедры теории права и государства, «Понятие и способы защиты права на солнечный свет в зарубежных странах». Основная идея доклада сводится к анализу особенностей защитных механизмов права на солнечный свет в зарубежных странах, инновационных подходах в деле юридической защиты инсолирования;

— А.М. Монгуш, ассистент кафедры теории права и государства Юридического института РУДН, «Правовые традиции и обычаи в современной культуре тувинского народа»;

— Ш.Ш. Сатторов, ассистент кафедры теории права и государства Юридического института РУДН, «Роль современных методологий в развитии теории правовых принципов».

Состоялся «круглый стол», посвященный проекту новой номенклатуры научных специальностей по юриспруденции. Здесь было заслушано два основных доклада. И.М. Мацкевич, д.ю.н., профессор, главный ученый секретарь ВАК при Министерстве науки и высшего образования РФ, доложил об особенностях новой Номенклатуры научных специальностей, инновациях в сфере научных классификаторов. Н.А. Власенко, д.ю.н., профессор, эксперт ВАК РФ по праву, изложил новые подходы в моделировании номенклатуры научных специальностей по юриспруденции. Докладчик рассказал о дискуссии по этому вопросу. Победило мнение: в модифицированной номенклатуре юридических наук должен быть положен принцип объединения, прежде всего, фундаментальных исследований в сфере права. Аргументом выступило мнение о том, что такой подход позволит более глубокому пониманию процессов, происходящих в обществе, экономике, политике, социальной сфере и др.

В завершении конференции состоялась презентация журнала «Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки». Из-

дание представил зам. гл. редактора Н.А. Власенко, д.ю.н., профессор. Участникам презентации на бесплатной основе были переданы номера журналов. Докладчик рассказал о современной политике журнала, требованиях к научным статьям, повышении рейтинга журнала за 2019 год, а также о задачах журнала, так называемой «дорожной карте», поддержанной ректором, где определен план по включению издания в международные базы данных.

Об авторе:

Андреева Полина Николаевна — ассистент, кафедра теории права и государства, Юридический институт, Российский университет дружбы народов; 117198, Российская Федерация, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6

ORCID: 0000-0001-9017-0481

e-mail: andreeva-pn@rudn.ru

About the author:

Polina N. Andreeva — PhD-student, assistant, the Department of Theory of Law and State Law Institute, Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University); 6 Miklukho-Maklaya str., Moscow, 117198, Russian Federation

ORCID: 0000-0001-9017-0481

e-mail: andreeva-pn@rudn.ru