

РОССИЙСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ ДРУЖБЫ НАРОДОВ



Вестник Российского университета дружбы народов.

Серия: ЮРИДИЧЕСКИЕ НАУКИ

2021 Том 25 № 2

doi: 10.22363/2313-2337-2021-25-2

<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 No ФС 77-61212 от 30.03.2015 г.

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

Главный редактор

Ястребов Олег Александрович,
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

Власенко Николай Александрович,
доктор юридических наук, профессор,
РУДН, г. Москва,
Российская Федерация.
Научная политика,
качество публикуемых материалов,
формирование выпусков.

E-mail: vlasenko-na@rudn.ru

Ответственный секретарь

Андреева Полина Николаевна,
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

Еремян 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

Панагиотопулос 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. Падуа, Италия

Робинсон Николас, 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*, *РИИЦ*, *перечень ВАК*, *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 — опубликовать 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, соответствующем 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: Н.А. Ясько

Адрес редакции:

115419, 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 15.04.2021. Выход в свет 15.06.2021.

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

Усл. печ. л. 34,3. Тираж 500 экз. Заказ № 197. 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

2021 VOLUME 25 No. 2

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2

<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,
Russian Federation.
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,
Russian Federation.
Scientific policy, quality of published
materials, formation of issues.

E-mail: vlasenko-na@rudn.ru

EXECUTIVE SECRETARY

Polina N. Andreeva,

RUDN University, Moscow,
Russian Federation.
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. Dzhanarayeva, 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

Dimítrios 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 Pietrobon, 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 Index of Science Citation, 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: *N.A. Yasko*

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

МЕТОДОЛОГИЯ ПРАВОВЫХ ИССЛЕДОВАНИЙ

Муромцев Г.И. Правогенез: проблемы методологии	359
Степаненко Р.Ф. Правовое содержание социально-экономической категории «качество жизни»: аналитический дискурс	376
Цуканова Е.Ю. Понятие и виды фактических общностей в современной теории права	395
Panarina M.M., Fonotova O.V. University codes of ethics: legal nature and regulatory effect (Панарина М.М., Фонотова О.В. Университетские кодексы этики: правовая сущность и регулирующее воздействие)	414

ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО. ПРОКУРОРСКИЙ НАДЗОР

Никитин С.В., Пацация М.Ш. Вторая кассация в арбитражном процессе: генезис, итоги процессуальной деятельности и перспективы единообразия судебной практики	434
Добряков Д.А., Каса И., Сухоставская Ю.В. Применение цифровых технологий в судопроизводстве и внесудебном урегулировании споров	461
Звягинцев С.Е. Срочные судебные решения во французском административном судопроизводстве	482
Jafarov G.V. Dispositivity principle in the criminal procedure of Azerbaijan Republic: concept and application in individual rights (Джафаров Г.В. Принцип диспозитивности в уголовном процессе Азербайджанской Республики: понятие и проявление в отдельных правах)	504
Бабич Н.В. Пересмотр отдельных требований, предъявляемых к должности следователя следственного комитета	521

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

Бузова Н.В. Смежные права: концептуальные подходы, определение и основные характеристики	541
Ермакова Е.П. Национальный стандарт зеленых финансов в России 2020 г. — прорыв в сфере нормативного регулирования «зеленого» финансирования?	562
Albalawi K.M. A Critical evaluation of English and Saudi insurance law: a case for reform (Альбалави К.М. Критическая оценка английского и саудовского законодательства о страховании: аргументы в пользу реформы)	582

ПРАВО И ЦИФРОВЫЕ ТЕХНОЛОГИИ

Власенко В.Н., Ширококов А.С. Цифровизация государственного экологического управления: правовые аспекты	601
Pashin S.A., Bushtets N.V. Compiling a jury in Russia in the context of digitalization (Пашин С.А., Буштец Н.В. Формирование коллегии присяжных заседателей в условиях цифровизации)	620

Гайворонская Я.В., Мирошниченко О.И., Шакиров С.Ш. Тенденции и уроки антикризисного правового регулирования в период пандемии COVID-19	634
---	-----

УГОЛОВНОЕ ПРАВО И КРИМИНОЛОГИЯ

Кузнецова О.А. Уголовно-правовые средства противодействия транснациональной коррупционной преступности	663
Бегеза В.В., Свистунов С.В. Организация работы по противодействию незаконному выводу денежных средств, отмыванию доходов через микрофинансовые организации	685

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО. ЗАРУБЕЖНОЕ ПРАВО

Abashidze A.Kh. Solntsev A.M., Mirzaee S., Davarzani M. International legal, technical and financial challenges for implementing the concept of space traffic management (Абашидзе А.Х., Солнцев А.М., Мирзаи С., Даварзани М. Международные правовые проблемы реализации концепции управления космическим движением)	700
Salemot Marew Abebe. Constitutional silence on election postponement in Ethiopia amidst a pandemic: a critique of constitutional interpretation (Салмот Марев Абебе. Конституционное умолчание отсрочки выборов в Эфиопии в условиях пандемии: критика конституционного толкования)	714

РЕЦЕНЗИИ. НАУЧНЫЕ ФОРУМЫ

Власенко Н.А. Ведущему российскому теоретику права — 80 лет. К Юбилею В.М. Сырых	732
Андреева П.Н. Совместное заседание ученого совета юридического института РУДН и редакционной коллегии научного журнала «Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки»	738

CONTENTS

LEGAL RESEARCH METHODOLOGY

Gennadij I. Muromtsev. Law genesis: problems of methodology.....	359
Raviya F. Stepanenko. The socio-economic category “quality of life” in the analytical and legal discourse: the issues of the interdisciplinary research.....	376
Elena Yu. Tsukanova. The concept and types of factual communities in the modern theory of law	395
Maria M. Panarina, Olga V. Fonotova. University codes of ethics: legal nature and regulatory effect.	414

PROCEDURAL LAW. PROSECUTOR SUPERVISION

Sergey V. Nikitin, Malkhaz Sh. Patsatsiya. The second cassation in the arbitration proceedings: the genesis, results of the procedural activity and prospects for uniformity of judicial and arbitration practice	434
Denis A. Dobryakov, Ilda Kasa, Yuliia V. Sukhostavskaya. Application of digital technologies in litigation and dispute resolution.....	461
Stepan E. Zvyagintsev. Urgent applications in French administrative justice	482
Gahraman V. Jafarov. Dispositivity principle in the criminal procedure of Azerbaijan Republic: concept and application in individual rights	504
Nikita V. Babich. The revision of separate requirements for the position of investigator.....	521

CIVIL LAW

Natalia V. Buzova. Related rights: conceptual approaches, definition and key features.....	541
Elena P. Ermakova. National Green Finance Standard in Russia 2020 — a Breakthrough in Green Finance Regulations?	562
Khalaf M. Albalawi. Critical evaluation of English and Saudi insurance law: a case for reform.....	582

LAW AND DIGITAL TECHNOLOGY

Valery N. Vlasenko, Alexey S. Shirobokov. Digitalization of state environmental management: legal aspects	601
Sergey A. Pashin, Nikita V. Bushtets. Compiling a jury in Russia in the context of digitalization.....	620
Yana V. Gaivoronskaya, Olga I. Miroshnichenko, Sergey Sh. Shakirov. Trends and lessons of anti-crisis legal regulation in the period of the COVID-19 pandemic	634

CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY

- Olga A. Kuznetsova.** Criminal law tools of combatting transnational corruptive criminality 663
- Vitaliy V. Begeza, Stanislav V. Svistunov.** Organization of work to counteract illegal withdrawal of funds and money laundering through microfinance organizations..... 685

INTERNATIONAL LAW. FOREIGN LAW

- Aslan Kh. Abashidze, Alexander M. Solntsev, Siavash Mirzaee, Mahdi Davarzani.** International legal, technical and financial challenges for implementing the concept of space traffic management 700
- Salemot Marew Abebe.** Constitutional silence on election postponement in Ethiopia amidst a pandemic: a critique of constitutional interpretation 714

REVIEWS. SCIENTIFIC FORUMS

- Nikolay A. Vlasenko.** Leading Russian legal theorist is 80 years old. For the anniversary of V.M. Strykh 732
- Polina N. Andreeva.** Joint meeting of the academic council of the law institute of RUDN University and the editing college of the scientific journal of RUDN Journal of law 738

МЕТОДОЛОГИЯ ПРАВОВЫХ ИССЛЕДОВАНИЙ

LEGAL RESEARCH METHODOLOGY

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-359-375

Научная статья

Правогенез: проблемы методологии

Г.И. Муромцев

Российский университет дружбы народов,
г. Москва, Российская Федерация,
muromtsev-gni@rudn.ru

Аннотация. Актуальность исследования определяется недостаточной разработкой общетеоретической концепции правогенеза. Концепция, превалирующая в российской правовой литературе и исходящая из неразрывной связи права и государства в процессе правогенеза, здесь «пробуксовывает» в ряде аспектов. Автор использует в качестве теоретической основы данного исследования концепцию, рассматривающую правогенез в контексте всемирной эволюции. При таком подходе социальным факторам возникновения права предшествуют природные факторы такого же характера, а исходным в исследовании становится тезис о возникновении права одновременно с человеческим обществом. В результате предмет исследования становится междисциплинарным и включает также проблематику неправовых научных дисциплин, при этом не только гуманитарных (антропологии, этнологии и т. д.), но и естественных (биологии, психологии, генетики поведения и т. д.). Важнейшее значение приобретает вывод, что закономерности развития поведения и механизмов его регуляции формируются уже на природной стадии всемирной эволюции. Возникнув в форме рефлексов, они воспринимаются потом слитными нормами обычая-мононормы. Последние становятся своеобразным связующим звеном при переходе от природного механизма регуляции поведения к социальному и от доклассового к раннеклассовому. Правогенез рассматривается в статье как противоречивый, многоаспектный и многостадийный процесс, имеющий природно-социальное содержание. Социокультурные различия стран Запада и Востока обусловили неодинаковость процесса правогенеза в тех и других. В первых из них с победой капитализма право преодолевает феномен слитности и выступает в «чистом» виде, тогда как во вторых и сегодня в ряде регионов существуют традиционные отношения и понимание права, адекватное предклассовой и раннеклассовой эпохе.

Ключевые слова: всемирная эволюция, рефлексы, инстинкты, основной психологический закон развития поведения, мононорма, правогенез

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 21 января 2021 г.

Дата принятия к печати: 15 апреля 2021 г.

© Муромцев Г.И., 2021



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

Для цитирования:

Муромцев Г.И. Правогенез: проблемы методологии // RUDN Journal of Law. 2021. Т. 25. № 2. С. 359—375. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-359-375

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-359-375

Research Article

Law genesis: problems of methodology

Gennadij I. Muromtsev

Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University),
Moscow, Russian Federation,
muromtsev-gni@rudn.ru

Abstract. The subject is related to the insufficient investigation of a general theoretical conception of the law genesis. The conception prevailing in Russian legal literature and proceeding from the inseparable connection between state and law genesis is “weak” in some aspects. As a theoretical basis of this investigation the author uses the concept that regards a law genesis in the context of a world evolution. With this approach, the social factors of the emergence of law are preceded by natural factors of the same dimension, and the thesis about the emergence of law simultaneously with human society becomes the starting point in the study. As a result, the subject of the research acquires an interdisciplinary approach and includes the issues of nonlegal scientific disciplines, not only humanitarian (anthropology, ethnology, etc.), but also natural sciences (psychology, genetics of a behavior, etc.). The conclusion that the patterns of behavior development and the mechanisms of its regulation are formed at the natural stage of world evolution is of paramount importance. They arise in the form of reflexes and are then perceived by the merged norms of the custom-mononorm. The latter become a kind of connecting link in the transition from the natural mechanism of regulation of behavior to the social and from the preclass to the early class society regulation mechanism. Law genesis is considered in the article as a contradictory, multiaspect and multistage process with a natural and social content. Sociocultural differences between the countries of the West and the East led to the dissimilarity of the process of law genesis in both. In the first of them, with the victory of capitalism, law overcomes the phenomenon of fusion and appears in a “pure” form, while in the second, even today there are traditional relations and understanding of law, adequate to the preclass and early class era.

Key words: overworld evolution, reflexes, instincts, main psychological law of the development of the behavior, mononorm, law-genesis

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

Article received 21st January 2021

Article accepted 15th April 2021

For citation:

Muromtsev, G.I. (2021) Law genesis: problems of methodology. *RUDN Journal of Law*. 25 (2), 359—375. (in Russian). DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-359-375

Введение

Заявленную тему отличает сочетание ее необычайной актуальности с явно недостаточной изученностью. В основе столь парадоксальной ситуации лежит

комплекс теоретических и методологических проблем, определяющими среди которых являются проблемы методологии. Всякая методология исходит из некой рабочей гипотезы, которая, будучи подтвержденной в ходе исследования, становится теорией. В свою очередь, теория в немалой мере обусловлена характером методологии, использовавшейся при ее разработке.

Методологические подходы разделяются в статье на те, что препятствуют познанию правогенеза, и на те, использование которых позволит ответить на комплекс вопросов, остающихся пока без ответа. Такому видению проблемы соответствует и структура статьи.

К постановке вопроса, или правогенез как предмет исследования

Название данной статьи порождает вопрос о степени корректности заявленной темы. В самом деле, проблема правогенеза ставится здесь вне связи с проблемой происхождения государства. Между тем еще советская правовая наука исходила из положения Энгельса (Engels, 1989), признаваемого многими и сегодня, что право возникает одновременно с государством и в силу одних и тех же причин. К таковым обычно относят разложение родового строя, появление частной собственности, имущественного неравенства и классов с противоположными интересами. Хотя государство и право возникают как парные категории, однако государство обладает в этой связке известным приоритетом. Оно непосредственно создает право, санкционируя обычаи и издавая новые нормы, а также охраняет их от нарушений посредством своего аппарата. Но если право есть продукт деятельности государства, то проблема его происхождения утрачивает собственный предмет исследования, становясь аспектом проблемы государствогенеза¹. Влияние такого подхода проявляется в содержании немалого числа современных российских учебников по теории права и государства (Komarov, 1998; Kartashov, 2012; Morozova, 2017).

В статье речь идет о принципиально ином подходе к проблеме правогенеза, допускающем возможность возникновения права вне связи с государством, до его возникновения и в рамках собственных закономерностей. Перед нами недостаточно изученная и чрезвычайно сложная теоретико-методологическая проблема, обладающая существенной спецификой. Ее рассмотрению следует предпослать хотя бы краткий обзор «узких мест» методологии, доминирующей в нашей научной и особенно учебной литературе.

Думается, в основе ее неадекватности современным знаниям о праве вообще и правогенезе в частности лежит догматизм, сложившийся еще в советское время вследствие рассмотрения марксизма как «единственно верного» учения об обществе. В результате оно превратилось в не подлежащее изменению своеобразное «священное писание», отражающее абсолютную истину. А следствием догматизма и односторонности в науке неминуемо становится застой.

¹ Так, собственно, она и рассматривалась в советских учебниках по теории государства и права. В них сначала подробно, в духе работы Энгельса, излагался вопрос о происхождении государства, а затем более кратко, «своими словами» — вопрос о происхождении права. При этом повсеместно подчеркивалось, что право возникает в силу тех же причин, что и государство (Aleksandrov, 1968:85—94).

Ситуация с проблемой правогенеза наглядно это подтверждает. Тенденция к его преодолению в нашем правоведении вообще и в вопросе правогенеза в частности представлена пока узкой группой авторов (Drobischevskiy, 1994:40; Malcev, 1999:27—136; Sapelnikov & Chestnov, 2006:43—71). Старый подход к проблеме правогенеза по-прежнему доминирует в научных и особенно в учебных изданиях по теории права и государства.

Догматизм дополняется здесь проблемой европоцентризма. В области правогенеза она проявляется в том, что среди множества учебников по теории права и государства, пожалуй, не найдется ни одного, где бы проблема правогенеза рассматривалась на примере системы какого-либо восточного права — индуистского, исламского, зороастрийского и т. д. Обычно основу ее рассмотрения составляет концепция Энгельса. Такая односторонность объясняется тем, что в течение веков в основе европейской, в том числе российской правовой науки, лежала культура римского права. Сложившиеся на этой основе представления о праве и государстве были несколько поколеблены с крушением колониальной системы в 60-е гг. прошлого века и началом интенсивного изучения в нашей стране правовых систем стран Востока и Африки. При их исследовании был обнаружен феномен так называемого «живого права», которое при своем возникновении и действии не нуждалось в помощи государства (Mulla, 1959; Gonidec, 1968).

Однако он не привлек внимания специалистов-правоведов в силу незыблемости представлений о неразрывной связи права и государства. К тому же исследованием права развивающихся стран занималась достаточно узкая группа лиц, представлявшая соответствующий сектор Института государства и права АН СССР, факультет экономики и права (с 1996 г. — юридический факультет) Университета дружбы народов им. П. Лумумбы (нынешнего РУДН) и в известной мере Института Африки АН СССР. Поэтому такие исследования не привели в отечественной правовой науке к существенному изменению представлений о праве вообще и о правогенезе в частности. А в рамках старых подходов нельзя объяснить специфику правогенеза на Востоке, где право сплошь и рядом возникает помимо государства в слитной форме с религией и моралью, не знает правотворчества и т. д. В соответствующих исследованиях эти факты констатируются, но не получают объяснения.

В этом проявляется, в частности, еще один дефект «марксистско-ленинской» методологии исследования права — абсолютизация экономического базиса общества как фактора развития права и недооценка в этом качестве правового сознания. Примером этого может быть «марксистско-ленинская» типология государства и права, отразившая, помимо прочего, подходы советской науки к проблеме их происхождения и эволюции². С методологической точки зрения типология призвана была решить двуединую задачу, одновременно историческую и теоретико-правовую. Это, во-первых, раскрыть (впервые в нашей теоретико-правовой литературе) общемировые закономерности развития государства и права как исторической основы их типологии и, во-вторых, дать теоретико-правовой науке правовое понятие, которое, будучи вторым по своему

² Вопрос о типологии государства мы опустим как не относящийся к теме статьи.

логическому объему после общего понятия права, стало бы своеобразным «мостом» между этим понятием и правом определенной исторической эпохи, или общественно-экономической формации. Характер формации и определял исторический тип права (Auzenberg, Aleksandrov & Alekseev, et al., 1973).

Методологически обе задачи были решены весьма непоследовательно. Так, исторический процесс в рамках типологии разделялся на пять общественно-экономических формаций (первобытную, рабовладельческую, феодальную, капиталистическую и социалистическую). Поскольку право и государство, с точки зрения марксизма, возникают с появлением классов, то, следовательно, процесс их становления начинался с разложением родового строя, или первобытной формации, и завершался в условиях формации рабовладельческой. В этом пункте принципы типологии вступали в противоречие с историческими фактами. Общеизвестно, например, что у большинства народов Западной и Центральной Европы первой классовой формацией была феодальная, а не рабовладельческая. Кроме того, по справедливому мнению отечественного востоковеда, профессора Л.С. Васильева, рабовладельческая формация существовала в завершенном виде лишь в античных Греции и Риме. Что касается других древних народов, то рабовладельческий уклад повсеместно не был у них системообразующим (Vasil'ev, 1983:154).

Как видим, универсализация в мировом масштабе — в рамках данной типологии — процесса становления права и государства вела к искажению как европейской, так и мировой истории. По сути типология исходила из закономерностей не реальной мировой истории, а превратно истолкованной истории Европы. К тому же рассмотрение права и государства как изначально парных категорий исключало догосударственную стадию истории из сферы исследования правогенеза. Время показало глубокую ошибочность такого подхода.

Кроме того, указанная типология давала весьма своеобразную трактовку исторической эволюции права. Один его исторический тип отличался от другого лишь характером закрепленных в праве форм собственности на орудия и средства производства и материально обусловленной воли господствующего класса. При этом полностью игнорировались собственно юридические аспекты характеристики права — такие, как характер правопонимания, форма права, его структура, механизм действия и т. д. Думается, именно они и должны составить основу его исторической типологии. Однако в рамках типологии право уже со времени своего возникновения имело лишь одно измерение, выступая как совокупность общеобязательных норм, исходящих от государства и им же обеспечиваемых. При таком его понимании «марксистско-ленинская» методология превращалась в своеобразный тормоз при исследовании многочисленных теорий происхождения права и государства, число которых не сравнимо ни с одной другой областью юридической науки. Возраст некоторых из них насчитывает тысячелетия. Содержание теорий отражает не только борьбу различных взглядов на данную проблему, но также историческую эволюцию миропонимания, или «картины мира», воспринимаемой человеком. Ее стержневым элементом является понимание права. Однако в «марксистско-ленинской» методологии исследования права понятие правопонимания становилось излишним. А между тем оно в данном

случае является определяющим. О его важности писал в свое время выдающийся немецкий философ Гегель, по мнению которого «идея права... означает единство понятия права и наличного бытия права, полученного в ходе осуществления, объективации понятия права» (Hegel, 1990).

Таким образом идея права, или правопонимание — это ключевое понятие в исследовании права той или иной эпохи или культуры. С него такие исследования и должны начинаться. С этой точки зрения указанные теории представляют ценный материал, отражающий эволюцию взглядов на проблему правогенеза. Однако в отечественной правовой литературе они исследовались по другому критерию — лишь с точки зрения их соответствия современной науке, то есть «марксистско-ленинскому» учению о государстве и праве. Соответственно, все теории изначально делились на «правильные» и «неправильные», где «правильной» была лишь «марксистско-ленинская» теория, а все остальные объявлялись ненаучными либо околонучными. При этом не учитывалось, что на формирование в ходе истории научного подхода к проблеме становления права и государства ушли тысячелетия, и что «марксистско-ленинская» ее интерпретация есть лишь одна из стадий этого процесса. Он сравним с воронкой, которая со временем все более сужается. С изменением эпох менялось восприятие мира, а вместе с ним — методология исследования проблемы правогенеза и ее предмет. Поначалу, в условиях слитного мировосприятия, он включал все мироздание, затем общество и, наконец, собственно, право и государство. Соответственно сначала проблема рассматривалась сквозь призму религии, затем с позиций естественнонаучного эволюционизма и, наконец, с точки зрения историзма (Pershits, 1989:6—49).

В характере этой эволюции проявились вся сложность и противоречивость становления идей о право- и государствогенезе. При этом описанная картина отражает их эволюцию в условиях лишь европейской культуры. В странах Востока она предстает в ином свете.

В контексте данной темы важно подчеркнуть, что отдельные теории отражали реальные процессы правогенеза. Так, естественнонаучный эволюционизм, возникший в европейской науке как направление в биологии и воспринятый в социальных науках в XVIII в., исходил из того, что человеческое общество есть часть природы. Однако потребовалось более двух столетий, прежде чем исследователи правогенеза вошли в область праистории. Между тем именно такой взгляд на проблему отражала теория естественного права. В современной правовой литературе она традиционно рассматривается в контексте проблемы прав человека как неразрывно связанная с их природой. Однако эта концепция существовала уже у древних греков и римлян, отражая специфику их воззрений на право. Вплоть до средневековья естественное право рассматривалось как слитный регулятор поведения, действие которого распространялось помимо человеческого общества также на мир природы. Так, в Дигестах Юстиниана (VI в.) под естественным правом понимается «то, которому природа научила все живое, ибо это право присуще не только человеческому роду, но и всем животным, которые рождаются на земле и в море, и птицам...» (Peretersky, 1984).

Через несколько столетий по сути ту же мысль выскажет Гегель, по мнению которого «только у животных закон выступает в форме рефлекса» (Hegel, 1990). То, что механизм регуляции поведения живых организмов начинает формироваться уже в условиях природы, подтверждается данными и современных исследований (Vilyunas, 1986:158). Важно подчеркнуть, что сама структура естественного права, объединявшего природное с социальным, имела слитный характер.

Природа слитного мировосприятия, пожалуй, наиболее отчетливо проявляется в теологической, или божественной, теории происхождения права и государства. Между тем при ее истолковании в научной и учебной литературе обычно допускаются ошибки, в основе которых — все тот же европоцентризм. Так, в учебном пособии профессора Т.В. Кашаниной о происхождении государства и права читаем, что согласно теологической теории «государство — это результат «божественного промысла»;... государь наделяется Церковью правом повелевать людьми и призван реализовывать волю Божию на земле; люди должны беспрекословно подчиняться воле государя». Автор заключает, что «именно так эта идея звучит в учениях различных религиозных деятелей (католических, православных, мусульманских и др.)» (Kashanina, 1999:56).

В данном высказывании, весьма типичном для отечественной научной и учебной литературы, религиозное мышление христианских мыслителей — католических и православных — рассматривается как однопорядковое с мышлением мыслителей исламских. Между тем то и другое отнюдь не одинаково и отражает глубокие различия в характере соотношения религии, права и государства стран Европы, с одной стороны, и стран Востока, с другой. Так, христианская религия возникла в I в. н. э. на территории мощного государства — Римской империи, имевшего развитую правовую систему. При этом прошло более столетия прежде, чем она стала государственной религией.

В то же время у арабов западной Аравии становление исламской религии, права и государства шло в рамках единого процесса. Это изначально предопределило религиозную форму право- и государствогенеза. В условиях развитого римского права каноническое право христианской церкви могло иметь лишь относительно узкую сферу действия. В то же время мусульманское право возникло как общеарабская правовая система и охватывало весь комплекс отношений, нуждавшихся в то время в правовой форме.

И хотя религиозное сознание господствовало и там, и там, однако в странах Запада и Востока взаимодействие права, государства и религии происходило отнюдь не одинаково. Так, средневековая католическая церковь вела борьбу с европейскими королями за приоритет в области политической власти. Выдвигая идею божественного происхождения права и государства (теория «двух мечей»), христианские религиозные мыслители (Блаженный Августин, Фома Аквинский и др.) тем самым отражали в своих произведениях интересы церкви в этой борьбе.

В странах исламского Востока ситуация в этой области во многом иная. Здесь право и государство изначально возникают в религиозной форме как структурные элементы исламского мироустройства. В условиях слитности права и

религии служители культа являются здесь одновременно и знатоками права. Поскольку исламская религия не знает института церкви, то там нет и почвы для противостояния государства и религии. Религиозная доктрина и доктрина правовая здесь еще не разделились. Соответственно, не сложились в «чистом виде» теории происхождения права либо государства. Их религиозная природа закреплена в священных религиозных текстах ислама — Коране и сунне. Соответственно, верующие, то есть практически все население соответствующей страны, исходят из божественного происхождения права, государства, как и мира в целом.

Указанные особенности соотношения права, государства и религии на Древнем Востоке весьма важны с методологической точки зрения. Они показывают, что возникновению теологических теорий происхождения права и/или государства предшествует формирование религиозного сознания, которое и легло в основу этих теорий. Между тем большинство современных российских учебников по теории права и государства может создать у студента впечатление, что ситуация была обратной, то есть религиозное мировосприятие сложилось в средневековой Европе под влиянием теологических теорий христианских религиозных мыслителей. В действительности оно возникло в обществе на тысячелетия раньше.

Восприятие мира сквозь призму религии предполагает неподвижность права. Разработкой приемов его приспособления к изменяющимся условиям жизни и занимаются религиозные мыслители Востока.

Между тем отечественная теоретико-правовая наука исходит из того, что определяющую роль в возникновении права на всех стадиях истории играет государство. Не удивительно, что при изучении древнего права такая методология не в состоянии объяснить ряд фактов его истории. Так, наши учебники по всеобщей истории права и государства повсеместно констатируют, что толкование норм права, которое давалось в Древнем Риме авторитетными юристами, имело силу источника права. Но ни один из них не объясняет, что в основе такой практики лежит правопонимание, принципиально отличное от современного российского, где право и государство — парные категории.

В курсе всеобщей истории права и государства изучаются законы Ману — памятник древнего индусского права. Между тем в действительности в названии этого памятника термин «законы» отсутствует. Памятник называется «Манусмрити», где «смрити» означает «запомненное». Такая «неточность» была прощительна первым его переводчикам на русский язык: они были лингвистами (Elmanovich, 1960). Однако отечественные историки и теоретики права лишь закрепили эту ошибку, положив в основу его названия современное правопонимание.

Приведенные примеры (их можно продолжить) говорят о том, что чем глубже мы погружаемся к истокам права, тем более беспомощной становится методология, рассматривающая право- и государствогенез в рамках единого процесса. Используя ее исследователь рассматривает его причины и закономерности сквозь призму собственного правопонимания, то есть через погружение «из будущего в прошлое». Но это прошлое ограничивается рамками социальной истории, тогда как исследование проблемы требует выхода за эти рамки и

погружения в доисторические пласты времени. Тем самым угол зрения на проблему меняется на противоположный — не «из будущего в прошлое», а наоборот. Попытаемся подойти к проблеме с таких позиций.

Проблема правогенеза с позиций «широкого» подхода

Заявленный подход отличает ряд особенностей. Прежде всего, это погружение предмета исследования в более глубокие пласты времени, вплоть до стадии всемирной эволюции. Понятие всемирной эволюции воспринято здесь из смежных научных дисциплин, в частности, философии и психологии (Belomestnova & Plebanek, 2012:43—52). В понятийном аппарате общей теории права оно отсутствует. Под ним следует понимать исходную (природную) стадию становления человеческого общества, либо методологию его исследования с позиций не только гуманитарных, но и естественных наук³.

Думается, всемирной эта эволюция называется в силу универсальности протекающих в ее рамках природных процессов и явлений. Здесь еще нет ни человеческого общества, ни правогенеза, но формируются важнейшие его предпосылки. Так, природные механизмы регуляции поведения высших млекопитающих будут восприняты — через ряд переходных ступеней и в иной форме — социальными регулятивными механизмами, в том числе правовым⁴. Речь о них пойдет ниже.

При «широком» подходе к исследованию правогенеза его предмет существенно изменяет свое содержание на разных стадиях процесса. Так, на стадии всемирной эволюции исследователь-правовед имеет дело с комплексом проблем, воспринятых из естественно-научных дисциплин, и выступает одновременно в роли биолога, физиолога, психолога, генетика и т. д. По мере вхождения в социальную стадию процесса его природные факторы становятся все менее заметными и в сфере правоведения, по существу, не изучаются.

Поэтому исследование начальных его стадий связано с немалыми трудностями, связанными прежде всего с понятийным аппаратом. Категории общей теории права в «чистом виде» здесь неприемлемы. Они либо «не работают», либо приобретают иное содержание⁵. В свою очередь, категории, воспринятые из научных дисциплин естественного цикла, подчас тоже нуждаются в ином истолковании, поскольку в «родных» дисциплинах рассматриваются под другим углом зрения и т. д.

Трудности такого подхода к исследованию связаны также с практическим отсутствием письменных источников по данной теме. Отсюда здесь немало пробелов, гипотез, дискуссионных проблем и т. д. Важнейшая и наиболее сложная из них — проблема перехода от природных механизмов регуляции поведения к

³ Термин «стадия» употребляется здесь с большой долей условности в силу отсутствия иного, более адекватного термина. В самом деле, трудно называть стадией некую ограниченную во времени часть более протяженного процесса, длящуюся миллионы лет.

⁴ Под поведением мы понимаем определенным образом организованную деятельность, осуществляющую связь организма (индивида) с окружающей средой. (Rubinshtein, 2015:102).

⁵ К примеру, понятие «индивид» на стадии всемирной эволюции должно пониматься как организм, а на социальной стадии понимается как личность.

социальным. Не удивительно, что здесь идет острая дискуссия. Опуская ее суть, отметим лишь, что будем следовать позиции выдающегося российского физиолога, профессора И.М. Сеченова, считавшего, что «все акты сознательной и бессознательной жизни по способу происхождения суть рефлексы» (Sechenov, 1952). Приведенный тезис чрезвычайно важен. Объясняя происхождение «актов сознательной и бессознательной жизни», он одновременно дает инструментарий исследования их эволюции. Под этими актами мы будем понимать соответствующие акты поведения,

В современной российской литературе уже высказывались мнения о возможности возникновения права вместе с человеческим обществом (Maltsev, 1999:70—102; Sapelnikov & Chestnov, 2006:148—156). Логика такого подхода приводит к выводу, что процесс становления права уходит корнями в природную стадию эволюции. Однако природные факторы этого процесса совершенно не исследованы. В данной статье предпринята попытка выяснения их роли на основе данных указанных выше естественных наук. Предметом нашего исследования будет живой организм, при этом закономерности, о которых пойдет речь, распространяются не только на предков человека. Мы сознательно будем абстрагироваться от этого, чтобы не выходить за рамки темы. Представляется, что в основе механизмов регуляции поведения в природе и обществе, включая правовой, лежит биологический закон, согласно которому условием выживания и нормального развития всякого организма является постоянное удовлетворение его жизненно важных потребностей (пищевых, половых, оборонительных и т. д.). Это предполагает необходимость постоянного взаимодействия организма как системы с внешней по отношению к нему системой, в данном случае с природой, частью которой он тоже является (Leontiev, 1971).

Множественно повторяемые в процессе борьбы за выживание действия, или модели поведения, ведут к возникновению рефлексов, то есть автоматических реакций организма на определенные жизненные ситуации. Рефлексы бывают условными, или приобретенными, и безусловными, или врожденными. Последние называются также инстинктами. Всякий рефлекс возникает как условный и в качестве такового отражает опыт приспособления данного организма (индивида) к изменяющейся внешней среде. Условный рефлекс, воспринятый рядом поколений данного биологического вида, становится инстинктом. Рефлекс и инстинкт различны по природе и направленности своего действия. Так, первый из них рождается в течение жизни данного организма (индивида), а второй одновременно с ним. Первый подвижен и изменчив, а второй стремится к неподвижности. Вместе с тем с накоплением изменений в условных рефлексах он тоже может изменяться.

Механизм взаимодействия условных и безусловных рефлексов, или инстинктов, составил основу явления, определяемого в психологии как основной психологический закон развития поведения. Вот как описывал его известный отечественный психолог, профессор С.Л. Рубинштейн: «Развитие психологически различных форм поведения совершается в результате борьбы двух антагонистических внутренне противоречивых тенденций — наследственности и изменчивости, фиксированности и лабильности. В каждой форме поведения в той или

иной мере представлено как одно, так и другое..., но их соотношение, мера их в ходе развития изменяются, и это изменение их меры приводит на некоторых узловых точках развития к качественным изменениям типа поведения» (Rubinstein, 2002). В приведенном высказывании мы встречаем новое понятие — «тип поведения». По мнению профессора С.Л. Рубинштейна, типы поведения различаются своей психологической природой на разных стадиях эволюционного процесса и разделяются на три разновидности. Это — инстинктивное поведение, навыки⁶ и разумное поведение. Профессор С.Л. Рубинштейн отмечает влияние на этот процесс внутренних и внешних факторов, подчеркивая, что чем больше зависит организм от внешней среды, тем более высоко влияние внешних факторов на его поведение (Rubinstein, 2002).

Однако эволюция регулятивного механизма поведения остается при таком подходе за рамками исследования. А она в контексте данной темы является главной. В этой связи представляется, что под «типом поведения» следовало бы понимать некую его (поведения) модель с присущим ей устойчивым соотношением указанных выше противоположных тенденций развития поведения. Тогда нам придется выявлять как закономерности развития этих тенденций, так и факторы, определяющие их соотношение на разных стадиях движения от природы к обществу. Думается, типов поведения, понимаемых в таком смысле, может быть три. Это, во-первых, тип поведения, где доминирует тенденция к фиксированности и неизменности его норм и моделей. Во-вторых, тип поведения с доминированием противоположной тенденции — к их изменчивости и лабильности. Наконец, в-третьих, тип поведения, отражающий переход от первого из них ко второму. Он возникает в переходные эпохи, например, от стадии всемирной эволюции к стадии социальной истории, а в рамках последней — от родовой эпохи к раннеклассовой и т. д.

В основе любого типа поведения лежит указанный выше биологический закон выживания живых организмов через постоянное удовлетворение их жизненно важных потребностей. Он предполагает постоянное взаимодействие организмов с внешней средой как источником удовлетворения их жизненно важных потребностей. В результате их поведение уже на стадии всемирной (природной) эволюции приобретает мотивированный, то есть целесообразный характер (Vilyunas, 1986:78). Формируются рефлексy, инстинкты, шаблоны поведения и т. д. Поскольку в этом регулятивном механизме доминируют инстинкты, организм (индивид) рождается уже во многом «вмонтированным» в систему отношений, в рамках которых выжили его биологические предки. Не в его силах изменить их, он может лишь к ним приспособиться.

В ходе антропо- и социогенеза формируется сознание, возрастает роль орудий, используемых человеком в борьбе за выживание. Его взаимоотношения с миром природы постепенно изменяются. Приспосабливая к своим потребностям окружающую среду, он изменяет тем самым и собственные нормы поведения. Важную роль в этом процессе играет характер восприятия мира, или, на языке

⁶ Навык проф. С.И. Ожегов определяет как умение, созданное упражнениями, привычкой (Ozhegov, 1981:329).

психологов, «образ мира». Характер мировосприятия определяется психологическим законом, согласно которому всякий психический факт воспринимается как кусок реальной действительности и одновременно как ее идеальное отражение (Rubinstein, 2002). Совокупность психических фактов как единства реального и идеального и составляют «образ мира». Его эволюция в ходе движения от природы к обществу шла не напрямую, а через некий, занявший миллионы лет «период» перехода от природного состояния к социальному. В российской литературе он получил название постприродного мира (Shalyutin, 2011). Сам факт существования такого «периода» говорит о сложности перехода от рефлекторного восприятия мира к его восприятию посредством сознания. Отсюда — существенное своеобразие мировосприятия на ранних стадиях существования человеческого общества. Так, миллионы лет, в течение которых предки человека обитали в мире природы, оставили глубокий след в сознании человека родовой эпохи. Это проявилось в ряде аспектов. Прежде всего, стадные формы существования его физиологических предков обусловили коллективный характер этого архаического сознания. В современной литературе явления подобного рода получили название коллективного бессознательного. Только в данном случае указанное понятие требует корректировки, отражающей характер восприятия мира. Этот мир воспринимался тогда как одномерный. В нем не было различий между природой и обществом, миром живых и миром мертвых, отсутствовало линейное время (развитие представлялось циклическим, то есть повторяющимся), составной частью этого мира были божества, духи, тотемы и т. д.

Механизм регуляции поведения есть неотъемлемая часть этого мира. Поэтому слитное восприятие мира предполагает и слитные нормы поведения, их фиксированность и неизменность. Не удивительно, что мир и нормы поведения, включая ранние формы права, воспринимаются в таких обществах сквозь призму религии, лежащей в основе большинства домашних и социальных учреждений древности (De Coulanges, 2010). И, напротив, динамичное, способное к изменению общество предполагает и соответствующий механизм правового регулирования. Он исходит из подвижности и изменчивости права, которое становится продуктом человеческого разума. В этих условиях религиозная форма права перестает быть необходимой.

Слитные правила поведения первобытного общества получили в научной литературе название мононормы. Под ней понимают недифференцированное синкретное правило поведения, которое не может быть отнесено ни к области права, ни к области нравственности с ее религиозным осознанием, ни к области этикета, так как соединяет в себе особенности всякой поведенческой нормы (Dumanov & Pershits, 2000). Недостатком данного определения является его односторонность, поскольку мононорма рассматривается здесь лишь как норма поведения. Однако в условиях бесписьменной культуры речь должна идти о слитности «всего со всем», то есть «образа мира», поведенческих норм, реального поведения, психики индивида и т. д. В этих условиях мононорму отличает ряд значимых особенностей. Это, прежде всего, ее несотворимость. Люди не могли объяснить ее происхождения. В их представлении она возникала «сама собой» и поэтому имела сакральную природу. Слитность мононормы с реальным

поведением обуславливала ее беспробельность, а ее инстинктивная основа — ее неизменность. Сфера действия мононормы выходила за рамки социальных отношений и включала также мир природы и мир сверхъестественного. Последнее обстоятельство обуславливало сакральный механизм обеспечения обязательности ее предписаний (с участием духов, божеств и т. д.). Поэтому мононорма не нуждалась в специальном аппарате, который обеспечивал бы обязательность ее предписаний.

Мононорма отразила переход от стадии всемирной (или природной) эволюции к ее социальной стадии, а в рамках этой последней — от эпохи присваивающей экономики к эпохе экономики производящей. Видимо, этим объясняется отсутствие в современной российской литературе терминологического единства при обозначении первобытных поведенческих норм. Здесь используются такие термины, как право, обычное право, мораль, наконец, просто нормы (Dumanov & Pershits, 2000). В этой связи возникает вопрос о правомерности использования при их обозначении терминов «право» и «обычное право».

Ведь государства еще нет, и поэтому мононорма не подпадает под определение права, доминирующее в отечественной теории права. Но картина существенно меняется, если есть догосударственный механизм обеспечения их обязательности, а сфера действия мононормы-обычая включает отношения, которые и в современных развитых обществах требуют правовой формы. Остается определить, что в таком случае понимать под правом. Думается, приемлемой здесь могла бы стать мысль крупного австрийского правоведа Г. Кельзена, который сравнивал право с рефлексом самовывживания в живой природе (Kelsen, 1934).

Близкое к этому понимание права изложил более полувека спустя выдающийся отечественный правовед, профессор С.С. Алексеев. Он видел в праве инструмент (механизм) реализации и обеспечения воспроизводства данной общественной системы, ее устойчивого состояния в стабильном, непрерывно функционирующем виде (Alekseev, 1998).

Думается, с таких позиций под правом (точнее: начальными его формами в условиях бесписьменной культуры) следовало бы понимать слитный с психикой, сознанием и поведением индивидов порядок отношений, обеспечивающий функционирование и воспроизводство первобытных социальных организмов. Всюду в варварском обществе такой организм включает институты брака, семьи, развода, наследования, собственности, возмещения вреда и т. д.

Становление права начинается с выделения в слитной структуре мононорм-обычаев некой совокупности норм, призванных обеспечить функционирование и воспроизводство данных социальных организмов и потому имеющих особый механизм защиты. Он заложен, с одной стороны, в факте сакрального восприятия мира, с другой, задолго до появления государства в варварском обществе возникает суд. Его функции осуществляет родо-племенная верхушка. Принудительное осуществление права (при всей условности этого термина) основывается в нем как на рациональных доказательствах, так и на доказательствах, отражающих характер восприятия мира (испытание огнем, водой, поединком и т. д.). При этом применяемые судом нормы по-прежнему называются обычаями. Понятия «право» и «обычное право» привнесены в эту эпоху будущими

ее исследователями. В условиях слитности всюду термины, обозначающие обычай-мононорму, не адекватны современному европейскому понятию права (Allott, 1965).

В процессе судебного правоприменения складывается механизм приспособления неизменных норм обычая к изменяющимся условиям жизни. В результате толкования обычай приобретает подчас иное содержание, а само толкование превращалось в слитную с правоприменением зародышевую форму правотворчества.

С появлением классов и письменности функции мононормы, закрепляющей слитное мировосприятие и слитный механизм регуляции поведения, выполняют священные тексты мировых религий (индусские Веды, зороастрийская Авеста, исламские Коран и Сунна и т. д.). Право, возникающее здесь без участия государства, слитно с религией, моралью, этикетом, мифологией и т. д. Акты государства начнут конкурировать с этим слитным божественным правом лишь на более поздних стадиях развития.

По сути в основе правогенеза лежит борьба двух тенденций, отмеченная в основном психологическом законе развития поведения, Процесс становления права отражает движение от слитного восприятия мира и неизменного права как продукта сверхъестественной воли к отделению права от религии и превращению его — подвижного и изменяемого — в продукт человеческого разума. С учетом существующих в мире социокультурных и географических различий ситуация в этой области в разных регионах мира может отражать неодинаковые стадии этого процесса.

Заключение

Содержание статьи позволяет сделать вывод, что правогенез есть противоречивый, многоаспектный и многостадийный процесс, содержание которого определяется комплексом факторов природного и социального характера. Его закономерности зарождаются еще в условиях природы. Их воплощению в праве предшествует длительный период перехода от природы к обществу. В характере этого процесса по существу отражен основной психологический закон развития поведения, сложившийся еще в условиях природной эволюции и состоящий в борьбе двух противоположных тенденций — к фиксированности и неизменности сложившихся образцов поведения, с одной стороны, и к их изменчивости и лабильности, с другой. В основе первой из них лежит высокая степень зависимости человека от природы и обусловленное ею слитное восприятие мира. Его следствием становится слитность социальных регуляторов — морали, права, религии, воспринимаемых в обществе как возникающие «сами собой». Не удивительно, что такой тип регуляции доминирует на ранних стадиях истории. Противоположная тенденция предполагает принципиально иное миропонимание и превращение права в продукт человеческого разума. По сути, становление права есть преодоление слитности и формирование права в «чистом виде», то есть вне религиозной формы. Но тогда придется признать, что эта конечная стадия процесса правогенеза достигается далеко не всюду. Так, в странах Европы

противостояние двух тенденций проявляется в постепенном, занявшем несколько столетий вытеснении обычного права законодательством государства. И лишь с победой капитализма процесс правогенеза завершается в Европе и Америке превращением права и государства в парные категории. В то же время и ныне составной частью правовых систем во многих развивающихся странах является традиционное либо традиционно-религиозное право (обычное, индусское, исламское и т. д.). В его основе — правопонимание, уходящее корнями в эпоху предклассовых и раннеклассовых обществ.

References / Список литературы

- Alekseev, S.S. (1995) *Theory of law*. Moscow, BEK Publ. (in Russian).
Алексеев С.С. Теория права. М.: БЕК, 1995. 320 с.
- Alekseev, S.S. (1998) *Right. ABC. Theory. Philosophy. Comprehensive research experience*. М.: NORMA-INFRA Publ. (in Russian).
Алексеев С.С. Право. Азбука. Теория. Философия. Опыт комплексного исследования. М.: НОРМА-ИНФРА, 1998. 958 с.
- Allott, A.N. (1965) *Law and language: an inaugural lecture delivered on 2 March 1965*. London, School of Oriental and African Studies, University of London.
- Ayzenberg, A.M., Aleksandrov, N.G. & Alekseev, S.S. et al. (1973) *The Marxist-Leninist general theory of state and law. The Socialist Law*. Lukashova, E.A., Mitskevich A.V., Samoshchenko I.S., Farberov N.P., Shebanov A.F. (eds.). Moscow, Yuridicheskaya literatura Publ. (in Russian).
Айзенберг А.М., Александров Н.Г., Алексеев С.С., Лукашева Е.А. и др. Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Социалистическое право / редкол.: Лукашева Е.А. (Отв. ред.), Мицкевич А.В., Самощенко И.С., Фарберов Н.П., Шебанов А.Ф. М.: Юрид. лит., 1973. 647 с.
- Belomestnova, N.V. & Plebanek, O.V. (2012) Consciousness and culture in the natural-scientific picture of the world. *Voprosy filosofii*. (10). 43—52. (in Russian).
Беломестнова Н.В., Плебанек О.В. Сознание и культура в естественно-научной картине мира // Вопросы философии. 2012. № 10. С. 43—52.
- De Coulanges, F. (2010) *La Cité Antique: Étude sur le Culte, le Droit, les Institutions de la Grèce et de Rome*. (Cambridge Library Collection — Classics). Cambridge, Cambridge University Press. DOI:10.1017/CBO9780511697753 (in French).
- Drobischevskiy, S.A. (1994) *Political organization of society and law as a phenomenon of social evolution*. Avtoref. Diss ... cand. Legal of sciences. Saint Petersburg. (in Russian).
Дробышевский С.А. Политическая организация общества и право как явления социальной эволюции: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 1994. 40 с.
- Dumanov, H.M. & Pershits, A.I. (2000) Mononorm and initial law (article one). *State and law*. (1), 98—104. (in Russian).
Думанов Х.М., Першиц А.И. Мононорма и начальное право (статья первая) // Государство и право. 2000. № 1. С. 98—104.
- Gonidec, P. F. (1968) *Les Droits africains, evolution et sources*. Paris, Librairie generale de droit et de jurisprudence. (in French).
- Hegel, G.V.F. (1990) *Philosophy of Law*. Translated from German. Kerimov D.A. & Nersesyants V.S. (eds). Moscow, Mysl' Publ. (in Russian).
Гегель Г.В.Ф. Философия права / Пер. с нем.: Ред. и сост. Д. А. Керимов и В. С. Нерсесянц. М.: Мысль, 1990. 524 с.
- Elmanovich, S.D. (1960) *Laws of Manu*. Translation from sanskrit by Elmanovich S.D., checked and corrected by Ilyin G.F. Moscow, Vostochnaya Literatura Publ. (in Russian).

- Законы Ману / Пер. [с санскрит.] С.Д. Эльмановича, провер. и испр. Г.Ф. Ильиным. М.: Изд-во вост. лит., 1960. 361 с.
- Engels, F. (1989) *Origin of the family, private property and the state*. Moscow, Politisdat Publ. (in Russian).
- Энгельс Ф. Происхождение семьи, частной собственности и государства. М.: Политиздат, 1989. 240 с.
- Kartashov, V.N. (2012) *Theory of government and rights: study guide for bachelors*. Yaroslavl', P.G. Demidov Yaroslavl' State University Publ. (in Russian).
- Карташов В.Н. Теория государства и права: учебное пособие для бакалавров / Ярославский государственный университет им. П.Г. Демидова. Ярославль, 2012. 274 с.
- Kashanina, T.V. (1999) *The origin of state and law: modern interpretations and new approaches*. Moscow, Yurist Publ. (in Russian).
- Кашанина Т.В. Происхождение государства и права: современные трактовки и новые подходы. М.: Юрист, 1999. 332 с.
- Kelsen, H. (1934) *La technique de l'assurance de la paix international*. *Revue de droit international et compare*. Bruxelles. (1), 7—32. (in French).
- Komarov, S.A. (1998) *General theory of state and law: Textbook*. 4th ed., Revised and enlarged. Moscow, Yurayt Publ. (in Russian).
- Комаров С.А. Общая теория государства и права: Учебник. 4-е изд., переработанное и дополненное. М.: Юрайт, 1998. 416 с.
- Leontiev, A.N. (1971) *Needs, motives and emotions. Lecture course*. Moscow, Moscow State University Publ. (in Russian).
- Леонтьев А.Н. Потребности, мотивы и эмоции. Курс лекций. М.: МГУ, 1971. 65 с.
- Maltsev, G.V. (1999) *Origin and early forms of law and state*. In: Nersesyants V.S. (ed.) *Problems of the general theory of law and state*. Moscow, Norma Publ., pp. 27—136. (in Russian).
- Мальцев Г.В. Происхождение и ранние формы права и государства // Проблемы общей теории права и государства / Под общ. ред. В. С. Нерсесянца. М.: Норма, 1999. С. 27—136.
- Morozova, L.A. (2017) *Theory of Law and State*. Textbook for universities. Moscow, Norma Publ. (in Russian).
- Морозова Л.А. Теория государства и права: учебник для вузов. М.: Норма, 2017. 464 с.
- Mulla, D. F. (1959) *Principles of hindu law*. 12th ed. Bombay.
- Peretersky, I.S. (1984) *Digests of Justinian*. Selected fragments in translation and with notes. Skripilev E.A (ed.). Moscow, Nauka Publ. (in Russian).
- Дигесты Юстиниана. Избранные фрагменты в переводе и с примечаниями И.С. Перетерского / Отв. ред. Е.А. Скрипилев. М.: Наука, 1984. 456 с.
- Rubinstein, S.L. (2002) *Fundamentals of General Psychology*. Saint Petersburg, Piter Publ. (in Russian).
- Рубинштейн С.Л. Основы общей психологии. СПб.: Питер, 2002. 781 с.
- Sapelnikov, A.B. & Chestnov, I.L. (2006) *Theory of Law and State*. Saint Petersburg, Knowledge Publ. (in Russian).
- Сапельников А.Б., Честнов И.Л. Теория государства и права. СПб.: Знание, 2006. 279 с.
- Sechenov, I.M. (1952) *Reflexes of the brain: (An attempt to introduce physiological bases into mental processes)*. Moscow, USSR Academy of Medical Sciences Publ. (in Russian).
- Сеченов И.М. Рефлексы головного мозга: (Попытка ввести физиологические основы в психические процессы). М.: Изд-во Акад. мед. наук СССР, 1952. 231 с.
- Shalyutin, B.S. *Pravogenesis as a factor in the formation of society and a person*. *Voprosy filosofii*. (11), 51—62. (in Russian).
- Шалютин Б.С. Правогенез как фактор становления общества и человека // Вопросы философии. 2011. № 11. С. 51—62.
- Vasil'ev, L.S. (1983) *Problems of the genesis of the Chinese state*. Moscow, Academy of Sciences of the USSR Publ. (in Russian).

Васильев Л.С. Проблемы генезиса китайского государства. М.: Академия наук СССР, 1983. 350 с.

Vilyunas, V.K. (1986) *Psychological mechanisms of biological motivation*. Moscow, Moscow University Publ. (in Russian).

Вилюнас В.К. Психологические механизмы биологической мотивации. М.: Изд-во Московского университета, 1986. 207 с.

Об авторе:

Муромцев Геннадий Илларионович — доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры теории права и государства, Юридический институт, Российский университет дружбы народов; 117198, Российская Федерация, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6

ORCID ID: 0000-0002-9755-2252

e-mail: muromtsev-gni@rudn.ru

About the author:

Gennadij I. Muromtsev — Doctor of Legal Sciences, Full Professor of 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 ID: 0000-0002-9755-2252

e-mail: muromtsev-gni@rudn.ru

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-376-394

Научная статья

Правовое содержание социально-экономической категории «качество жизни»: аналитический дискурс

Р.Ф. Степаненко

Казанский (Приволжский) федеральный университет,
г. Казань, Республика Татарстан, Российская Федерация,
Университет управления «ТИСБИ»,
г. Казань, Республика Татарстан, Российская Федерация,
stepanenkorf@yandex.ru

Аннотация. Рассматриваются актуальные проблемы поиска и нахождения правовых индикаторов социально-экономической категории «качество жизни». С помощью общетеоретического и прикладного методологических уровней правовой аналитики конкретизируются цели и задачи развития социальной сферы, соблюдения и защиты социально-экономических прав и свобод граждан, совершенствования законодательства в изучаемой области. Обосновывается целесообразность формулирования и использования правовых критериев качества и уровня жизни, при помощи которых возможно идентифицировать государство как социальное и правовое. Внимание автора акцентируется на необходимости применения междисциплинарного подхода в исследованиях обособленной для правовой, экономической и, в целом, социогуманитарной науки, категории «качество жизни».

Ключевые слова: качество жизни, правовая аналитика, методология междисциплинарности, правовая политика, индикаторы качества жизни, правовое качество жизни, правовое, социальное государство

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 3 октября 2020 г.

Дата принятия к печати: 15 апреля 2021 г.

Для цитирования:

Степаненко Р.Ф. Правовое содержание социально-экономической категории «качество жизни»: аналитический дискурс // RUDN Journal of Law. 2021. Т. 25. № 2. С. 376—394. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-376-394

The socio-economic category “quality of life” in the analytical and legal discourse: the issues of the interdisciplinary research

Raviya F. Stepanenko

Kazan (Volga region) Federal University,
Kazan, Republic of Tatarstan, Russian Federation,
The University of management «TISBI»,
Kazan, Republic of Tatarstan, Russian Federation,
stepanenkorf@yandex.ru

Abstract. The article deals with the topical issues of searching and identifying legal indicators of the socio-economic category “quality of life”. The goals and objectives of social development, respect for and protection of socio-economic rights and freedoms of citizens, improvement of legislation in the study area are specified with the help of theoretical and applied methodological levels of legal analysts. The expediency of formulation and use of the legal criteria for the quality and standard of living is justified; it helps to identify the state as social and law-governed. The author focuses on the need to apply an interdisciplinary approach in the research of the category the “quality of life”, which is of mutual importance for legal, economic and, in general, socio-humanitarian science.

Key words: quality of life, legal Analytics, methodology of interdisciplinarity, legal policy, indicators of quality of life, legal quality of life, law-governed, social state

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

Article received 3rd October 2021

Article accepted 15th April 2021

For citation:

Stepanenko, R.F. (2021) The socio-economic category “quality of life” in the analytical and legal discourse: the issues of the interdisciplinary research. *RUDN Journal of Law*. 25 (2), 376—394. (in Russian). DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-376-394

Введение. Постановка проблемы

Правовая аналитика в современной интерпретации означает системную, научную мыследеятельностную сферу, исследующую в междисциплинарном контенте эффективность и результаты законотворческой и правореализационной деятельности, а также выдвигающую проблемы и гипотезы юридического характера с позиций возможного прогнозирования тех или иных право-культурных, социально-экономических и иных процессов. Правовая аналитика сегодня динамично генерирует множество научных и практических идей и предложений по совершенствованию, прежде всего, предворяющих правореализацию, нормотворческих инициатив. Дискурсы, аргументы и выводы аналитико-правовой работы, значительным образом, содержат в себе серьезный конструктивный потенциал, выявляя эффективные и логически целесообразные критерии функционирования правового и социального государства, подкрепляя их эмпирическими данными мониторинговых и экспертных оценок специалистов в

рассматриваемых областях. В определенной степени опираясь на социологические и статические показатели исследований актуальных для социогуманитаристики проблем, правовая аналитика на всеобщем, общенаучном, частно-научном методологических уровнях экстраполирует в юридическую науку и практику то необходимое, которое улавливается аналитиком в результате междисциплинарных рефлексий и дискурсов. Последние имеют важное значение с позицией непредвзятости, аргументированности и объективности правовой аналитики, с точки зрения взаимодополнения и толерантного взаимодействия разнообразных сфер гуманитарных наук в единой проектно-исследовательской междисциплинарной деятельности.

Одним из первых в российской юридической науке необходимость формирования отдельного прикладного направления интеллектуальной поддержки в принятии правовых решений — правовой аналитики, обосновывает в своих работах В.Б. Исаков. В решении ключевого вопроса правовой аналитической деятельности, который заключается в переработке собранной информации и обнаружении в ней фактов, данных и сведений не только юридического характера, но и из областей рынка недвижимости, рынка ценных бумаг, бизнеса, финансов и др., должен способствовать междисциплинарный подход (Isakov, 2016).

По справедливому утверждению В.М. Баранова, в современной правовой исследовательской деятельности: «Междисциплинарность не просто один из главных трендов юридической науки и образования, это — гармоничное слияние разных познавательных миров, соединение точного естественно-технического знания и в значительной мере абстрактного, «текущего» правового мышления с его воображением и интуицией, эмоционально окрашенного юридического моделирования» (Baranov, 2019:14).

Востребованность аналитической правовой деятельности редуцируется из многообразия существенных, непреходящих, необходимых и объективных связей права — как социокультурного феномена с иными духовными, политическими, социально-экономическими явлениями, в синергии объективирующих ту ценность правовых средств и механизмов, которые вкладываются в индивидуальное, коллективное и массовое сознание, формируя представления о праве в тот или иной период эволюции государственности.

Системное видение права и тренды правокультурных процессов зависят от множества факторов, одним из которых является качество жизни граждан. Эта категория абсорбирует в себе как позитивные, так и деструктивные проявления законотворчества и правореализации, однако остается вне научного интереса правоведения. В то же время основной задачей последнего, согласно Конституции России, является соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина, признаваемых высшей ценностью, в связи с чем «качество жизни», по нашему мнению, есть показатель в том числе эффективности права в его многомерном измерении.

Междисциплинарный контент социально-экономической категории «качество жизни»

Научные исследования уровня и качества жизни в российском государстве стали осуществляться в XX в. и акцентировали внимание на выявлении

факторов дифференциации населения (Д.П. Журавский); на изучении благосостояния семьи (А.В. Чайнова, Ф.А. Щербина и др.). Формируя основы социальной статистики в России, научные социологические подходы сохранялись до 30-х гг. XX столетия. Позднее идеологизация гуманитарной науки и политический курс на рост промышленности и производства существенно нивелировали изучение факторов социально-экономического прогресса (личные потребности и интересы потребления, благосостояние народа, удовлетворенность материальным положением и др.), фактически лишив объективности научные изыскания в данной среде. В 60–80-х гг. прошлого столетия интерес социологической и экономической науки к исследованиям уровня и качества жизни возрос. В работах отечественных ученых (Н.И. Бузляков, В.И. Гурьев, Л.Г. Зубов, В.Ф. Майер, В.М. Рутгайзер, Г.С. Саркисян и др.) сфера благосостояния народа изучалась с политэкономических позиций, но индикаторы фактического расчета уровня и качества жизни не были определены в плоть до 1992 г. Существенным этапом в развитии макроэкономических прогнозов и прогнозировании социально-экономического роста явилось принятие «методологии системы национальных подсчетов», в которой население впервые было включено в структуру макроэкономических показателей посредством отдельного указания на уровень его благосостояния в самостоятельном блоке. Впрочем, такой интерес сегодня, как и к категориям «народное благосостояние», «степень удовлетворения» материальных и духовных запросов трудящихся и т. д., перестал быть актуальным, в том числе связи с «обнищанием большинства населения», отмечают исследователи в работе «Политика доходов и качество жизни населения» (Gorelov, 2003) в начале XXI столетия.

Оставаясь достаточно многообразной и дискуссионной сферой изучения, категория «качество жизни» в определенной взаимосвязи с «уровнем жизни» имеет множество научных подходов их исследования, в целом являясь коррелирующими с такими показателями, как: валовый внутренний продукт на душу населения, соотношение доходов и расходов, минимальный размер оплаты труда, прожиточный минимум и др. на социально-экономическом уровне.

Будучи первостепенно социально-экономической категорией, «качество жизни» представляет собой обобщение понятий «уровень» и «стоимость» жизни, включая в себя не только учет потребления материальных услуг и благ, но и здоровье, продолжительность жизни, условия окружающей среды, удовлетворение духовных потребностей, душевный комфорт, морально-психологический климат, свободу, личную безопасность, доверие к власти, уверенность в завтрашнем дне, свободу, допустимый уровень экономического неравенства и др.

В соответствии с индексом качества жизни, разработанным компанией Economist Intelligence Unit (2005), индикаторами качества жизни в 111 странах являются: а) здоровье, ожидаемая продолжительность жизни; б) показатели семейной жизни (уровень разводов); в) состояние общественной жизни (участие в делах гражданского общества); г) ВВП на душу населения, покупательная способность, материальное благополучие граждан; д) политическая стабильность; е) география и климат; ж) гарантии труда, уровень безработицы; з) политическая свобода; и) гендерное равенство (сопоставляются зарплаты мужчин и женщин).

В этом списке первые 3 места занимают Ирландия, Швейцария, Норвегия. На последних «109—111» — Танзания, Гаити, Зимбабве. Россия на 105 месте. По другим расчетам (индекс пакистанского экономиста Махбуба уль-хака — Human Development Index, HDI), в определении качества жизни задействованы три индикатора из девяти перечисленных выше, а именно: 1) здоровье и долголетие; 2) доступ к образованию; 3) величина ВВП и покупательная способность. Здесь Россия стоит в группе стран с высоким уровнем развития на 55 месте, опережая Китай (101 место) и Индию (136 место). При этом самые обобщенные показатели, указывающие на целесообразность и важность развития человеческого капитала, все-таки должны, по нашему мнению, особо учитывать состояние экономического неравенства и бедности. К последним, по мнению В.М. Жеребина и А.Н. Романова, относятся: коэффициент дифференциации доходов; коэффициент Джинни (индекс концентрации доходов; соотношение среднедушевых доходов с величиной прожиточного минимума, дефицит денежного дохода) (Zherebin & Romanov, 2013:83—93). Неоднородность подходов к оценке качества жизни граждан, например европейских и юго-восточных государств, могут различаться существенно, в том числе в зависимости от степени их цивилизационного и экономического развития, соответствующей дифференциации на развитые и развивающиеся страны, традиционно отмечает прикладная аналитика.

На общетеоретическом аналитическом уровне следует отметить, что последние десятилетия в отечественной и зарубежной социологической науке для установления качества жизни граждан достаточно активно используется еще одна социально-экономическая категория «стратификация населения». Еще в трудах известного немецкого социолога Г. Зиммеля рассматривались процессы социальной стратификации (дифференциации) в качестве свойственного всем государственным устройствам «нормального» явления (аналогично с положениями Э. Дюркгейма о преступности как «нормальном явлении»), характерного для социального развития в целом. В работе «Социальная дифференциация: социологическое и психологическое исследование» (1890 г.) (Simmel, 1909). Г. Зиммель подчеркивает необходимость изучения не исключительно самих процессов дифференциации, хотя они являются необходимым объектом изучения социогуманитарных наук, а пристальное внимание следует уделять *«настоящей реальности»* — *социально-экономическому положению конкретных людей (групп)*. Понимая под обществом «единство, состоящее из единств», автор утверждает о том, что социум есть там, где выработаны общезначимые для всех единиц правила. В основу моделей дифференциации по Г. Зиммелю положены, разумеется, социально-экономические и индивидуально-психологические индикаторы качества жизни, останавливается внимание на социокультурных, нравственных факторах — индикаторах.

Примечательно, что Г. Зиммель, в отличие от отечественных исследователей рассматривающих отмеченные нами категории «народного благосостояния» и др., включает в систему факторов, определяющих качество жизни, — *правовые институты и нормы права*. Последние постулируются автором в качестве «уравнивающих» общих правил, принудительно устанавливающих баланс разнопорядковых социально-экономических положений, и являют собой нравственные

основы в коллективном и индивидуальном легальном обретении материальных благ. Г. Зиммель утверждает, что многосложная и самодостаточная правовая система возникает там, где имеет место соответствующая социальная дифференциация, фиксирующая имеющиеся различия между положением людей не с помощью примитивного права, или тем более проявлениями недовольства масс, а посредством права как всесторонне сохраняющим и удовлетворяющим нравственное сознание любого гражданина явлению. Никакая дифференциация не станет угрозой для стабильности общественных отношений там, где право основано на морали и нравственности. Именно к такому широкому и плюралистическому типу правопонимания обращают свой взгляд исследователи социогуманитарной сферы, не ограничиваясь, как и мы, юридико-позитивистским взглядом на право и не отождествляя его в абсолюте с законом. К такому подходу с удовлетворением следует отнести междисциплинарный научный интерес современной российской философской, социологической, политической, экономической, психологической областей исследований «качества жизни», где с необходимостью отмечается целесообразность учета нормотворческих инициатив по повышению качества жизни, правореализационных, в том числе правоприменительных процессов и процедур по сохранению человеческого капитала, в том числе с социокультурных позиций.

Фундаментальные преобразования практически всех политических, социально-экономических институтов в России на рубеже XX—XXI вв. безусловно оказали свое заметное влияние и на содержание отечественных научных исследований, и на развитие новых междисциплинарных и гуманитарных направлений изучаемой сферы. Отмеченные в «Стратегиях развития информационного общества в России на 2017—2030 годы» в п. 70 разделе «наука, технологии и образование» приоритеты указывают на: а) создание благоприятных условий для научной деятельности; б) развитие междисциплинарных исследований и др.¹ Междисциплинарные исследования приобретают масштабный характер и получают свое перманентное развитие. Казалось бы, сугубо экономические проблемы рассматриваются сегодня под углом зрения управленческой и регулирующих функций государства и права, их политических компонентов, а также в глубоком философском осмыслении экономики как социокультурного феномена.

В работе «Социокультурная экономика» профессором А.А. Аузаном внимание сосредоточено на рассмотрении проблем «Cultural Economics», сформулированных совместно с известным экономистом, лауреатом Гумбольдтовской премии, культурологом и математиком, профессором Ш. Вебером в русскоязычной версии как «социокультурной экономики». Автор, исследуя влияние культуры на экономику, отмечает такие катализаторы позитивного развития экономической системы, как: 1) наличие сильной грамотной бюрократии, работающих судов; 2) однородность (этническую, возрастную, языковую и др.) общности; 3) снижение транзакционных издержек и неопределенности и культурной дистанции, иных негативных экстерналий и др. К негативным параметрам А.А. Аузан относит: а) высокую дистанцию власти, т. е. невозможность

¹ Указ Президента РФ от 9 мая 2017 г. № 203 «О Стратегии развития информационного общества в Российской Федерации на 2017–2030 годы» // СПС КонсультантПлюс.

оказать влияние на власть; б) культурные ограничения инициатив по «снятию» неопределенности; в) недоверие граждан друг другу; г) отсутствие «точки опоры», понимания последовательности действий в совершении «толчка» или «рывка», в том числе с «неожиданным использованием старого» как нового, зависящего от «социокультурного профиля страны» и т. д. И то и другое — «вещи измеримые и вычисляемые», утверждает автор (Auzan, 2017), рассматривая новые методологические решения и формулы повышения качества жизни в преодолении «эффекта колеи» в социокультурном пространстве России.

В междисциплинарном исследовании «Россияне в условиях экономического кризиса» (Н.Е. Тихонова, А.В. Каравай) с позиций социальной философии и экономической социологии также обосновываются проблемы методологического характера при изучении качества жизни наших соотечественников в русле ресурсного подхода. Авторами фокусируется внимание на экономических последствиях кризиса (падение доходов, возрастание бедности, банкротство предприятий и др.) и указывается, что основной проблемой низкой ресурсообеспеченности населения становится «качество жизни». «Подавляющее большинство соотечественников имеют показатели ресурсообеспеченности ниже середины шкалы учета ресурсов (экономического, властного, социального, культурного и квалификационного) (Becker, 1964, Bovraiev, 1983), а у 42 % они находятся в нижней четверти... Естественно, столь глубокие неравенства обуславливают и принципиально разный уровень жизни обладателей различного объема ресурсов... Разница в этом соотношении столь велика, что позволяет утверждать: группы, различающиеся их ресурсообеспеченностью, живут как бы параллельных мирах» (Tikhonova & Karavay, 2016:43—46). 86 % российских граждан вообще не имеют экономического ресурса, 56 % — властного, 15 % — квалификационного, 29 % — культурного. Социальный ресурс имеет тенденции сокращения: а) с 21 до 13 % (возможность устроиться на хорошую работу); б) с 24 до 20 % (устройство в медицинское учреждение для лечения); в) возрастание долговых обязательств физических и юридических лиц на 34 % (Tikhonova & Karavay, 2016) и т. д. Выводы авторов вполне логичны и подчеркивают не рыночные в своей полноте, и не правовые в своем содержании начала российской экономики, что может спровоцировать рост недовольств в ресурсонеобеспеченных группах населения, не говоря уже об улучшении их уровня жизни.

Поиску механизмов преодоления отмеченных проблем посвящаются междисциплинарные исследования известных социальных философов З.Т. Голенковой и Ю.В. Голиусовой, в которых рассматриваются острее проблемы качества жизни российской молодежи, являющейся объектом пристального внимания с точки зрения сохранения человеческого капитала в любой стране мира. Критерий обеспечения возможностей осуществлять трудовую деятельность, как нами отмечено ранее, используется во всех индикаторах качества жизни. Прекариат — как одна из категорий трудоспособного населения не занятого в «официальной трудовой деятельности (получающие «серую» зарплату, уклоняющиеся от уплаты налогов, занятые в третичном секторе и др.) охватывает значительное число активного молодого трудового населения. Причем на 2014 г. почти 10 % таковых являлись безработными, из них — среди безработных в возрасте

15—29 лет — 23 % с высшим образованием. Численность молодых людей в возрасте от 20—24 лет в России и странах ЕС (без специального высшего образования) составляет 10—15 %. Согласно экспертным оценкам количество безработной и получающей случайные заработки (до 29 лет) составляет 1/5 часть этой молодежи. Так называемое поколение NEET не стремится к накоплению человеческого капитала, не самосовершенствуется, не проявляет активности в работе. «Интернетное поколение» зачастую не желает социализироваться, безразлично или наоборот — протестно, враждебно относясь к общественному, отличному от их мнению, что ведет к возникновению неправовых и радикальных политических групп (организаций) (Golenkova, Goliusova, 2016). Данная проблема не может не интересовать правоведов, прежде всего с точки зрения превенции правонарушений, а также изучения каузальной природы аномативного (маргинального) поведения.

Не меньшую озабоченность с позиции защиты социально-экономических конституционных прав граждан вызывает качество жизни граждан пенсионного возраста. Известна проблема «старения нации», которая влечет за собой ряд глобальных негативных последствий: а) нагрузка на социальные институты здравоохранения; б) увеличиваются расходы пенсионной системы; в) демографический кризис г) духовно-нравственная и материальная уязвимость (ущербность) людей старшего поколения и т. д. В России существует страховая пенсионная система по аналогии со многими зарубежными странами. Выплата пенсий производится из Пенсионного фонда, а не из бюджета страны. Страховые взносы, выплачиваемые работодателем, составляют 22 % от заработной платы работника, которая является мизерной по сравнению с другими странами, что демонстрирует несоответствие нашей пенсионной системы мировым стандартам. Кроме того, модель системы здравоохранения и механизмы обязательного медицинского страхования (размер выплачиваемого страхового взноса работодателем составляет 5,1 %) исчисляются из той же оплаты труда (Golenkova & Goliusova, 2016), что деструктивно влияет на качество жизни значительного числа российских, в том числе работающих граждан.

В списке рейтинга стран с минимальным размером оплаты труда Россия находится на 95 месте (из 187 государств) между Мексикой (94 место) и Папуа-Новая Гвинея (96 место), критически уступая Люксембургу (2344 долл.), Великобритании (1897 долл.), Германии (1877 долл.), Франции (1762 долл.), США (1257 долл.), Испании (1239 долл.) и др. В нашей стране это 12 130 рублей (195 долл.). Размер установленный в России на сегодняшний день МРОТ — та сумма, которой оценивается труд работника работодателем, независимо от вида и формы деятельности и которая является показателем для дальнейшего расчета социальных пособий (больничный лист, выплаты по уходу за детьми и др.). Потребительская корзина (в России — фактически индикатор бедности) в России служит основанием для установления МРОТ и принципиально отличается от данного показателя зарубежных стран, показывая фактически, в нашей стране *не качество жизни, а степень выживаемости*. В России размер потребительской корзины составляет в среднем 11,2 тыс. рублей, где продукты питания занимают 50 % (5,6 тыс. — расходы на продовольствие, 2,8 тыс. — на все

остальное), а в Европе и США — 20 %. За счет сезонного снижения цен на овощи и фрукты, включения в «корзину» продуктов с низким для здоровья качеством, отсутствием учета оплаты за транспортные расходы и информационные, образовательные и иные платные услуги, размер потребительской корзины не соответствует в России существующим реалиям и должен быть увеличен как минимум в 3 раза. Принимаемый фактически кулуарно Министерством труда и занятости, утверждаемый Правительством России, размер потребительской корзины, методика его подсчета² устанавливаются подзаконными актами, постановлениями правительства, что не соответствует, на наш взгляд, характеристике нашего государства как правового и социального.

Но и в этом случае, как отмечает Н.А. Власенко в работе «Модернизация Конституции России (к итогам обсуждения в связи с 25-летием)», исполнительная власть в России не является «полнокровной», ее инициативы не самостоятельны, «скованы», не оперативны, ориентированы на выполнение задач, диктуемых иными, конституционно нелегитимизированными окол властными структурами. Складывается двойственность ситуации между реальной и формальной (писаной) Конституцией. Автор анализирует труды российских (Алексеев С.С., Бороцкая К.Б., Клишас А.А., Хабриева Т.Я. и др.) и зарубежных (Иензее И., Кирххоф П. и др.) правоведов, изучающих идеи социального и правового государства, и излагает достаточно дискуссионные взгляды ученых на данную проблему. Так, по мнению С.С. Алексеева, «передовая идея социального государства» является не более чем «общей терминологической формулой и коррелирует с понятием «социалистическое государство», заменяя и корректируя его. Основной посыл декларативности «социального государства» состоит в усилении роли государства в решении социальных проблем, в экономико-распределительной сфере, расширении и ужесточении его властно-императивных начал и властно-публичном управлении. За этим, разумеется, следует разрастание чиновничье-бюрократического аппарата, злоупотребление властью, коррупция и др., что вызывает озабоченность С.С. Алексеева. Зарубежные авторы, пафосно заявляя о социальном государстве как результате реализации идеи либерального государства, по сути не определяют конкретных обязанностей по проведению социальных реформ, а фактически посредством рассматриваемой категории обосновывают задачу — «держаться какой-то цели — цели человеческого благополучия» (Vlasenko, 2019), резюмирует Н.А. Власенко.

Юридическая наука о ценности права в установлении критериев качества жизни

Благополучие человека, качество его жизни, условия, правовые стандарты и гарантии его социальной и экономической безопасности все более активно исследуются юридической наукой. Актуализация современных проблем экономико-правового характера особенно привлекает внимание правоведов в современном проблемном поле сохранения человеческого капитала в Обществе риска.

² Богданова Т. Не прожить на минимум. Почему необходимая сумма занижена в три раза // Аргументы и факты. 20.04.2017.

Форс-мажорные риски природных явлений, имеющих стихийный характер, экстремальные ситуации общественной жизни (военные действия, массовые заболевания, эпидемии и др.), требуют от государства и законодательной сферы создания благоприятных условий для развития механизмов всевозможного, в том числе частно-государственного партнерства в социально-экономической области (Yastrebov, 2011). Между тем интересы цивилистики, уголовного, административного и других отраслей права в изучении рискогенности современной жизни и, в связи с этим, рисков снижения благосостояния граждан, прежде всего экстраполируются в сферу конституционного права, в котором человек признается обладателем общепризнанных прав и свобод, соблюдение и защита которых — обязанность государства. Гарантии, декларируемые в Основном законе России 1993 г. и механизмы их реализации, в связи с динамично развивающимися общественными отношениями, требуют конкретизации и обновления, в особенности с учетом отмеченных остоятельств.

Следует согласиться с Н.А. Власенко в части необходимости «точечных изменений Основного закона России», которые известный теоретик права прогностично связывает с целесообразностью обоснования принципа «адекватности существующей реальной практике жизни» и необходимостью «концептуального видения точечных преобразований». В то же самое время представляется более полемичной «перспективная концепция изъятия социально и идеологически отягчающих идей» социального и правового государства, не основывающихся на доктрине социального предназначения права и гарантий, устанавливаемых правовым государством. Верно и то, что наличие и обоснованность доктринального видения тех или иных, даже очень острых и общечеловеческих ценностей и проблем далеко не гарантирует его реализации, как отмечает в своей работе Н.А. Власенко.

Новациями в сложившейся современной правовой науке, как обосновывает А.Ф. Черданцев, являются изучение процессов возникновения и развития, формы выражения и функционирования связей права с политикой, экономикой, моралью, интересами различных социальных групп, то есть всестороннее (Cherdantsev, 2017:37) и, что несомненно важно — объективное его познание. Качество жизни населения, изучению которого юридическая наука, как отмечалось, уделяет пока недостаточно внимания, в период советского правоведения не являлось предметом его исследований. В этой связи говорить о преемственности изучения рассматриваемой проблематики представляется достаточно проблематичным. Советский период, в известной степени претворяющий в жизнь идеи социального назначения права, отмечен достижениями в экономике, промышленном производстве, поддержании уровня жизни советских граждан. Но, наряду с успехами социалистического строительства и формальным социальным равенством граждан, политика права и тактика правоприменения социальному предназначению права и государства придавала порой весьма специфическое значение. Например, осужденные за совершение преступления на срок более шести месяцев лица, в соответствии с действующим тогда законодательством, лишались права на жилище после освобождения из мест лишения свободы, возможность трудоустроиться была минимальной, за отсутствие

официального заработка и места работы более четырех месяцев в году «паразитирующие элементы» привлекались к уголовной ответственности со всеми вытекающими из этого негативными социальными и экономическими последствиями.

Однако социальная ценность социалистического права чаще всего справедливо не подвергалась учеными-правоведами сомнению, за исключением упреков и досады на отсутствие в учебниках по теории права раздела по праву социального обеспечения (Alekseev & Cherdantsev, 1975:145—147). Реформа советской политической системы сопровождалась ревизией идеологии, и взамен монопольной роли партии, идеологического монополизма были провозглашены другие ценности: примат общечеловеческих ценностей, прав человека, политический и экономический плюрализм, социальная защищенность и правовое государство. «В конце концов сущность и социальная направленность государства *определяются не термином, а конкретными ценностями*, которые оно утверждает, развивает и охраняет», — отмечал еще в советский период А.Ф. Черданцев (Cherdantsev, 1992:12).

В этой связи конкретную ценность для функционирования правопорядка имеют как раньше, так и теперь мотивация и направленность поведения лиц, оказавшихся в уязвимом неудовлетворительном и оскорбительном социально-экономическом положении, обусловленные состояниями неопределенности, пограничности и отчужденности, ведущими к совершению правонарушений, в том числе преступлений. К числу причин маргинальности, помимо низкого социально-экономического уровня жизни, относятся дисгармония, низкая эффективность, технико-юридическое несовершенство и неопределенность законодательства. Последнее рассматривается Н.А. Власенко в позитивном и негативном смысле. Интересующая нас негативная сторона неопределенности, по мнению автора, может иметь не только языковые, логические, графические, но и дефектные факторы, детерминирующие неопределенность. Причины дефектной неопределенности могут быть умышленными (неумышленными, совершенными по небрежности, и специальными, имеющими целью достижение экономических, коррупционных и иных целей. Но наиболее серьезными дефектами системы права являются противоречивость и пробельность норм, где первое покушается на основу права — *«быть согласованным и сбалансированным социальным регулятором общественных отношений»*. Проблемы использования аналогии права, его толкования, риски в праве и многое другое, в особенности если они носят преднамеренный характер, могут повлечь за собой социальные и политические последствия (Vlasenko, 2015:58—77). Словом, деструктивизм данных контентов правовых неопределенностей очевиден, что может объективно обуславливать процессы правовой маргинальности и вести к нежелательным социальным эксцессам, причинность которых изучается общеправовой теорией маргинальности (Stepanenko, 2014).

Реакция законодателя на возможность наступления нежелательных последствий, связанных с низким уровнем жизни граждан, дуалистична. С одной стороны, нормативная сфера включает в себя указания на «качество жизни» граждан. Например, Указ Президента РФ от 31.12.2015 г. № 683 «О стратегии

национальной безопасности Российской Федерации»³ стратегическими целями обеспечения национальной безопасности в области повышения *качества жизни* россиян называет снижение уровня социально-экономического неравенства населения, а снижение уровня доходов относит к угрозам качеству жизни. Повышение последнего *гарантируется* созданием условий качества труда и его оплаты, достойного пенсионного обеспечения и др. О качестве медицинской помощи сказано в статье 4 главы 2 Федерального закона от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»⁴. Наконец, Конституция России в статье 7 провозглашает гарантии достойного уровня жизни российских граждан. С другой стороны, нормативно-правовая сфера не конкретизирует понятий «качество жизни», «человеческий капитал», «уровень жизни» и т. д., что, безусловно, не обуславливает негативные тенденции падения уровня жизни и увеличения бедности, но и не демонстрирует сколько-нибудь ясной позиции законодательной ветви власти в наиважнейшей сфере.

Падение социально-экономического уровня жизни граждан, нивелирование естественных прав и свобод, являются главной питательной средой для таких дезинтегративных тенденций, как: атомизация индивидов (невозможность достижения условий «общественного договора») и развитие аномии (дезорганизация сферы общепризнанных ценностно-нормативных основ). Кроме того, «резкое социальное расслоение, приобретающее уже «застойные формы», проблемы которого обнаружили ранее скрывающиеся пласты противоречий, обострила проведенная в России приватизация, носящая несправедливый и номенклатурный характер (Zorkin, 2019:245). Последствиями этой «беспрецедентной по степени несправедливости приватизации стали: нелегитимность крупной собственности, неэффективность российской экономики, деформированный характер политико-правового режима, коррупция, низкая инвестиционная привлекательность и т. д. (Zorkin, 2013:98), резкое падение качества жизни большинства российского населения. Следует заметить, что помыслы демократических модификаций того периода были успешно закреплены законодательством. Но разве не должно оно (право), как минимум, не преумножать несправедливость?» (Zorkin, 2019:246) — восклицает автор.

Социально-экономические отношения, являясь отношениями правовыми, оставаясь за рамками изучения, как правило, позитивистской юриспруденции, в конечном итоге фундируют широкий проблемный исследовательский массив для правоуправления. Правовая аналитика, исследуя не только качество законодательства (это преимущественно ее прикладной уровень), но и занимаясь прогнозированием государственно-правовых явлений, непредвзято вырабатывает методологические алгоритмы междисциплинарных практик, оказывающихся полезными для юриспруденции в части превенций того, чему должны противостоять право и закон. Галолирующее падение доходов россиян, рост безработицы и правонарушаемости имеют многофакторный комплекс политических,

³ Указ Президента РФ от 31 декабря 2015 г. № 683 «О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации» // СЗ РФ от 4 января 2016 г. № 1 (часть II) ст. 212.

⁴ Федеральный закон от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» (с изменениями и дополнениями) // СЗ РФ от 28 ноября 2011 г. № 48 ст. 6724.

социально-экономических, духовно-нравственных и собственно юридических причин, изучаемых гуманитарной наукой, в том числе правовой аналитикой на общетеоретическом, с уточнениями на прикладном, уровнях.

Тема «качества жизни» в ее многоаспектности и бесконечности с неизменным исторически риторическим вопросом «Что делать?» подводит к осмыслению проблемы: какова же роль государства и права в установлении параметров уровня и качества жизнедеятельности человека; как качественно трансформируются правокультурные тренды (уважение к праву, авторитет правоприменителя, эффективность законодательства, уровень правосознания, состояние правовой культуры и т. д.); каково значение юридической науки для обоснования ее центральной роли — нахождение и предложение путей сохранения и развития социально-правовых процессов в сфере защиты конституционных прав и свобод соблюдения и защиты конституционных прав и свобод человека и гражданина; как усовершенствовать законодательство с позиций обеспечения качества жизни населения и его нравственно-правовой и социально-экономической безопасности?

Очевидно и бесспорно, что с момента зарождения юридической науки проблемы соблюдения и защиты прав граждан вызывали и вызывают непреходящий интерес философов права, представителей теоретического правоведения и догматической юриспруденции. Вся деятельность юридического научного сообщества доминирующим образом как ранее, так и теперь направлена на совершенствование законодательства, юридико-технических и технологических процессов развития нормативной сферы, устанавливающих общеобязательные для исполнения и многократно применяемые правила правомерного поведения. Вместе с тем с огорчением следует признать, повторимся, мизерный интерес правоведов к проблемам социально-экономической удовлетворенности и безопасности граждан России, а также ценности и значения права в этом контексте. Впрочем, алгоритм работ правоведов сегодня все более обращен к проблемам справедливости, гуманности, социальной составляющей в праве и правореализации (Soldatova, 2012), это вполне логично, имея в виду признание и осознание высшей ценностью прав и свобод человека в Основном законе и создание условий для их соблюдения и защиты, которые являются «совестью права» (В.Д. Зорькин).

Паритетные начала социальной сущности государства и права декларируются в статье 7 Основного закона. Как отмечает академик С.А. Авакьян, некоторое время назад принимались и социальные кодексы отдельных субъектов России, правда с неопределенным статусом или предписывающего, или рекомендательного, или проектного характера. Принимается в стране и значительное количество социальных программ и т. д. Социальность, по мнению авторитетного правоведа, есть публичная объединительная задача государства, гражданского общества и объединении граждан для реализации их индивидуальных возможностей, помощи другим людям, бизнес-сообществу, местному самоуправлению, социуму, государству. Появление статьи в Конституции РФ как о социальном государстве вызвано в силу: а) сложности решения социальных задач и возможности решения государством; б) организаторской роли государства,

объединительной и координирующей его ролях; в) ответственности государства за недопущение перекосов в социальной сфере. Решая задачи социальной помощи, государство оказывает материальную поддержку нуждающимся. А вот задачи социальной организации (создание рабочих мест, создание условий для жизни, лечения, отдыха, обеспечение населения энергоресурсами и др.) требуют приложения немалых усилий для их решения (Avakyan, 2019:18—21).

Неправовой, зачастую, характер принимаемых государством в социальной экономической сфере решений на пути построения собственной модели капитализма в России, неоднократно подвергался и подвергается острой критике в связи с пробельностью, постоянным изменением и дополнением, излишней конкретизацией, паллеативностью, а порой необъективностью и неопределенностью действующего законодательства. Несовершенство нормативной сферы, в том числе в области социально-экономических отношений, служит причиной неуважения к праву, девальвирует его ценностно-мировозренческие смыслы. Ангажированность и лоббизм отдельных узкогрупповых и корыстных интересов крупного бизнеса и его отдельных представителей, вопреки реализации парадигмы улучшения качества и уровня жизни, сводят на нет усилия социогуманитарной науки и, собственно, правовой мысли.

Заключение

Научный интерес правовой аналитики к социально-экономической категории «качество жизни» обусловлен пониманием ответственной социальной роли права в установлении баланса интересов государства, общества, личности. Устанавливая общеобязательные правила поведения, законодательная сфера, традиционно охраняющая интересы государства, определенным образом сегодня экстраполирует в себя базовые конституционные положения о приоритете прав человека как высшей ценности. «Разумное право» и «политический разум» (К. Маркс) находятся, как видится, на этапе «сближения», сегодня прежде всего исходя из острейшей турбулентной ситуации в миропорядке, обусловленной кризисными состояниями социальной сферы, экономики, политики, культуры, нравственности и в том числе каронокризисом. Но с критикой политического разума в целом, а не в чрезвычайных ситуациях, выступали еще К. Маркс, Ф. Энгельс, отмечая, что: «...политический разум есть только политический разум, ибо он мыслит в границах политики. *Чем он изощреннее, жизненное, тем менее он способен понять социальное неустройство*» (Marx & Engels, 1908:25). Право в отмеченном нами интегральном понимании и в атемпоральном смысле, а также его наиважнейшая догматическая компонента (закон), как бы то ни было, опосредуются экономическими отношениями и той экономической политикой государства, с помощью которых формируется феномен «качество жизни» как раз на таком уровне, который характеризует его правовое и социальное содержание, выявляя не спорадичные, а общие закономерности.

Контуры современной экономической политики как в макро-, так и внутренне-государственных, представляются сегодня ученым социогуманитарной сферы предельно размытыми, что максимально затрудняет оценку качества

жизни в России и за рубежом. Правовой анализ валидности и эффективности индикаторов качества жизни базируется на отдельных экономических и социологических данных, к формулированию которых, к сожалению, собственно право фактически отношения не имеет.

Отдельные факты макроэкономической ситуации, изучаемой представителями экономической теории, дают неутешительные оценки проводимой за рамками права экономической политики в России за последние 20—30 лет. Так, по мнению известного экономиста вице-президента ВЭО России, научного руководителя института экономики РАН, члена-корреспондента РАН, доктора экономических наук, профессора Р.С. Гринберга, за последние 10 лет российский рубль по отношению к иностранным валютам обесценился 10 раз, что не вызывает доверия к валюте, тотально зависящей от динамики цен на сырьевые ресурсы. За последние 30 лет, например, ВВП Австрии вырос на 66 %, в России — на 19 %. Странная, *«маргинальная цель»* войти в пятерку развитых государств, как минимум по совокупному ВВП нерепрезентативна. Более-менее репрезентативно, по мнению автора, было бы рассчитывать его (ВВП) на душу «населения, учитывая индекс «человеческого развития» в его конкретном и предметном социально-экономическом измерении. Необходимость изменения и обновления экономической теории сегодня вызвана ситуацией «разброда и шатания» в экономике. «Виртуализация» экономической науки при помощи «изъёмов» математического метода, идеологическая направленность и приверженность, в том числе рыночному фундаментализму, мощная экспансия государства в сферу экономических отношений и т. д. не способствуют гармонизации государственных, общественных и личных интересов. Вопиющее неравенство людей, кризис политических элит, упадок ценностей рационального мышления в наше «смутное время» требуют доктринального междисциплинарного осмысления концепции экономической социодинамики, реализующей патерналистические установки на их социальную полезность. В условиях *«беспрецедентной неопределённости»* глобальная опасность заключается не только в «поражении либерализма», но в отказе от ценности свободы вообще. Социальное неблагополучие «резко увеличивает риски монополизации власти», победить над которыми может активность гражданского общества, уравниваемая необходимым правовым нормированием его безопасности (Grinberg, 2019), установить которое способно только право в поистине правовом и социальном государстве.

Однако: «Социальное государство и в таком виде, в каком оно сформировалась в эпоху модерна в результате общественного договора между остальными социальными классами, уже неадекватно складывающейся принципиально новой ситуации», в особенности в условиях *«нарастающей маргинализации и депривации широких масс»*, писал в 2019 г. В.Д. Зорькин (Zorkin, 2019:170, 141). В этом смысле постановка вопроса о социальном и правовом государстве, рассмотренная нами в работе Н.А. Власенко, действительно приобретает опережающее предназначение.

Ценностно-мировоззренческая природа права, исторически формировавшая и формулируемая представителями юридической науки разных государств и эпох для человека и во имя человека, несмотря на модификации политических

режимов и экономических трансформаций — явление объективным образом внетемпоральное и внетопологическое. По мнению О.Ю. Рыбакова, на уровне абсолютных ценностных установок права появляются духовные и религиозные, нравственные и этические, естественно-правовые и идеальные ценности права. На втором уровне — становятся очевидными требования установлений целого комплекса ценностных установок, важных для развития правового, социального и демократического государства, направленных на эффективную реализацию, в том числе «рационально-утилитарных» ценностей конституционных положений в действующем законодательстве на последующих уровнях (Rybakov, 2017), к которым можно отнести категорию «качество жизни».

Собственно об этом говорит доктрина правовой политики, в одной из новейших версий объясняя ее управленческий характер. «Определение правовой политики через управление, позволяет расширить данные теории правовой политики по вопросам сущности правовой политики, ее субъектного состава, структурных уровней и принципов... правовая политика может быть определена как управление позитивным правом для подчинения его праву естественному» (Rybakov & Tikhonova, 2015:13), в содержании которого, очевидно, входят социально-экономические права, в том числе право на достойную (материально и духовно), качественную во всех отношениях, жизнь.

«Сильнейший рычаг» (Ф. Энгельс) по управлению хозяйственными и экономическими вопросами (право) и его доктринальная оболочка — юридическая наука, в настоящее время не в полной мере задействованы в решении сугубо человеческих проблем качества жизни. Для чего требуется (несмотря на неоправданную отвлеченность экономических исследований от правовых индикаторов качества жизни) к перечисленным выше *количественным* (социально-экономическим) индикаторам качества жизни, на наш взгляд, отнести и *правовое качество жизни*, измеряемое такими показателями, как: а) степень и полнота признания, соблюдения и защиты государством конституционных прав и свобод человека и гражданина; б) удовлетворенность граждан деятельностью системы правосудия, правоохранительных органов и иных государственных и общественных организаций; в) информированность общества о необходимости отмены и внесения изменений в действующее законодательство; г) уровень правовой культуры, правового сознания и правового воспитания; д) уважение и авторитет к законодательной, исполнительной и судебной ветвям власти; е) признание политики государства соответствующей интересам и потребностям реализации конституционной идеи «достойного уровня жизни» человека и гражданина; ж) признание гражданским обществом эффективной государственной политики в политической, экономической, культурной и иных сферах общественной жизни; з) объективная оценка реализации правовых гарантий для личной, общественной национальной экономической и экологической безопасности; и) «измерение» качества действующего законодательства не величиной отмененных, вновь принятых или дополненных законов, а их способностью обеспечивать *правовое качество жизни населения*, то есть полноту удовлетворенности населения позитивным правовым характером нормотворчества и юридической практики, при реальном

воплощении которых человеку и гражданину гарантируется и обеспечивается безопасное и устойчивое развитие.

Очевидно, что предлагаемый перечень показателей правового качества жизни является неполным и, предположительно, лишь дополняет социально-экономические индикаторы качества жизни. Кроме предложенного, требуется разработка методологии подсчета и обоснования правовых критериев оценки изучаемой категории для изложения их в нормативной сфере, устанавливающих в синергии политические, социокультурные, психологические и иные детерминанты. Возможно, эвристическая значимость выдвигаемого нами междисциплинарного проекта может быть полезной с позиции социогуманитарного моделирования путей совершенствования политики государства, непосредственно законодательства в сфере стабилизации и развития качества жизни российского населения, выработки реальных нормативных стандартов достойной жизнедеятельности в сфере реального признания, соблюдения прав и свобод россиян — как универсальных этических и правовых абсолютов, защищаемых и охраняемых в социально-правовом национальном пространстве России.

References / Список литературы

- Avakyan, S.A. (2019) Sociality: constitutional and legal guarantees of fulfilling the tasks of the state, activating the individual and preventing dependency. *Journal of the Belarusian State University. Law*. (3), 18—21. (in Russian).
Авакьян С.А. Социальность: конституционно-правовые гарантии выполнения задач государства, активизации личности и предупреждения иждивенчества // Журнал Белорусского государственного университета. Право. 2019. № 3. С. 18—21.
- Alekseev, S.S. & Cherdantsev, A.F. (1975) New work on the General theory of state and law. Т. 2. Petrov V.S. & Yavich L.S. (eds.). Leningrad University Publ., 1974, 416 p. Review. *Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedenii. Pravovedenie*. (2). 145—147. (in Russian).
Алексеев С.С., Черданцев А.Ф. Новый труд по общей теории государства и права. Т. 2. Общая теория права / Отв. ред. В.С. Петров и Л.С. Явич. Изд-во Ленингр. ун-та, 1974, 416 с. Рецензия // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 1975. № 2. С. 145—147.
- Auzan, A.A. (2017) The socio-cultural economy. *Science and Innovations*. 2 (168), 4—10. (in Russian).
Аузан А.А. Социокультурная экономика // Наука и инновации. 2017. № 2 (168). С. 4—10.
- Baranov, V.M. (2019) Legal riskology in a technical and legal cut. *Yuridicheskaya tekhnika*. (13), 9—15. (in Russian).
Баранов В.М. Правовая рискология в технико-юридическом срезе // Юридическая техника. 2019. № 13. С. 9—15.
- Cherdantsev, A.F. (1992) State power and its justification. *Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedenii. Pravovedenie*. (2), 3—12. (in Russian).
Черданцев А.Ф. Государственная власть и ее обоснование // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 1992. № 2. С. 3—12.
- Cherdantsev, A.F. (2017) Integrative misunderstanding of law. *Legal science: History and the presence*. (2), 30—38. (in Russian).
Черданцев А.Ф. Интегративное недопонимание права // Юридическая наука: История и современность. 2017. № 2. С. 30—38.

- Golenkova, Z.T. & Goliusova, Yu.V. (2016) The Russian precariat: human capital accumulation of different age groups. *Bulletin of the Institute of Sociology*. 3 (18), 57—69. DOI: <https://doi.org/DOI: 10.19181/vis.2016.18.3.412>. (in Russian).
Голенкова З.Т., Голусова Ю.В. Российский прекариат: проблемы накопления человеческого капитала // Вестник института социологии. 2016. № 3 (18). С. 57—69. DOI: <https://doi.org/DOI: 10.19181/vis.2016.18.3.412>
- Grinberg, R.S. (2019) The contours of the new economic policy in context of the global transformations. *Scientific works of the free economic society of Russia*. 218 (4), 133—139. (in Russian).
Гринберг Р.С. Контуры новой экономической политики в условиях глобальных трансформаций // Труды ВЭО России. 2019. Т. 218. № 4. С. 133—139.
- Gorelov, N.A. (ed.). (2003) *Policy and quality of life of the population*. Saint Petersburg, Peter Publ. (in Russian).
 Политика доходов и качество жизни населения / под ред. Н.А. Горелова. СПб.: Питер, 2003. 653 с.
- Isakov, V.B. (2016) Legal analytics: theory and practice. In: Bepalov S.V. (ed.) *Donetsk Readings 2016. Education, Science and Modern Challenges: Materials of the I International Scientific Conference*. Т. 8. Legal Sciences. Rostov-on-Don, Southern Federal University Publ., pp. 30—33. (in Russian).
Исаков В.Б. Правовая аналитика: теория и практика. В сборнике: Донецкие чтения 2016. Образование, наука и вызовы современности: Материалы I Международной научной конференции. Т. 8. Юридические науки / под общ. ред. проф. С.В. Беспаловой. Ростов-на-Дону: Изд-во Южного федерального университета, 2016. С. 30—33.
- Marx, K. & Engels, F. (1908) *Literary heritage*. Т. II. (in Russian).
Маркс К., Энгельс Ф. Литературное наследие. Т. II. 1908. 425 с.
- Rowbotham, M. (1998) *The grip of death: a study of modern money. Debt seavery and destructive economics*. UK, Charlbury Publ.
- Rybakov, O.Yu. (2017) Type of legal understanding as a value-worldview prerequisite for the interpretation of law. *Education and law*. 2017. (2), 153—157. (in Russian).
Рыбаков О.Ю. Тип правовопонимания как ценностно-мировоззренческая предпосылка толкования права // Образование и право. 2017. № 2. С. 153—157.
- Rybakov, O.Yu. & Tikhonova, S.V. (2015) Legal policy as means of administering positive law: a new version of the legal policy theory. *Lex Russica*. С (3), 38—40. (in Russian).
Рыбаков О.Ю., Тихонова С.В. Правовая политика как управление позитивным правом: новая версия теории правовой политики // Lex Russica (Русский закон). 2015. Том С. № 3. С. 38—40.
- Simmel, G. (1909) *Social differentiation. Sociological and psychological research*. Authoriz. translated from German by Vokach N.N. & Ilyin I.A.; Kistyakovsky B.A. (ed.). Moscow, Sabashnikovs Publ. (in Russian).
Зиммель Г. Социальная дифференциация. Социологические и психологические исследования. Авторизованный перевод с немецкого Н. Вокач и И. Ильина, под ред. и с предисл. Б. А. Кистьяковского. М.: Изд. Сабашниковых, 1909. 607 с.
- Soldatova, A.V. (2012) *The legal realization in the social sphere*. Diss ... cand. Legal of sciences. Kazan, Kazan (Volga region) Federal University. (in Russian).
Солдатова А.В. Правореализация в социальной сфере: дисс... канд. юрид. наук. Казань, Казанский (Приволжский) федеральный университет, 2012. 200 с.
- Stepanenko, R.F. (2014) The causality, the concept and types of legal marginality. *State and law*. (6), 98—103. (in Russian).
Степаненко Р.Ф. Причинность, понятие и виды правовой маргинальности. Государство и право. 2014. № 6. С. 98—103.
- Tikhonova, N.E. & Karavay, A.V. (2016) Russians in the conditions of economic crisis. *Sociological research*. (10), 43—46. (in Russian).

Тихонова Н.Е., Каравай А.В. Россияне в условиях экономического кризиса // Социологические исследования. 2016. № 10. С. 43—46.

Vlasenko, V.A. (2019) Modernization of the Constitution of Russia (to the results of the discussion in connection with the 25th anniversary). *RUDN Journal of Law*. 23(2), 163—183. DOI: <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2019-23-2-163-183> (in Russian).

Власенко В.А. Модернизация Конституции России (к итогам обсуждения в связи с 25-летием) // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2019. Т. 23. № 2. С. 163—183. DOI: <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2019-23-2-163-183>

Vlasenko, N. A. (2015) *Problems of legal uncertainty: a course of lectures*. Moscow: Institute of legislation and comparative law under the Government of the Russian Federation. INFRA-M Publ. (in Russian).

Власенко Н.А. Проблемы правовой неопределенности: курс лекций. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. ИНФРА-М. 2015. 176 с.

Yastrebov, O.A. (2011) The tasks solved by the state at the initial stage of the public-private partnership project. *Economic revival of Russia*. 1 (27), 113—120. (in Russian).

Ястребов О.А. Задачи, решаемые государством на начальной стадии проекта государственно-частного партнерства // Экономическое возрождение России. 2011. № 1 (27). С. 113—120.

Zherebin, V.N. & Romanov, A.N. (2013) The Population Quality of Life in the Context of International Comparisons. *Economics. Taxes. Law*. (6), 83—93. (in Russian).

Жеребин В.Н., Романов А.Н. Качество жизни населения в контексте международных сопоставлений // Экономика. Налоги. Право. 2013. № 6. С. 83—93.

Zorkin, V.D. (2019) *Law against chaos: monograph*. 2nd ed. corrected and amended. Moscow, Norma: INFRA-M Publ. (in Russian).

Зорькин В.Д. Право против хаоса: монография. 2-е изд., испр. и доп. М.: Норма: ИНФРА-М, 2019. 368 с.

Zorkin, V.D. (2013) *Law in the context of global changes*. Moscow, Norma Publ. (in Russian).

Зорькин В.Д. Право в условиях глобальных перемен. М.: Норма, 2013. 496 с.

Об авторе:

Степаненко Равия Фаритовна — доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры теории и истории государства и права, Казанский (Приволжский) федеральный университет; 420008, Российская Федерация, Республика Татарстан, г. Казань, ул. Кремлевская, д. 18; Учреждение высшего образования «Университет управления «ТИСБИ»; 420012, Российская Федерация, Республика Татарстан, г. Казань, ул. Муштары, д. 13

SPIN-код: 6988-5749

e-mail: stepanenkorf@yandex.ru

About the author:

Raviya F. Stepanenko — Doctor of Legal Sciences, Full Professor, Professor of the Department of Theory and History of State and Law, Kazan (Volga region) Federal University; 18 Kremlevskaya str., Kazan, Republic of Tatarstan, 420008, Russian Federation; The University of management TISBI; 13 Mushtari str., Kazan, Republic of Tatarstan, 420012, Russian Federation

SPIN- code: 6988-5749

e-mail: stepanenkorf@yandex.ru

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-395-413

Научная статья

Понятие и виды фактических общностей в современной теории права

Е.Ю. Цуканова

Белгородский государственный национальный исследовательский университет,
г. Белгород, Российская Федерация,
tsukanova@bsu.edu.ru

Аннотация. Рассмотрены проблемы становления и позиционирования категории «фактические общности» в правовой науке. Актуальность данного явления в праве обусловлена необходимостью более широкого подхода к изучению комплекса фактических обстоятельств, являющихся основаниями возникновения, изменения или прекращения правоотношений, что, несомненно, способствует более эффективной реализации целей как правотворческой, так и правоприменительной практики. Цель настоящей статьи заключается в определении предпосылок формирования рассматриваемой правовой категории, выявлении основных видов фактических общностей, а также уяснении их функций. Достижение указанной цели позволит с достаточной определенностью выявить основные характеристики указанной правовой категории, а также определить функциональные связи со смежными правовыми понятиями. Методологическую основу статьи составили современные достижения теории познания. В процессе исследования применялись теоретические, общеправовые (диалектический, анализ, синтез, дедукция, системный метод), а также традиционные правовые методы (формально-логический, нормативно-догматический и иные). В процессе исследования, основываясь на анализе соотношения физических предметов, явлений и их групп между собой, был сформулирован вывод о том, что термин «фактические общности» является логическим продолжением развития теории юридических фактов, отражает взаимосвязанное объединение единичных юридических фактов, а также их функциональное назначение также может отличаться. Первичной фактической общностью следует рассматривать фактический состав. Более крупными по объему и сложными по структуре фактическими общностями являются фактические системы.

Ключевые слова: фактическая общность, юридический факт, фактический состав, фактическая система, фактическое основание правового регулирования

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 13 февраля 2021 г.

Дата принятия к печати: 15 апреля 2021 г.

Для цитирования:

Цуканова Е.Ю. Понятие и виды фактических общностей в современной теории права // RUDN Journal of Law. 2021. Т. 25. № 2. С. 395—413. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-395-413

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-395-413

Research Article

The concept and types of factual communities in the modern theory of law

Elena Yu. Tsukanova

Belgorod National Research University,
Belgorod, Russian Federation,
tsukanova@bsu.edu.ru

Abstract. The article is devoted to the problems of formation and positioning of the category of “factual communities” in legal science. The relevance of this phenomenon in law is due to the need for a broader approach to the study of a set of factual circumstances that are the grounds for the emergence, change or termination of legal relations, which undoubtedly contributes to a more effective implementation of the goals of both lawmaking and law enforcement practice. The purpose of this article is to determine the prerequisites for the formation of the legal category under consideration, to identify the main types of factual communities, as well as to understand their functions. Achievement of this goal will make it possible with sufficient certainty to identify the main characteristics of the specified legal category, as well as to determine functional links with related legal concepts. The methodological basis of the article was made by modern achievements in the theory of knowledge. In the process of research, theoretical, general philosophical (dialectical, analysis, synthesis, deduction, systemic method), as well as traditional legal methods (formal-logical, normative-dogmatic and others) were used. In the course of the research, based on the analysis of the relationship of physical objects, phenomena and their groups among themselves, it was concluded that the term “factual communities” is a logical continuation of the development of the theory of legal facts, reflects the interconnected association of individual legal facts, as well as their actual composition. Such associations can have a different scope, as a result of which their functionality may also differ. The primary factual commonality is the actual composition. Factual systems are larger in volume and more complex in structure.

Key words: factual community, legal fact, factual composition, factual system, factual basis of legal regulation

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

Article received 13rd February 2021

Article accepted 15th April 2021

For citation:

Tsukanova, E.Yu. (2021) The concept and types of factual communities in the modern theory of law. *RUDN Journal of Law*. 25 (2), 395—413. (in Russian). DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-395-413

Введение

Круг вопросов, которые обсуждаются в рамках развития теории юридических фактов, на протяжении уже многих десятилетий остается практически

неизменным. Исследования в этой сфере в настоящее время включают анализ таких вопросов как: понятие и функции юридических фактов; фактические составы (виды и порядок формирования); юридические факты в правореализационном процессе (их фиксация, регистрация, установление и доказывание); дефектность юридических фактов; особые юридические факты (состояния, фикции, презумпции) и некоторые другие. Говоря об элементах, составляющих содержание этого учения, особо следует отметить вопрос о классификации юридических фактов. Ее осуществление является наиболее значимым моментом в становлении любой теории (Dvoreckaya, 2007:96—97) и позволяет выявить взаимосвязи, необходимые для обособления отдельных элементов в едином качестве. Вследствие сказанного, обобщение и систематизация юридических фактов проводилась практически с самых ранних исследований, затрагивающих проблематику юридических фактов.

Вместе с тем вопросам системного упорядочения юридических фактов уделяется явно недостаточное внимание. Одним из первых ученых, который, вследствие наличия устойчивых связей между юридическими фактами и фактическими составами в системе права, предложил рассматривать такие общности как большие фактические системы, является В.Б. Исаков (Isakov, 1980:25—27). Их изучение открывает новые возможности в дальнейшей разработке теории юридических фактов и способно помочь в выявлении новых данных, которые можно будет использовать в совершенствовании системы правового регулирования в целом.

Значение данной идеи было высоко оценено отдельными авторами, в частности, А.А. Шафалович (Shafalovich, 2016:28—29), которая с этим связывает начало третьего этапа развития теории юридических фактов. При этом первый этап охватывает период с момента появления самой категории «юридический факт» и до развития теории в советский период. Второй этап связывается с началом детального изучения природы и значения юридических фактов в трудах О.С. Красавчикова.

Несмотря на то, что с момента первоначального формирования понятия о «больших фактических системах» прошло уже практически сорок лет, должной научной разработки оно не получило. В учебных и исследовательских работах встречаются лишь отдельные упоминания о таких комплексах. Между тем развитие науки в последние десятилетия характеризуется повышением значимости системного подхода к изучению различных сфер. Особо стоит отметить, что использование системных идей в качестве методологической основы проведения исследований имеет место не только в естественных (физических, химических, биологических), но и в социально-гуманитарных науках. Таким образом, представление о юридических фактах как о взаимосвязанной цепи явлений и процессов и, в конечном итоге, как о цельной фактической системе позволит увидеть новые грани данного учения.

К настоящему моменту уже накоплен достаточный теоретический и эмпирический материал, на основе которого можно продолжить разработку данной проблематики. Смена социально-экономической формации в нашем государстве только придает дополнительную актуальность обозначенной теме.

Формирование представлений о фактических общностях в отечественной правовой науке

Формирование понятия «фактические общности» является логическим продолжением развития теории юридических фактов. Оно отражает взаимосвязанное объединение единичных юридических фактов, а также и их фактических составов, являющихся основанием возникновения, изменения и прекращения правоотношений. Такие объединения могут иметь различный объем, вследствие чего их функциональное назначение также может отличаться.

Первичной фактической общностью следует рассматривать фактический состав, понятие о котором довольно быстро вошло в правовую науку. Состав представляет собой такую совокупность юридических фактов, которая выступает основанием правовых последствий только при наличии в реальной действительности всех фактических обстоятельств его составляющих. Функции фактических составов и единичных юридических фактов практически идентичны.

Фактический состав как совокупность фактов является далеко не предельным по объему объединением юридическим фактов. В правовой плоскости возможно формирование и более крупных фактических общностей, которые, как правило, именуются фактическими системами. Идея о необходимости формирования понятия фактической системы как крупной фактической общности возникла относительно недавно. Однако вплоть до настоящего времени не стала предметом научного изучения. С учетом того, что фактические общности нами рассматриваются как один из существенных элементов теории юридических фактов, необходимо дать краткий анализ истории появления соответствующих правовых понятий.

В правовой науке институционализация категории «юридический факт», положившая начало становлению соответствующего учения, произошла еще в первой половине XIX в. Согласно устоявшейся позиции впервые данный термин в качестве основания возникновения или прекращения правоотношений был обозначен известным представителем исторической школы права Ф.К. Савиньи. В своих трудах, посвященных системе современного римского права, автор на основании обобщений высказываний римских юристов, содержащихся в римских источниках, также осуществил первоначальную классификацию юридических фактов. Формулировка данного понятия оказалась настолько удачной, что буквально в следующие десятилетия прочно заняла свое место в ряду обозначения правовых категорий немецкой юриспруденции.

В дальнейшем немецкая правовая наука пополнила теорию юридических фактов такими понятиями, как сложный юридический факт, деликт, фактический состав, незавершенный состав и некоторыми другими. Общее учение о юридических фактах как основании возникновения правовых последствий сложилось уже в конце XIX в. и представлено в научных работах Г. Дернбурга (Dernburg, 1906:213—225) и Ю. Барона (Baron, 1898:102—172).

Дореволюционная российская правовая мысль основывалась на достижениях немецких юристов и прошла практически тот же путь от институционализации самого понятия «юридического факта» в середине XIX в. до вполне

разработанной для своего времени теории юридического факта в начале XX в. К числу дореволюционных правоведов, трудами которых произошло первоначальное формирование основных положений теории юридических фактов, следует отнести К.Д. Кавелина, К.Н. Анненкова, Ю.С. Гамбарова, Н.М. Коркунова, Ф.В. Тарановского и других. Определенный вклад был внесен Д.Д. Гриммом, Л.И. Петражицким, несмотря на то, что их взгляды существенно отличались от традиционных представлений.

Советская юриспруденция развила многие из положений рассматриваемой теории, существенно расширив ее потенциал. Современное состояние, основанное на традициях советской теории права, можно характеризовать как имеющую тенденцию к умеренному поступательному развитию. Однако это развитие в основном обеспечивается за счет исследований проблем отраслевого преломления общих положений теории юридических фактов. Общетеоретическим ее аспектам уделяется явно недостаточное внимание. Вследствие этого можно говорить о наличии определенного «застоя» в исследовании фундаментальных вопросов фактической обоснованности правового регулирования. Одним из наиболее перспективных направлений в этом видится анализ системных связей отдельных юридических фактов и фактических составов, с целью их представления в виде фактических общности.

Идея системного представления отдельных юридических фактов и образующих за их счет фактических составов для отечественной теории права абсолютно новой не является. Изначально комплексное изучение отдельных элементов фактического основания правового регулирования осуществлялось применительно к созданию всеобъемлющей классификации юридических фактов. Так, в одной из первых работ советского периода, где было представлено системное изложение теории юридических фактов, стала монография О.С. Иоффе «Правоотношения по советскому гражданскому праву» (1949 г.), обращалось внимание на то, что «изучение юридических фактов в буржуазной цивилистической науке имело своей основной целью создание их стройной классификационной системы, которая, полностью охватывая собою все явления, приобретающие юридическое значение согласно предписанию закона, отражала бы в своих различных рубриках и подразделениях внешние правовые особенности и свойства, присущие различным видам этих явлений» (Ioffe, 1949:116). Значение юридических фактов (в первую очередь, правообразующее), по мнению О.С. Иоффе, может быть выявлено только «в результате исследования общей системы взаимодействия между правом и определяющими его материальными условиями общественной жизни, в создании которых определенную роль играют внешние природные явления и активная деятельность людей» (Ioffe, 1949:119). И это, видимо, является основной идеей ученого, с детальной проработкой которой связывается дальнейшее развитие теории юридических фактов. При этом справедливо отмечается, что подобного рода исследования должны реализовываться в условиях самостоятельного комплексного монографического исследования.

Придание определяющего значения в теории юридических фактов не их системе, а иным аспектам отмечалось также в работах М.М. Агаркова. Им, применительно к системе оснований возникновения гражданско-правовых

обязательств, отмечалось, что даже при полностью проработанной системе всех юридически фактов, «все же задача разработки системы этих оснований не только не была бы разрешена, но не была бы даже надлежащим образом поставлена. Мы получили бы более или менее правильную формально-логическую схему, которая не давала бы никакого ответа на вопрос, какая связь существует между тем или иным основанием возникновения обязательства, — например, между договором и теми целями, ради которых возникают обязательственные отношения по советскому праву» (Agarkov, 1940:85—86).

Представленные идеи, конечно же, не следует рассматривать как начало теории фактических общностей, однако они демонстрируют тенденцию к обобществлению юридических фактов и ее теоретическое и практическое значение. Рассматриваемые в совокупности материальные условия общественной жизни обнаруживают новые и весьма перспективные направления исследований вопросов фактического основания права.

Значимой вехой в процессе развития теории юридических фактов советского периода стало исследование О.А. Красавчикова, опубликованное в 1958 г. (Krasavchikov, 1958) Оно раскрывает следующие вопросы, составляющие основу теории юридических фактов: понятие и классификация юридических фактов, образование и виды юридических составов и анализ характера порождаемых правовых последствий по советскому гражданскому праву.

Несмотря на то, что работа посвящена юридическим фактам в гражданском праве, она приобрела популярность в области общей теории права. Более того, так сложилось, что разработкой общих основ теории юридических фактов фактически занимались именно цивилисты. Указанное исследование О.А. Красавчикова во многом сформировало догматическое понятие юридического факта, которое до сих пор рассматривается как классическое и является методологической основой анализа юридических фактов, в том числе и в отраслевых юридических науках. А.А. Шафалович именно с этой работой связывает начало второго этапа (по сравнению с первым — дореволюционным) развития теории юридических фактов, говоря при этом, что О.А. Красавчиков «первый достиг теоретического, доктринального уровня научного знания о юридических фактах» (Shafalovich, 2016:26—27).

Рассматривая советский период развития учения о юридических фактах, нельзя не отметить существенный вклад В.Б. Исакова, которому удалось консолидировать основные достижения в рамках данного учения и предложить его авторское системное видение. Ученый, при проведении данных исследований, усматривал свою основную задачу в раскрытии места юридических фактов в системе средств правового регулирования с учетом анализа выполняемых ими функций. Отдельное внимание было уделено значению юридических фактов в осуществлении управленческой деятельности социалистического государства.

Значимым достижением исследований В.Б. Исакова (особенно в аспекте исследования фактических общностей) стало введение в научный оборот понятия больших фактических систем. Особенно высоко данный факт оценивает А.А. Шафалович, которая связывает с этим начало очередного (третьего) этапа развития данного учения и видит в этом «прорыв, когда к теории юридических

фактов применили положения кибернетики и даже квантовой физики» (Shafalovich, 2016:27). В целом использование в праве идей системного подхода является следствием расширения использования соответствующего методологического подхода в различных областях научного знания. Естественно, что это наиболее наглядно проявляется в сфере естественных наук, однако метод системного анализа имеет значительный потенциал использования в социально-гуманитарной сфере.

Несмотря на столь высокое значение фактических систем для целей развития теории юридических фактов, вплоть до настоящего времени отсутствует какая-либо основательная научная разработка указанной категории. В научных работах можно встретить лишь эпизодическое упоминание о фактических комплексах и системах. Так, проблемы формирования фактических систем применительно к сфере земельного права отчасти были проанализированы такими исследователями, как: К.Х. Ибрагимов (Ibragimov, 2015:4—5), С.А. Чаркин (Charkin, 2011:48). Взаимосвязи юридических фактов материального и процессуального права, за счет которых образуется фактическая система, исследовались В.А. Белоусовым (Belousov, 2017:31—36). В целом можно говорить о необходимости комплексного и системного подхода к изучению фактических общностей.

Фактические составы как первичные фактические общности

Наступление юридических последствий правовыми нормами зачастую связывается не с одним индивидуальным юридическим фактом, а с целой их группой. Речь в данном случае идет о взаимосвязанной и взаимозависимой совокупности элементов, каждый из которых может рассматриваться в качестве единичного юридического факта. Соответственно этому можно говорить о совокупности фактов, диалектически связанных между собой, и в таком качестве образующих единое основание возникновения правовых последствий. Совокупность такого плана принято именовать фактическим составом. Фактический состав в этом смысле может рассматриваться как первичная общность юридических фактов. Количество элементов, образующих состав, может быть различным. Однако, как справедливо отмечено в научной литературе, указанные элементы должны в своей совокупности составлять определенную систему (Alekseev, 1982:179), элементы которой «связаны в пространстве и во времени, взаимообусловлены» (Isakov, 1984:24).

Категория фактического состава, наряду с юридическим фактом, выступает как фундаментальное понятие механизма правового регулирования общественных отношений. Значение фактических составов в системе государственно-правовых явлений постоянно возрастает. Это обусловлено развитием правовых моделей, выступающих в качестве «пускового механизма» действия права. Усложнение общественных отношений приводит к тому, что законодатель вынужден связывать определенные правовые последствия не с одним индивидуальным юридическим фактом, а с целой группой взаимосвязанных обстоятельств, каждый из которых может иметь значение юридического факта.

Фактические составы являются основанием возникновения, изменения и прекращения правоотношений, имеющих место в самых различных отраслях российского права. Вместе с тем значение и роль фактических составов в отдельных отраслях может быть различной. Так, В.К. Андрианов высказал справедливое суждение о том, что «юридические факты в уголовном праве имеют выраженную тенденцию к формированию фактических составов, а не к одиночному функционированию». Автор обосновывает это тем, что состав преступления представляет собой фактический состав, отсутствие которого влечет невозможность возникновения уголовной ответственности (Andrianov, 2013:10).

Наиболее обстоятельно в отечественной правовой науке к изучению фактических составов (понятия, содержания, связи между элементами состава и др.) подошел В.Б. Исаков. Данной тематике была посвящена его монография, изданная в 1980 г. (Isakov, 1980). В данном исследовании подчеркивается, что фактический состав выступает не просто как комплекс, а именно как система юридических фактов. К числу признаков, позволяющих рассматривать фактический состав в качестве системы, автор относит: 1) расчлененность состава на элементы; 2) наличие особого способа связи между элементами; 3) способ связи элементов определяет функционирование фактического состава как сложной системы; 4) в качестве системы фактический состав обладает новым интегральным качеством, не присущим его элементам; 5) фактический состав выступает как элемент более широкой системы юридических фактов — в масштабе института, отрасли и всего права в целом (Isakov, 1980:25—27). Системный характер фактического состава подчеркивался и иными учеными. С.С. Алексеев, к примеру, также рассматривал системность в качестве наиболее важной сущностной черты фактического состава. Она предопределяется тем, что «входящие в него жизненные обстоятельства образуют цельную систему» (Alekseev, 1982:179).

Элементами фактического состава могут быть как события, так и действия. Существенное значение в фактическом составе имеют правовые состояния, поскольку правовой результат, порождаемый фактическим составом, как правило, обусловлен появлением действий или событий «на фоне» определенных состояний, которым право придает юридическое значение.

Таким образом, под фактическим составом в настоящее время понимается система юридических фактов, предусмотренных нормами права в качестве основания для наступления правовых последствий (возникновения, изменения, прекращения правоотношения).

В научной литературе, рассматривая элементы фактического состава, дискутируется проблема, на первый взгляд не представляющая большой сложности. Это вопрос о том, все ли элементы фактического состава обладают качеством юридического факта. Правовое последствие является результатом действия всех элементов такого состава, однако они могут появиться (и в большинстве случаев так и происходит) в разное время. Следовательно, пока в реальной действительности не проявится последний из элементов состава, уже имеющиеся в нем факты не могут считаться юридическими. Они пока еще не порождают никаких юридических последствий. Вполне определенно об этом писал О.А. Красавчиков: «До тех пор, пока юридический состав не завершен в своем объеме

и содержания, до тех пор и составляющие его элементы остаются только фактами. Юридическими эти факты становятся только тогда, когда количественные изменения (накопления) в составе окончены и следуют изменения качественные... Отдельный факт не может быть рассматриваем как юридический, так как он является лишь частичкой, стороной общего состава, который в силу своей незавершенности еще не обладает юридическим характером» (Krasavchikov, 1958:62).

К.И. Комиссаров, признавая юридическим фактом только такой, вследствие которого непосредственно возникло соответствующее правовое последствие, в принципе отрицал само понятие фактического состава (Komissarov, 1971:73). С.Ф. Кечекьян не отвергал данную конструкцию и признавал, что основанием возникновения правоотношения может выступать совокупность фактов. Вместе с тем было отмечено, что только последний факт состава порождает правоотношение, вследствие чего только его и следует рассматривать в качестве юридического факта (Kechek'yan, 1958:160—161). Имеются подобного рода суждения и на современном этапе развития теории юридических фактов. Так, А.В. Коструба также пишет о том, что «юридические факты в фактическом составе не имеют самостоятельного правового значения» (Kostruba, 2011:23—24).

С подобным подходом, полагаем, согласиться нельзя. Действительно, фактические обстоятельства, рассматриваемые как единичные юридические факты, в рамках фактического состава появляются не одномоментно. Всегда имеется юридический факт, который замыкает цепочку и выступает в качестве обстоятельства, порождающего юридически значимые последствия. Однако придание такому обстоятельству акцентированного внимания может привести к нивелированию правового значения фактического состава в целом. Это, фактически, лишает какого бы то ни было значения (практического уж точно) саму конструкцию фактического состава. Становится непонятной роль предшествующих фактических обстоятельств и их значение для последующих правовых последствий. Теряется из виду связь, которая существует как между отдельными юридическими фактами внутри состава, так и с порождаемым ими правовым результатом. Ценность фактического состава как совокупности юридических фактов состоит в «синтезе определенного количества относительно самостоятельных юридических фактов, которые и составляют основу и содержание фактического состава» (Kostruba, 2011:24).

Лучшей наглядной иллюстрацией наличия подобного рода связей служит приведенный В.А. Беловым пример с русской народной сказкой о Репке. К ее вытягиванию привели старания не одной Мышки, а совместные усилия всех участников данного действия. Причем они были приложены не одномоментно, а последовательно накапливались и достигли критической массы только с появлением последнего участника — Мышки (Belov, 2016:41).

Видимо, такой же эффект должен наблюдаться и в результате накопления элементов фактического состава. Возникновение правовых последствий проявляет себя не в силу последнего по времени факта, а вследствие совместного действия всех юридических фактов, объединенных в состав. Только при этом

условии можно говорить о наличии как теоретического, так и практического значения данной правовой категории.

Большинство ученых рассматривают отдельные фактические обстоятельства, образующие взаимосвязанный состав, в качестве самостоятельных юридических фактов. Юридическое значение каждого из элементов состава, как минимум, видится в том, что с его наличием появляется возможность возникновения иных фактов. И так продолжается до тех пор, пока все элементы не будут собраны воедино. И.Б. Новицкий демонстрировал юридическую значимость отдельных фактов внутри фактического состава на примере сделок с отлагательным условием. При условном договоре неполный фактический состав уже имеет до наступления соответствующего условия и данный состав юридически связывает стороны в том плане, что они не могут единолично лишиться данного договора юридического значения (Novickii, 1954:49).

Более детально данную мысль развил В.Б. Исаков, который выделил специальные функции юридических фактов и связал их с той ролью, которую единичные юридические факты играют внутри фактического состава. Автор говорит о том, что юридические факты имеют свои функции не только в механизме правового регулирования, но и по отношению к иным фактам внутри фактического состава. Такие функции могут связываться с тем, что юридические факты могут вызывать «промежуточные правовые последствия (например, правообразовательного правомочия, предварительного организационного правоотношения) либо окончательных правовых последствий в целом» (Isakov, 1984:61).

Еще одним подходом в решении анализируемого вопроса является позиция Р.Х. Миннебаева, который предлагает разграничивать собственно юридические факты и юридически значимые факты. Так, например, автор разграничивает указанные понятия и рассматривает в качестве юридических фактов только такие юридически значимые обстоятельства, которые влекут правовые последствия в виде возникновения, изменения или прекращения правоотношений. Причем сами юридические факты подразделены на три группы, а именно: простые, сложные и комплексные. Под простыми понимаются такие, которые самостоятельно могут явиться основанием возникновения правоотношения. Если правовое последствие может быть вызвано только двумя или более юридически значимыми обстоятельствами (фактическим составом), то они в совокупности образуют сложный юридический факт. При этом автором особо подчеркивается, что каждое из составляющих юридического факта самостоятельным юридическим фактом не является. Комплексные юридические факты включают в себя несколько сложных (Minnebaev, 2020:47).

Вместе с тем Р.Х. Миннебаев на примере такого фактического состава, как состав преступления, исследует вопрос о «статусе» отдельных его элементов, а именно являются ли составляющие самостоятельными фактами или же признаками, свойствами и качествами главного факта в виде деяния. В конечном итоге автор приходит к выводу о том, что все элементы состава преступления, а также их составляющие, в частности:

1) объективная сторона (деяние, последствие, причинная связь, время, место, способ, обстановка);

- 2) субъективная сторона (вина, цель, мотив);
- 3) субъект (возраст, вменяемость и др.);
- 4) объект,

должны рассматриваться в качестве самостоятельных фактов, которые нуждаются в самостоятельном доказывании.

В связи с этим делается вывод о том, что «элементы состава юридического факта — это не признаки, свойства, качества и т. п. юридического факта, а самостоятельные юридически значимые факты» (Minnebaev, 2020:27—30).

Думается, что данный вывод следует поддержать. В том случае, если какое-либо обстоятельство, отражающее свойства или качества объекта (субъекта), имеет в правоприменительной деятельности самостоятельное значение, то оно должно рассматриваться как самостоятельный факт. Совокупность таких обстоятельств может и должна рассматриваться как фактический состав.

Единственное, что вызывает некоторые возражения в подходе Р.Х. Миннебаева, это то, что автор называет данные факты просто как юридически значимые, но не квалифицирует их как юридические факты. С учетом того, что совокупность таких юридически значимых обстоятельств образует, по мнению ученого, сложный юридический факт, то отсюда следует вывод о тождестве таких понятий, как состав юридического факта и фактический (юридический) состав. В этом автор находит поддержку профессора В.А. Толстик, который применительно к порядку накопления элементов фактического состава пишет, что «каждый в отдельности факт, независимо от того, какой он (промежуточный или завершающий), юридическим (способным породить правовые последствия) сам по себе не становится. Таковым можно признать только совокупность фактов (состав), которая и является юридическим фактом (моделью, закрепленной в праве)» (Tolstik, 2013:775).

Вышеизложенное дает основание говорить о том, что каждый из элементов фактического состава имеет правовое значение и не должен рассматриваться как абсолютно индифферентный к возможным правовым последствиям до того момента, пока состав не будет полностью сформирован.

Фактические системы как сложные фактические общности

Как уже было отмечено нами ранее, фактические составы являются далеко не самыми крупными объединениями юридических фактов. В качестве более объемных фактических общностей, как правило, рассматриваются фактические системы, включающие в свое содержание как единичные юридические факты, так и фактические составы. Общность юридических фактов, относящихся к определенной группе общественных отношений, не может не учитывать взаимосвязь и взаимозависимость общественных процессов и явлений. Вследствие этого можно говорить о наличии системных связей не только внутри отдельного фактического состава, порождающего конкретное и определенное правовое последствие.

Фактические системы охватывают достаточно большие группы общественных отношений, в силу чего отражают крупные срезы физической и социальной

реальности. Их исследование позволяет обнаружить новые грани в функционировании юридико-фактической основы правового регулирования. Возможность представления отдельной группы общественных отношений в качестве взаимосвязанного комплекса фактических обстоятельств может быть основана на базе диалектического учения о всеобщей связи предметов и явлений, а также их развитии. Расширение взгляда на отдельные участки физического бытия может способствовать выявлению более сложных взаимосвязей между явлениями и процессами. Это, в свою очередь, способно оказать комплексное воздействие для достижения запланированных изменений с помощью правовых средств.

Наиболее наглядно это проявляется при формировании программ развития отдельного сектора экономики, социальной или иной сферы. Например, для целенаправленного воздействия на развитие судебной системы была принята и реализуется федеральная целевая программа «Развитие судебной системы России на 2013—2020 годы». Данная программа представляет собой комплекс мероприятий, реализация которых направлена на повышение качества правосудия и эффективности рассмотрения судебных споров; обеспечение доступности и открытости правосудия; повышение авторитета судебной власти и иные цели, достижение которых приведет к повышению конкурентоспособности российской судебной системы в международном сообществе.

Система юридических фактов и фактических составов (фактическая система), объединенных единым предметом правового регулирования, выступает в качестве «рычага» для целенаправленного правового воздействия на общественные отношения с целью достижения определенного предполагаемого и желаемого результата. Правотворческая деятельность немислима без определения ценностных ориентиров, а также способов, средств и сроков достижения обусловленного результата (Azarhin, 2016:84—90; Tolstik, 2010:72—75). Отдельные юридические факты и их составы в этом аспекте могут иметь значение только при условии их представления в виде фактической системы как взаимосвязанного комплекса обстоятельств реальной действительности.

Кроме того, возможно и обратное действие. Системность общественных отношений отчасти обусловлена тем, что является отражением правового воздействия, основанного на системе права. В этом отношении вполне можно согласиться с мнением, согласно которому система правовых норм занимает особое место в общественных социальных системах, поскольку не просто наделена качеством простых организационных систем, но также и элементами органичных системных образований (Alekseev, 1974:13).

Функциональное назначение фактических составов связано с решением правоприменительных задач. Это обусловлено тем, что состав, также как и единичный юридический факт, традиционно рассматривается как основание возникновения правовых последствий. Однако выявление связей между элементами фактической системы, прежде всего, связано с систематизацией как права, так и законодательства.

Перед лицом законодателя всегда должно быть правильно сформированное представление о реально существующей фактической ситуации, требующей регулирования, а также мысленное предвосхищение тех изменений в ней, которых

необходимо добиться с помощью соответствующих правовых норм. Право в этом смысле является средством общественных изменений и поддержания соответствующего уровня правопорядка.

Вследствие этого можно говорить о том, что эффективность нормативной регламентации напрямую зависит от верности выбора тех признаков общественных отношений, которые будут выступать фактическим основанием предписанных правовых последствий. «Нынешний российский законодатель, исходя главным образом из практической целесообразности, наполняет тексты правовых актов нормами самой различной отраслевой принадлежности, ориентируясь в качестве системообразующих факторов на самые различные элементы общественных отношений. В качестве таковых может быть избран, к примеру, определенный вид человеческой деятельности, которая составляет материальное содержание соответствующих отношений либо объект данных отношений, либо их субъект» (Mavrin, 2003:211).

Как уже было отмечено, формирование эффективного законодательства должно осуществляться минимальными средствами. Для этого необходимо достичь определенного уровня системности в изложении нормативного материала. Такого рода системность является следствием целенаправленной правотворческой работы по формированию оптимального уровня абстрактности при должной степени детализации, как фактических предпосылок, так и правовых предписаний. При этом в нормах должны быть отражены и основные идеи, на базе которых выстраивается правовое регулирование определенной сферы общественных отношений (нормы-принципы), объяснены основные понятия, используемые в нормативном акте (дефинитивные нормы). Надлежащим средством создания законодательства, соответствующего указанным требованиям, является кодификация нормативного материала, которая справедливо признается высшей и наиболее ответственной формой систематизации законодательства.

Отрасли права обладают свойством предметного единства, что позволяет устранить фрагментарность и пробельность правового регулирования. Этому также может способствовать правильное определение признаков регулируемых отношений, однородные характеристики которых позволяют сформировать общие нормы для регулирования широкого круга родственных отношений, что становится возможным благодаря высокому уровню нормативных обобщений, который свойственен кодификации.

Совокупность общих норм рассматривается как общая часть. Она включает в себя нормативные предписания, которые имеют значение для всех общественных отношений, составляющих предмет данной отрасли. В общей части фиксируются принципы, присущие данной отрасли, ее предмет и специфика метода регулирования, задачи отрасли. Наличие общей части придает отрасли целостность и единство правового регулирования. Однако выделение общей части свойственно не только в отношении к отрасли, но также и к иным элементам системы права (например, подотраслям и даже отдельным правовым институтам). В этом отношении важно обратить внимание на то, за счет чего становится возможным обеспечивать должный уровень нормативных обобщений и какие элементы правовых норм подвергаются обобщениям.

Эмпирический анализ правовых норм, объединенных в кодифицированные нормативные акты, позволяет утверждать, что отдельные структурные их части группируются как за счет общности фактического основания, так и сходности порождаемых правовых последствий. Формирование отдельных разделов и глав в системе кодифицированного нормативного акта зачастую происходит в силу однородности правового результата действия нормы. Например, глава 59 ГК РФ («Обязательства вследствие причинения вреда») объединяет правовые нормы, которые в качестве правового последствия устанавливают обязанность субъекта возместить тот вред, который был причинен непосредственно им или иным лицом, и за действия которого ответственен обязанный. Этот же принцип положен в основу выделения и главы 14 ГК РФ («Приобретение права собственности»), которая обобщает правовые нормы, различные фактические основания которых приводят к одному и тому же последствию — возникновению у определенного субъекта права собственности на вещь. Вместе с тем следует отметить, что группировка правовых норм внутри указанных глав происходит за счет общности фактического основания.

Процесс формирования нормативных обобщений, следствием которых выступает выделение общей части определенной отрасли права, как правило, осуществляется по несколько иным соображениям. Выделение общих норм, на базе которых формируется общая часть, зачастую становится возможным за счет общности фактических предпосылок. В этом отношении полагаем справедливым мнение З.Д. Ивановой, которая отмечала, что «существуют юридические факты, являющиеся общими, обязательными элементом и для многих фактических составов» (Ivanova, 1980:34—36). Именно такого рода факты в большинстве случаев выступают в качестве фактического основания общих правовых норм.

В этой связи можно обратить внимание на то, что в общей части формируются обобщенные и систематизированные понятия о юридических фактах, которые сами по себе имеют вторичный характер по отношению к реальным фактическим обстоятельствам, их обусловившим. Речь идет о таких юридических фактах, которые характеризуются как производные с точки зрения порядка их формирования. Деление юридических фактов на первичные и производные (вторичные) основывается на теории первичных и производных правоотношениях. Критерием такого разграничения является социально-юридическая природа, как самих правовых отношений, так и соответствующих им юридических фактов.

Такой же принцип положен в основу деления на первичные и производные и юридических фактов. Например, факт недееспособности гражданина в правовом отношении можно рассматривать как вторичный (производный), поскольку он является средством правового обозначения совокупности реально наличествующих обстоятельств, а именно: наличия психического заболевания, вследствие которого гражданин не способен понимать значение своих действий и руководить ими, а также соответствующего судебного решения. Факт недееспособности как бы аккумулирует данные обстоятельства и позволяет оперировать им в качестве правового понятия без излишней детализации. И.А. Фаршатов, один из немногих авторов, специальным образом затронувший в своих работах данный вопрос, отметил, что первичные факты выступают в качестве

предпосылки новых фактов или, как бы увязываясь с ними в единый состав, создают условия возникновения, изменения или прекращения правоотношений (Farshatov, 1998:33). Е.Н. Горюнова, характеризуя соотношение первичных и производных юридических фактов, пишет, что в качестве критериев такого разграничения выступает содержание юридических фактов и их системность. Это заключается в том, что «в правовом регулировании есть такие фактические обстоятельства, которые как бы пирамидальны над первичными юридическими фактами, представляя их обобщенное и систематизированное выражение» (Goryunova, 2002:99). При этом обращает внимание на относительность первичности и производности фактов применительно к отдельным институтам или правовым отраслям. «Диалектика их такова, что первичные могут в определенных условиях стать производными, что особенно очевидно в сложных составах юридических фактов, где образуется сложная взаимообусловленная их связь» (Goryunova, 2002:98).

Цели формирования таких фактов могут быть различными, однако одной из наиболее значимых, по мнению В.В. Яркова, является цель экономии нормотворчества. «Использование производных юридических фактов, — пишет автор, — экономит место в нормативном акте, позволяет более сжато выражать заложенные в нем идеи законодателя, облегчает процесс правотворчества и последующую реализацию права» (Yarkov, 2012:547).

Изложенное позволяет утверждать, что знание об иерархии юридических фактов в фактической системе позволяет формировать общие правовые понятия, которые в свою очередь могут рассматриваться как производные юридические факты.

Таким образом, можно утверждать, что совокупность юридических фактов, рассматриваемая в качестве упорядоченной фактической системы, может служить целям правотворчества, в частности:

- 1) являться основанием формирования общей части структурных элементов системы права (отрасли, подотрасли, института);
- 2) выступать в качестве основания структуризации элементов системы права;
- 3) являться основанием формирования правовых понятий, которые могут квалифицироваться как производные юридические факты.

Однако значение фактических систем сводится не только к правотворческим целям. Правильно сформированное, качественное и непротиворечивое законодательство является одной из составляющих успешной правоприменительной деятельности. Правоприменительная квалификация только тогда может быть верной по существу, когда она в полной мере коррелирует замыслам правотворца. Соответственно этому построение большой фактической системы также служит и целям правоприменения.

Заключение

Основные положения теории юридических фактов к настоящему времени считаются разработанными в своих основах и на протяжении уже достаточно долгого времени остаются практически неизменными. В научной литературе

предложена периодизация, согласно которой в развитии данной теории выделяется три этапа. Первый связан с первоначальным становлением основных категорий и их исследованием в дореволюционной правовой науке, а также в первые десятилетия советского времени. Второй этап связывается с началом детального изучения природы и значения юридических фактов в трудах О.С. Красавчикова. начало третьего этапа было положено введением в научный оборот В.Б. Исаковым понятия больших фактических систем, охватывающих значительный объем взаимосвязанных фактических предпосылок (включая в качестве отдельных элементов как единичные юридические факты, так и целые составы). Вместе с тем данная правовая категория, также, как и родовое понятие — «фактические общности», не получили должного внимания со стороны исследователей в области права.

Формирование понятия «фактические общности» является логическим продолжением развития теории юридических фактов. Оно отражает взаимосвязанное объединение единичных юридических фактов, а также их фактических составов, являющихся основанием возникновения, изменения и прекращения правоотношений. Такие объединения могут иметь различный объем, вследствие чего их функциональное назначение также может отличаться.

Первичной фактической общностью следует рассматривать фактический состав, понятие о котором довольно быстро вошло в правовую науку. Состав представляет собой такую совокупность юридических фактов, которая выступает основанием правовых последствий только при наличии в реальной действительности всех фактических обстоятельств его составляющих. Функции фактических составов и единичных юридических фактов практически идентичны.

Фактический состав как совокупность фактов является далеко не предельным по объему объединением юридических фактов. В правовой плоскости возможно формирование и более крупных фактических общностей, которые, как правило, именуются фактическими системами. Фактические системы охватывают достаточно большие группы общественных отношений, в силу чего отражают крупные срезы физической и социальной реальности. Их исследование позволяет обнаружить новые грани в функционировании юридико-фактической основы правового регулирования.

References / Список литературы

- Agarkov, M.M. (1940) *Obligation under Soviet civil law*. Moscow, Yurid. izd-vo NKYU SSSR Publ. (in Russian).
Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1940. 192 с.
- Alekseev, S.S. (1982) *General theory of law*. Т. II. Moscow, Yuridicheskaya literatura Publ. (in Russian).
Алексеев С.С. Общая теория права: в 2 т. Т. II. М.: Юридическая литература, 1982. 360 с.
- Azarhin, A.V. (2016) Purpose and goal-setting in lawmaking as a criterion for the effectiveness of civil legislation. *Bulletin of the Volzhsky University im. V.N. Tatishcheva*. 2(1), 84—90. (in Russian).

- Азархин А.В.* Цель и целеполагание в правотворчестве как критерий эффективности гражданского законодательства // Вестник Волжского университета им. В.Н. Татищева. 2016. № 2. Т. 1. С. 84—90.
- Alekseev, S.S. (1974) Soviet law as a system: methodological principles of research. *The Journal Soviet state and law*. (11), 11—18. (in Russian).
- Алексеев С.С.* Советское право как система: методологические принципы исследования // Советское государство и право. 1974. № 11. С. 11—18.
- Andrianov, V.K. (2013) *Legal facts in criminal law*. Avtoref. Diss. ... kand. Legal of sciences. Moscow. (in Russian).
- Андреанов В.К.* Юридические факты в уголовном праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013. 27 с.
- Baron, Yu. (1898) *Roman civil law system*. General part. Translated by L. Petrazhitzky. Moscow, Типо-литография Kushnerev i K Publ. (in Russian).
- Барон Ю.* Система римского гражданского права. Общая часть / Пер. Л. Петражицкий. М.: Типо-литография Кушнерев и К, 1898.
- Belov, V.A. (2016) *Civil law*. Т. II. A common part. Book 2. Faculties: textbook for academic undergraduate and graduate programs. Moscow, Yurait Publ. (in Russian).
- Белов В. А.* Гражданское право. Т. II. Общая часть. Книга 2. Факты: учебник для академического бакалавриата и магистратуры. М.: Издательство Юрайт, 2016. 497 с.
- Belousov, V.A. (2017) Correlation and interrelation of legal facts of substantive and procedural law. *Bulletin of the Penza State University*. 2 (17), 31—36. (in Russian).
- Белусов В.А.* Соотношение и взаимосвязь юридических фактов материального и процессуального права // Вестник Пензенского государственного университета. 2017. № 2 (17). С. 31—36.
- Charkin, S.A. (2011) Legal facts as grounds for the emergence, change and termination of land legal relations. *Gaps in Russian legislation*. (6), 45—49. (in Russian).
- Чаркин С.А.* Юридические факты как основания возникновения, изменения и прекращения земельных правоотношений // Пробелы в российском законодательстве. 2011. № 6. С. 45—49.
- Dvoreckaya, A.A. (2007) The problem of independence of the modern theory of legal facts. *Bulletin of the Belarusian State Economic University*. (3), 95—97. (in Russian).
- Дворецкая А.А.* Проблема самостоятельности современной теории юридических фактов // Вестник Белорусского государственного экономического университета. 2007. № 3. С. 95—97.
- Dernburg, G. (1906) *Pandekty*: Translation from German. A common part. Т. 1. Sokolovsky P. (eds.). Moscow, Univ. tip. Publ. (in Russian).
- Дернбург Г.* Пандекты: Перевод с немецкого. Общая часть. Т. 1 / Под ред.: П. Соколовский. М.: Унив. тип., 1906. 481 с.
- Ibragimov, K.H. & Ibragimova, F.K. (2015) A complex of legal facts as a prerequisite and basis for the emergence of modern land legal relations. *Agrarian and Land Law*. 4 (124), 4—11. (in Russian).
- Ибрагимов К.Х., Ибрагимова Ф.К.* Комплекс юридических фактов как предпосылки и основания возникновения современных земельных правоотношений // Аграрное и земельное право. 2015. № 4 (124). С. 4—11.
- Ivanova, Z.D. (1980) Legal facts and the emergence of subjective rights of citizens. *The Journal Soviet state and law*. (2), 31—40. (in Russian).
- Иванова З.Д.* Юридические факты и возникновение субъективных прав граждан // Советское государство и право. 1980. № 2. С. 31—40.
- Ioffe, O.S. (1949) *Legal relationship under Soviet civil law*. Leningrad, Leningrad State University Publ. (in Russian).
- Иоффе О.С.* Правоотношение по советскому гражданскому праву. Л.: Изд-во Ленинградского ун-та, 1949. 144 с.

- Isakov, V.B. (1980) *Actual composition in the legal regulation mechanism*. Saratov, Saratov State University Publ. (in Russian).
Исаков В.Б. Фактический состав в механизме правового регулирования. Саратов: Изд-во Саратовского государственного университета, 1980. 128 с.
- Isakov, V.B. (1984) *Legal facts in Soviet law*. Moscow, Yuridicheskaya literatura Publ. (in Russian).
Исаков В.Б. Юридические факты в советском праве. М.: Юридическая литература, 1984. 144 с.
- Farshatov, I.A. (1998) Derivative legal relationships. *State and Law*. (3), 28—34. (in Russian).
Фаршатов И.А. Производные правоотношения // Государство и право. 1998. № 3. С. 28—34.
- Goryunova, E.N. (2002) *Dialectics of legal facts in the system of legal norms*. Belgorod, Vezelica Publ. (in Russian).
Горюнова Е.Н. Диалектика юридических фактов в системе правовых норм. Белгород: Везелица, 2002. 299 с.
- Kechek'yan, S.F. (1958) *Legal relations in a socialist society*. Moscow, AN SSSR Publ. (in Russian).
Кечекьян С.Ф. Правоотношения в социалистическом обществе. М.: Изд-во АН СССР, 1958. 187 с.
- Komissarov, K.I. (1971) Law enforcement activity of the court in the Soviet civil procedure. *The Journal Soviet state and law*. (3), 71—77. (in Russian).
Комиссаров К.И. Правоприменительная деятельность суда в советском гражданском процессе // Советское государство и право. 1971. № 3. С. 71—77.
- Kostruba, A.V. (2011) Functions of legal facts in the mechanism of legal regulation of property relations. *Notary*. (5), 22—26. (in Russian).
Коструба А.В. Функции юридических фактов в механизме правового регулирования имущественных отношений // Нотариус. 2011. № 5. С. 22—26.
- Krasavchikov, O.A. (1958) *Legal facts in Soviet civil law*. Moscow, State publ. of legal literature. (in Russian).
Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. М.: Государственное издательство юридической литературы, 1958. 184 с.
- Mavrin, S.P. (2003) On the role of the method of legal regulation in the structuring and development of positive law. *Pravovedenie*. (1), 205—216. (in Russian).
Маурин С.П. О роли метода правового регулирования в структурировании и развитии позитивного права // Правоведение. 2003. № 1. С. 205—216.
- Minnebaev, R.H. (2020) Theoretical problems of optimization of actual compositions. Moscow, YUrlitininform Publ. (in Russian).
Миннебаев Р.Х. Теоретические проблемы оптимизации фактических составов. М.: Юрлитинформ, 2020. 184 с.
- Novickij, I.B. (1954) *Transactions. Limitation of actions*. Moscow, Gosyurizdat Publ. (in Russian).
Новицкий И.Б. Сделки. Исковая давность. М.: Госюриздат, 1954. 247 с.
- Shafalovich, A.A. (2016) Stages and forecast of the development of the theory of legal facts. *Pravo.by*. (6), 25—29. (in Russian).
Шафалович А.А. Стадии и прогноз развития теории юридических фактов // Право.by. 2016. № 6. С. 25—29.
- Tolstik, V.A. (2013) The composition of a legal fact as a kind of legal structure. *The Journal Legal technique*. 7 (2), 770—776. (in Russian).
Толстик В.А. Состав юридического факта как разновидность юридической конструкции // Юридическая техника. 2013. № 7. Ч. 2. С. 770—776.
- Tolstik, V.A. & Azarhin, A.V. (2010) Some theoretical and methodological problems of goal-setting in legislation. *Bulletin of the Saratov State Academy of Law*. 6 (76), 72—75. (in Russian).

Толстик В.А., Азархин А.В. Некоторые теоретико-методологические проблемы целеполагания в законодательстве // Вестник Саратовской государственной академии права. 2010. № 6 (76). С. 72—75.

Yarkov, V.V. (2012) *Legal facts in the civil process*. Moscow, Infotropik Media Publ. (in Russian).
Ярков В.В. Юридические факты в цивилистическом процессе. М.: Инфотропик Медиа, 2012. 608 с.

Об авторе:

Цуканова Елена Юрьевна — кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры гражданского права и процесса, юридический институт, Белгородский государственный национальный исследовательский университет; 308015, Российская Федерация, г. Белгород, ул. Победы, д. 85

ORCID ID: 0000-0003-4072-8218; SPIN-код: 9132-6953

e-mail: tsukanova@bsu.edu.ru

About the author:

Elena Yur'evna Tsukanova — Candidate of Legal Sciences, associate professor the Department of Civil Law and Procedure, Law Institute, Belgorod National Research University; 85 Pobeda Street, Belgorod, the Belgorod region, 308015, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0003-4072-8218; SPIN-code: 9132-6953

e-mail: tsukanova@bsu.edu.ru

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-414-433

Research Article

University codes of ethics: Legal nature and regulatory effect

Maria M. Panarina*, Olga V. Fonotova

National Research University Higher School of Economics (NRU HSE),
Moscow, Russian Federation,
*mmpanarina@hse.ru

Abstract. The issues of determining the subject of the code of ethics of a higher educational institution, identifying its legal characteristics, as well as the particularities of applying this regulator of relations are yet to be studied in Russia. In order to fill the gap in legal knowledge, we have made an attempt, starting with the analysis of the ethics of education in the broad sense, to generalize the Russian and foreign experience in adopting and applying codes of ethics and offer a modern vision of the essence and regulatory function of ethical codes in the practice of educational institutions. The study was conducted using general scientific and special methods of cognition: logical, functional, systemic-structural, methods of generalization, synthesis, induction, and deduction. Certain material conclusions are made based on the sociological research method. The code of ethics of a higher educational institution is a code of conduct for a good faith participant in the educational process. The code is a compromise between different types of ethics: that of a teacher and a student, of a student and an administrative employee. In this regard, the process of discussing specific practical cases and reflection in the code of effective scenarios of interaction between the parties in critical situations are of particular value. In their legal essence, codes of ethics are normative acts, but traditionally they are not regarded as legal acts, as they are adopted by bodies of professional communities and are not often supported by the power of state coercion.

Key words: higher education, ethics of science, ethics of education, code of ethics, University code of ethics

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

The participation of the authors: Panarina M.M. — introduction, search, analysis and scientific elaboration of the materials, general overview, conclusion; Fonotova O.V. — search for materials, legal analysis, conclusions, structure and editing, translation of the article into English.

Article received 2nd November 2020

Article accepted 15th April 2021

For citation:

Panarina, M.M., Fonotova, O.V. (2021) University codes of ethics: Legal nature and regulatory effect. *RUDN Journal of Law*. 25 (2), 414—433. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-414-433

© Panarina M.M., Fonotova O.V., 2021



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

Университетские кодексы этики: правовая сущность и регулирующее воздействие

М.М. Панарина*, О.В. Фоновина

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»,
г. Москва, Российская Федерация,
*mmpanarina@hse.ru

Аннотация. Вопросы определения предмета этического кодекса высшего учебного заведения, выявления его правовых характеристик, а также особенности применения на практике являются малоизученными в России. С целью восполнить отмеченный пробел в правовом знании мы предприняли попытку, начав с анализа этики образования в широком смысле, обобщить российский и зарубежный опыт внедрения кодексов этики и предложить современное видение сущности и регулятивной функции этических сводов. Исследование проведено с использованием общенаучных и специальных методов познания: логического, функционального, системно-структурного, методов обобщения, синтеза, индукции и дедукции. Ряд значимых выводов сделан с опорой на социологический метод исследования. Этический кодекс вуза — это свод правил поведения добросовестного участника образовательного процесса. Кодекс является удачным «компромиссом» между разными видами «этик»: преподавателя и студента, студента и работника администрации. В этой связи особую ценность приобретает процесс обсуждения сценариев поведения участников отношений в критических ситуациях и закрепление наиболее эффективных выработанных подходов в кодексе. По своей юридической сути этические кодексы являются нормативными, но, как правило, неправовыми актами, поскольку они принимаются органами профессиональных сообществ и часто не подкрепляются силой государственного принуждения.

Ключевые слова: высшее образование, этика науки, этика образования, этический кодекс, кодекс этики вуза

Конфликт интересов. Авторы заявляют об отсутствии конфликта интересов.

Информация о вкладе авторов: Панарина М.М. — введение, поиск, анализ и научная проработка материалов, общий обзор, заключение; Фоновина О.В. — поиск материалов, правовой анализ, выводы, структура и редактирование текста, перевод статьи на английский язык.

Дата поступления в редакцию: 2 ноября 2020 г.

Дата принятия к печати: 15 апреля 2021 г.

Для цитирования:

Panarina M.M., Fonotova O.V. University codes of ethics: Legal nature and regulatory effect // RUDN Journal of Law. 2021. Т. 25. № 2. С. 414—433. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-414-433

“Our fate depends on our manners”.

Cornelius Nepot, Roman historian

Introduction

The key task of practical ethics is to adapt individual behavior to permissible, acceptable forms of activity in specific areas of social life and to create an effective and predictable common model of behavior for all those involved in such interaction. Such

benchmarks are set by codes of ethics: business ethics, ethics of consulting services, judicial ethics, medical ethics, teaching ethics, *etc.* (Botavina, 2003). The rapid development of specialized codes of ethics is linked to globalization, growing specialization of the economy, the need to regulate new types of social relations and development of the autonomy of will of the participants in such relations.

Ethics codes of universities come as a response to the need to regulate the diversity of relationships that emerge in the higher education and academic environment. Codes of ethics are designed to establish basic moral guidelines (norms and rules of conduct) for students in the process of university studies and to administer the activities of university staff. Unlike corporate codes of ethics common in the business community, university codes represent both professional and corporate (Zaporozhec, 2011) codification (Apresyan, 2009), while remaining *codes of honour* (see, for example, RUDN Faculty Code of Honour¹, Code of Honour of Kazakh National Agrarian University²). Moral standards of the university environment, based on university spirit and traditions, serve as an indispensable moral reference point for codifications. Belonging to the university community, honouring teachers and *alma mater* by students are all an integral part of university ethics.

At the same time, the university is no longer perceived as a closed center of education and science, but as an active platform accessible to a wide range of researchers, a *research and education corporation* (Bakshtanovsky, Bogdanova & Sogomonov, 2009), an open platform for education in many fields. The latter is achieved, among other things, through the intensive development of distance and online education.

We are confident that in today's conditions of higher education institutions (hereinafter — HEI)' development, given the wide range of tasks that universities face, a special mission is assigned to the HEI's code of ethics. Now it is not only a document formally fixing the rights and obligations of the participants in the educational process, but also an ideological text, a declaration of principles, a high reference point for the HEI's partners and society; it outlines the essence of the university in general, the directions of its development and the prospects of interaction with it.

Two key functions of higher education institutions' codes of ethics can be described as *reputational* and *managerial*. The first one is called to build and maintain the corporate culture, traditions, and image of the university. The second function focuses on creating a normative framework for governance and coordinating the university's internal activities. Thus, the reputational function is mainly aimed at having an external effect, an impact with centrifugal force, while the managerial function addresses the internal organizational processes.

With the enhanced role and presence of universities in society, including through digitalization of educational processes and the trend for greater openness of formerly closed academic structures, it seems that the reputational function of codes of ethics will occupy central place in universities' system of ethical standards. The higher

¹ RUDN Faculty Code of Honour. Available at: <http://www.rudn.ru/u/www/files//kodeks-chesti-prepodavatelya-rudn.pdf> [Accessed 07th February 2021].

² Code of Honour of Kazakh National Agrarian University. Available at: http://www.kaznau.kz/page/kyzmetkerler/?var=okytushylardyn_arnamys_kodeksi_565&lang=ru [Accessed 07th February 2021].

education institution is becoming actively involved in economic processes. It is no longer a bystander, protected by the cloak of a strong state, but an active economic actor. Like any business corporation, HEI must take care of its status, fight for competitiveness, strive to climb up in ratings, and be ready to respond to many other social and economic challenges of local and international origin. The experience of international corporations shows that introduction of a code of ethics is one of the most effective and at the same time harmonious ways of solving complex problems³.

In our opinion, there is a progressive trend towards comprehensive improvement in regulating moral aspects of educational organizations' activities. Along with codes, universities in general are developing ideas of ethical regulation and formation of special bodies: ethical committees and commissions, academic ethics commissions⁴.

Drafting and publishing the text of a code of ethics for higher education institutions is not an end in itself. Of particular significance is the process of implementing and the actual impact of the codified guidelines on specific life situations; effective mechanisms for resolving problems and conflict become especially valuable. For example, the codes and accompanying documents detail effective algorithms for responding to the typical complaints and requests of participants in the educational process. This reveals the need to find common ground for different types of *ethics* (of a teacher and a student, of a student and an administration employee) in an attempt to find a compromise solution (Weingartner, 1999) and, finally, to maintain a balance of interests of all those concerned.

The basis of our research is the *theory of communicative action* developed by Jürgen Habermas in 1981 (Habermas, 1983). The theory involves search for optimal ways of mutual understanding, which is only possible when the community itself creates conventional rules of interaction. Consequently, the provisions of a HEI code of ethics are formed in the process of communication between the participants of the educational process and are fixed in the practice of their relations.

We have also drawn on the work of van Nuland on ethical principles, professional ethics and sets of beliefs⁵, as well as Poisson's writings on ethical norms and values⁶.

³ For example, the practice of Apple Inc. to create effective mechanisms to enhance its international reputation (following the tragic events at the corporation's supplier factories in China in early 2012) included the consistent introduction of a code of ethics to govern relationships within the corporation and in the supply chain. This experience has been repeatedly described in literature, see: (Miller & Meredith, 2013) *Corporate Codes of Conduct and Working Conditions in the Global Supply Chain: Accountability Through Transparency in Private Ordering* (October 20, 2013). Presented at 2013 West Virginia University College of Law as part of a conference titled "Business and Human Rights: Moving Forward, Looking Back". Available at: <https://ssrn.com/abstract=2342756> [Accessed 07th February 2021].

⁴ For example, on June 4, 2011 the Academic Ethics Commission of the Academic Council of the Higher School of Economics was created. Available at: https://www.hse.ru/us/academic_ethics [Accessed 08th February 2021].

⁵ Nuland, S. (van) (2009) *Teacher Codes: Learning from Experience*. International Institute for Educational Planning (IIEP), UNESCO [online]. Available at: <https://rm.coe.int/tom-2-/168074cc74> [Accessed 30th October 2020].

⁶ Poisson, M. (2009) *Guidelines for the Design and Effective Use of Teacher Codes of Conduct*. International Institute for Educational Planning (IIEP), UNESCO [online]. Available at: <https://rm.coe.int/tom-2-/168074cc74> [Accessed 30th October 2020].

It is worth noting that codes of ethics are currently being studied by philosophers (Safonov, 2013), sociologists (Tuguz & Lyausheva, 2013), philologists (Gulius, 2015), psychologists⁷, specialists in technical sciences (Sidorin & Sidorin, 2015) and other academics. However, the legal component seems to have been undeservedly neglected and fallen out of the research focus.

The university code of ethics remains an understudied phenomenon in Russian legal science, despite the diversity of relations regulated by it. A striking exception is the recent study of the legal nature of codes of ethics as a legal means of combating corruption, carried out by the Russian Academy of Sciences corresponding member A.V. Gabov and professor O.A. Yastrebov (Gabov & Yastrebov, 2020). The relevance of the legal research undertaken by us is confirmed by the wide range of addressees and significant scope of areas covered by the higher education organizations' ethics codes. The lack of a developed approach to the legal nature and mechanism of the regulatory impact of the rules of conduct presented in ethical codes significantly hinders the active development of such means of non-governmental regulation of social relations. Our study has been undertaken to fill in this gap.

University Codes of Ethics: Essence and Legal Nature

Ethical principles of education have been one of the central themes of philosophical debate for centuries. Ethics of education looks at the habitual behaviors that participants in educational interactions adhere to.

In the nineteenth and twentieth centuries university ethics and key values of the university were studied by authoritative researchers, including foreign scholars such as R.W. Barnett, M. Weber, J. Derrida, F. Nietzsche, X. Ortega y Gasset, L. Feuerbach, J.-H. Fichte, A.A. Fischer, M. Heidegger, G. Heimpel, G. Schneidlbach, A. Schopenhauer, K. Jaspers, and Russian scholars such as S.S. Uvarov and others (Savvina, 2011). In the USA, John Dewey exercised a significant influence on the development of ethical ideas about education, including higher school (Crosser, 1955; Goode, 1957).

The second quarter of the twentieth century is characterized by the increased attention that the American academic and business communities pay to ethical issues. As early as 1926, Edgar Heermans explored the code of ethics as a tool for raising the level of moral values in society (Heermance, 1926).

From a legal perspective, codes of ethics are normative regulators. However, they are not traditionally regarded as *legal* acts and/or sources of law, as they are not adopted by state law-making bodies but by the professional community and are mainly aimed at regulating intra-organizational relations. This does not mean that their social impact is insignificant. On the contrary, the history of law is aware of cases where the norms of codes of ethics have become so relevant and significant that they have *spilled over* into law. Among the acts of this kind are the Model Code of Ethics and Official

⁷ Druzhilov, S.A. (2015) Social and Psychological Problems of University Intellectuals in the Time of Reforms: the Teacher's View. Montreal, Accent Graphics Communications, T/O "NEFORMAT" [online]. Available at: <https://libs.ru/book/355447/read/> [Accessed 30th October 2020]. (in Russian)

Conduct of Civil Servants of the Russian Federation⁸, the Code of Judicial Ethics⁹, and the Code of Professional Ethics of an Advocate¹⁰. The examples mentioned are professional rules. The professional requirements set out in such documents are standardized at the level of generally binding behavioural patterns. The joint conclusion by corresponding member of the Russian Academy of Sciences A.V. Gabov and professor O.A. Yastrebov is of particular importance in this respect; according to the authoritative researchers, the anti-corruption provisions included in the codes of ethics in higher education are currently developing into legal norms (Gabov & Yastrebov, 2020).

A person should perceive an ethical rule as a value for himself or herself and for society in general to properly follow it. In academia, this perception stems from the need for order and intrinsic motivation and is conditioned by the reasonableness of rule application for employee and other members of the university community. Karl Marx wrote: “No one can do anything without doing it, at the same time, for the sake of any of his needs...” (Marx & Engels, 1956). Max Weber pointed out the need for *deterministic interest* if the behavior of the actor (participant) is to be instrumentally oriented. He noted, “if the mutually oriented social actions of individuals are performed regularly, then the regularity of these social ties must be conditioned by something...” (Weber, 1990). The concept of order presupposes typical patterns of behaviour that individuals follow and are guided by. It turns out that the university community should perceive the ethical norm as an important part of the legal and corporate culture for the norm to be respected in the most effective way. This idea is supported by the fact that university community follows the subjective determination and is aware of the importance of the norm in question for the whole society. Thus, the mechanism of an ethical rule is linked to the need for order, for a known course of action, which is embedded in the consciousness of an individual or a group of people.

A rule of the ethics code, unlike a habit, contains a so-called *prescriptive* component. The behavior set out in the code should be adhered to by all members of the university community, while breach of the relevant rule may lead to sanctions, including public censure, negative impact on a person’s reputation, disciplinary measures, termination of employee’s contract. A vivid illustration of the above feature of codes of ethics is the Student Code of Ethics of Plekhanov Russian University of Economics. This document contains the following rules: “1. For systematic or gross violations of the provisions of this Code, the Student Council can apply various forms of moral penalties to the violators. The University administration shall be entitled at its own discretion to impose disciplinary actions against the violators of the provisions of this Code as provided by the Charter and the University’s internal regulations. 2. The community of students shall have the right to establish on their own initiative arbitration tribunals, courts of honor to resolve situations related to violations of the provisions of

⁸ Model Code of Ethics and Official Conduct of Civil Servants of the Russian Federation. Available at: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_113505 [Accessed 07th February 2021].

⁹ Code of Judicial Ethics. Available at: <http://www.ksrf.ru/ru/Info/LegalBases/Kodeks/Pages/default.aspx> [Accessed 07th February 2021].

¹⁰ Code of Professional Ethics of an Advocate. Available at: <https://fparf.ru/documents/fpa-rf/documents-of-the-congress/the-code-of-professional-ethics-of-lawyer/> [Accessed 07th February 2021].

this Code”¹¹. This example shows that the sanctioning component of the Code of Ethics focuses on coercive measures, which are more of a social than legal nature.

Educational institution is a special academic environment whose social influence can extend far beyond the boundaries of an individual HEI. The Charter (Code of Ethics) of the Higher School of Economics’ employees (hereinafter — the Charter of HSE employees) correctly identifies the global role of ethical rules: “...these rules govern our own activities, our interaction with other employees and students, our behaviour towards the University and towards society as a whole”¹².

University is a complex community, a *living organism*. At different stages of university development, different forms of interaction between the participants of academic and related processes are formed and evolve. It should be noted that such interaction actors may not have a direct connection with the university but be involved in the processes taking place in the university environment. University partners that conclude cooperation agreements with the university, representatives of public and governmental organizations that officially address the university administration, a prospective applicant interested in the rules of admission to university — all these persons and many others act within a certain regulatory system of rules established *for universities*, as well as formulated *by university* itself.

Primarily, we are talking about legal regulation in its classical sense, *i.e.*, about federal legislation¹³, legislation of constituent entities of the Russian Federation (hereinafter — RF)¹⁴, and/or normative legal acts of executive authorities¹⁵. In addition, non-state regulating acts, including charters of educational institutions, codes of ethics and local regulations, make a significant contribution to creating a regulatory framework for relations in the academic and near-academic environment.

Codes of ethics are discussed and drafted by a range of specialists: experts in the relevant field, representatives of employers’ associations and trade unions, employees of educational, scientific, and other institutions and organizations, lawyers and other interested persons. Draft codes are subject to expert review for compliance with laws and regulations¹⁶. These complicated *technological* features of codes formation testify to high standards set by society to such regulatory acts and to high standards of legal technique in drafting them.

¹¹ Student code of ethics Russian University of Economics. G. V. Plekhanova. Available at: <https://www.rea.ru/ru/org/branches/kursk/Pages/kodeks-studenta.aspx> [Accessed 07th February 2021].

¹² Charter (code of ethics) for HSE employees. Available at: <https://www.hse.ru/our/news/376333150.html#code> [Accessed 07th February 2021].

¹³ Federal Law No. 273-FZ On Education in the Russian Federation of December 29, 2012. Hereinafter, if the source or pages of the publication are not mentioned, it means that its electronic text (or source), included in the Consultant Plus database, was quoted.

¹⁴ Law No. 828-KZ of December 29, 2004 On Education of Krasnodar Krai; Law No. 12-2674 of December 3, 2004 On Education of Krasnoyarsk Krai; Law of Kursk Region No. 13-ZKO of February 17, 2000 On Education in Kursk Region.

¹⁵ Resolution No. 295 of the Government of the Russian Federation of April 15, 2014 On Approval of the State Program of the Russian Federation ‘Development of Education’ for the years of 2013 — 2020.

¹⁶ Order of the Ministry of Labor of Russia No. 671n of September 30, 2014 On Approval of Methodological Recommendations on the Organization of Professional and Public Discussion and Expertise of Draft Professional Standards.

This, however, does not necessarily imply that a set of ethical rules should inevitably be given the force of a legal act. From the analysis of the set of ethical regulations, we conclude that a code of ethics in an educational institution is a general concept of an average conscientious participant's behaviour in a particular situation during educational process. Following this approach, university codes of ethics do not require them to be given the force of a local normative (legal) act, as they do not conflict with the legal system, but only complement, enhance its effectiveness on social relations in socio-economic and moral aspects. To illustrate the idea, the Charter of HSE employees declares: "The Charter is not a local normative act of the University and has the nature of a convention (general agreement) adopted by its staff as a basis for individual and joint actions..., violation of the ethical standards formulated in the Charter does not in itself entail disciplinary responsibility, but is censured by the university community..., conscious or systematic violation of the Charter is considered an act of contempt to colleagues and disagrees with the University interests"¹⁷.

International Practice of University Codes of Ethics' Implementation

In developed foreign countries, the practice of codifying academic ethics has deep historical roots. In the United States of America, the birth of ethical codes is associated with the American Association of University Professors (AAUP)¹⁸. Founded in 1915, the Association helped to shape American higher education by developing standards and procedures to support the quality of education and academic freedom in US colleges and universities. In the first half of the twentieth century, the Association established the Council on University Ethics, chaired by John Dewey, and produced several professional and ethical documents. However, the modern foundations of academic ethics as a system of regulation were laid in the 1966 Statement on Professional Ethics. This authoritative document, subsequently revised in 1987 and 2009, declares the basic standards of conduct for North American academics, given the diverse responsibilities associated with this professional role¹⁹.

Foreign academic literature captures strong interest of contemporary researchers in the ethical component of the educational process in foreign HEIs and the ways of its implementation in the academic environment. In his publication British researcher J. Moore notes that practice of adopting codes of ethics in the UK universities has become widespread. He draws attention to the fact that the current framework of university ethical policy is based on generally accepted corporate practice of implementing codes of ethics and goes far beyond the traditional emphasis on research ethics. Furthermore, the author points out that such regulatory acts are introduced simultaneously with accompanying mechanisms to ensure practical implementation of ethical rules (Moore, 2006).

¹⁷ Charter of HSE. Available at: <https://www.hse.ru/our/news/376333150.html#code> [Accessed 07th February 2021].

¹⁸ Ethical codes is associated with the American Association of University Professors (AAUP). Available at: <https://www.aaup.org/> [Accessed 07th February 2021].

¹⁹ Statement on Professional Ethics. Available at: <https://www.aaup.org/NR/rdonlyres/DCB2B487-5ACF-400C-BCAA-118A27788B57/0/EthicsStmnt.pdf> [Accessed 07th February 2021].

US legal scholars highlight the importance of university codes of ethics in resolving global problems that extend well beyond the university walls. In his research on the effectiveness of universities' ethical standards in fighting corruption, a Texas based scholar V. Johnson asserts that a code of ethics is not just desirable; it is an essential element of *best practice* to achieve tangible results in anti-corruption efforts (Johnson, 2012).

Academic ethics in its codified embodiment has become a hot research topic not only in developed countries but also in developing jurisdictions. For example, we have encountered rather interesting publications on this theme by academics in Pakistan (Hamza & Ahmed, 2016) and India (Sharma & Kapoor, 2013). The papers emphasize the special role of codes of ethics in the academic environment in these countries and identify the specific benefits of introducing such regulation at the university level.

Educational organizations around the world have developed and enacted codes of ethics or other acts of ethical concern in recent decades. Codes of ethics or codes of conduct in academia have been adopted by many (if not all) leading HEIs, including Harvard University (2014)²⁰, California Institute of Technology (2002)²¹, Cornell University (1997)²², Stanford University (2007)²³, Swiss Federal Institute of Technology (2007)²⁴ and others. An important motivation for global HEIs is the university ranking system: the functioning of the ethical regulatory framework at the HEI is considered, among other things, when assigning ratings.

It is interesting to note the heterogeneity of the contents of the above-mentioned codes and differences in their mechanism of action. Some codes are detailed, complex documents, while others are acts of a general nature, articulating aspirational guidelines. For example, the set of ethical regulations at Harvard University consists of several documents. The Code of Ethics contains the basic principles of academic ethics which are binding for faculty members and students (*e.g.*, it deals with academic honesty, respect for independence in academic work, prohibition of unwarranted borrowing of others' research results, *etc.*). A separate code of conduct for students includes guidelines for creating a safe environment in the university: respect for private property, prohibition of possession and consumption of alcohol, *etc.*

Most of the codes are supplemented by regulations prescribing the establishment of specialized services and structures at different levels to deal with critical situations. Ethics acts in foreign universities are supported by an internal system of ethical

²⁰ Harvard Honor Code. Available at: <https://honor.fas.harvard.edu/honor-code> [Accessed 07th February 2021].

²¹ A Code of Ethics for Caltech. Doing Business. The Caltech Way: An Ethics Handbook. Available at: http://codeofconduct.caltech.edu/documents/1-caltech_statement_on_ethical_conduct-april_2014.pdf [Accessed 07th February 2021].

²² Code of Academic Integrity. Available at: <https://www.library.cornell.edu/research/citation/code>. [Accessed 07th February 2021].

²³ University Code of Conduct. Available at: <https://adminguide.stanford.edu/chapter-1/subchapter-1/policy-1-1-1> [Accessed 07th February 2021].

²⁴ Weisungen betreffend Meldungen von Angehörigen der ETH Zürich zu rechtlich und ethisch unkorrektem Verhalten. Available at: http://www.rechtssammlung.ethz.ch/pdf/130.1_weisungen-unkorr-Verhalten-ETHZ.pdf [Accessed 07th February 2021].

regulation and response. Such system is represented by specially formed internal bodies (committees, commissions, *etc.*) for ethics, applied ethics research centers, complaints acceptance services, ethics hotlines and other institutionalized mechanisms of comprehensive impact.

In regulating ethical issues in education, international instruments of non-state origin play a special role. Among them, the following instruments stand out: 2004 EI Declaration on Professional Ethics (authored by Education International — the federation of teachers' trade unions); 2012 IAU-MCO Guidelines for an Institutional Code of Ethics in Higher Education (by the International Association of Universities and Magna Charta Observatory); 2004 Bucharest Declaration concerning Ethical Values and Principles in Higher Education in the Europe Region (adopted at the International Conference on Ethical and Moral Dimensions for Higher Education and Science in Europe by the UNESCO European Centre for Higher Education (UNESCO-CEPES)); UNESCO 1997 Recommendation concerning the Status of Higher Education Teaching Personnel; 2005 European Charter for Researchers and Code of Conduct for the Recruitment of Researchers (adopted by the European Commission).

According to these documents, university instructors shall conduct their professional activity in full compliance with ethical and professional standards. Such activity should, wherever possible, address contemporary problems facing society and preserve the historical and cultural heritage of society. Some ethical standards were recommended by UNESCO “as a basis for developing an ethical code of conduct for the teaching profession”.

Features of Russian Jurisprudence on Ethics-Related Disputes

Practice shows that Russian courts have difficulties in determining the legal nature of ethical rules. Because of this, judicial practice on disputes relating to violations of ethical rules of HEIs has not yet developed in Russia. There are only isolated cases and insignificant number of resolved disputes, which at this stage do not allow any unequivocal conclusion about the general trend of the judicial approach to the problem in question.

The legal basis for claims in connection with disputes in the academic environment is represented by the Federal Law No. 273-FZ On Education in the Russian Federation of 29 December 2012. According to the requirements of part 4 of Article 43 of this Law “for non-compliance or violation of the charter of the organization that carries out educational activities, internal regulations, rules of residence in dormitories and boarding schools and other local normative acts on the matters concerning organization and implementation of educational activities, students may be subjected to disciplinary sanctions — an admonition, a reprimand, an expulsion from the organization that carries out educational activities”.

A study of citizens' complaints in respect of law violations, including non-compliance with higher education institutions' codes of ethics, has shown that the grounds for complaints usually include non-compliance with the basic obligations of participants of educational interaction set out in the code of ethics of the higher

education institution, such as the use of profanity, bullying, violation of the student dormitory routine²⁵, discipline²⁶ and public order rules²⁷.

The court appeals against unlawful dismissal from higher education institutions deserve particular attention as a breach of *scientific and educational ethics* may be the reason for dismissing an employee from university as a workplace. Thus, in one case, a university lecturer appealed against his dismissal from the university. The reason for the dismissal was a memo from the head of the accounting department, P.V., dated ... N..., according to which ...L. violated his official duties, work discipline, and “grossly failed to fulfill the instructions of the head of the department on a regular basis”. An employee of the university did not submit lecture notes and teaching materials on the courses taught by the department²⁸; at the beginning of the first semester of the 2013—2014 academic year, L. refused to teach the course of Accounting and Analysis assigned to him by the department for far-fetched reasons. At the same time, the lecturer indicated in the appeal that he “...expected support and proper investigation in accordance with generally recognized norms of academic ethics, provisions of the Charter of the university, collective agreement and rules of internal labour procedure. However, he received neither support, nor protection, to say nothing about professionally qualified investigation of the conflicts”²⁹. The panel of judges overturned the lower court decision and reinstated the lecturer in his position. It was determined that the employer had not previously sent the trade union body a notice (with a draft dismissal order attached, as well as copies of the documents, which formed the basis for the decision on dismissal) on the approval of termination of the employment contract with L. *due to repeated failure to perform his job duties*. Thus, the defendant did not comply with the procedure established by Article 373 of the Russian Labour Code for considering the reasoned opinion of the elected body of the primary trade union organization in dismissal cases. The court referred to those facts as the ground for reinstating L. in his teaching position.

Another set of disputes concerning operation of ethics rules in HEIs relates to cases of disciplinary sanctions imposed on employees. For example, once, the reason for initiating court proceedings was a claim by a lecturer to recognize unlawful both the order to form a teaching and methodological commission and the order to impose disciplinary liability on that person as a staff member. The teaching and methodological commission had been set up to check compliance of the lecture on criminal enforcement law with the requirements of the curriculum and the teaching and methodological complex of the discipline. The plaintiff considered those actions unlawful, as he had been entrusted with two contradictory duties at the same time: conducting seminars and examination session. According to the lecturer: “...holding pass-fail exam session at the time set for the classroom studies is a breach of the plans of educational and methodical work and workshop activities; as a result the students

²⁵ Ruling of the Prikubansky District Court of Krasnodar of July 07, 2014 relating to case No. 2-5579/2014~M-5584/2014.

²⁶ Appeal Ruling of the Kemerovo Regional Court of June 24, 2014 relating to case No. 33-6015.

²⁷ For example, participation in an interpersonal conflict. See the Cassation Ruling of the Belgorod Regional Court of August 02, 2011 relating to case No. 33-2751.

²⁸ Appeal Ruling of the Moscow City Court of October 10, 2014 relating to case No. 33-25253.

²⁹ Appeal Ruling of the Moscow City Court of October 10, 2014 relating to case No. 33-25253.

did not gain the required number of points for credit; the dean of the faculty had instructed to *work off* the students' debts with the points accumulated on the test date (...), thus... actually forcing them to violate the established rules and norms of the educational process..."³⁰. The court found no reason to support the lecturer's claim and recognise the order that imposed disciplinary liability on him unlawful: "...based on the Regulations on the modular rating system of the educational process in OSAU, a credit for the discipline is put automatically when the student reaches the threshold number of points in the rating of current performance and does not imply any independent teaching process in accordance with the curriculum and class schedule. In the opinion of the court, the calculation of the rating points gained by a student at each of the milestones of the current progress control is a simple arithmetic procedure, for which the curriculum and class schedule do not provide additional time..."³¹.

A different view is reflected in a court decision, which invalidated an order imposing disciplinary action on an employee for breaching local code of ethics, namely, publicly accusing an authority of corrupt practices³². According to this code, the employee must behave impeccably, not deviate from ethical norms and maintain a positive reputation and image of the organization during working and non-working hours. The employee's statement was considered a breach of this provision and qualified by the employer as disciplinary misconduct. The Court of First Instance found unethical behavior on the part of the employee but concluded that those actions did not constitute disciplinary misconduct. The Court of Appeal supported that conclusion, additionally stating that ethics is an established norm of behavior in society, non-compliance with which entails public censure. The code in question did not disclose what constituted a deviation from ethical standards or what kind of deviation could constitute disciplinary misconduct. The wording of the provision in the code does not allow to distinguish between the conduct of an employee which entails only a public censure and the conduct which constitutes a disciplinary offence. Therefore, in the dispute at hand, the court concluded that there were no grounds for disciplinary action against the employee.

As has already been mentioned, the ethics enforcement system is based on a non-legal *sanction* framework. At the same time, the use of codes of ethics involves all participants of educational interaction in the process of improving the ethical system of education, including formation of a *solution bank of ethical cases* of the educational institution.

Ethical norms occupy a special position in the system of regulators of social relations. On the one hand, they do not imply a strict control system like the law but, on the other hand, ethical norms can serve as a reason (grounds) for calling a person to disciplinary liability.

It is worth mentioning that norms of a code of ethics providing for legal sanctions (if any) should be clearly worded to avoid legal uncertainty in a controversial situation. For example, an *anti-corruption duty* (providing, for instance, for an obligation to report an inducement to commit a corruption offence) must be supplemented with

³⁰ Ruling of the Leninsky District Court of Orenburg of June 02, 2016 relating to case No. 2-3966/2016.

³¹ Ruling of the Leninsky District Court of Orenburg of June 02, 2016 relating to case No. 2-3966/2016.

³² Appeal Ruling of the Perm Krai Court of August 26, 2013 relating to case No. 33-7779-2013.

relevant regulations specifying the persons to be imposed with such duty, the legal fact which gives rise to the duty and the time frame for reporting misconduct. This detailing is crucial since in the future the norm of the code in question may serve as a basis for holding a person at least liable for disciplinary action and a declaratory rule of the code can cause dramatic problems (unreasonable imposition of liability or, conversely, inability to hold a person liable).

Classification and Structure of University Codes of Ethics

The comparative study of existing university codes of ethics allows us to propose a classification of such regulations according to the following criteria:

Action by a circle of persons: (1) codes that apply to the academic community (examples: Code of Ethics of the Lomonosov Moscow State University³³, Code of Academic Ethics of RGGU³⁴); (2) codes regulating behavior of employees (examples: Code of Ethics of University Community of Ural Federal University³⁵, Code of Ethics and Official Conduct of Employees of Lobachevsky Nizhny Novgorod State University³⁶); (3) codes addressed to students (example: RUDN Student Code of Honour³⁷, Code of Ethics of a student at Plekhanov Russian University of Economics³⁸).

In terms of legal force: (1) codes adopted as a local normative act and endowed therefore with an appropriate legal characteristic (example: RUDN Student Code of Honour³⁹); and (2) codes without the force of a legal act, *i.e.*, not approved as a local act of an educational organization; represents an informal agreement of members of the university community (example: Charter (code of ethics) of HSE employees⁴⁰).

In terms of the manner of imposing liability, the following are distinguished: (1) codes that list basic types of violations without specifying penalties but making a reference to labour legislation (example: Code of Ethics for Teachers, Employees and Students of Kutafin Moscow State Law University⁴¹); and (2) codes that establish (describe) specific types of penalties — recommendations, appeals, expulsion of

³³ Code of Ethics of the Lomonosov Moscow State University. Available at: http://sc.law.msu.ru/pages/eticheskij_kodeks_mgu [Accessed 07th February 2021].

³⁴ Code of Academic Ethics of RGGU. Available at: <https://www.rshu.ru/upload/main/science/2018/%D0%9A%D0%BE%D0%B4%D0%B5%D0%BA%D1%81%20%D0%B0%D0%BA%D0%B0%D0%B4%D0%B5%D0%BC%D0%B8%D1%87%D0%B5%D1%81%D0%BA%D0%BE%D0%B8%CC%86%20%D1%8D%D1%82%D0%B8%D0%BA%D0%B8%202018.pdf> [Accessed 07th February 2021].

³⁵ Code of Ethics of University Community of Ural Federal University. Available at: https://urfu.ru/fileadmin/user_upload/common_files/employee/other/Kodeks_ehniki.pdf [Accessed 07th February 2021].

³⁶ Code of Ethics and Official Conduct of Employees of Lobachevsky Nizhny Novgorod State University. Available at: <http://www.unn.ru/site/images/docs/obrazov-org/76-OD.pdf> [Accessed 07th February 2021].

³⁷ RUDN Student Code of Honour. Available at: http://www.rudn.ru/u/www/files/corporate_culture_slider/kodeks-chesti-obuchayushchego-s-dopolneniyami-1.docx [Accessed 07th February 2021].

³⁸ Code of Ethics of a student at Plekhanov Russian University of Economics. Available at: <https://www.rea.ru/ru/org/branches/kursk/Pages/kodeks-studenta.aspx> [Accessed 07th February 2021].

³⁹ RUDN Student Code of Honour. Available at: http://www.rudn.ru/u/www/files/corporate_culture_slider/kodeks-chesti-obuchayushchego-s-dopolneniyami-1.docx [Accessed 07th February 2021].

⁴⁰ Charter (code of ethics) of HSE employees. Available at: <https://www.hse.ru/our/news/376333150.html#code> [Accessed 07th February 2021].

⁴¹ Employees and Students of Kutafin Moscow State Law University. Available at: https://msal.ru/common/upload/Eticheskij_kodeks_Universiteta.pdf [Accessed 07th February 2021].

students, dismissal of employees (example: Code of Corporate Ethics of Kuban State Agrarian University⁴²).

Based on an analysis of higher education institutions' codes of ethics, an effective **model structure for a university code of ethics** may include the following:

1) *Code's focus* — ethical guidelines for the activities of the team of higher education institution represented by professors, lecturers, researchers, teaching and research support staff, and administrative staff, whose common efforts are aimed at fulfilling the mission of the institution and strengthening its prestige in society.

2) *Code's purpose* — the key provisions (basic ideas) of the code's creation.

3) *Code's application* — the sphere of application of the code.

4) *Values of the university corporation* — basic concepts, traditions and principles of the university, a description of these fundamentals.

5) *Rights and obligations of the educational process participants* — we suggest including in this section the description of the algorithm of participants' actions in real life situations aimed at overcoming conflicts and maintaining the balance of interests of the persons involved in the educational process. In this section, it is also recommended to exclude vague formulations and to avoid the possibility of ambiguous interpretations regarding the moral attitudes and behavioural scenarios of the parties.

6) *Relations with third parties* — is an extremely important section of the code, reflecting the HEI's policy in its relations with the *outside world*. For example, we believe that a university employee is its representative, and when expressing his/her opinion publicly, they must remember and be aware of this. Such a rule should be enshrined in the context of regulating the employee's relations with the HEI partners, public organizations, and state bodies. It is recommended to specify in the code who has the right to respond on behalf of the HEI to official requests of state bodies, and who among the employees has limited access to certain information, so that he/she cannot be regarded as a person competent to respond to such requests from external persons.

7) *Liability* — this section should enumerate specific sanctions for violations of the code of ethics' provisions and describe the rules for their application. It is useful to detail the procedural aspects: define the internal body that takes decisions on imposing penalties, the principles of its work and organization of activities, *etc.*

8) *Adherence to the code* — the text must specifically state that ignorance of the code cannot serve as an excuse for unethical behavior.

9) *Final provisions* — terms and procedure of adoption of the code, peculiarities of its publication and enactment, procedure, and periodicity of updating the code. This section may also define the procedure of mandatory familiarization with the code (and amendments / additions to it) of all persons to whom it is addressed.

For convenience, the table below summarizes the contents of current codes of ethics of several Russian universities (see Table 1). As the study has shown, in the absence of a unified reference material, the codes vary greatly from one another. The differences are found in names, content, and legal nature of these acts. Codes differ depending on the procedure of their enactment, on the ways of coercive influence on

⁴² Code of Corporate Ethics of Kuban State Agrarian University. Available at: <https://kubsau.ru/upload/university/docs/corpetica2017.pdf> [Accessed 07th February 2021].

the addressees of norms, on the ways of establishing liability. Spheres and ways of regulation are also rather heterogeneous. It seems that the development of a model university code of ethics at the federal level could be useful for a more fruitful development of an ethics-oriented approach in Russian universities. This document could reflect the most effective best practices used by Russian and foreign universities to ensure ethical behaviour.

Table 1. Russian HEI’s Ethics Codes

Ethics Code’s Name	Sphere of Regulation	Regulatory Method	Manner of Imposing Liability	Order of Adoption	Best Practices / Unfortunate Wording of Ethical Norm
Charter (Code of Ethics) of the Higher School of Economics’ employees (July 01, 2020)	The Charter is a set of academic, professional and social norms that outline accepted and unacceptable actions of employees at the University. These norms regulate HSE’s own activities, interaction with other employees and students, and behaviour towards the University and society in general.	Recommendation	Breach of the ethical standards set forth in the Charter does not entail disciplinary liability but is censured by the university community and can be referred to the Academic Ethics Commission of the HSE Academic Council and other ethics commissions formed by the University.	Formally approved by the HSE Academic Council following procedure of social legitimization and public discussion of the draft Charter.	Principles of academic freedom, search for scientific truth, and strengthening the reputation of the University. The Charter has been drafted for the purpose of professional development of the University’s employees, creating comfortable working atmosphere for them.
Code of Professional Ethics and Professional Conduct of Employees of the Federal State Autonomous Educational Institution of Higher Education “National Research Technological University ‘MISIS’” (October 13, 2017)	The Code serves as the basis for the formation of proper morale in the sphere of providing educational services, respectful public attitude to the employees of the University and acts as a source of public consciousness and morale of the University employees, their self-control	Permission, obligation	Liability for breaches of the norms and rules of the Code involves condemnation by the public opinion of the University staff, disciplinary action against the employee, as well as imposing other forms of liability in accordance with the Russian laws. An employee’s compliance with the provisions of the Code may be considered while imposing disciplinary penalties in the event the employee has committed immoral acts, which are incompatible with his/her professional duties, or position, as well as when rewarding employees who perform their job duties conscientiously	The Code, as well as its amendments and additions are approved by the Rector of the University or a person authorised by him/her and is subject to agreement with the primary trade union organisation of MISIS’ employees	The Code, unfortunately, does not include provisions on conflicts of interest, on employee interactions with third parties, or the media, but it establishes important principles for relations with students, namely: “University teaching staff may themselves choose such methods of work that encourage in students the development of such positive traits and qualities as independence, initiative, responsibility, self-control, self-education, desire to cooperate with friends and help others ...” (item 3.7)

Ethics Code's Name	Sphere of Regulation	Regulatory Method	Manner of Imposing Liability	Order of Adoption	Best Practices / Unfortunate Wording of Ethical Norm
Code of Ethics and Professional Conduct of Employees of the Federal State Budgetary Educational Institution of Higher Education "National Research University "MPEI" (April 21, 2017)	The Code establishes general rules and standards of conduct for the University employees, affecting the ethics of relationships and is aimed at fostering ethical, conscientious behavior of MPEI's employees in general. The Code applies to all MPEI employees irrespective of the position held and functions performed.	Recommendation (the Code does not contain a clause on its validity; it seems necessary to introduce such a provision)	Compliance with the provisions of the Code by the MPEI employees is considered when forming the personnel reserve for promotion to higher positions, as well as when imposing disciplinary penalties	Approved by the Rector	Several provisions of the Code require further clarification. For instance, item 1.5: "Knowledge and observance of the provisions of this Code by the University employees is one of the criteria for evaluating the quality of their professional activity and labour discipline" – should be evaluated in conjunction with the requirements of current labour legislation and local normative acts, as well as procedure of employees' certification; item 4.2: "The provisions of this Code are to be considered while forming the personnel pool for promotion to higher positions, as well as imposing disciplinary penalties on the employees" — requires additional specification in correlation with other provisions of the Code and application of disciplinary measures.
Code of Ethics and Professional Conduct of Employees of the Federal State Budgetary Educational Institution of Higher Education "Kazan National Research Technological University" (December 21, 2017)	The Code is a set of general principles of professional ethics and basic rules of professional behaviour that must be followed by university employees regardless of the position they hold. The University employees covered by this Code shall include those who work at the University and hold positions of teaching staff	Recommendation, obligation	Compliance with the provisions of the Code may be considered in certification of teaching staff for their position, in application of disciplinary penalties, as well as promotion of employees who perform their job duties in good faith	The Code, as well as its amendments and additions, are approved by an order of the Rector of the University, taking into account the opinion of the primary trade union organization of employees	The Code does not include provisions on conflicts of interest, on interaction of employees with third parties and the media. To prevent ethical dilemmas and conflict situations, appropriate regulation should be included in the document.

Ethics Code's Name	Sphere of Regulation	Regulatory Method	Manner of Imposing Liability	Order of Adoption	Best Practices / Unfortunate Wording of Ethical Norm
	belonging to the teaching staff, researchers, as well as positions of administrative, engineering, technical, support and other types of personnel according to the staff schedule approved in accordance with the established procedure, or hired to perform a specific type of work				
Code of Ethics and Professional Conduct of Employees and Instructors of National Research University "MEPhI" (June 17, 2016)	The Code is a local normative act that defines moral and ethical principles, norms, rules of conduct and business communication at the University	Recommendation, obligation	Compliance with the Code is considered in electoral and competitive procedures, in the formation of a personnel reserve, as well as in solving issues of encouragement or imposition of disciplinary penalties	Procedure for adopting a local normative act	Item 7.3: "Enforcement of this Code is based on moral self-control of employees of the University" seems unfortunate, as it contradicts item 1.1 of the Code, which states that the Code is a local normative act. From the same point of view, items 4.5. and 4.6 of the Code on the regulation of employee telephone and e-mail communication should be re-considered. These provisions refer to aspects of employees' private life, so it seems doubtful to provide for such regulation in a local normative act.

Conclusion

Based on the results of a comprehensive analysis of Russian and international ethics codes of higher education institutions, legislation, and judicial practice, we conclude that academic codes of ethics are one of the most important regulators of relations among the participants of the educational process inside and outside university. These documents consider the needs and interests of a wide range of stakeholders, as well as multitude of interactions between them. Such way of regulating relationships makes it possible to create flexible and effective management systems and mechanisms. A distinctive feature of effective development and application of

codes is discussion and reflection of experience in resolving typical situations faced by participants in the academic process.

Codes of ethics are well-established and sustainable acts of regulation; they reflect the actual state of affairs, contain norms identified (formulated) by the university community in consensus. This justifies the effectiveness of university codes of ethics and their wide dissemination in the academic environment. In addition, codes of ethics have found wide application in regulating relationships mediated by or related to the academic sphere.

Empirical data shows that the interest of the university and legal community in Russia in studying, improving, and popularizing codes of ethics and the rules of conduct contained in them is steadily growing. At the same time an important role is given to prompt response to changes in public relations and, accordingly, work on systematic updating of codes is also in demand. In this respect we consider it expedient to create working groups within research centers and institutes to form standards of behaviour, model rules and model codes of ethics of higher educational institutions. It seems that the activities of such groups will further advance ethical standards of domestic educational organizations and strengthen the position of Russian universities in the global academic community.

References / Список литературы

- Apresyan, R.G. (2009) On the Ethical Codification of University Life. Terms of Opportunity. *Vedomosti NIIJeP: Code of Ethics of the University*. (34), 69—85. (in Russian).
Апресян Р.Г. Об этическом кодифицировании университетской жизни. Условия возможности // Вестник НИИЭП. Вып. 34: Этический кодекс университета. 2009. С. 69—85.
- Bakshantovsky, V., Bogdanova, M. & Sogomonov, Yu. (2009) University as a Scientific-Educational Corporation: Dualism of Self-Identification and the Choice of Priority. *Russian Journal of Philosophical Sciences*. (3), 78—95. (in Russian).
Бакутановский В.И., Богданов М.В., Согомонов Ю.В. Университет как научно-образовательная корпорация: дуализм самоидентификации и выбор приоритета // Философские науки. 2009. № 3. С. 78—95.
- Botavina, R.N. (2003) *Ethics of Business Relations*. Textbook for economic specialties. Moscow, Finance and Statistics Publ. (in Russian).
Ботавина Р.Н. Этика деловых отношений: Учебное пособие по экономическим специальностям. М.: Финансы и статистика, 2003. 206 с.
- Crosser, P. (1955) *The Nihilism of John Dewey*. Michigan, Philosophical Library.
- Gabov, A.V. & Yastrebov, O.A. (2020) Local acts of Universities as a means of combating corruption. *RUDN Journal of Law*. 24 (2), 252—273. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-2-252-273. (in Russian).
Габов А.В., Ястребов О.А. Локальные акты вузов как средство противодействия коррупции // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2020. Т. 24. № 2. С. 252—273. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-2-252-273
- Goode, W.J. (1957) Community within a Community: The Professions. *American Sociological Review*. 22 (2), 194—200.
- Gulius, N. S. (2015) Code of ethics of the university as a tool of the corporate culture transformation (case based on the activities of the National Research Tomsk State University). In: *Talent management and corporate culture transformation: materials of the International*

- conference “HR trend 2015: talent management and corporate culture transformation”. Tomsk, pp. 184—188. (in Russian)
- Гулиус Н.С. Этический кодекс университета как инструмент трансформации корпоративной культуры (кейс на материале деятельности Национального исследовательского Томского государственного университета) // Управление талантами и трансформация корпоративной культуры: материалы Международной конференции «HR-тренд 2015: управление талантами и трансформация корпоративной культуры». Томск, 2016. С. 184—188.
- Habermas, J. (1983) *Moralbewusstsein und Kommunikatives Handeln*. Social theory, 2nd edition. Suhrkamp. (in German).
- Hamza, M.A. & Ahmed, A. (2016) The Existential Paradox between Code and Conduct: Decoupling and Its Far-Reaching Consequences in Higher Education. *Pakistan Journal of Commerce and Social Sciences*. 10 (3), 547—568. Available at: <https://ssrn.com/abstract=2986377> [Accessed: 07th February 2021].
- Heermance, E.L. (1926) *The Ethics of Business: A Study of Current Standards*. New York, Harper & Bros.
- Johnson, V. (2012) Higher Education, Corruption, and Reform. *Contemporary Readings in Law and Social Justice*. 4 (1), 478—495. Available at: <https://ssrn.com/abstract=2891936> [Accessed: 07th February 2021].
- Marx, K. & Engels, F. (1956) *From an Early Work*. Т. 3. Moscow, Politizdat Publ. (in Russian). Маркс К., Энгельс Ф. Из ранних произведений. Т. 3. М.: Политиздат, 1956. 629 с.
- Moore, G. (2006) Managing Ethics in Higher Education: Implementing a Code or Embedding Virtue? *Business Ethics: A European Review*. 15 (4), 407—418. DOI: <http://dx.doi.org/10.1111/j.1467-8608.2006.00462.x>
- Safonov, K.B. (2013) Ethical codes: problems of creation and application. *Perm University Herald. Series “Philosophy. Psychology. Sociology”*. 1 (13), 54—57. (in Russian). Сафонов К.Б. Этические кодексы: проблемы создания и применения // Вестник Пермского университета. Философия. Психология. Социология. 2013. Вып. 1 (13). С. 54—57.
- Savvina, O.V. (2011) *Academic Ethics: General Principles and Applied Aspects*. Diss ... cand. in Philosophy of sciences. Moscow, Lomonosov Moscow State University. (in Russian). Саввина О.В. Академическая этика: общие принципы и прикладные аспекты: дис ... канд. философ. наук. М.: Моск. гос. ун-т им. М.В. Ломоносова. 2011. 169 с.
- Sharma, J. & Kapoor, N. (2013) Teachers’ Role in University Governance — A Study of University of Delhi. *Journal of Commerce and Business Studies, Delhi School of Economics, University of Delhi*. Available at: <https://ssrn.com/abstract=2996376> [Accessed: 07th February 2021].
- Sidorin, A.V. & Sidorin, V.V. (2015) The University Code of Ethics as the Basis for the Corporate Culture of the Technical University. Standard Model. *University Management: Practice and Analysis*. (1), 104—119. (in Russian). Сидорин А.В., Сидорин В.В. Этический кодекс вуза как основа корпоративной культуры технического университета. Типовая модель // Университетское управление: практика и анализ. 2015. № 1. С. 104—119.
- Tuguz, F.K. & Lyausheva, S.A. (2013) Ethical code of the University as a resource for students’ socialization. *The Bulletin of the Adyghe State University, the series “Region Studies: Philosophy, History, Sociology, Jurisprudence, Political Sciences and Culturology”*. 4 (130), 164—173 (in Russian) Тугуз Ф.К., Ляушева С.А. Этический кодекс университета как ресурс социализации студентов // Вестник Адыгейского государственного университета. Серия: Регионоведение: философия, история, социология, юриспруденция, политология, культурология. 2013. № 4 (130). С. 164—173.
- Veber, M. (1990) *Selected Works*. Translation from German; Compilation, general edition and afterword by Davydov Yu.N. Moscow: Progress Publ. (in Russian).

Вебер М. Избранные произведения : пер. с нем. / составление, общая редакция и послесловие Ю.Н. Давыдова. М.: Прогресс, 1990. 808 с.

Weingartner, R.H. (1999) *Moral Dimensions of Academic Administration*. Lanham.

Zaporozhch, O.N. (2011) *University as a Corporation: Intellectual Cartography of Research Approaches*. Moscow, Higher School of Economics Publ. (in Russian)

Запорожец О.Н. Университет как корпорация: интеллектуальная картография исследовательских подходов. М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2011. 48 с.

About the authors:

Maria M. Panarina — Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the School for Theory of Law and Cross-sectoral Legal Disciplines, the Faculty of Law, National Research University Higher School of Economics (NRU HSE); 20 Myasnitskaya str., Moscow, 101000, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0002-4560-0857, SPIN- code: 3381-2402

e-mail: mmpanarina@hse.ru

Olga V. Fonotova — Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the School of Legal Regulation of Business, the Faculty of Law, National Research University Higher School of Economics (NRU HSE); 20 Myasnitskaya str., Moscow, 101000, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0003-2255-9684, SPIN- code: 9663-0526

e-mail: ofonotova@hse.ru

Об авторах:

Панарина Мария Михайловна — кандидат юридических наук, доцент Департамента теории права и межотраслевых юридических дисциплин, факультет права, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»; 101000, Российская Федерация, г. Москва, ул. Мясницкая, д. 20

ORCID ID: 0000-0002-4560-0857, SPIN- код: 3381-2402

e-mail: mmpanarina@hse.ru

Фонотова Ольга Владимировна — кандидат юридических наук, доцент Департамента правового регулирования бизнеса, факультет права, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»; 101000, Российская Федерация, г. Москва, ул. Мясницкая, д. 20

ORCID ID: 0000-0003-2255-9684, SPIN- код: 9663-0526

e-mail: ofonotova@hse.ru

ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО. ПРОКУРОРСКИЙ НАДЗОР

PROCEDURAL LAW. PROSECUTOR SUPERVISION

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-434-460

Научная статья

Вторая кассация в арбитражном процессе: генезис, итоги процессуальной деятельности и перспективы единообразия судебной практики

С.В. Никитин*, М.Ш. Пацация

Российский государственный университет правосудия,

г. Москва, Российская Федерация,

*svnikitin56@gmail.com

Аннотация. Рассматриваются актуальные вопросы, связанные с генезисом и результатами процессуальной деятельности Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ как второй кассационной инстанции. Это представляется важным, принимая во внимание, с одной стороны, относительную новизну этой судебной инстанции в арбитражном процессе, с другой, ее весомую роль в аспекте обеспечения единообразия судебно-арбитражной практики. Авторами поставлена *цель* обобщить и проанализировать судебно-статистические показатели деятельности второй кассации за период 2015—2019 г. *Методологическую основу* статьи составили общенаучные (анализ, аналогия, описание, синтез, системный) и частно-научные методы (статистический, сравнительно-правовой, формально-юридический). *По результатам* проведенного исследования определены основные тенденции и проблемы второго кассационного пересмотра судебных актов по экономическим спорам. На основе анализа статистических показателей кассационной деятельности авторы приходят к *выводу* о необходимости модернизации структуры и функционирования второй кассационной инстанции и повышения ее роли в обеспечении единообразия судебно-арбитражной практики. *В заключении* формулируются обобщенные предложения по повышению эффективности деятельности второй кассационной инстанции. Исследование проведено на основе материалов судебной статистики, размещенной на сайте Судебного департамента при Верховном Суде РФ.

Ключевые слова: генезис, вторая кассация в арбитражном процессе, Судебная коллегия по экономическим спорам, Верховный суд, Президиум Верховного суда, обеспечение единообразия, судебно-арбитражная практика, судебно-статистический аспект, процессуальная деятельность, арбитражный процесс

© Никитин С.В., Пацация М.Ш., 2021

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

Конфликт интересов: Авторы заявляют об отсутствии конфликта интересов.

Информация о вкладе авторов: нераздельное соавторство.

Дата поступления в редакцию: 14 октября 2020 г.

Дата принятия к печати: 15 апреля 2021 г.

Для цитирования:

Никитин С.В., Пацация М.Ш. Вторая кассация в арбитражном процессе: генезис, итоги процессуальной деятельности и перспективы единообразия судебной практики // *RUDN Journal of Law*. 2021. Т. 25. № 2. С. 434—460. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-434-460

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-434-460

Research Article

The second cassation in the arbitration proceedings: The genesis, results of the procedural activity and prospects for uniformity of judicial and arbitration practice

S.V. Nikitin*, M.Sh. Patsatsiya

Russian State University of Justice,
Moscow, Russian Federation,

*svnikitin56@gmail.com

Abstract. The article considers relevant issues on the topic of the Genesis and results of the procedural activity of the Judicial Board for economic disputes of the Supreme Court of the Russian Federation as the second cassation instance. Taking into account, on one hand, the relative recency of this court in the arbitration process, and the significance of its role in the aspect of ensuring uniformity of judicial and arbitration practice on the other, this may prove to be of certain importance. The authors aim to summarize and analyze the judicial and statistical indicators of the second cassation for the 2015—2019 period. The methodological basis of the article consists of general scientific (analysis, analogy, description, synthesis, system-oriented) and private scientific methods (statistical, comparative legal, formal legal). Based on the results of the study, the main trends and problems of the second cassation review of judicial acts on economic disputes are identified. Based on the analysis of statistical indicators of cassation activity, the authors come to the conclusion that it is necessary to modernize the structure and functioning of the second cassation instance and increase its role in ensuring uniformity of judicial and arbitration practice. In conclusion, generalized proposals aimed at improvement of the efficiency of the second cassation instance are formulated. The study was conducted on the basis of judicial statistics published on the website of The Judicial Department of the Supreme Court of the Russian Federation.

Key words: The genesis of second cassation in the arbitration process, the second cassation in the arbitration process, Judicial Panel on economic disputes of the Supreme Court of the Russian Federation, Presidium of the Supreme Court of the Russian Federation, ensuring uniformity of judicial arbitration practice, judicial statistical aspect of procedural activities of the second cassation in the arbitration process

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

The participation of the authors: inseparable co-authorship.

Article received 14th October 2020

Article accepted 15th April 2021

For citation:

Nikitin, S.V., Patsatsiya, M.Sh. (2021) The second cassation in the arbitration proceedings: The genesis, results of the procedural activity and prospects for uniformity of judicial and arbitration practice. *RUDN Journal of Law*. 25 (2), 434—460. (in Russian). DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-434-460

Введение. Генезис второй кассации в арбитражном процессе

В контексте развития судебно-правовой системы современной России появление второй кассации¹ в арбитражном процессе было довольно неожиданно. В юридической доктрине вопрос о необходимости создания такой инстанции, по большому счету, даже не обсуждался. Считалось, что существующая судебно-арбитражная система, включая ее высшую инстанцию — Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ (далее — ВАС РФ) успешно справляется со своей ролью специализированного юрисдикционного механизма, предназначенного для рассмотрения споров и иных дел, возникающих из предпринимательской и иной экономической деятельности.

При этом многими принималось во внимание, что процессуальная деятельность Президиума ВАС РФ как надзорной инстанции довольно благосклонно оценивалась Европейским судом по правам человека (далее — ЕСПЧ). Это не могло не учитываться специалистами в условиях вхождения России в конце 90-х гг. прошлого века в единое правовое пространство, регулируемое Конвенцией о защите прав и основных свобод человека (далее также Конвенция). Более того, упомянутая благосклонность ЕСПЧ не без оснований рассматривалась как известное достижение, имеющее социально-правовую ценность.

Состоявшееся столь неожиданно правовое преобразование подтверждает мысль И.В. Решетниковой о том, что ныне в России сложилось «целое направление так называемой прикладной науки, когда сначала появляется новация в праве, а лишь потом под нее подводится теория» (Reshetnikova, 2019).

С другой стороны, в арбитражном процессе это стало неизбежным, в условиях, когда был упразднен ВАС РФ, включая, разумеется, его Президиум. Это с необходимостью повлекло вхождение арбитражной ветви судебной власти в единую систему судов, возглавляемую Верховным Судом РФ.

Принимая во внимание, что в Верховном Суде РФ уже существовали вторые кассационные инстанции, в лице его соответствующих Судебных коллегий, вполне закономерно, что к их числу добавилась еще одна вторая кассационная инстанция, предназначенная для рассмотрения арбитражных дел — Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда РФ (далее — Судебная

¹ Иногда в доктрине этот уровень проверки судебных актов именуется вторым этапом кассации (например, см.: Ротаренко, 2014). На наш взгляд, вернее все-таки именовать его именно «второй кассацией», принимая во внимание то, по меньшей мере, что дела рассматриваются в различных кассационных судах, в отличающихся процессуальных порядках, при иных основаниях для отмены/изменения судебных актов нижестоящих арбитражных судов. Нельзя не учесть и того, что предметом проверки во второй кассации могут быть судебные акты и самой первой кассации. То есть это различные правоприменительные циклы, соответственно, вести речь об этапах внутри некоего единого и органичного правового процесса затруднительно.

коллегия по экономическим спорам). Соответственно возникла объективная необходимость унификации процессуальной проверочной деятельности Судебных коллегий в рамках Верховного Суда РФ.

В доктрине порой ставились вопросы, почему вторая кассация, является ли это недоверием к первой, какова вероятность того, что это повысит качество проверки судебных актов, учитывая, что в арбитражной системе кассационные суды отделены и отдалены от региона расположения первой инстанции и достаточно независимы (Tai, 2016)?

Тем не менее, альтернативы у законодателя на том момент фактически не имелось. При этом вопрос о доверии к первой кассации объективно не имел решающего значения. Равно как и место расположения окружных кассационных арбитражных судов. Гораздо важнее было решить проблему нивелирования разницы в подходах при применении и толковании норм права окружными кассационными судами. Эта задача становилось чрезвычайно актуальной, ввиду упразднения Президиума ВАС РФ и очевидной невозможностью ее решения Президиумом Верховного Суда РФ. В этой связи иных — кроме кассационного — вариантов проверки вступивших в законную силу судебных актов нижестоящих арбитражных судов в рамках единого Верховного Суда РФ, по большому счету, не оставалось.

Такое положение дел в обозримой перспективе едва ли претерпит сколько-нибудь значимые изменения. Тем более, что, исходя из раздела «В. Мнение Европейского суда» решения от 12.05.2015 г. по делу «Абрамян и Якубовские против Российской Федерации», ЕСПЧ признал обращение в нынешний Верховный Суд РФ по гражданским делам средством правовой защиты, подлежащим исчерпанию перед подачей жалобы в ЕСПЧ².

Следует отметить, что российской судебной системе институциональное единообразие на кассационном уровне далось довольно легко. Это касается не только формирования в Верховном Суде РФ вторых кассационных инстанций, но и создания окружных кассационных судов общей юрисдикции аналогично существующим четверть века окружным кассационным арбитражным судам.

Но этого не скажешь о решении проблемы обеспечения единообразия в толковании и применении норм права кассационными судами. Последнее пока остается весьма актуальной задачей, прежде всего для второй кассационной инстанции, учитывая очевидную фактическую недостижимость нынешнего Президиума Верховного Суда РФ как высшей — надзорной — инстанции³. Из опубликованных данных о надзорной процессуальной деятельности Президиума Верховного Суда РФ усматривается следующее. В 2015 г. подано 727 надзорных жалобы по делам, рассмотренным арбитражными судами. В судебном заседании Президиума Верховного Суда РФ по жалобам на судебные акты арбитражных судов по экономическим спорам рассмотрено 4 дела. По одному из них отменены судебные акты судов первой и кассационной инстанций с направлением дела на новое рассмотрение в суд первой инстанции. По другому

² См.: Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2015. № 12.

³ Киселев А. Президиум вне досягаемости? О сомнительной новелле в Арбитражном процессуальном кодексе России и ее последствиях // СПС КонсультантПлюс. 2014.

делу отменены судебные акты судов апелляционной и кассационной инстанций с принятием нового судебного акта. По третьему делу отменены судебные акты судов апелляционной инстанции и кассационной инстанции с оставлением в силе решения суда первой инстанции. По четвертому делу отменен судебный акт суда кассационной инстанции с направлением дела на новое рассмотрение.

Таким образом, в 2015 г. соотношение принятых к рассмотрению надзорных жалоб с числом дел, рассмотренных Президиумом Верховного Суда РФ (а также дел, по которым им осуществлен пересмотр судебных актов нижестоящих арбитражных судов) составляет 0,55 %.

В 2016 г. из 783 надзорных жалоб по экономическим спорам, рассмотренным арбитражными судами, в судебном заседании Президиума Верховного Суда РФ также рассмотрено 4 дела с удовлетворением требований заявителей. По 3 делам отменены судебные акты судов первой, апелляционной и кассационной инстанций, определение Судебной коллегии по экономическим спорам с направлением дела на новое рассмотрение в суд первой инстанции. По одному делу отменено определение коллегии с оставлением в силе всех принятых по делу судебных актов.

Следовательно, по этому году соотношение принятых к рассмотрению надзорных жалоб с числом дел, рассмотренных Президиумом Верховного Суда РФ (а также дел, по которым им осуществлен пересмотр судебных актов нижестоящих арбитражных судов) составляет 0,51 %.

В 2017 г. при 503 надзорных жалобах на судебные акты по экономическим спорам, рассмотренным арбитражными судами, в судебном заседании Президиума Верховного Суда РФ не рассмотрено ни одного дела по надзорным жалобам на решения судов по экономическим спорам (впрочем, как и гражданским, административным, дисциплинарным).

В 2018 г. при 405 надзорных жалобах в судебном заседании Президиума ВС РФ рассмотрено одно дело по экономическим спорам с отменой определения Судебной коллегии по экономическим спорам и оставлением в силе ранее принятых судебных актов. Соответственно, в 2018 г. соотношение принятых к рассмотрению надзорных жалоб с числом дел, рассмотренных Президиумом Верховного Суда РФ, составляет 0,24 %.

В 2019 г. при 306 надзорных жалобах в судебном заседании Президиума ВС РФ рассмотрено одно дело по экономическим спорам с отменой определения Судебной коллегии по экономическим спорам и оставлением в силе ранее принятых судебных актов. Таким образом, в 2019 г. соотношение принятых к рассмотрению надзорных жалоб с числом дел, рассмотренных Президиумом Верховного Суда РФ, составляет 0,32 %.

В среднем за пять лет Президиум Верховного Суда РФ рассматривает 2 дела в год, что составляет 0,32 % от числа поданных надзорных жалоб. При таких статистических показателях можно сказать, что прогноз исследователей о фактической недостижимости Президиума Верховного Суда РФ в значительной степени оправдался. Соответственно, осмысление реального вклада Судебной коллегии по экономическим спорам в реализацию задач судопроизводства в арбитражных судах (ст. 2 АПК РФ), и обеспечение единообразия судебной арбитражной практики в особенности, является весьма актуальным.

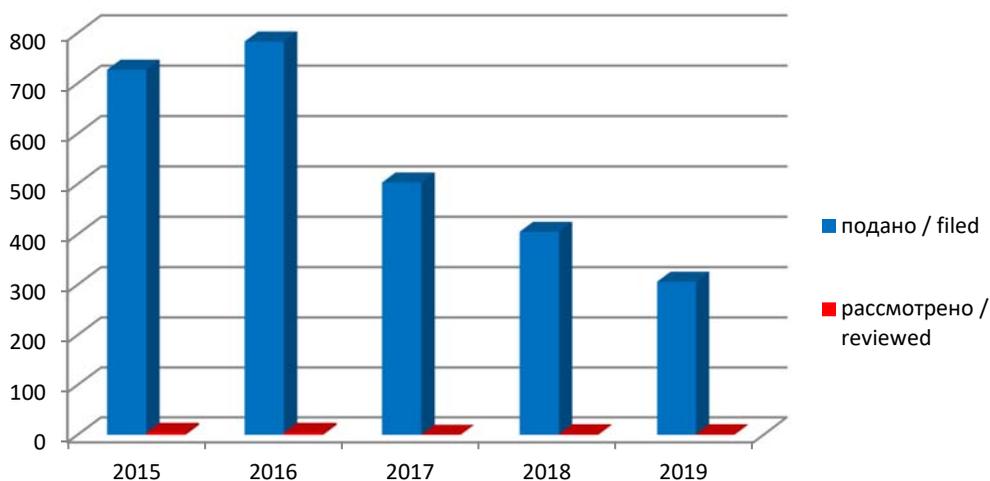


Рис. 1. Соотношение числа поступивших надзорных жалоб с количеством надзорных жалоб, рассмотренных Президиумом Верховного Суда РФ в 2015—2019 гг.
Pic. 1. The ratio of the number of received supervisory complaints to the number of supervisory complaints considered by the Presidium of the Supreme Court of the Russian Federation in 2015—2019

Вторая кассация в доктрине арбитражного процесса

Следует отметить, что специальных монографических исследований, посвященных процессуальной деятельности второй кассационной инстанции в арбитражном процессе, пока не опубликовано⁴. Это, конечно, не означает, что ее деятельность в доктрине игнорируется. Но, за редким исключением⁵, пока появляются только отдельные статьи, посвященные тем или иным конкретным проблемам ее деятельности (Pavlova, 2018; Patsatsiya, 2017; Patsatsiya, 2015; Terekhova, 2016; Terekhova, 2019; Budylin, 2015; Reshetnikova & Tsaregorodtseva, 2018; Momotov, 2018; Timofeev, 2018), или публикации носят по большей части прикладной, практический (Reshetnikova, 2020; Budylin, 2020) или учебный характер (Zagaunova, Skuratovskiy & Timofeev, 2018; Arifulin, 2018). Впрочем, значимость уже опубликованных исследований преуменьшать едва ли стоит. Другое дело, что по прошествии уже более пяти лет с момента начала полноценного функционирования второй кассации в арбитражном процессе это вряд ли можно признать достаточным.

Таким образом, осмысление в доктрине процессуальной деятельности Судебной коллегии по экономическим спорам пока находится на начальном этапе. В связи с этим очевидна важность обобщающего взгляда на результаты

⁴ В монографических работах последнего периода, касающихся процессуальной деятельности кассационных судов, исследование вопросов второй кассации в арбитражном процессе пока, по большому счету, только начинается (например, см.: Borisova, 2020) или дело ограничивается простым упоминанием (к примеру, см.: Kovtkov, 2018).

⁵ Вместо единомыслия судей нам нужно единообразие практики. Интервью с А. Карапетовым и Ю. Таем // Закон. 2020. № 1. С. 8—21.

этой деятельности, выявившихся по прошествии полных пяти лет ее функционирования в качестве второй кассационной инстанции.

Важное значение здесь имеет анализ опубликованных судебно-статистических данных, показывающих итоги процессуальной деятельности второй кассационной инстанции в арбитражном процессе за 2015—2019 гг.

Вторая кассация: судебно-статистический аспект процессуальной деятельности в 2015—2019 г.

Основные статистические показатели процессуальной деятельности Судебной коллегии по экономическим спорам за 2015—2019 гг. выглядят следующим образом.

В 2015 г. в Верховный Суд РФ подано 21 955 кассационных жалоб, рассмотрено Судебной коллегией по экономическим спорам по существу 501 кассационная жалоба, что составляет 2,28 % от числа поданных жалоб⁶.

Отменены или изменены судебные акты по 469 делам, что составляет 93,61 % от числа жалоб, рассмотренных по существу.

Отменены судебные акты по 459 делам, что составляет 91,48 % от числа жалоб, рассмотренных по существу.

Изменены судебные акты по 10 делам, что составляет 2,13 % от числа жалоб, рассмотренных по существу.

Оставлены в силе проверенные судебные акты по результатам рассмотрения кассационных жалоб по 32 делам, что составляет 6,39 % от числа жалоб, рассмотренных по существу.

Новый судебный акт принят по 127 делам, или 27,07 % от числа отмененных судебных актов.

На новое рассмотрение направлено 230 дел, что составляет 49,04 % от числа дел, по которым отменены судебные акты.

Оставлен в силе один из принятых по делу судебных актов по 108 делам, что составляет 23,02% от числа дел, по которым отменены судебные акты.

Прекращено производство по 4 делам, что составляет 0,85 % от числа дел, по которым отменены судебные акты.

Из числа дел, по которым отменены судебные акты:

— 1 инстанции — по 324 делам, что составляет 69,08 % от числа дел, по которым отменены судебные акты;

— апелляционной инстанции — по 55 делам, что составляет 11,73 % от числа дел, по которым отменены судебные акты;

— кассационной инстанции — по 90 делам, что составляет 19,19 % от числа дел, по которым отменены судебные акты.

⁶ Интересно заметить, что практически аналогичные показатели были у Президиума ВАС РФ в 2013 г. — последнем году полноценного функционирования ВАС РФ. Президиумом последнего по существу были рассмотрены надзорные заявления по 464 делам из 21 378 рассмотренных на предмет наличия корреспондирующих ст. 304 АПК РФ оснований, что составило 2,17 % от общего числа проверенных за тот же период надзорных жалоб (См.: Аналитическая записка к статистическому отчету о работе арбитражных судов в Российской Федерации в 2013 г. Режим доступа: www.os.x-pdf.ru (дата обращения: 10.10.2020)).

Из дел, кассационные жалобы по которым рассмотрены по существу Судебной коллегией по экономическим спорам в 2015 г., апелляционную проверку не прошли судебные акты по 291 делам. Это составляет 58,1 % от числа дел, по которым жалобы рассмотрены по существу⁷.

В 2016 г. в Верховный Суд РФ подано 24 928 кассационных жалоб, рассмотрено Судебной коллегией по экономическим спорам по существу 423 кассационных жалоб, что составляет 1,7 % от числа поданных жалоб.

Отменены или изменены судебные акты по 403 делам, что составляет 95,27 % от числа жалоб с делом, рассмотренных по существу.

Отменены судебные акты по 401 делу, что составляет 94,79 % от числа жалоб, рассмотренных по существу.

Изменены судебные акты по 2 делам, что составляет 0,47 % от числа жалоб, рассмотренных по существу.

Оставлены в силе проверенные судебные акты по результатам рассмотрения кассационных жалоб с делом по 20 делам, что составляет 4,7 % от числа жалоб с делом, рассмотренных по существу.

Новый судебный акт принят по 72 делам, что составляет 17,95 % от числа дел, по которым отменены судебные акты.

На новое рассмотрение направлено 201 дело, что составляет 50,12 % от числа дел, по которым отменены судебные акты.

Оставлен в силе один из принятых по делу судебных актов по 116 делам, что составляет 28,92 % от числа дел, по которым отменены судебные акты.

Иск оставлен без рассмотрения по 6 делам, что составляет 1,49 % от дел, по которым отменены судебные акты.

Прекращено производство по 6 делам, что составляет 1,49 % от числа дел, по которым отменены судебные акты.

Из дел, по которым отменены судебные акты:

— 1 инстанции — по 261 делу, что составляет 65,08 % от числа дел, по которым отменены судебные акты;

— апелляционной инстанции — по 59 делам, что составляет 14,71 % от числа дел, по которым отменены судебные акты;

— кассационной инстанции — по 81 делам, что составляет 20,19 % от числа дел, по которым отменены судебные акты.

Из дел, кассационные жалобы по которым рассмотрены по существу Судебной коллегией по экономическим спорам в 2016 г., апелляционную проверку не прошли судебные акты по 271 делам, что составляет 64,06 % от числа дел, по которым жалобы рассмотрены по существу.

В 2017 г. в Верховный Суд РФ подано 28 157 кассационных жалоб, рассмотрено Судебной коллегией по экономическим спорам по существу 541 кассационная жалоба, что составляет 1,92 % от числа поданных жалоб.

⁷ В данном случае учитывались дела, по которым судебные акты не подлежали апелляционному обжалованию (судебные приказы и др.), а также дела, по которым арбитражный суд апелляционной инстанции отказал в восстановлении пропущенного срока подачи апелляционной жалобы (ч. 1 ст. 273 АПК РФ).

Отменены или изменены судебные акты по 517 делам, что составляет 95,56 % от числа жалоб, рассмотренных по существу.

Отменены судебные акты по 493 делам, что составляет 91,12 % от числа жалоб, рассмотренных по существу.

Изменены судебные акты по 24 делам, что составляет 4,5 % от числа жалоб, рассмотренных по существу.

Оставлены в силе проверенные судебные акты по результатам рассмотрения кассационных жалоб по 24 делам, что составляет 4,5 % от числа жалоб, рассмотренных по существу.

Новый судебный акт принят по 138 делам или 27,99 % от числа отмененных судебных актов.

На новое рассмотрение направлено 224 дела, что составляет 45,43 % от числа дел, по которым отменены судебные акты.

Оставлен в силе один из принятых по делу судебных актов по 127 делам, что составляет 25,76 % от числа дел, по которым отменены судебные акты.

Иск оставлен без рассмотрения по 1 делу, что составляет 0,2 % от числа дел, по которым отменены судебные акты.

Прекращено производство по 3 делам, что составляет 0,6 % от числа дел, по которым отменены судебные акты.

Из числа дел, по которым отменены судебные акты:

— 1 инстанции — по 348 делам, что составляет 70,58 % от числа дел, по которым отменены судебные акты;

— апелляционной инстанции — по 62 делам, что составляет 12,57 % от числа дел, по которым отменены судебные акты;

— кассационной инстанции — по 83 делам, что составляет 16,83 % от числа дел, по которым отменены судебные акты.

Из дел, кассационные жалобы по которым рассмотрены по существу Судебной коллегией по экономическим спорам в 2017 г., апелляционную проверку не прошли судебные акты по 147 делам. Это составляет 27,17 % от числа дел, по которым жалобы рассмотрены по существу.

В 2018 г. в Верховный Суд РФ подано 34 003 кассационных жалоб, рассмотрено Судебной коллегией по экономическим спорам по существу 529 кассационных жалоб, что составляет 1,56 % от числа поданных жалоб.

Отменены или изменены судебные акты по 510 делам, что составляет 96,4 % от числа жалоб, рассмотренных по существу.

Отменены судебные акты по 507 делам, что составляет 95,84 % от числа жалоб, рассмотренных по существу.

Изменены судебные акты по 3 делам, что составляет 0,6 % от числа жалоб, рассмотренных по существу.

Оставлены в силе проверенные судебные акты по результатам рассмотрения кассационных жалоб по 19 делам, что составляет 3,59 % от числа жалоб, рассмотренных по существу.

Новый судебный акт принят по 96 делам, или 19 % от числа отмененных судебных актов.

На новое рассмотрение направлено 305 дел, что составляет 60,15 % от числа дел, по которым отменены судебные акты.

Оставлен в силе один из принятых по делу судебных актов по 101 делу, что составляет 19,92 % от числа дел, по которым отменены судебные акты.

Иск оставлен без рассмотрения по 3 делам, что составляет 0,59 % от числа дел, по которым отменены судебные акты.

Прекращено производство по 2 делам, что составляет 0,39 % от числа дел, по которым отменены судебные акты.

Из числа дел, по которым отменены судебные акты:

— 1 инстанции — по 361 делам, что составляет 71,2 % от числа дел, по которым отменены судебные акты;

— апелляционной инстанции — по 85 делам, что составляет 16,76 % от числа дел, по которым отменены судебные акты;

— кассационной инстанции — по 61 делу, что составляет 12,03 % от числа дел, по которым отменены судебные акты.

Из дел, кассационные жалобы по которым рассмотрены по существу Судебной коллегией по экономическим спорам в 2018 г., апелляционную проверку не прошли судебные акты по 168 делам. Это составляет 31,76 % от числа дел, по которым жалобы рассмотрены по существу.

В 2019 г. в Верховный Суд РФ подано 37 015 кассационных жалоб, рассмотрено Судебной коллегией по экономическим спорам по существу 464 кассационные жалобы, что составляет 1,25 % от числа поданных жалоб.

Отменены или изменены судебные акты по 453 делам, что составляет 97,6 % от числа жалоб, рассмотренных по существу.

Отменены судебные акты по 450 делам, что составляет 96,98 % от числа жалоб, рассмотренных по существу и 1,21 % от числа поданных жалоб.

Изменены судебные акты по 3 делам, что составляет 0,66 % от числа жалоб, рассмотренных по существу.

Оставлены в силе проверенные судебные акты по результатам рассмотрения кассационных жалоб по 11 делам, что составляет 2,37 % от числа жалоб, рассмотренных по существу.

Новый судебный акт принят по 94 делам, или 20,88 % от числа отмененных судебных актов.

На новое рассмотрение направлено 252 дела, что составляет 56 % от числа дел, по которым отменены судебные акты.

Оставлен в силе один из принятых по делу судебных актов по 101 делу, что составляет 22,44 % от числа дел, по которым отменены судебные акты.

Прекращено производство по 3 делам, что составляет 0,66 % от числа дел, по которым отменены судебные акты.

Из числа дел, по которым отменены судебные акты:

— 1 инстанции — по 301 делу, что составляет 66,88 % от числа дел, по которым отменены судебные акты;

— апелляционной инстанции — по 75 делам, что составляет 16,6 % от числа дел, по которым отменены судебные акты;

— кассационной инстанции — по 74 делам, что составляет 16,4 % от числа дел, по которым отменены судебные акты.

Если обобщить динамику наиболее важных статистических показателей процессуальной деятельности второй кассационной инстанции в арбитражном процессе за 2015—2019 гг., то она выглядит следующим образом.

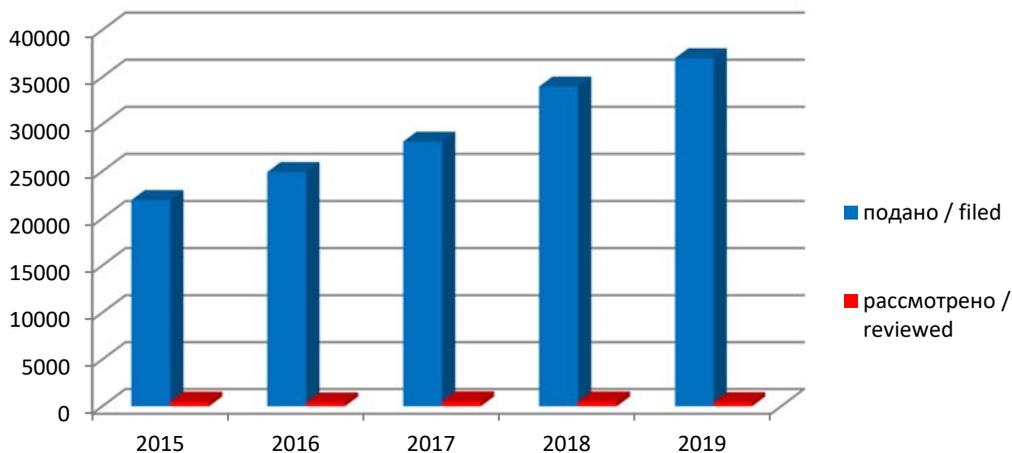


Рис. 2. Соотношение количества поданных кассационных жалоб и кассационных жалоб рассмотренных по существу в судебном заседании
Pic. 2. The ratio of the number of sent cassation complaints submitted and cassation complaints considered on the merits in the court session

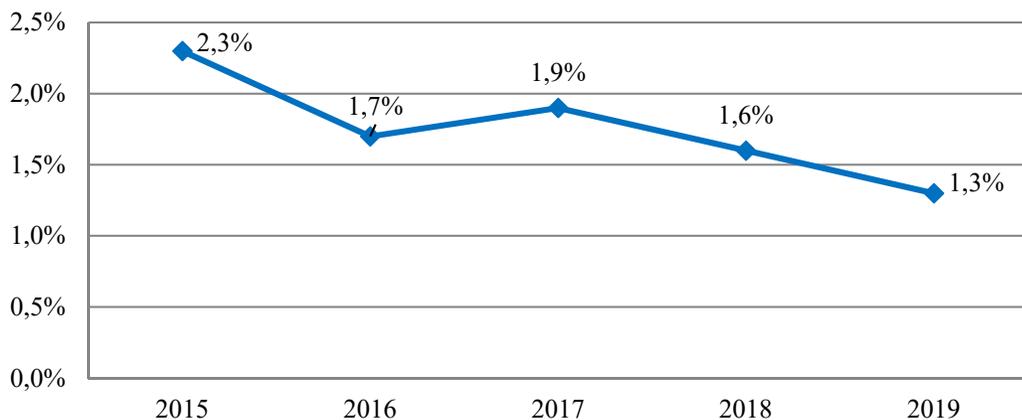


Рис. 3. Отношение числа рассмотренных по существу кассационных жалоб к числу поданных
Pic. 3 The ratio of the number of cassation complaints considered on the merits to the number of complaints submitted

Как видно из представленных статистических данных, количество поданных кассационных жалоб за пять лет выросло почти на 69 %. Среднегодовой рост составляет около 14 %. В то время как количество рассмотренных жалоб за 5 лет в среднем сократилось на 3,2 %.

Количество кассационных жалоб, рассмотренных в судебном заседании, составляет в среднем менее 1,73 % от числа поданных в Судебную коллегия по экономическим спорам кассационных жалоб. При этом очевидна тенденция к снижению указанного соотношения: 2,28 % — в 2015 г. и 1,25 % — в 2019 г. Соотношение уменьшилось в 1,8 раза.

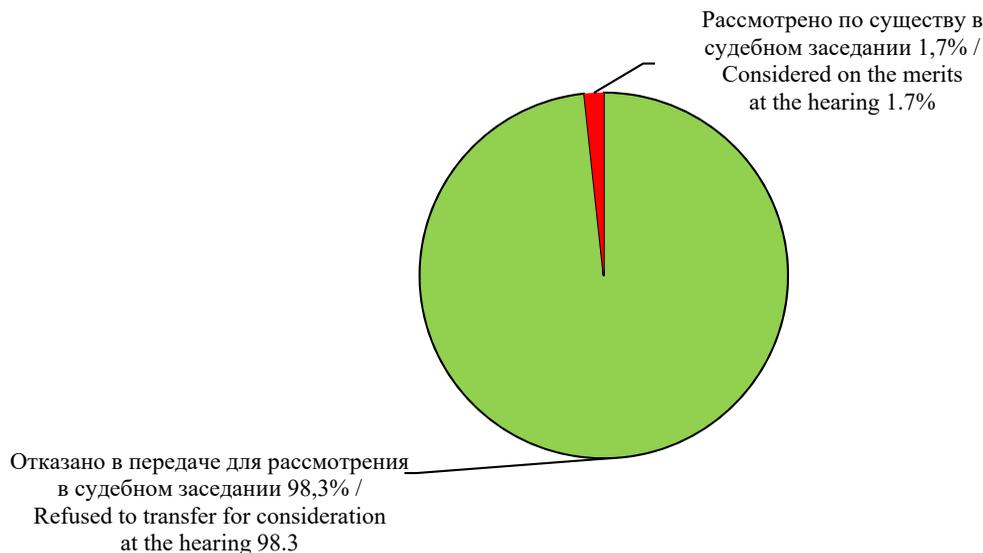


Рис. 4. Соотношение рассмотренных по существу и отклоненных кассационных жалоб за период с 2015 по 2019 г.

Pic. 4. Ratio of cassation complaints considered on the merits and rejected cassation complaints for the period from 2015 to 2019

Это в том числе означает, что вероятность того, что кассационная жалоба будет передана судьей Верховного Суда РФ на рассмотрение Судебной коллегии по экономическим спорам, в 2019 г. по сравнению с 2015 г. снизилась почти в 2 раза!

Результаты рассмотрения кассационных жалоб Судебной коллегией по экономическим спорам

Анализ статистических данных показывает, что в результате рассмотрения кассационных жалоб ревизию подвергаются судебные акты по подавляющему большинству дел — более 95 %.⁸ Второй кассационной инстанцией отменяются судебные акты по 94 % дел и изменяются — по 1,7 % дел. Остаются в силе судебные акты только по 4,7 % дел.

Обращает на себя внимание весьма незначительное количество судебных актов, измененных Верховным Судом РФ.

⁸ Президиумом ВАС РФ за период 2009—2013 г. в порядке надзорного производства ревизию в среднем подвергалось 82,2 % дел, рассмотренных на заседании Президиума, что на 13,5 % меньше, чем в Верховном Суде РФ за период 2015—2019 г. Из видимых причин этого можно указать более ограниченные по сравнению со ст. 291.11 ГПК РФ основания для отмены судебных актов, которые были установлены ст. 304 АПК РФ для Президиума ВАС РФ как надзорной инстанции.

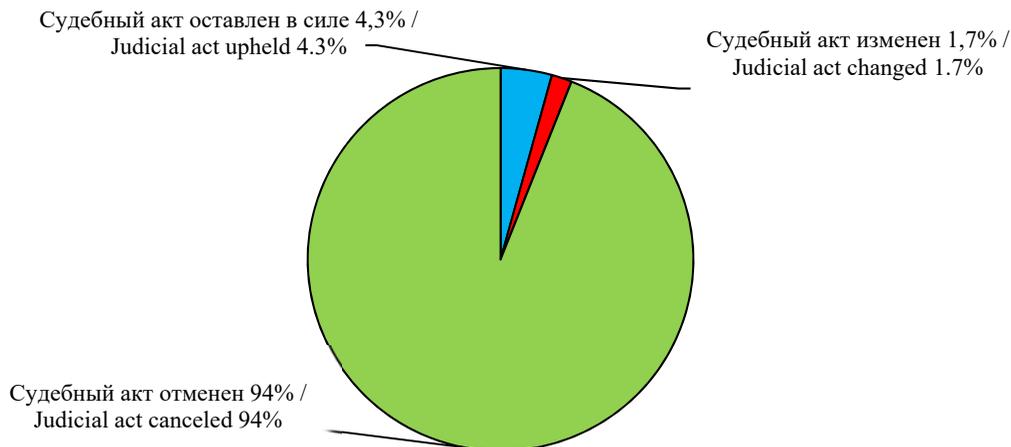


Рис. 5. Результаты рассмотрения кассационных жалоб по существу второй кассационной инстанцией в 2015—2019 г.
Pic. 5. Results of consideration of cassation complaints on the merits by the second cassation instance in 2015—2019

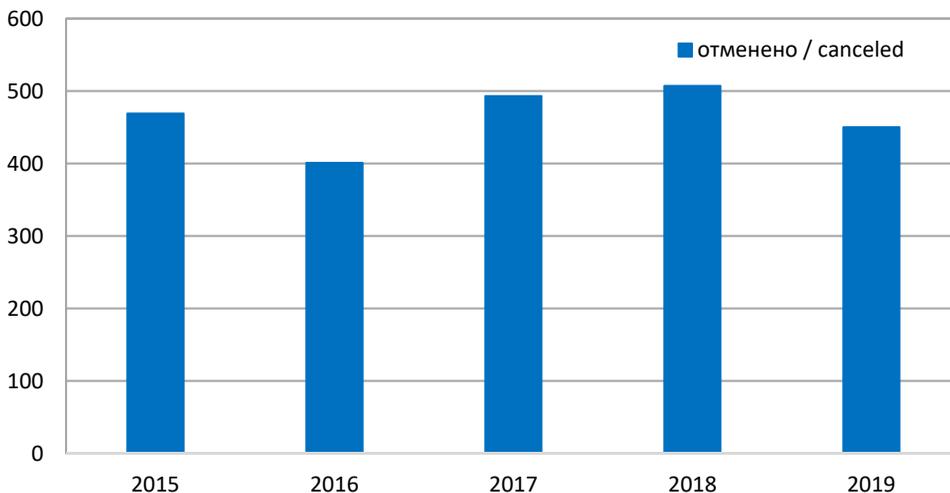


Рис. 6. Динамика отмен Судебной коллегией по экономическим спорам судебных актов за период 2015—2019 гг.
Pic. 6. Dynamics of cancellations of judicial acts by the Judicial Collegium for Economic Disputes for the period 2015—2019

Анализ соотношения отмененных (измененных) и оставленных в силе судебных актов за 5 лет говорит о наличии устойчивой тенденции увеличения доли первых и снижения доли вторых.

Достаточно интересными представляются данные по количеству отмен судебных актов различных судебных инстанций.

Как видим, более 2/3 от общего количества отмененных судебных актов составляются акты судов первой инстанции.

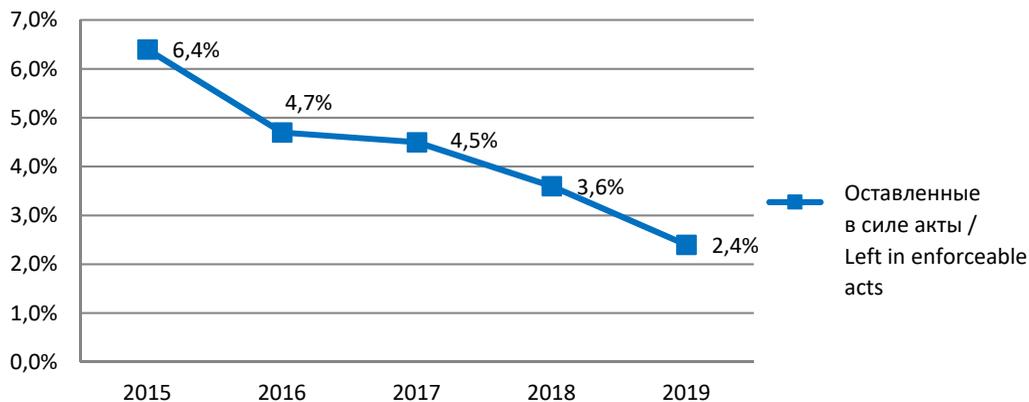


Рис. 7. Динамика оставления в силе судебных актов
Pic. 7. Dynamics of leaving Judicial Acts in force

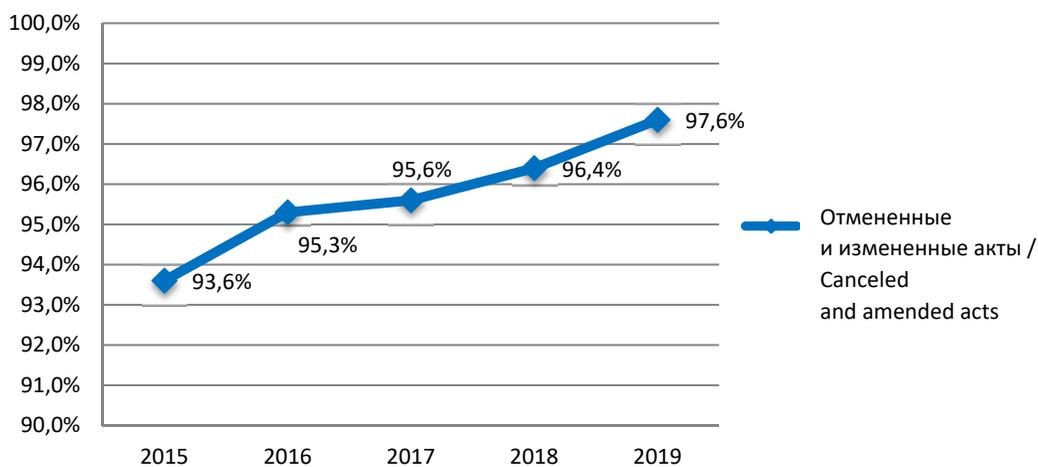


Рис. 8. Динамика отмен и изменения судебных актов
Pic. 8. Dynamics of cancellations of and amendments to Judicial Acts

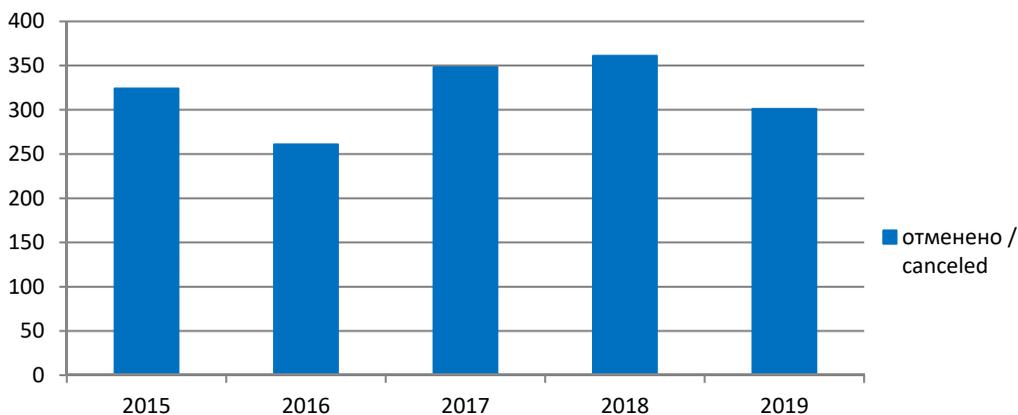


Рис. 9. Динамика отмен судебных актов арбитражных судов 1 инстанции
Pic. 9. Dynamics of cancellations of judicial acts of arbitration courts of the first instance

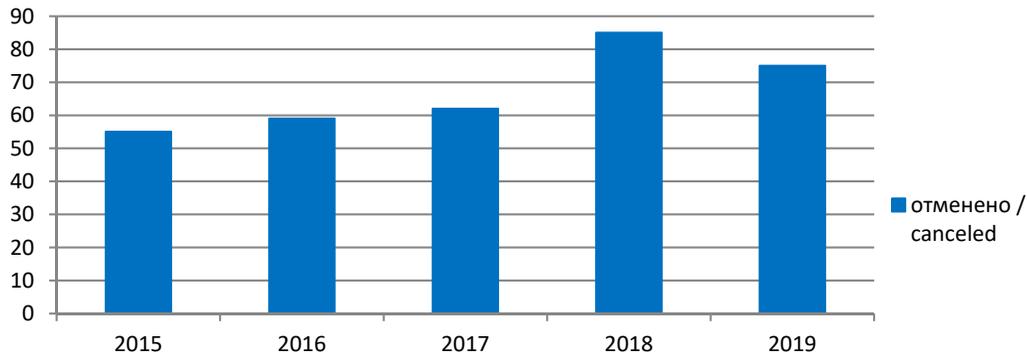


Рис. 10. Динамика отмен судебных актов окружных апелляционных арбитражных судов

Fig. 10. Dynamics of cancellations of judicial acts of the district courts of appeal

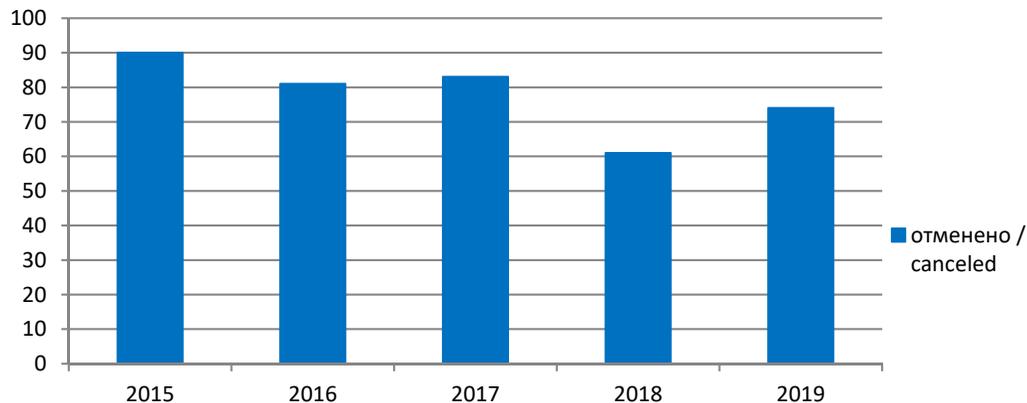


Рис. 11. Динамика отмен судебных актов окружных кассационных арбитражных судов

Fig. 11. Dynamics of cancellations of judicial acts of the district of arbitration courts of Cassation

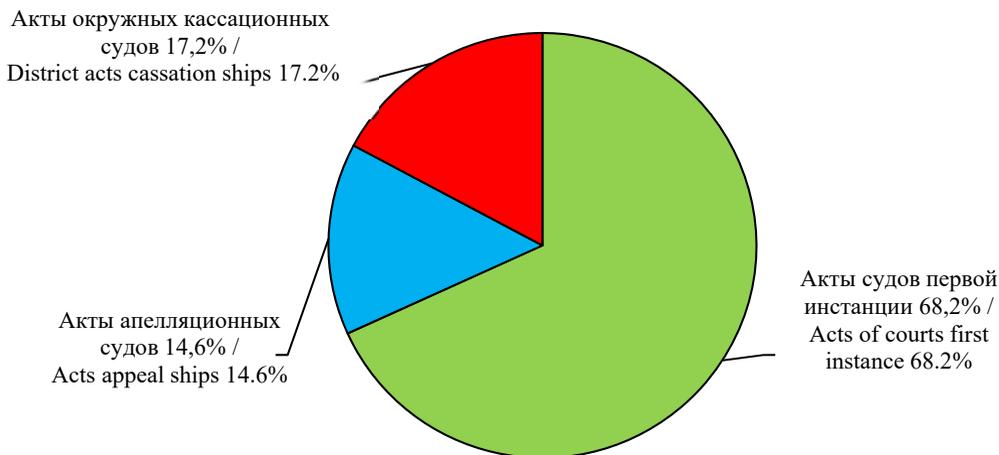


Рис. 12. Соотношение отмененных судебных актов нижестоящих судебных инстанций

Fig. 12. The ratio of canceled judicial acts of lower courts

При этом следует обратить внимание на тенденцию определенного увеличения доли отмененных судебных актов апелляционных судов и соответственно снижения доли актов окружных кассационных судов: в среднем за пять лет — на 3,5 %.

Определенный интерес также представляют данные о достаточно большом количестве оспариваемых в Верховном Суде РФ судебных актов, не прошедших проверку в суде апелляционной инстанции. Среднее число таких актов составляет 45,3 % от общего количества судебных актов, рассмотренных по существу во второй кассационной инстанции.

При этом обращает на себя внимание факт достаточно существенного снижения количества таких актов за период 2015—2018 г. Доля таких актов в среднем за четыре года снизилась на 17 %.

Кроме того, следует заметить, что доля отмененных судебных актов, которые не были предметом апелляционного производства, в среднем 33,1 % от общего числа судебных актов, отмененных Судебной коллегией по экономическим спорам.

Принимая во внимание, что указанные акты составляют более 45 % всех проверенных в судебном заседании актов, можно сделать вывод, что они относительно реже отменяются Верховным Судом РФ, чем судебные акты, прошедшие апелляционную проверку.

Реализация полномочий суда кассационной инстанции при отмене судебных актов Судебной коллегией по экономическим спорам

Для оценки результатов деятельности второй кассационной инстанции очень важное значение имеет анализ статистических данных, относящихся к реализации ею своих полномочий, связанных с отменой судебных актов нижестоящих судебных инстанций.

Как видим более половины (52,2 %) всех дел, по которым были отменены судебные акты, составляют дела, которые направлены Судебной коллегией по экономическим спорам на новое рассмотрение в нижестоящие судебные инстанции.

Новый судебный акт принят второй кассационной инстанцией только в 22,2 % случаев отмены судебных актов.

Примерно четверть (24 %) от числа дел, по которым были отменены судебные акты, составляют дела, по которым оставлен в силе один из ранее принятых судебных актов.

Незначительное количество (в пределах 1 %) составляют дела, по которым были отменены решения судов первой инстанции и прекращено производство по делу или иск оставлен без рассмотрения.

Необходимо также отметить тенденцию увеличения доли количества дел, направляемых на новое рассмотрение. За пять лет рост составил в среднем 3,7 %. В свою очередь, доля дел, по которым вторая кассационная инстанция приняла новый судебный акт, в среднем снизилась на 5,6 %⁹.

⁹ Для сравнения, в 2013 Президиумом ВАС РФ на новое рассмотрение передано 34,5 % дел, новые судебные акты были приняты по 35,3 % дел, а с оставлением без изменения одного из ранее принятых

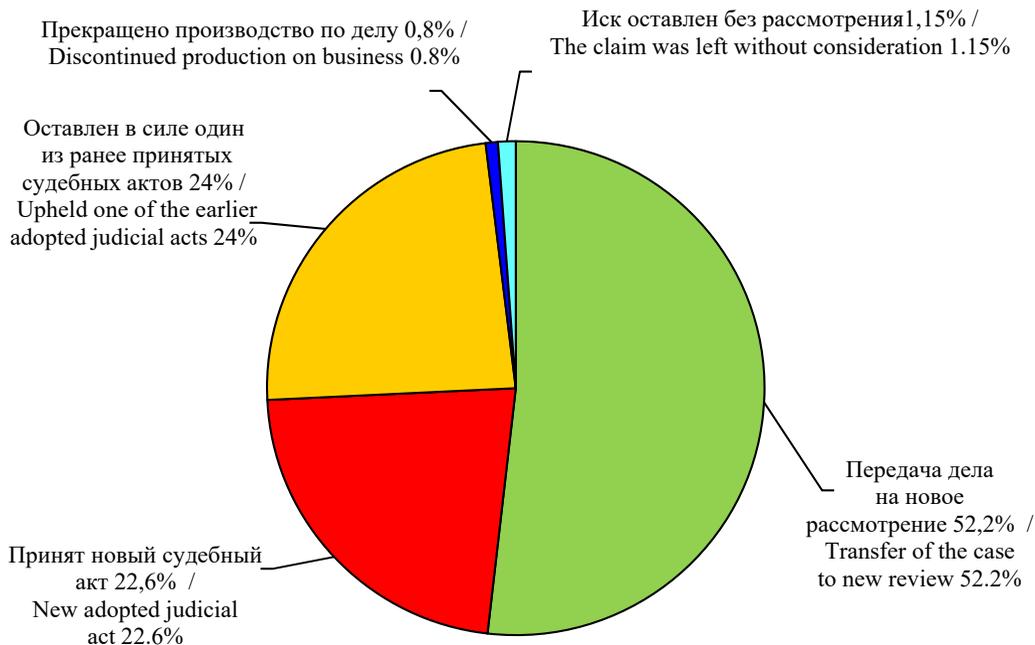


Рис. 13. Результаты отмены судебных актов второй кассационной инстанцией в 2015—2019 г.

Pic. 13. The results of cancellations of judicial acts by the second cassation instance in 2015—2019

Некоторым исключением в данном случае явился 2017 г. Так, доля дел, по которым был принят новый судебный акт, составила 28 %. Доля дел, направленных на новое рассмотрение, — 45,4 %. Кроме того, заметно повысилась доля дел, по которым были изменены судебные акты — 4,5 % (при средних 1,7 %). В этой связи было бы интересно выяснить, с чем связана такая «повышенная активность» второй кассационной инстанции в этот год.

Анализ приведенных выше статистических данных позволяет сделать ряд выводов, касающихся деятельности второй кассационной инстанции.

Значительное и все возрастающее число кассационных жалоб, направляемых в Верховный Суд РФ указывает о том, что вторая кассация по сути дела рассматривается субъектами экономической деятельности как высшая судебная инстанция, предназначенная для исправления допущенных нижестоящими инстанциями судебных ошибок. Естественно, что они заинтересованы в том, чтобы все большее количество кассационных жалоб передавалось на рассмотрение по существу в судебном заседании.

судебных актов завершили надзорные производства по 27,5% дел. Как видим, надзорная инстанция по сравнению с кассационной несколько реже передавала дело на новое рассмотрение — на 17,7 % и чаще выносила новое решение по делу — на 12,7 % (См.: Аналитическая записка к статистическому отчету о работе арбитражных судов в Российской Федерации в 2013 году. Режим доступа: www.os.x-pdf.ru (дата обращения: 10.10.2020).

Между тем, принимая во внимание задачи и функции высшего судебного органа страны, а также весьма ограниченное количество кассационных жалоб, которые могут быть вынесены для рассмотрения в судебном заседании, можно утверждать, что Судебная коллегия по экономическим спорам не является и не может являться судебной инстанцией, назначение которой заключается в исправлении судебных ошибок, допущенных нижестоящими судами.

Исправление судебных ошибок, допущенных в отношении конкретных субъектов экономической деятельности, не может быть основной задачей кассационной деятельности Верховного Суда РФ. В процессе кассационной проверки судебных актов, прежде всего, должна анализироваться складывающаяся судебная практика, преодолеваются пробелы и противоречия в законодательстве, выявляются типичные ошибки в судебном правоприменении. Принимая решение по конкретной кассационной жалобе, Верховный Суд РФ дает судам определенный «сигнал», направленный на обеспечение единообразия судебной практики и предсказуемости судебных актов.

В этой связи представляется очень важным обеспечить более активное использование второй кассацией полномочий по вынесению нового судебного акта и, соответственно, снижение количества дел, передаваемых на новое рассмотрение в нижестоящие судебные инстанции.

При вынесении нового судебного акта вторая кассационная инстанция проводит глубокий и детальный анализ правовой ситуации по делу. Принимая решение по существу экономического спора, Верховный Суд РФ имеет возможность более подробно аргументировать свою правовую позицию по делу и тем самым дать судам более полные и точные ориентиры при разрешении аналогичных споров.

Одной из причин того, что большинство дел (более 50 %), по которым вторая кассационная инстанция отменила судебные акты, передается на новое рассмотрение в нижестоящие суды, на наш взгляд, является существенная нагрузка на судей и аппарат Судебной коллегии по экономическим спорам.

В этой связи целесообразно провести комплексный анализ мер, направленных на оптимизацию такой нагрузки, в том числе за счет укрепления аппарата коллегии.

Однако основным направлением оптимизации должно стать снижение количества кассационных жалоб, направляемых в Верховный Суд РФ. Речь в данном случае не идет об установлении каких-либо дополнительных правовых препятствий или фильтров для обращения с кассационной жалобой.

По нашему мнению, в рамках проводимой судебной реформы необходима разработка и реализация комплекса правовых и организационно-правовых мер, направленных на снижение количества судебных ошибок, а также их оперативное исправление, в том числе за счет повышения эффективности работы нижестоящих проверочных судебных инстанций. Кассационные арбитражные суды округов по факту должны стать последней судебной инстанцией по исправлению судебных ошибок нижестоящих арбитражных судов.

Вторая кассация и обеспечение единообразия судебно-арбитражной практики: реалии и перспективы

Обеспечение единообразия судебно-арбитражной практики имеет фундаментальное значение существенного элемента системы гарантирования единого российского правового пространства в сфере экономической деятельности.

В этой связи нельзя не отметить, что в юридическом сообществе все большее значение придается соблюдению единства судебной практики. При этом формулируется немало предложений, направленных на ее обеспечение, в том числе введение дисциплинарной ответственности судей за нарушение единства судебной практики (Lutsenko, 2020). В этой связи представляется важным анализ роли Судебной коллегии по экономическим спорам в обеспечении такого единства.

При оценке роли этой коллегии в части обеспечения единства судебно-арбитражной практики необходимо иметь в виду, что законодатель в настоящее время перед нею такой специальной задачи прямо не ставит. Тем не менее, при сложившемся правовом регулировании указанная задача фактически ею реализуется, в том числе в качестве суда кассационной инстанции при использовании имеющихся в ее распоряжении процессуальных инструментов.

На процессуальную деятельность Судебной коллегией по экономическим спорам, а также нижестоящих арбитражных судов в плане формирования единообразной судебной практики определяющее влияние оказывают постановления Пленумов Верховного Суда РФ, разъясняющие те или иные вопросы, возникающие в судебно-арбитражной практике.

Если исходить из опубликованных постановлений Пленума Верховного Суда РФ, принятых за период 2015—2019 г., то число тех из них, которые посвящены разъяснению вопросов судебной практики, так или иначе затрагивающих деятельность по осуществлению правосудия арбитражными судами, составляет — около 40 постановлений.

Важное значение в обеспечении единства судебно-арбитражной практики имеют обзоры судебной практики, которые готовятся указанной коллегией и утверждаются Президиумом Верховного Суда РФ.

За рассматриваемый период подготовлено более 20 периодических обзоров судебной практики, которые имеют отношение к деятельности арбитражных судов. В них обобщаются и подходы Судебной коллегии по экономическим спорам.

Судебная коллегия по экономическим спорам, как структурное подразделение Верховного Суда РФ, влияет на формирование единообразной судебно-арбитражной практики через участие в подготовке в соответствующих частях таких постановлений и обзоров. В последних находят отражение казусы, модель разрешения которых Судебной коллегией по экономическим спорам, поддержанная Президиумом ВС РФ, по общему правилу, воспринимается как ориентир для нижестоящих арбитражных судов при применении и толковании норм материального, так и процессуального права.

При оценке положений, содержащихся в обзорах судебной практики, следует иметь в виду, что в них нередко включаются положения, которые вырабатываются на основе практики окружных кассационных арбитражных судов.

Применительно к Обзорам судебной практики возникает вопрос: влияет ли на восприятие нижестоящими арбитражными судами подходов, нашедших отражение в казусах Судебной коллегии по экономическим спорам, включение их в Обзоры судебной практики, как правоположений практикообразующего характера? Думается, что ответ «влияет», гораздо ближе к реалиям, чем «не влияет».

При анализе перспектив усиления влияния Судебной коллегии по экономическим спорам на обеспечение единообразия судебно-арбитражной практики следует, прежде всего, отметить законодательную новеллу, направленную на повышение процессуально-правового значения кассационных отказных определений коллегии.

Согласно ч. 9 ст. 291.6 АПК РФ, если при рассмотрении кассационных жалобы будет установлено, что имеется обстоятельство, предусмотренное п. 5 ч. 3 ст. 311 АПК РФ, судья Верховного Суда РФ выносит определение об отказе в передаче кассационной жалобы, представления для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам, в котором указывает на возможность пересмотра обжалуемого судебного акта по новым обстоятельствам.

При подобном варианте кассационные отказные определения встраиваются в качестве субсидиарного элемента в механизм обеспечения единства судебно-арбитражной практики.

Таким образом, корреспондирующие ч. 9 ст. 291.6 АПК РФ кассационные отказные определения — перспективный процессуальный инструмент, имеющийся у Судебной коллегии по экономическим спорам, реальный потенциал которого еще предстоит оценить¹⁰.

Немалый потенциал косвенного влияния на формирование единообразной судебно-арбитражной практики имеют также определения троек Судебной коллегии по экономическим спорам, принимаемых по результату рассмотрения кассационных жалоб в судебном заседании. Это влияние не гарантировано самим по себе статусом таких определений. Оно, во многом, зависит от качества мотивировки таких определений, последовательности Судебной коллегии по экономическим спорам в следовании ранее занятой правовой позиции.

Немаловажно и уважительное отношение Судебной коллегии по экономическим спорам к своим определениям подобного рода, что может выражаться, в частности, в ссылках на свои же правовые подходы, сформулированные в ранее принятых ею определениях по делам со схожими фактическими обстоятельствами. Дело в том, что неоднократность отражения соответствующего подхода также может рассматриваться как формулирование Судебной коллегией по

¹⁰ Разумеется, тоже косвенное, хотя и значительно меньшее воздействие на единообразие судебно-арбитражной практики могут оказать и ординарные кассационные отказные определения, но их потенциал в этом плане заметно ниже. Особенно имея в виду такие обстоятельства, как присущая им противоречивость (нередки определения с заметно различающимися подходами к аналогичным делам), неясность и/или неубедительность мотивировки и т. д.

экономическим спорам единообразного подхода к разрешению того или иного вида экономических споров.

Очевидно, что формулирование подхода в единичном определении тройки Судебной коллегии по экономическим спорам по существу кассационной жалобы само по себе может не восприниматься нижестоящими арбитражными судами как обязательный ориентир для толкования и применения норм права. Особенно в случаях, когда тот или иной правовой подход сформулирован недостаточно четко или выглядит как некое попутное суждение Судебной коллегии по экономическим спорам в силу использования клаузул типа «кроме того», «помимо того», либо существует определение с иным (а то и противоположным) подходом.

Однако имеющийся ныне у Судебной коллегии по экономическим спорам потенциал влияния на формирование единообразной судебно-арбитражной практики нельзя признать используемым в полном объеме.

Думается, для увеличения влияния подходов Судебной коллегии по экономическим спорам в этом плане имеет смысл создать особый коллегиальный орган Судебной коллегии по экономическим спорам (название не имеет принципиального значения: Большая Коллегия, Сенат и т. д.).

В литературе уже отмечалась целесообразность создания некоего коллегиального органа в структуре Судебной коллегии по экономическим спорам, уполномоченного на вынесение определений второй кассационной инстанции, который должен либо заменить полностью нынешние тройки либо существовать наряду с ними (Karapetov & Tai, 2020).

В том же случае, если он будет сосуществовать с тройками, то этот коллегиальный орган, как это практикуется в некоторых зарубежных юрисдикциях должен задействоваться в случае появления противоречий между позициями троек и споры должны решаться на уровне всей коллегии. И если, например, возникает потребность сформулировать правовую позицию, отличную от той, которая высказывалась ранее на уровне тройки или появился очень важный и принципиальный вопрос, то выносится определение о передаче вопроса на рассмотрение этого условного «большого сената».

Оба варианта — только Большая Коллегия (на наш взгляд, это название предпочтительнее) или последняя, наряду с тройками (их уместно поименовать Малыми Коллегиями), имеют свои плюсы и минусы.

Плюсом варианта только с Большой Коллегией является то, что он, являясь наиболее оптимальной реализацией так называемого *селективного подхода*, позволит рассматривать по существу в Судебной коллегии по экономическим спорам жалобы, ставящие наиболее значимые правовые вопросы. Это, в свою очередь, повысит уровень кассационных определений и, как можно прогнозировать, исходя из опыта Президиума ВАС РФ, позволит оформлять финальные судебные акты Судебной коллегии по экономическим спорам с более высоким качеством.

Это усилит роль кассационных определений как важных правовых ориентиров для нижестоящих арбитражных судов, а также лиц, обращающихся за судебной защитой по юридическим конфликтам, возникающим в сфере экономической деятельности.

Однако реализация данного варианта потребует изменения установленных в настоящее время оснований для отмены (изменения) проверяемых во второй кассации судебных актов, ведь без особого риска ошибиться можно прогнозировать, что при существующих основаниях кассационной ревизии судебных актов (291.11 АПК РФ) Большая коллегия объективно не сможет рассмотреть по существу нынешнее количество кассационных жалоб. При этом не имеет значения, будет ли последняя включать всех или только часть судей Судебной коллегии по экономическим спорам. Иначе говоря, потребуются дополнительный «судебный фильтр» при передаче дела на рассмотрение Большой коллегии.

Параллельное существование троек (Малых коллегий) и Большой коллегии, на наш взгляд, более соответствует существующему этапу и потребностям судебно-правового развития. Этот вариант позволяет, не вводя дополнительного «судебного фильтра», выделять действительно важные для реализации задач арбитражного судопроизводства (ст. 2 АПК РФ) дела для передачи их на рассмотрение Большой коллегии, которая будет иметь возможность убедительно формулировать по ним правовые позиции, значимые при рассмотрении аналогичных дел.

Кассационная жалоба должна предаваться с делом в Большую коллегию в том случае, когда тройка судей (Малая коллегия) приходит к выводу, что решение вопроса, которое ранее нашло отражение в определении тройки (Малой Коллегии) по другому делу, требует иного правоприменительного подхода¹¹.

Это позволит в необходимых случаях преодолеть негативные последствия существования ранее принятого кассационного определения тройки (Малой Коллегии), содержащего отличающиеся и, тем более, противоположные подходы к толкованию и применению одних и тех же норм права по делам со схожей фактической стороной.

Это тем более важно, что в настоящее время, принимая во внимание ограниченные возможности в этом плане Президиума Верховного Суда РФ, фактически нет рабочего механизма преодоления указанных противоречий, что очевидно не способствует формированию единообразной судебно-арбитражной практики.

Кроме того, передача дела в Большую коллегию может осуществляться, когда выявилась ошибочность или противоречивость в правоприменительных подходах окружных кассационных арбитражных судов, в том числе при толковании и применении новых норм права, а также выявления пробелов и противоречий правового регулирования.

Подобная ситуация, в любом случае, требует анализа и реагирования именно на уровне Большой коллегии, а не просто принятия Определения Малой Коллегией по существу кассационной жалобы.

В этой связи встает вопрос об основаниях отмены и изменения судебных актов при их проверке в Малой и Большой коллегиях, а именно: достаточно ли тех оснований, которые указаны в ст. 291.11 АПК РФ. Перечисленные в данной

¹¹ Понятно, что не исключаются и другие случаи. Но их исчерпывающий список сформулировать затруднительно. В этой связи требуется детальная проработка этого круга вопросов, с целью формулирования в АПК РФ критериев передачи дел в Большую Коллегию.

норме основания связаны с необходимостью исправлении судебной ошибки, допущенной по конкретному делу нижестоящими арбитражными судами.

Между тем эти основания не корреспондируют задаче обеспечения единства судебной практики, которая не может не стоять перед Судебной коллегией по экономическим спорам, в том числе при осуществлении ею кассационной проверки судебных актов.

В этой связи в качестве основания для отмены или изменения судебного акта второй кассационной инстанцией должно быть установлено нарушение единообразия в применении и (или) толковании судами норм права. По крайней мере, такое основание должно быть предусмотрено для Большой коллегии.

В настоящее время такое основание для отмены судебных актов действует только в надзорном производстве (п. 3 ст. 308.8 АПК РФ). Между тем, на наш взгляд, задача проверки судебных актов на предмет единообразия в применении и (или) толковании судами норм права объективно не может относиться исключительно к надзорной инстанции. Такая задача по большому счету относится ко всем проверочным инстанциям, но, прежде всего, к Судебной коллегии по экономическим спорам как единой общефедеральной кассационной инстанции. Тем более, имея в виду, что, даже кассационные отказные определения, подпадающие под ч. 9 ст. 291.6 АПК РФ, имеют значительный потенциал воздействия на единообразие судебно-арбитражной практики.

Иное понимание норм процессуального права, регулирующих деятельность проверочных инстанций, означало бы не что иное, как отложение решения этой задачи исключительно на тот момент, когда дело попадет в надзорную инстанцию.

При предложенном выше варианте выстраивания процессуальных правоотношений формулирование Большой коллегией своей правовой позиции будет рассматриваться как консолидированный подход второй кассации в целом, а не мнение тройки (Малой коллегии).

Более того, есть основания рассматривать определения Большой коллегии, наряду с нынешними постановлениями Пленума и Президиума Верховного Суда РФ, как акты, которыми определяется (изменяется) практика применения правовой нормы, если в них содержится указание на возможность пересмотра вступивших в законную силу судебных актов в силу данного обстоятельства (п. 5 ч. 3 ст. 311 АПК РФ).

При этом, Большая коллегия не должна быть органом, уполномоченным на проверку законности определения Малой Коллегии по делу, являвшемуся предметом кассационного рассмотрения последней. Иначе объективно создается еще одна судебная инстанция, что едва ли целесообразно.

Что касается Малых коллегий, то они должны остаться для оперативного реагирования по делам, правовая позиция по которым уже сформулирована в разъяснении, данном в постановлении Пленума Верховного Суда РФ или нашла отражение в Обзоре судебной практики, утвержденном Президиумом Верховного Суда РФ, либо в судебных актах по конкретным делам Президиума Верховного Суда РФ.

Заключение

По итогам проведенного исследования могут быть сделаны следующие выводы.

Выявленная тенденция абсолютного и относительного роста количества поданных кассационных жалоб (см. рис. 1) указывает на то, что вторая кассация рассматривается субъектами экономической деятельности как высшая судебная инстанция, предназначенная для исправления допущенных нижестоящими инстанциями судебных ошибок. В свою очередь, тенденция относительного уменьшения числа кассационных жалоб, переданных для рассмотрения в судебном заседании (см. рис. 3 и 4), свидетельствует о том, что значение данной функции второй кассации также снижается.

Исправление судебных ошибок, допущенных в отношении конкретных субъектов экономической деятельности, не может быть основной задачей кассационной деятельности Верховного Суда РФ. В процессе кассационной проверки судебных актов, прежде всего, должна анализироваться складывающаяся судебная практика, преодолеваются пробелы и противоречия в законодательстве, выявляются типичные ошибки в судебном правоприменении в целях обеспечения единообразия судебной практики и предсказуемости судебных актов.

В этой связи необходимо обеспечить более активное использование второй кассацией полномочий по вынесению нового судебного акта и, соответственно, снижение количества дел, передаваемых на новое рассмотрение в нижестоящие судебные инстанции. В этой связи необходима разработка и реализация комплекса мер по оптимизации нагрузки на судей и аппарат Судебной коллегии по экономическим спорам.

Основным направлением оптимизации должно стать снижение количества кассационных жалоб, направляемых в Верховный Суд РФ. Для этого в рамках проводимой судебной реформы необходимо принятие комплекса правовых и организационно-правовых мер, направленных на снижение количества судебных ошибок, а также их оперативное исправление, в том числе за счет повышения эффективности работы нижестоящих проверочных судебных инстанций.

В целях повышения потенциала Судебной коллегии по экономическим спорам по формированию единообразной судебно-арбитражной практики целесообразно формирование особого коллегиального органа коллегии, который будет разрешать противоречия в правовых позициях различных судебных составов (троек судей) коллегии, а также при необходимости формировать правовые позиции, отличные от тех, которые высказывались ранее на уровне этих составов (троек судей). Это усилит роль кассационных определений как важных правовых ориентиров для нижестоящих арбитражных судов, а также лиц, обращающихся за судебной защитой по юридическим конфликтам, возникающим в сфере экономической деятельности.

References / Список литературы

Arifulin, A.A. (2017) Proceedings in the court of cassation instance. In: Nikitin, S.V. (ed.). *Arbitration proceeding: a textbook*. Moscow, RGUP Publ. pp. 256—258. (in Russian).

- Арифудин А.А. Производство в суде кассационной инстанции // Арбитражный процесс: учебник / под ред. С.В. Никитина. М.: РГУП, 2017. С. 256—258.
- Borisova, E. A. (2020) *Cassation in civil cases*: Monograph. Moscow, Gorodets Publ. (in Russian).
Борисова Е.А. Кассация по гражданским делам: монография. М.: Городец, 2020. 208 с.
- Budylin, S.L. (2020) An Upside-Down Trial, or the Chinese Notice Case. Case Comment on the Judgment of the Chamber for Commercial Disputes of the SC RF No. 305-ЭС19-13455, 29 November 2019. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiiskoi Federatsii*. (4), 21—31. (in Russian).
Будылин С.Л. Суд вверх ногами, или Дело о китайском извещении. Комментарий к Определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 29.11.2019 № 305-ЭС19-13455 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2020. № 4. С. 21—31.
- Budylin, S.L. (2015) The Precedent at a Crossroads. A Brief History of Judicial Law-Making in Russia. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiiskoi Federatsii*. (11), 112—149. (in Russian).
Будылин С.Л. Прецедент на распутье. Краткая история судебного правотворчества в России // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. № 11. С. 112—149.
- Zagaynova, S.K., Skuratovskiy, M.L. & Timofeev Y.A. (2018) *Revision of judicial acts in the civil procedure*: a textbook. Timofeeva, Yu. A. (eds.). Moscow, Statut Publ. (in Russian).
Загайнова С.К., Скуратовский М.Л., Тимофеев Ю.А. Пересмотр судебных актов в цивилистическом процессе: учебное пособие / под ред. Ю.А. Тимофеева. М.: Статут, 2018. 207 с.
- Kovtkov, D.I. (2018) *Appeal proceedings in the civil process of the Russian Federation and other foreign countries*. Monograph. Moscow, Justice Inform Publ. (in Russian).
Ковтков Д.И. Кассационное производство в гражданском процессе Российской Федерации и некоторых зарубежных стран: монография. М.: Юстицинформ. 2018. 188 с.
- Lutsenko, S.I. (2020) A disciplinary responsibility of a judge for the violation of the unity of judicial practice. *Sovremennoe pravo*. (4), 85—91. (in Russian).
Луценко С.И. Дисциплинарная ответственность судьи за нарушение единства судебной практики // Современное право. 2020. № 4. С. 85—91. DOI: 10.25799/NI.2020.21.29.017
- Momotov, V.V. (2018) The Russian Judicial Reform in 2018: Concept, Objectives, Content // *Journal of Russian Law*. (10), 134—146. (in Russian).
Момотов В.В. Судебная реформа 2018 года в Российской Федерации: концепция, цели, содержание // Журнал российского права. 2018. № 10. С. 134—146. DOI: 10.12737/art 2018_10_13
- Pavlova, M.S. (2018) The Problem of determining the time limit for filing a cassation appeal to the Judicial Board of the Supreme Court of the Russian Federation. *Arbitration and civil procedure*. (9), 51—56. (in Russian).
Павлова М.С. Проблема определения срока на подачу кассационной жалобы в Судебную коллегию Верховного Суда Российской Федерации // Арбитражный и гражданский процесс. 2018. № 9. С. 51—56.
- Patsatsiya, M.Sh. (2015) About discretionary powers of officials of the Supreme Court of the Russian Federation in civil and arbitral procedure. *Herald of Civil Procedure*. (5), 10—61. (in Russian).
Пацация М.Ш. О дискреционных полномочиях должностных лиц Верховного Суда РФ в гражданском и арбитражном процессах // Вестник гражданского процесса. 2015. № 5. С. 10—61.
- Patsatsiya, M.Sh. (2017) On the temporal aspect of the application of part 8 of article 291.6 of the Commercial Procedure Code of the Russian Federation. *Herald of Civil Procedure*. (4), 12—38. (in Russian).

Пацация М.Ш. О темпоральном аспекте применения ч. 8 ст. 291.6 АПК РФ // Вестник гражданского процесса. 2017. № 4. С. 12—38. DOI: 10.24031/2226-0781-2017-7-4-12-38.

Potapenko, S.V. (2014) From the concept of a unified science of procedural law to the creation of a new “unified” Civil Procedure code. *Russian Justitia*. (9), 2—5. (in Russian).

Потапенко С.В. От концепции единой науки процессуального права до создания нового «единого» Гражданского процессуального кодекса // Российская юстиция. 2014. № 9. С. 2—5.

Reshetnikova, I.V. (2020) Judicial Review in the second cassation. In: Reshetnikova, I.V. (ed.). *The practice of application of the Commercial Procedure Code of the Russian Federation*. 5-nd edition, revised and expanded. Moscow, Yurayt Publ. pp. 441—443. (in Russian).

Решетникова И.В. Пересмотр судебных актов по второй кассации // Практика применения Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации / отв. ред. И.В. Решетникова. 5-е изд., перераб. и доп. М.: Юрайт, 2020. С. 441—443.

Reshetnikova, I.V. & Tsaregorodtseva, E.A. (2018) Novelty in the Administrative Procedure within the Framework of Judicial Proceedings Tasks. *Arbitration and civil procedure*. (7), 5—9.

Решетникова И.В., Царегородцева Е.А. Новации в арбитражном процессе через призму задач судопроизводства // Арбитражный и гражданский процесс. 2018. № 7. С. 5—9.

Reshetnikova, I.V. (2019) *Contemplating legal proceedings*. Selected. Moscow, Statut Publ. (in Russian).

Решетникова И.В. Размышляя о судопроизводстве: Избранное. М.: Статут, 2019. 510 с.

Tai, Y.V. (2016) Per aspera ad astra, or Court Reform, Two Years, All Systems Performing Well? *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiiskoi Federatsii*. (9), 64—83. (in Russian).

Тай Ю.В. Через тернии к звездам, или Судебная реформа, два года, полет нормальный? // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2016. № 9. С. 64—83.

Terekhova, L.A. (2016) On the Rule of Exhaustion When Appealing Court Decisions. *Arbitration and civil procedure*. (1), 25—29 (in Russian).

Терехова Л.А. О правиле исчерпания при обжаловании судебных решений // Арбитражный и гражданский процесс. 2016. № 1. С. 25—29.

Terekhova, L.A. (2019) Evidence in courts of cassation and supervisory instance. *Herald of Civil Procedure*. (1), 157—169 (in Russian).

Терехова Л.А. Доказывание в судах кассационной и надзорной инстанций // Вестник гражданского процесса. 2019. № 1. С. 157—169. DOI: 10.24031/2226-0781-2019-9-1-157-169

Timofeev, Y.A. (2018) Issues of Arrangement and Development of Judicial Act Review Systems. *Arbitration and civil procedure*. (7), 46—50.

Тимофеев Ю.А. Проблемы организации и развития систем пересмотра судебных актов // Арбитражный и гражданский процесс. 2018. № 7. С. 46—50.

Об авторах:

Никитин Сергей Васильевич — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданского и административного судопроизводства, Российский государственный университет правосудия; 117418, г. Москва, Российская Федерация, Новочеремушкинская ул., д. 69

ORCID ID: 0000-0001-9635-1259; SCOPUS ID: 56601147800

e-mail: svnikitin56@gmail.com

Пацаця Малхаз Шотаевич — доктор юридических наук, профессор, главный научный сотрудник Центра исследования проблем правосудия, Российский государственный университет правосудия; 117418, г. Москва, Российская Федерация, Новочеремушkinsкая ул., д. 69

ORCID ID: 0000-0002-7109-8522

e-mail: besleti@mail.ru

About the authors:

Sergey V. Nikitin — Doctor of Legal Sciences, Full Professor, the head of civil and administrative proceedings, Russian State University of Justice; 69 Novocheremushkinskaya str., Moscow, 117418, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0001-9635-1259; SCOPUS ID: 56601147800

e-mail: svnikitin56@gmail.com

Malkhaz Sh. Patsatsiya — Doctor of Legal Sciences, Full Professor, Chief researcher of Center of justice research, Russian State University of Justice; 69 Novocheremushkinskaya str., Moscow, 117418, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0002-7109-8522

e-mail: besleti@mail.ru

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-461-481

Научная статья

Применение цифровых технологий в судопроизводстве и внесудебном урегулировании споров

Д.А. Добряков*, И. Каса, Ю.В. Сухоставская

Российский университет дружбы народов,

г. Москва, Российская Федерация,

*den-dobryakov@yandex.ru

Аннотация. К настоящему времени «цифровизация» окончательно вытеснила более общие «модернизацию» и «инновации» как из политического лексикона, так и из научной повестки. Трудно сказать, сколько этот тренд будет сохраняться и какое социально-технологическое явление придет ему на смену. Это может быть «кибернизация», в рамках которой человек начнет приводить себя в соответствие с канонами научно-фантастического cyberpunk'а и совмещать в своем теле биологическое с технологическим (и заодно цифровым), или наоборот какая-нибудь реакционная «натурализация». Так или иначе, сейчас повсеместное внедрение цифровых технологий представляет собой бесспорный и очевидный факт. И данный процесс касается всех сфер жизнедеятельности общества, не обходя стороной судопроизводство и внесудебное урегулирование споров, которые могут быть существенно усовершенствованы при помощи применения цифровых технологий. В данной статье проводится анализ практики и законодательной регламентации применения цифровых технологий в различных формах судопроизводства и таких видах внесудебного урегулирования споров, как арбитраж и медиация. При помощи сравнительно-правового метода рассматриваются российское и зарубежное законодательство, а также подходы к определению допустимых пределов применения цифровых технологий, в том числе их «интеллектуальной» разновидности, формулируются отдельные предложения по совершенствованию российского законодательства.

Ключевые слова: судопроизводство, внесудебное урегулирование споров, арбитраж, медиация, цифровые технологии, цифровизация, искусственный интеллект

Конфликт интересов: Авторы заявляют об отсутствии конфликта интересов.

Информация о вкладе авторов: Добряков Д.А. — общий обзор, цифровые технологии в судопроизводстве, сведение и редакция текста; Каса И. — цифровые технологии в арбитраже; Сухоставская Ю.В. — цифровые технологии в медиации; все авторы в равной степени — введение и заключение.

Дата поступления в редакцию: 21 июля 2020 г.

Дата принятия к печати: 15 апреля 2021 г.

Для цитирования:

Добряков Д.А., Каса И., Сухоставская Ю.В. Применение цифровых технологий в судопроизводстве и внесудебном урегулировании споров // RUDN Journal of Law. 2021. Т. 25. № 2. С. 461—481. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-461-481

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-461-481

Research Article

Application of digital technologies in litigation and dispute resolution

Denis A. Dobryakov*, **Ilda Kasa**, **Yuliia V. Sukhostavskaya**

Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University),
Moscow, Russian Federation,
*den-dobryakov@yandex.ru

Abstract. By now (we mean 2020) “digitalization” has completely replaced the more general “modernization” and “innovation” from both the political vocabulary and the sci-entific agenda. It is difficult to say how long this trend will continue and what kind of socio-technological phenomenon will replace it. It can be “cyberization”, within which a person will begin to bring himself into line with the canons of the sci-fi cyberpunk’s and combine biological with technological (and digital at the same time) in his body, or vice versa, some kind of reactionary “naturalization”. Anyway, now the widespread adoption of digital technology is an indisputable and obvious fact. And this process applies to all spheres of society’s life, without bypassing legal proceedings and out-of-court settlement of disputes (or in other words — alternative dispute resolution), which can be significantly improved using digital technologies. This article analyses the practice and legislative regulation of the use of digital technologies in various forms of legal proceedings and such types of out-of-court dispute resolution as arbitration and mediation. Comparative legal method allowed to compare Russian and foreign legislations as well as approaches to determining the permissible limits of the use of digital technologies, including their “intellectual” variety. Individual proposals have been formulated to improve Russian legislation.

Key words: litigation, dispute resolution, arbitration, mediation, digital technology, digitalization, artificial intelligence

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

The participation of the authors: Dobryakov D.A. — general overview, use of digital technologies in legal proceedings, combination and editing of text; Kasa I. — use of digital technologies in arbitration; Sukhostavskaya Yu.V. — use of digital technologies in mediation; all authors equally — introduction and conclusion.

Article received 21st July 2020

Article accepted 15th April 2021

For citation:

Dobryakov, D.A., Kasa, I., Sukhostavskaya, Yu.V. (2021) Application of digital technologies in litigation and dispute resolution. *RUDN Journal of Law*. 25 (2), 461—481. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-461-481

Введение

Цифровизация как процесс может идти по нескольким направлениям. С одной стороны, это использование человеком компьютерных технологий как

инструментов, призванных облегчить решение тех или иных задач, как некогда калькулятор упростил математические вычисления. Такая цифровизация не исключает человека-оператора и не предполагает его устранение от необходимости принятия решений.

С другой стороны, цифровизация может состоять и в создании интеллектуальных систем (как виртуальных, т. е. представляющих собой некое программное обеспечение, действующее в цифровой среде, так и вполне материальных, «овеществленных» — например, роботизированных), способных не только помогать человеку, но и заменить его, дополняя естественный (иначе говоря, «биологический») человеческий интеллект искусственным. Следует отметить, что интеллект сам по себе понимается как способность достигать сложных целей, а искусственный интеллект (здесь и далее — ИИ), в свою очередь, представляет собой «небиологический интеллект» (Tegmark, 2017:39). Если говорить более конкретно, ИИ — это система методов и средств компьютерного решения интеллектуальных задач (как то: визуальное восприятие, распознавание речи, принятие решений и перевод на различные языки и проч.), обычно решаемых человеком¹.

При этом человеческий интеллект есть нечто многогранное и едва ли поддающееся измерению по какой-то универсальной шкале (хотя общеизвестна практика определения уровня развития интеллекта при помощи IQ тестов и прочих средств), поскольку он неоднороден и состоит как минимум из эмоционального, вербального, пространственного, логического, художественного, социального и других элементов. В то же время в ИИ подобные элементы обычно не выделяются, а его оценка производится, как правило, с двух точек зрения — научной и практической.

С научной точки зрения ИИ сравнивается с человеческим интеллектом, поэтому он будет считаться тем совершеннее, чем точнее окажется способен подражать естественному мышлению человека. Соответственно, и развитие ИИ при таком подходе состоит в имитации человеческого интеллекта на основе исследования и искусственного воспроизведения его механизмов. В то же время с практической точки зрения критерием совершенства ИИ является его способность решать конкретные задачи так же хорошо или даже лучше, чем человек, т. е. в данном случае «человекоподобность» мышления не оценивается, а значение имеет лишь его эффективность (Mitchell, 2019).

Первый вариант цифровизации (т. е. применение цифровых технологий в помощь человеку) довольно давно и достаточно активно внедряется — трудно найти области общественных отношений, где еще не применяются компьютерные технологии и технические средства в виде собственно стационарных и мобильных персональных компьютеров, других разновидностей стационарных и мобильных устройств, а также специального программного обеспечения. Интеллектуальные средства, содействующие принятию решений человеком или даже выполняющие те или иные операции самостоятельно, встречаются реже, хотя и

¹ Осипов, Г.С., Величковский, Б.М. Искусственный интеллект // Большая российская энциклопедия. Режим доступа: <https://bigenc.ru/mathematics/text/2022537> (дата обращения: 30.03.2020); English Oxford Living Dictionaries. Available at: https://en.oxforddictionaries.com/definition/artificial_intelligence [Accessed 30th March 2020].

здесь также можно заметить существенные достижения во множестве областей. «Умные системы» применяются в прогнозировании финансовых рисков, медицинском диагностировании, обеспечении информационной безопасности и проч.

Цифровой прогресс не обходит стороной и право, которое, несмотря на свою консервативность (Vaganov, 2019: 64) и неизменное стремление урегулировать общественные отношения *postfactum*², постепенно меняется вследствие внедрения цифровых технологий. Говоря о соответствующих изменениях в обеспечении правосудия и внесудебного разрешения споров, можно в качестве примера привести так называемое «электронное правосудие», которое дает возможность подачи и регистрации исковых заявлений и других документов в электронном виде (без обязательной личной явки в суд с многочасовым ожиданием своей очереди, например, в канцелярию), представления и исследования электронных доказательств, систематизации и каталогизации судебных дел с минимальным участием человека на базе автоматизированного программного обеспечения и проч. Перечисленные проявления электронного правосудия, в некоторых странах являющиеся совершенно обыденными, безусловно, имеют цифровую природу, но они, как правило, не задействуют весь потенциал современных цифровых технологий и в особенности ИИ, в связи с чем гипотетически могут рассматриваться и более радикальные новшества, предполагающие в частности замену (как минимум — частичную) судей и представителей сторон «электронными юристами».

Активно применяется и программное обеспечение, ориентированное на помощь пользователям в решении тех или иных юридических задач — от составления документов (исковых заявлений, договоров и проч.) до определения правовой позиции по делу. Это программное обеспечение может быть предназначено как для неспециалистов (для которых оно становится спасительным и позволяет не только сэкономить на юридических услугах, но и лучше разобраться в хитросплетениях законодательства и его применения (Thompson, 2015)), так и для юристов. Например, в 2017 г. в Российской Федерации была разработана аналитическая система «Сутяжник», анонсированная как «автоматизированный сервис по подбору судебной практики, соответствующей содержанию и тематике загруженных документов»³, притом сервис самообучающийся и использующий *big data*, т. е. его в некотором смысле можно отнести к числу цифровых технологий, основанных на возможностях ИИ, но в действительности это скорее система условно «умного» поиска и подбора материалов по тегам — грамотно сформулированный запрос в поисковой строке справочной правовой системы дает близкий к выдаче «Сутяжника» результат, хотя и не предоставляет аналитику в виде статистически обусловленной вероятности успеха в суде. Также нельзя не упомянуть и справочные правовые системы, как, например, «КонсультантПлюс»

² Как, например, это имело место с криптовалютами — вместо универсализации норм правового регулирования рынка платежных инструментов законодатели разных стран попытались создать новую нормативную основу для криптовалют. Но пока в этом направлении велась трудоемкая работа, ажиотаж спал, а значение «старых» криптовалют вроде Bitcoin и Ethereum стало не то чтобы снижаться, но уж точно не заслуживать столь пристального внимания.

³ См.: Аналитическая система «Сутяжник». Режим доступа: <https://sutyazhnik.ru/> (дата обращения: 20.04.2020).

и «Гарант», которыми в своей профессиональной и повседневной деятельности могут пользоваться все желающие и благодаря которым работа с нормативными правовыми актами и справочной информацией в настоящее время проста и не требует ничего, кроме подключения к Интернету (и платной подписки на дополнительные сервисы, но это уже отдельный вопрос).

Цифровые технологии в судопроизводстве

Но по большей части в судопроизводстве используются именно неинтеллектуальные цифровые технологии или технологии, чей ИИ достаточно прост, поскольку сервисы поиска и работы с данными самостоятельно выполняют задачу по подбору источников и прочих материалов, но такая задача относится к рутинному типу работы, тогда как вся «творческая» составляющая интеллектуальной деятельности по-прежнему нераздельно находится в ведении человека (как, впрочем, и формулирование правильного запроса, без которого результат «интеллектуального» поиска будет неудовлетворительным).

«Цифровая» реформа в российском судопроизводстве произошла в 2016 г., когда был принят Федеральный закон от 23.06.2016 № 220-ФЗ⁴, внесший существенные изменения в процессуальное законодательство. Так, в гражданском судопроизводстве предусмотрено право подачи искового заявления, жалобы и иных документов в суд на бумажном носителе или в электронном виде, в том числе в форме электронного документа, подписанного электронной подписью (п. 1.1 ст. 3 ГПК РФ), т. е. заявитель (истец или любое другое лицо) может выбрать более подходящий для него формат обращения в суд и каждый из предусмотренных законом вариантов может рассматриваться как равнозначный. То же касается и судебных постановлений, которые (вне зависимости от их формы) могут выполняться в виде электронного документа, если в них не содержатся сведения, составляющие охраняемую законом тайну, правда они в любом случае дублируются на бумажном носителе (п. 1 ст. 13 ГПК РФ).

Электронные документы, подписанные электронной подписью, признаются гражданским процессуальным законодательством в качестве письменных доказательств наравне с «традиционными» бумажными и иными документами, причем их следует считать подлинными и представление их на бумажном носителе в суд не требуется (суд может потребовать представления в суд подлинников копий документов, поданных в электронном виде; п. 1, 2 ст. 71 ГПК РФ), поскольку электронный документ изначально создается в электронной форме и не предполагает предварительное документирование на бумажном носителе⁵.

В общих чертах описанный порядок электронного документооборота имеет место также и в арбитражном и административном судопроизводствах

⁴ Федеральный закон от 23.06.2016 № 220-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части применения электронных документов в деятельности органов судебной власти» // «Собрание законодательства РФ», 27.06.2016, № 26 (Часть 1), ст. 3889.

⁵ Приказ Судебного департамента при Верховном Суде РФ от 27 декабря 2016 г. № 251 «Об утверждении Порядка подачи в федеральные суды общей юрисдикции документов в электронном виде, в том числе в форме электронного документа» // «Бюллетень актов по судебной системе» от 24 февраля 2017 г., № 2.

(п. 7 ст. 4 АПК РФ и п. 2 ст. 45 КАС РФ и проч.), и постепенно электронный документооборот все чаще встречается на практике. 17 января 2019 г. суммарное число «электронных» исков, поданных в суды общей юрисдикции через ГАС «Правосудие»⁶, превысило один миллион, причем в 2018 г. таких исков было подано вдвое больше, чем в 2017 г. (695,5 тысяч против 283 тысяч соответственно)⁷. Но на фоне общих показателей распространенность электронного документооборота в судопроизводстве до настоящего времени невелика — для оценки его масштаба достаточно указать, что в том же 2018 г. в рамках одного только гражданского судопроизводства (а миллион электронных исков был подан не только по гражданско-правовым спорам, а в суды общей юрисдикции вообще) судами было получено более 17 миллионов дел⁸. Однако, как представляется, это лишь вопрос времени, когда электронный документооборот вытеснит большую часть традиционных форм делопроизводства из гражданского, арбитражного и административного судопроизводства.

Несколько иначе ситуация обстоит в уголовном судопроизводстве. В 2016 г. уголовно-процессуальное законодательство так же было дополнено положением о порядке использования электронных документов, в соответствии с которым ходатайство, заявление, жалоба и представление могут быть поданы в суд в форме электронного документа с электронной подписью лица, направляющего такой документ (ч. 1 ст. 474.1 УПК РФ), а судебное решение (если оно не содержит сведения, составляющие охраняемую федеральным законом тайну, затрагивающие безопасность государства, права и законные интересы несовершеннолетних и не вынесено по делу о преступлении против половой неприкосновенности и половой свободы личности) может быть изготовлено в виде электронного документа, который подписывается судьей усиленной квалифицированной электронной подписью, но, как и в других судопроизводствах, решение дублируется на бумажном носителе (ч. 2 ст. 471.1 УПК РФ). Этим электронный документооборот в уголовном судопроизводстве, в общем-то, и ограничивается.

В уголовном судопроизводстве представлены и активно используются электронные доказательства, но субъекты правоприменения их всячески овеществляют, привязывая к носителю информации, либо описывая в формализованном «бумажном» документе (например, протоколе или «расшифровке»), который и приобщается к уголовному делу (Baranov, 2019:65). И хотя вполне очевидно, что в любом доказательстве более значима не конкретная форма его выражения, а информативность, информативная составляющая электронных доказательств отходит на второй план, тогда как их природа, допустимые пределы применения, достоинства и недостатки до настоящего времени являются предметом доктринальных исследований (Pastukhov, 2015:149—153; Voronin,

⁶ Государственная автоматизированная система Российской Федерации «Правосудие». Режим доступа: <https://sudrf.ru/> (дата обращения: 20.04.2020).

⁷ Миллион исков в электронном виде подано в федеральные суды общей юрисдикции через ГАС «Правосудие» // ФГБУ ИАЦ Судебного департамента. Режим доступа: <http://iac.cdep.ru/index.php?id=9&item=210> (дата обращения: 20.04.2020).

⁸ Отчет о работе судов общей юрисдикции о рассмотрении гражданских, административных дел по первой инстанции за 2018 г. // Судебный департамент при Верховном Суде Российской Федерации. Режим доступа: http://www.cdep.ru/userimages/sudebnaya_statistika/2019/F3-svod_vse_sudy-2018.xls (дата обращения: 20.04.2020).

2019:74—84). Поэтому, например, аудио- или видеозапись анализируется судьей при рассмотрении конкретного дела опосредованно через ее текстовое описание, которое вполне может оказаться небезупречным с точки зрения точности и, следовательно, достоверности пересказом, а не стенограммой.

То же касается и обращений в правоохранительные органы, служащих, помимо прочего, одним из оснований возбуждения уголовного дела — законодательством допускается подача электронного обращения (любого, а не только заявления о преступлении), которое не рассматривается как документ, а распечатывается на бумаге и лишь после этого поступает в работу, причем это не всегда означает его официальное принятие и регистрацию как сообщения о преступлении (Voskobitova, 2019:91—104).

Одной из тенденций развития уголовного судопроизводства в зарубежных странах является переход на электронные уголовные дела, что предполагает выполнение всех (или хотя бы большинства) процессуальных документов по делу в электронном виде без обязательного изготовления «бумажного оригинала». Ведение уголовных дел полностью в электронном виде нередко считается высшей точкой цифровизации уголовного судопроизводства, и многие страны либо стремятся к этому (как, например, США и Канада, а также некоторые страны Европы), либо уже достигли этого, отказавшись от традиционного делопроизводства. Пятнадцать лет назад в Бельгии была введена практика ведения уголовного дела в виде электронного файла, который в ходе расследования мог дополняться как полицией и судом, так и адвокатом, а в Саудовской Аравии внедрение электронных уголовных дел позволило сократить сроки расследования на 80 % (Zuyev, 2018:6—7).

При этом следует отметить, что идея простого перевода российской системы уголовного судопроизводства в электронную форму вызывает справедливую критику (Alexandrov, 2018:24—34), поскольку эта сама по себе эта система видится достаточно архаичной (прежде всего, за счет существующего института предварительного расследования (Vlasova, 2018)) и она едва ли способна эффективно функционировать в современном мире без радикального преобразования (одним из направлений которого может быть и полное упразднение все того же института предварительного расследования с переходом к состязательной модели правосудия (Alexandrov, 2018:135—136)). Впрочем, полный перевод документооборота в электронный формат даже в условиях действующей регламентации уголовного судопроизводства (лишь с минимальными изменениями в законодательстве, необходимыми для легитимации такого перевода) может существенно снизить нагрузку на органы предварительного расследования, суд и остальных участников процесса.

Во всех видах судопроизводства в той или иной степени используется и другая разновидность цифровых технологий, а именно — видеоконференц-связь (известная российскому правосудию с 1999 г., когда данная технология была впервые применена при рассмотрении уголовного дела в Челябинском областном суде⁹). Например, в гражданском процессе объяснения сторон и третьих лиц,

⁹ Исполнилось 10 лет технологии видеоконференц-связи в российском правосудии // Челябинский областной суд. Режим доступа: <http://www.chel-oblsud.ru/index.php?html=news&nid=566> (дата обращения: 25.04.2020).

а также показания свидетелей могут быть получены посредством использования видеоконференц-связи, и сведения, содержащиеся в таких объяснениях и показаниях, будут сочтены судом обычными доказательствами (п. 1 ст. 55 ГПК РФ). Однако закон предусматривает неоднозначное требование к порядку использования видеоконференц-связи, в соответствии с которым лица, участвующие в деле, их представители, свидетели, эксперты, специалисты и переводчики должны использовать системы видеоконференц-связи судов по месту их жительства, пребывания или назначения (п. 2 ст. 155.1 ГПК РФ). Такой подход законодателя можно объяснить необходимостью проверить явку и установить личность участников процесса, что входит в обязанности суда, обеспечивающего их участие в судебном заседании, который также берет подписку у свидетелей, экспертов, переводчиков о разъяснении им прав и обязанностей и предупреждении об ответственности за нарушение последних (п. 3 ст. 155.1 ГПК РФ). Однако описанная процедура представляет определенное удобство для участников судебного заседания (освобождая их от необходимости очной явки в другой регион и проч.), но не упрощает само судопроизводство и приводит к дополнительной нагрузке на суды по месту жительства участника процесса. Вместе с тем участие в судебном заседании можно было бы осуществлять и из дома, предусмотрев все необходимые процедуры идентификации личности участника процесса и верификации его документов через ГАС «Правосудие» или Единый портал государственных услуг и функций «Госуслуги», что было бы гораздо проще, удобнее и, разумеется, дешевле организовать.

Все изложенные примеры применения цифровых технологий в судопроизводстве в общих чертах сводятся к использованию при отправлении правосудия определенных технических средств обработки данных, что можно с некоторой долей допущения назвать электронным правосудием, но только в узком смысле (Valeev & Nuriev, 2019:474). В широком смысле электронное правосудие, как представляется, должно задействовать цифровые технологии комплексно и в большей степени опираться на их интеллектуальные возможности. Применение интеллектуальных и не столько автоматизированных, а быть может даже отчасти автономных цифровых систем могло бы содействовать решению ряда важных и тесно связанных между собой проблем, наиболее очевидных (и многочисленных) в уголовном судопроизводстве. Среди таких проблем, которые мы далее кратко рассмотрим, можно выделить широкое судебское усмотрение при назначении вида и меры наказания за конкретное преступление, качественные характеристики судебного корпуса и резкий обвинительный уклон при вынесении приговоров.

Российская система наказаний содержит в себе широкий спектр санкций, что в совокупности с детально проработанными в Общей части УК РФ правилами назначения наказания, позволяет достаточно полно индивидуализировать уголовную ответственность в каждом конкретном случае. Несмотря на это, судебная практика демонстрирует многочисленные ошибки применения уголовного закона и отступления от его требований из-за избыточного судебного усмотрения. Исключение из УК РФ нижних пределов наказаний во многих статьях Особенной части было призвано гуманизировать практику применения уголовных наказаний, но в действительности эта мера привела к тому, что

назначение наказания зависит не от характера и степени общественной опасности преступления и личности виновного, как того требуют общие начала назначения наказания (ст. 60 УК РФ), а от умения судьи применять эти начала и заодно от других связанных с личностью судьи обстоятельств (уровня юридической квалификации, страха перед пересмотром приговора вследствие протеста прокурора из-за слишком «мягкого» наказания, возможных дисциплинарных последствий такого пересмотра и проч.) (Korobeyev, 2019:71—73). В качестве примера можно привести ч. 4 ст. 111 УК РФ, в соответствии с действующей редакцией которой за умышленное причинение тяжкого вреда здоровью, повлекшее по неосторожности смерть потерпевшего, в качестве основного наказания может быть назначено только лишение свободы, но зато на срок от двух месяцев (нижний предел срока лишения свободы, установленный в ч. 2 ст. 56 УК РФ) до пятнадцати лет. Таким образом, судья, субъективно оценив общественную опасность преступления, личность виновного и прочие обстоятельства по делу, своим решением определяет меру наказания в очень широких рамках¹⁰, и здесь возникает вопрос о допустимости столь подобного простора для судебского усмотрения.

Содействовать решению этой проблемы может специальное программное обеспечение, способное помочь судье в принятии решения по конкретному уголовному делу или и вовсе заменить его (но со столь революционными предложениями сейчас выступать, по меньшей мере, рано). Оно может включать в себя матрицу назначения наказаний и алгоритмы их индивидуализации (требования Общей части УК РФ по назначению наказания с учетом всех смягчающих и отягчающих обстоятельств, каждое из которых соответствует определенному числу «баллов» для удобства их «машинного» суммирования и проч.) и предлагать судье тот или иной наиболее подходящий (т. е. наиболее соответствующий формальным требованиям закона) в каждом отдельном случае вид наказания. Такое программное обеспечение берет на себя только некоторые полномочия судьи — наиболее важные вопросы оценки доказательств, определения виновности и так далее разрешает сам судья, т. е. его роль не умаляется. Ограничивается лишь судебское усмотрение в части определения вида и меры наказания (Alikperov, 2019:47—49), что видится вполне допустимым и даже целесообразным во избежание излишнего субъективизма судьи при назначении наказания (который может быть следствием как политизированности или произвола (Golik, 2019:24), так и тривиальной некомпетентности).

Развивая изложенные идеи, можно пойти немного дальше и предложить создание самообучающейся системы содействия правосудию, построенной на основе использования больших массивов информации и имеющей доступ не только к алгоритмам выбора вида и меры наказания, но также к архивам судебных решений и ресурсам Интернета в целом (т. е. системы, интегрированной с ГАС «Правосудие» и определенными интернет-ресурсами). Такая система могла

¹⁰ Обстоятельства, безусловно, могут быть разными, но трудно себе представить, что общественная опасность, например, «умышленного причинения тяжкого вреда здоровью, повлекшее по неосторожности смерть потерпевшего, совершенного группой лиц по предварительному сговору с применением оружия в отношении двух и более лиц по мотивам политической, идеологической, расовой, национальной или религиозной ненависти или вражды» может даже теоретически соответствовать строгости наказания в виде двух месяцев лишения свободы.

бы учитывать общественное мнение, выражаемое, например, в имеющих надлежащую репутацию средствах массовой информации или иных информационных сервисах, и формулировать свои рекомендации судье с учетом общественной опасности каждого конкретного деяния, определяя эту весьма неоднозначную характеристику преступления на основе вполне демократической цифровой процедуры.

Также уместно предположить, что такая система могла бы найти применение и в других видах судопроизводства, поскольку сама концепция самообучающейся системы с гибким алгоритмом учета данных позволила бы адаптировать ее к нуждам любого процесса.

Цифровые технологии в арбитраже

Рассматривая применение цифровых технологий в судопроизводстве на современном этапе развития общественных отношений, представляется целесообразным также уделить внимание их применению во внесудебных способах разрешения споров, одним из которых является арбитраж. В Российской Федерации этот вид внесудебного урегулирования споров до настоящего времени не использует весь свой потенциал, тогда как в зарубежной и международной практике он не только находит широкое применение, но и является одной из передовых площадок для апробации и внедрения цифровых технологий.

Согласно результатам исследования, проведенного в 2018 г. Лондонским университетом королевы Марии (Queen Mary University of London) совместно с юридической фирмой White & Case, 97 % респондентов назвали международный арбитраж предпочтительным методом разрешения споров как отдельно (48 %), так и в сочетании с иными внесудебными способами разрешения споров (49 %), причем большинство респондентов (61 %) считает, что одним из факторов, который, скорее всего, окажет значительное влияние на развитие международного арбитража, является повышение эффективности его процедуры за счет применения цифровых технологий (Friedland, 2018:2—3).

Одновременно с ростом числа трансграничных коммерческих сделок, совершаемых в электронной форме, расширяется и практика проведения онлайн-разбирательств, в том числе и с применением ИИ. Во многих странах прослеживается тенденция к оптимизации процедур разрешения споров, одним из способов которой является предоставление сторонам новых технологических возможностей для использования последних достижений электронного документооборота (Khraputsky & Silchenko, 2019:32).

Несколько лет назад, когда только появились первые научные публикации о применении цифровых технологий в арбитраже, многие специалисты относились к данному новшеству с известной долей скептицизма, полагая применение этих технологий несочетаемым с требованиями к обеспечению конфиденциальности и частным характером арбитража. Впрочем, со временем отношение к цифровым технологиям в арбитраже в целом улучшилось, хотя противники их применения встречаются до сих пор.

Использование цифровых технологий в арбитраже (как и сами эти технологии вообще) можно условно разделить на две категории (Qin, 2019). К первой категории относятся технологии, не участвующие в принятии решений или

прогнозировании результатов арбитража. В качестве примеров таких технологий можно назвать цифровые (онлайн) подписи, использование электронной почты участниками арбитража, заключение смарт-контрактов, подачу процессуальных бумаг и доказательств в электронной форме (п. 2 ст. 3 Арбитражного регламента ICC 2017 г.; п. 1 ст. 4 Регламента LCIA), проведение видеоконференций и проч.

Вторая категория включает в себя технологии для прогнозирования и определения результатов арбитража. К данной категории относится, например, сервис Arbitrator Intelligence, созданный для повышения гласности, подотчетности и разнообразия при назначении арбитра путем использования информации о ранее принятых решениях арбитров через отчеты Arbitrator Intelligence¹¹. Следует отметить, что данный сервис используется все более интенсивно и в обозримом будущем будет применяться для формирования составов третейских судов по всему миру.

Применение цифровых технологий дает несколько преимуществ по сравнению с традиционной формой проведения арбитража, как, например, комфорт участников соответствующего процесса, повышение его качества, уменьшение затрат на проведение арбитража и повышение скорости рассмотрения споров. В отдельных странах мира постепенно получает распространение использование электронных доказательств (e-discovery)¹².

Существуют также специализированные «кибер-учреждения», которые проводят арбитраж полностью в онлайн-формате (так называемый онлайн-арбитраж). Это, например, e-court в Нидерландах и ODR Europe в Греции, CyberJustice в Канаде, СИТАС в Китае и проч. Специальные онлайн-платформы также используют и обычные арбитражные учреждения, такие как, например, Лондонский международный третейский суд (ст. 1.2, 1.3 и 2.3 Арбитражного регламента LCIA), Венский международный арбитражный центр¹³, Международный арбитражный центр Гонконга¹⁴, Арбитражный институт Торговой палаты Стокгольма, Российская арбитражная ассоциация¹⁵, Российский арбитражный центр и проч.

Следует отметить, что хотя онлайн-арбитраж имеет вполне очевидные достоинства и достаточно широко применяется, некоторые его основные начала недостаточно урегулированы. В первую очередь это касается формы и исполнения арбитражного соглашения. Статья II (2) Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. (Нью-Йоркская конвенция) предусматривает письменность соглашения сторон о передаче

¹¹ Rogers, C.A. (2018) Arbitrator Intelligence: The Basics. Kluwer Arb. Blog, Available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/02/27/ai-3/> [Accessed 20th May 2020].

¹² Подпункт «а» п. 3 ст. 3 Правил Международной ассоциации юристов по получению доказательств в международном арбитраже 2010 г.; ст. 4.7 Правил эффективной организации процесса в международном арбитраже (Пражских правил).

¹³ Арбитражный регламент VIAC 2018 г. среди прочих нововведений предусматривает администрирование арбитражных дел в электронном виде (ст. 7, 12 и 36).

¹⁴ Согласно п. «е» ст. 3.1 Арбитражного регламента НКІАС стороны могут договориться о подаче документов посредством защищенной онлайн-платформы — новшество, предусмотренное Арбитражным регламентом НКІАС 2018 г.

¹⁵ Хотя данная ассоциация была первой в России, которая приняла Регламент для проведения арбитража онлайн, на данный момент она не администрирует споры до получения разрешения Правительства Российской Федерации.

споров в арбитраж. В то же время многие национальные законы, регулирующие арбитраж (например, в Германии, Франции, Австрии, Швейцарии, России и проч.), дополнили требование, предусмотренное Нью-Йоркской конвенцией, допустив электронную форму соглашения. Судебная практика также свидетельствует о достаточно вольном толковании данного требования. Например, в деле «*Compagnie de Navigation et Transports SA v MSC Mediterranean Shipping Company SA*» Верховный суд Швейцарии счел, что «обмен письмами или телеграммами» может осуществляться любыми средствами связи, и это не противоречит ст. II (2) Нью-Йоркской конвенции¹⁶.

При проведении онлайн-арбитража решение принимается так же в электронной форме. В соответствии с п. «а» ч. 1 ст. IV Нью-Йоркской конвенции для признания и приведения в исполнение арбитражного решения оно должно быть надлежащим образом заверено. Если национальное законодательство того государства, на территории которого испрашивается признание и приведение в исполнение арбитражного решения, не допускает электронную форму такого решения как равнозначную письменной, исполнение решения может быть затруднительным (а в сущности, вовсе невозможным). Чтобы избежать подобных затруднений, арбитрам, как представляется, следует направлять сторонам заверенную копию решения на бумажном носителе, которое в любой национальной юрисдикции будет принято как подлинник соответствующего документа.

Одной из наиболее актуальных проблем в области арбитража в настоящее время считается применение искусственного интеллекта. Здесь можно выделить следующие вопросы: возможность замены человека-арбитра ИИ; регулирование применения ИИ в арбитраже нормативными правовыми актами; исполнимость решений ИИ; потенциал применения ИИ в арбитраже.

Формально ни один национальный закон, регулирующий арбитраж, прямо не запрещает назначение ИИ (т. е. соответствующего программного обеспечения) в качестве арбитра (Kasa, 2019:172). В нормативных определениях «третейского суда» также говорится лишь о свободе сторон назначать арбитров. Например, раздел 3 Гражданского процессуального кодекса Швейцарии и глава 12 Закона о международном частном праве не дают определение «арбитра» или «третейского суда» и не содержат требований о том, что арбитр обязательно должен быть «человеком». Не содержит такого требования и австрийское законодательство. В то же время в п. 1 ст. 16 Венского регламента международного арбитража дано определение «арбитра», под которым понимается любое физическое лицо (*person*), имеющее полную правоспособность и способное выступать в качестве арбитра, если стороны не договорились о каких-либо конкретных дополнительных квалификационных требованиях. Похожее определение закреплено также во французском законодательстве: «Только физическое лицо, обладающее полной способностью осуществлять свои права, может выступать в качестве арбитра» (ст. 1450 Гражданского процессуального кодекса). В России Федеральный закон «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской

¹⁶ Решение Верховного суда Швейцарии (BGE 121 III 38, 44, E. 2 с.). Режим доступа: http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F121-III-38%3Afr&lang=fr&type=show_document (дата обращения: 20.05.2020).

Федерации» от 29.12.2015 № 382-ФЗ четко определяет, что арбитр (третейский судья) — это физическое лицо, избранное сторонами или избранное (назначенное) в согласованном сторонами или установленном федеральным законом порядке для разрешения спора третейским судом.

При этом согласно принципу свободы сторон как одному из основных принципов арбитража стороны имеют право сами выбрать своих арбитров, в том числе они должны иметь возможность определить и его «природу», т. е. выбрать между арбитром-человеком и арбитром-машиной (Kasa, 2018: 79). Но как следует из приведенного обзора законодательства, подобное в настоящее время допускается не во всех странах.

Представляется, что арбитр-машина имеет определенные достоинства. Прежде всего, программное обеспечение с ИИ априори беспристрастно и свободно от предвзятости. Проведено большое число исследований по психологическим аспектам принятия решений и влиянию на этот процесс бессознательных когнитивных искажений, свойственных человеку. Одним из таких искажений является, например, «эффект привязки» (anchor-effect) (Scherer, 2019:510), характеризующий возможность принятия решения по некоему вопросу на основе имеющихся данных до того, как соответствующий вопрос будет надлежащим образом проанализирован.

Программное обеспечение с ИИ также свободно от ряда других сугубо «человеческих» факторов, которые могут влиять на принятие решений человеком. Такими факторами являются, например, отсутствие новейших знаний (в том числе и в области права; арбитр-машина, в свою очередь, способен обновлять свои базы данных автоматически), усталость и даже голод — согласно исследованию, проведенному среди израильских судей в 2010 г., приговоры были тем строже, чем голоднее был судья (число благоприятных решений постепенно снижалось с примерно 65 % практически до нуля с утра и до момента ухода на обеденный перерыв, возвращаясь к исходным 65 % после утоления голода) (Danziger & Levay & Avnaim-Pesso, 2011:6889—6892).

С другой стороны, решение, принятое программным обеспечением с ИИ, может не исполняться из-за нарушения публичного порядка арбитрами-машинами, лишенными сочувствия и способности объяснить свое решение, причем последнее является существенным требованием во многих юрисдикциях. Так, Общий регламент Европейского Союза по защите персональных данных запрещает автоматизированные решения, если их алгоритмы не могут быть впоследствии объяснены их пользователям, имеющим безусловное «право на объяснение».

Но в то время, пока наука изучает возможность замены арбитров программным обеспечением с ИИ, практики нередко используют такое программное обеспечение в процессе разрешения споров и используют его, как минимум, тремя способами. Во-первых, программное обеспечение с ИИ может применяться для обработки и анализа больших массивов данных. Во-вторых, это программное обеспечение может использоваться как инструмент для поиска и тематического подбора судебной практики, законодательства и тематических научных работ. В-третьих, программное обеспечение с ИИ может прогнозировать результаты арбитража.

Последний способ практического применения программного обеспечения с ИИ представляет, по нашему мнению, наибольший интерес и является крайне перспективным. В 2016 г. было проведено исследование, в рамках которого были отобраны и подвергнуты компьютерному анализу отдельные решения Европейского суда по правам человека (по ст. 3, 6 и 8 Европейской конвенции о правах человека). Первичной задачей специально разработанной программы был поиск взаимосвязей между содержащимися в решениях ЕСПЧ словами, их последовательностями и кластерами с результатами рассмотрения конкретных дел. Далее для проверки возможностей программы по прогнозированию исхода дел ее алгоритмы были применены к другим делам, ранее не внесенным в программу и, следовательно, не известным ей. Точность полученных в результате прогнозов составила 79 % (Aletras & Tsarapatsanis & Preotiuc-Pietro & Lampos:2016).

В 2017 г. было проведено другое исследование, касающееся решений Верховного суда США. Для данного исследования компьютерной программе и экспертам (ведущим ученым, некоторые из которых имели с опыт работы в аппарате Верховного суда США) предоставили данные определенных дел с 1994 по 2002 г., а затем попросили предсказать результаты шестидесяти восьми «контрольных» разбирательств. Точность прогноза экспертов, анализировавших дела в своей «профильной» области, составила 59 %, тогда как прогноз программы оказался верным в 70 % случаев. Показатель результативности прогноза программного обеспечения с ИИ в данном исследовании оказался несколько ниже, чем в исследовании решений ЕСПЧ, но это объясняется тем, что в данном случае анализ затрагивал все отрасли права, по которым Верховный суд США принимает решения¹⁷.

Однако в арбитраже использование подобного программного обеспечения с ИИ представляется затруднительным, и одним из очевидных препятствий здесь является конфиденциальность — доступ к решениям арбитража получить намного сложнее, чем к решениям ЕСПЧ или Верховного суда США и прочих аналогичных судебных инстанций.

По нашему мнению, программное обеспечение с ИИ не должно полностью заменить человека-арбитра, но это не означает, что оно неприменимо в арбитраже. Арбитры могут использовать соответствующие программы для организации и анализа материалов дел, поиска подходящих прецедентов и даже подбора возможных аргументов, которые могут быть использованы для разрешения спора, т. е. интеллектуальные цифровые технологии могут содействовать арбитрам в принятии решений, но не должны их полностью заменять. Например, в конце 2019 г. в Гонконге начал действовать центр электронного арбитража и посредничества в сфере электронного бизнеса (eBRAM), использующий программное обеспечение с ИИ для автоматического перевода и обработки текста и прочих задач.

В практике зарубежных стран встречается и другой, заслуживающий внимания подход. Так, во Франции законодатель последовательно продвигает

¹⁷ Moorhead, R. (2017) Lawyers learning about prediction. Lawyer Watch. Available at: <https://lawyerwatch.blog/2017/01/19/lawyers-learning-about-prediction/> [Accessed 20th April 2020].

использование программного обеспечения с ИИ для разрешения споров в Интернете, в особенности мелких и повторяющихся дел¹⁸. Данный подход позволяет не только упростить разрешение соответствующих споров, но и дополнительно урегулировать применение цифровых технологий во избежание злоупотреблений.

Цифровые технологии в медиации

Помимо арбитража не чужда применения цифровых технологий и медиация — один из наиболее перспективных способов внесудебного урегулирования споров среди граждан и предпринимателей, который может, к тому же, стать обязательным элементом досудебного порядка урегулирования споров. В Федеральном законе «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» от 27.07.2010 № 193-ФЗ медиация определяется как способ урегулирования конфликтов при содействии медиатора на основе добровольного согласия сторон в целях достижения ими взаимоприемлемого решения. Следовательно, к числу базовых принципов медиации как процедуры урегулирования споров можно отнести обязательное участие в ней сторон спора и посредника, а также ее направленность на выработку компромиссного решения.

Применение цифровых технологий и, прежде всего, их «неинтеллектуальной» разновидности способно существенно упростить процедуру медиации. Стороны спора могут находиться на большом удалении друг от друга (как в пределах одной страны, так и в разных странах), либо вследствие тех или иных причин (например, занятости или болезни) оказаться лишены возможности принять участие в традиционной очной процедуре. Использование таких цифровых технологий, как, в частности, аудио- и видеоконференц-связь, электронная почта и различные чаты, позволяет сторонам и медиатору участвовать в процедуре медиации без необходимости личной встречи (Himikus, 2016:102—104).

Но при проведении процедуры медиации с использованием подобных технологий необходимо решить проблему верификации личности сторон спора и обеспечить защиту их персональных данных. Кроме того, в настоящее время российское законодательство не предусматривает возможность заключения медиативного соглашения в цифровом виде — даже с использованием электронной подписи (ст. 12 Федерального закона от 27.07.2010 № 193-ФЗ), что существенно ограничивает возможности применения онлайн-медиации.

Будучи посредником, медиатор помогает участникам процедуры медиации выйти из стрессового или конфликтного состояния, стремится установить и устранить причину спора и найти оптимальное для всех сторон решение, нейтрализуя эмоциональную составляющую. При этом медиатор производит ряд действий, как то обмен информацией со сторонами, выявление проблемы, определение интересов сторон, поиск точек их соприкосновения и наиболее подходящего выхода из сложившейся ситуации.

¹⁸ LOI n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. Available at: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2019/3/23/JUST1806695L/jo/texte> [Accessed 14th September 2020]; Décret n° 2019-1089 du 25 octobre 2019 relatif à la certification des services en ligne de conciliation, de médiation et d'arbitrage. Available at: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000039281664&dateTexte=20200322> etc [Accessed 14th September 2020].

Процедура медиации также включает в себя обмен встречными предложениями и аргументами между сторонами, определение обстоятельств, имеющих значение для урегулирования спора и, наконец, составление медиативного соглашения. Все эти действия, как представляется, могут осуществляться при помощи цифровых технологий (в первую очередь, в области связи), однако замена медиатора-человека программным обеспечением с ИИ едва ли возможна.

Медиатор должен быть беспристрастен и стараться обеспечить эмоционально комфортные условия для сторон спора. Компьютерная программа предельно беспристрастна и лишена собственных эмоций, но на современном уровне развития цифровых технологий она так же неспособна в полной мере учесть эмоции сторон и помочь им найти компромиссное решение. В процедуре медиации немаловажными являются именно психологические факторы взаимодействия сторон, работать с которыми может лишь медиатор-человек, поэтому применение программного обеспечения с ИИ в медиации рассматривать по меньшей мере преждевременно.

Медиация может проводиться без непосредственной встречи медиатора и сторон в онлайн формате, и такая ее разновидность наиболее распространена в США и европейских странах (так называемый ODR — «online dispute resolution»). Онлайн-медиацию используют для разрешения широкого круга споров, возникающих в предпринимательской деятельности, семейных отношениях, в сфере онлайн-торговли и проч.

Так, например, в ходе работы международной электронной торговой платформы eBay зачастую возникают конфликты, связанные с несвоевременностью доставки, повреждением товара, его несоответствием заявленным спецификациям и так далее. Такие споры требуют оперативного (и, разумеется, эффективного) урегулирования, и, если покупателю и продавцу не удалось уладить спор самостоятельно, платформа eBay предоставляет возможность использовать ресурс «Square-Trade», где стороны дают согласие на участие в процедуре медиации по спору и тогда дальнейшее обсуждение вопроса происходит на электронной площадке при непосредственном участии профессионального медиатора¹⁹.

Похожая процедура предусмотрена и в сервисе онлайн-платежей PayPal, который хотя и не является самостоятельной торговой площадкой, но предлагает инструменты защиты прав покупателей и посреднические услуги в урегулировании споров.

Проблема разрешения споров в сфере электронной торговли является весьма актуальной и в Российской Федерации. 30 мая 2019 г. Министерство юстиции РФ заявило о начале разработки законопроекта, направленного на регулирование механизма защиты прав потребителей (в том числе и в сфере электронной торговли) посредством онлайн-медиации²⁰. Этот законопроект, как

¹⁹ Грибков А. Онлайн медиация как современный способ решения конфликтов // Право.ru. 2019. Режим доступа: <https://blog.pravo.ru/blog/33847.html> (дата обращения: 20.04.2020).

²⁰ Минюст начал разработку законопроекта об урегулировании споров в Интернет-торговле // Международная информационная группа «Интерфакс». Режим доступа: <https://www.interfax.ru/russia/662652> (дата обращения 20.05.2020).

представляется, создаст нормативную основу для онлайн-медиации, которая в России в настоящее время недостаточно развита. Во многом это объясняется тем, что и традиционные формы медиации в России до настоящего времени не столь востребованы, как, например, в США и европейских странах, а само понятие онлайн-медиации в российском законодательстве не закреплено, что порождает необходимость его разработки и утверждения на законодательном уровне.

Несмотря на отсутствие законодательного регулирования, в Российской Федерации существуют онлайн-сервисы, предлагающие медиативные услуги, среди которых можно выделить, например, сервис 7яМедиация²¹, созданный организацией «Сибирский Центр медиации»²². Эта онлайн-платформа разработана для разрешения семейных конфликтов посредством медиации, в предлагаемых ей процедурах используются веб-камеры и автоматическое протоколирование, а также иные применимые в медиации цифровые технологии. Впрочем, используется этот сервис достаточно редко — по данным сайта, который в последний раз обновлялся в 2018 г., за предлагаемыми медиативными услугами обратилось всего сто двадцать лиц, а общее число консультаций, предоставленных через сайт, составило пятьсот сорок шесть.

Можно сказать, что институт онлайн-медиации в Российской Федерации находится на самом раннем этапе своего развития. В настоящее время нецелесообразно говорить о перспективах применения в медиации цифровых технологий с ИИ, поскольку сама эта процедура недостаточно известна (и понятна) ее потенциальным потребителям, нуждается в совершенствовании и дальнейшей проработке, притом как на законодательном уровне, так и на уровне технического обеспечения. Следует, как представляется, создать платформу (возможно, единую для всех медиаторов в Российской Федерации, предлагающих услуги урегулирования споров онлайн), которая позволяла бы заинтересованным в проведении процедуры медиации сторонам, во-первых, ознакомиться со значением и порядком проведения соответствующей процедуры, а во-вторых, найти подходящего специалиста-медиатора, который мог бы оказать им помощь как онлайн, так и, при необходимости, в традиционном офлайн-формате.

Подобные платформы существуют в зарубежных странах. Например, одна из них позиционируется как международная предоставляет возможность выбрать медиатора для получения посреднических услуг по урегулированию спора онлайн в любой стране мира²³. Однако если из США, где данная платформа и была разработана, здесь зарегистрированы и предлагают свои медиативные онлайн-услуги сто пятьдесят шесть медиаторов, специализирующихся на одних лишь спорах, связанных с сексуальными домогательствами, то при поиске российских медиаторов по всем категориям споров, система предлагает контакты лишь трех специалистов (один из которых имеет офис в Москве, а остальные лишь могут оказывать медиативные услуги клиентам из России, тогда как

²¹ 7яМедиация. Режим доступа: <https://family.emediator.ru/> (дата обращения 20.05.2020).

²² Сибирский Центр медиации. Режим доступа: <https://www.emediator.ru/> (дата обращения 18.06.2020).

²³ Online Mediators. Available at: <https://www.onlinemediators.com/index.cfm> [Accessed 20th May 2020].

их офисы находятся в Анкаре (Турция) и Дубае (Объединенные Арабские Эмираты); последние двое также попадают в список медиаторов, работающих с клиентами из ряда других стран).

Заключение

Представляется, что полностью перепоручать правосудие и внесудебные формы разрешения споров искусственному интеллекту нельзя, сколь бы совершенен он не был. Развитие ИИ открывает перед человечеством колоссальные возможности, однако оно несет в себе и риски, связанные с гипотетической несовместимостью «цифрового расчета» с человеческими чувствами и эмоциями, чуждыми машине. Поэтому интеллектуальные системы и программы должны лишь оказывать содействие человеку в отправлении правосудия и реализации различных форм урегулирования споров, а не подменять его. Автономия таких систем и программ должна быть строго ограничена и подчинена формализованным правилам, которые еще предстоит разработать (возможно, даже руководствуясь творчеством Айзека Азимова).

Но это касается только «интеллектуальной» разновидности цифровых технологий, тогда как остальные виды данных технологий повсеместно применяются и будут применяться впредь, в том числе и в юридической практике. Следует отметить, что в 2020 г. достоинства цифровизации стали более чем очевидны. Пандемия Covid-19 буквально вынудила как государственные, так и частные структуры внедрять в свою деятельность применение онлайн-сервисов и соответствующих возможностей. Некоторые арбитражные учреждения, в том числе Арбитражный суд Международной торговой палаты, уже приняли соответствующие документы для проведения онлайн-слушаний²⁴. Также вследствие санитарных ограничений из-за пандемии Высокий суд в Лондоне впервые транслировал виртуальный судебный процесс на YouTube по делу *National Bank of Kazakhstan & Another v The Bank of New York Mellon & Ors*²⁵.

После продолжительного периода жизни практически всего мира в условиях «коронавирусных ограничений» подобных примеров можно привести немало. По прошествии еще некоторого времени, когда накопится достаточный объем материала для анализа и обобщения результатов, уместно будет поставить вопрос о сохранении цифровых практик в судопроизводстве и внесудебном урегулировании споров вообще, а не только на период глобального карантина и подобных ему чрезвычайных ситуаций. По нашему мнению, пандемия лишь ускорила и без того стремительно идущий процесс внедрения цифровых технологий в судопроизводство и внесудебное урегулирование споров, обусловленный необходимостью сократить издержки на соответствующие процедуры со стороны как граждан и организаций, так и государства, а также повысить комфорт всех участников этих процедур.

²⁴ ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic. Available at: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/04/guidance-note-possible-measures-mitigating-effects-covid-19-english.pdf> [Accessed 30th May 2020].

²⁵ The High court of Justice Queen's Bench division commercial court. Case No: FL 2018 000007. Available at: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/04/FL-2018-000007-Kazakhstan.pdf> [Accessed 30th May 2020].

References / Список литературы

- Alexandrov, A.S. (2018) Russian Criminal Procedure Dogmatism or the Digital World: What Will Win? *The Legal Truth in Criminal Law and Process*. Saint Petersburg, Petropolis Publ. pp. 24—34. (in Russian).
Александров А.С. Русский уголовно-процессуальный догматизм или цифровой мир: что победит? // Юридическая истина в уголовном праве и процессе: сб. статей по материалам Всерос. науч.-практ. конф. 16—17 марта 2018 г. / под общ. ред. К.Б. Калининского, Л.А. Зашляпина. СПб.: Петрополис, 2018. С. 24—34.
- Alexandrov, A.S. (2018) The Problems of the Theory of Criminal Procedural Proof, Which Must Be Solved in Connection With the Transition to the Digital Age. *Judicial Authority and Criminal Procedure*. (2), 130—139. (in Russian).
Александров А.С. Проблемы теории уголовно-процессуального доказывания, которые надо решать в связи с переходом в эпоху цифровых технологий // Судебная власть и уголовный процесс. 2018. № 2. С. 130—139.
- Aletras, N., Tsarapatsanis, D., Preoțiu-Pietro, D. & Lampos, V. (2016) Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective. *PeerJ Computer Science* 2:e93. Available at: <https://doi.org/10.7717/peerj-cs.93> [Accessed 20th May 2020].
- Alikperov, Kh.D. (2019) *Computer program for determining punishment*. Baku, 47—49. (in Russian).
Аликперов Х.Д. Компьютерная программа определения меры наказания. Изд. 2-е, доп. Баку, 2019. С. 47—49.
- Baranov, A.M. (2019) Electronic Evidence: Illusion of the Criminal Process of the 21st Century. *Russian Journal of Criminal Law*. 13, 64—69. (in Russian).
Баранов А.М. Электронные доказательства: иллюзия уголовного процесса XXI в. // Уголовная юстиция. 2019. № 13. С. 64—69.
- Danziger, Sh., Levav, J. & Avnaim-Pesso, L. (2011) Extraneous factors in judicial decisions. *PNAS*. 108 (17), 6889—6892. Available at: <http://www.pnas.org/content/108/17/6889> [Accessed 20th May 2020].
- Friedland, P. (2018) 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration. 2—3. Available at: <https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/qmul-international-arbitration-survey-2018-19.pdf> [Accessed 20th April 2020].
- Golik, Yu.V. (2019) Search of Measure. *Criminology: Yesterday, Today, Tomorrow*. 1 (52), 23—25. (in Russian).
Голик Ю.В. Поиск меры // Криминология: вчера, сегодня, завтра. 2019. № 1 (52). С. 23—25.
- Himikus, E.I. (2016) Selected issues of legal regulation of online mediation. *Modern law*. (2), 102—104. (in Russian).
Химикус Е.И. Отдельные вопросы правового регулирования онлайн медиации // Современное право. 2016. № 2. С. 102—104.
- Kasa, I. (2019) *Legal regulation of the activities of the arbitration tribunal in the Russian Federation and in the Swiss Confederation: comparative legal study*. Diss. ... cand. legal of sciences. Moscow, RUDN University. (in Russian).
Каса И. Правовое регулирование деятельности третейского суда в Российской Федерации и в Швейцарской Конфедерации: сравнительно-правовое исследование: дис. ... канд. юрид. наук. М.: Российский университет дружбы народов, 2019. 210 с.
- Kasa, I. (2018) Novella in the formation of the arbitration tribunal: can a robot replace a human arbiter? *Eurasian Advocacy journal*. 2 (33), 77—81. (in Russian).
Каса И. Новеллы в формировании третейского суда: может ли робот заменить человека-арбитра? // Евразийская адвокатура. 2018. № 2 (33). С. 77—81.

- Korobeyev, A.I. (2019) Expert opinion on the electronic system for determining the optimal measure of punishment presented by a doctor of legal sciences, Professor Kh.D. Alikperov. Baku, 71—73. (in Russian).
Коробеев А.И. Экспертное заключение об электронной системе определения оптимальной меры наказания, представленной доктором юридических наук, профессором Х.Д. Аликперовым // Аликперов Х.Д. Компьютерная программа определения меры наказания. Изд. 2-е, доп. Баку, 2019. С. 71—73.
- Khraputsky, A. & Silchenko, V. (2019) The possibility of using online Arbitration (for example, in some countries of the post-Soviet space). *Arbitration.ru*. 10 (14), 32—38. (in Russian).
Храпуцкий, А., Сильченко, В. Возможность применения онлайн-арбитража (на примере некоторых стран постсоветского пространства) // *Arbitration.ru*. 2019. № 10 (14). С. 32—38.
- Mitchell, M. (2019) *Artificial Intelligence: A Guide for Thinking Humans*. New York, Farrar, Straus and Giroux. Available at: <https://books.google.ru/books?id=65iEDwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=ru#v=onepage&q&f=false> [Accessed 20th April 2020].
- Pastukhov, P.S. (2015) Electronic Evidence in Criminal Proceedings. *Tomsk State University Journal*. (396), 149—153. (in Russian).
Пастухов П.С. Электронное вещественное доказательство в уголовном судопроизводстве // Вестник Томского государственного университета. 2015. № 396. С. 149—153.
- Scherer, M. (2019) International Arbitration 3.0 — How Artificial Intelligence Will Change Dispute Resolution. *Austrian Yearbook on International Arbitration 2019*. pp. 503—514. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3377234> [Accessed 20th May 2020].
- Tegmark, M. (2017) Life 3.0: Being Human in the Age of Artificial Intelligence. *New York: Penguin Random House*, 39. Available at: https://books.google.ru/books?id=3_otDwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=ru#v=onepage&q&f=false [Accessed 20th April 2020].
- Thompson, D. (2015) Creating New Pathways to Justice Using Simple Artificial Intelligence and Online Dispute Resolution. *International Journal of Online Dispute Resolution*. 1 (2). Available at: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/olsrps/152> [Accessed 20th April 2020].
- Qin, Zh. (2019) The Use of New Technologies in International Arbitration. *The American Review of International Arbitration*. Available at: <http://aria.law.columbia.edu/the-use-of-new-technologies-in-international-arbitration/> [Accessed 20th April 2020].
- Zuev, S.V. (2018) Electronic Criminal Case: For and Against. *Law and order: history, theory, practice*. 4 (19), 6—12. (in Russian).
Зуев С.В. Электронное уголовное дело: за и против // Правопорядок: история, теория, практика. 2018. № 4 (19). С. 6—12.
- Voronin, M.I. (2019) Electronic Evidence in the Criminal Procedure Code: to Be or not to Be? *Lex Russica*. 7 (152), 74—84. (in Russian).
Воронин М.И. Электронные доказательства в УПК: быть или не быть? // *Lex Russica*. 2019. № 7 (152). С. 74—84.
- Valeev, D.Kh. & Nuriev A.G. (2019) Electronic Document Flow in the Field of Justice in the Digital Economy. *Perm University Herald. Juridical Sciences*. (45), 467—489. (in Russian).
Валеев Д.Х., Нуриев А.Г. Электронный документооборот в сфере правосудия в условиях цифровой экономики // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2019. Вып. 45. С. 467—489.
- Vlasova, S.V. (2018) Toward adjusting the criminal procedural mechanism to digital reality. *Criminalist Library. Scientific Journal*. (1). Available at: <https://www.iuaj.net/node/2433> [Accessed 20th April 2020]. (in Russian).
Власова С.В. К вопросу о приспособливании уголовно-процессуального механизма к цифровой реальности // Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2018. № 1. Режим доступа: <https://www.iuaj.net/node/2433> (дата обращения: 20.04.2020).

Voskobitova, L.A. (2019) Criminal Justice and Digital Technology: Compatibility Issue. *Lex Russica*. 5 (150), 91—104. (in Russian).

Воскобитова Л.А. Уголовное судопроизводство и цифровые технологии: проблемы совместимости // *Lex Russica*. 2019. № 5 (150). С. 91—104.

Об авторах:

Добряков Денис Андреевич — кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры судебной власти, правоохранительной и правозащитной деятельности, Юридический институт, Российский университет дружбы народов; 117198, Российская Федерация, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6

ORCID ID: 0000-0002-2384-8659; SPIN-код: 7147-4646

e-mail: den-dobryakov@yandex.ru

Каса Ильда — кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры судебной власти, правоохранительной и правозащитной деятельности, Юридический институт, Российский университет дружбы народов; 117198, Российская Федерация, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6

ORCID ID: 0000-0003-3805-7371; SPIN-код: 1487-1724

e-mail: kasaildar@gmail.com

Сухоставская Юлия Валерьевна — старший преподаватель кафедры судебной власти, правоохранительной и правозащитной деятельности, Юридический институт, Российский университет дружбы народов; 117198, Российская Федерация, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6

ORCID ID: 0000-0002-2398-7712; SPIN-код: 8107-1257

e-mail: kloffka@mail.ru

About the authors:

Denis A. Dobryakov — Candidate of Legal Sciences (PhD), senior lecturer of Department of Judicial Power, Law-Enforcement and Human Rights Activities, Law Institute, Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University); 6 Miklukho-Maklaya str., Moscow, 117198, Russia Federation

ORCID ID: 0000-0002-2384-8659; SPIN-code: 7147-4646

e-mail: den-dobryakov@yandex.ru

Ilda Kasa — Candidate of Legal Sciences (PhD), senior lecturer of the Department of Judicial Power, Law-Enforcement and Human Rights Activities, Law Institute, Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University); 6 Miklukho-Maklaya str., Moscow, 117198, Russia Federation

ORCID ID: 0000-0003-3805-7371; SPIN-code: 1487-1724

e-mail: kasaildar@gmail.com

Yuliia V. Sukhostavskaya — senior lecturer of the Department of Judicial Power, Law-Enforcement and Human Rights Activities, Law Institute, Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University); 6 Miklukho-Maklaya str., Moscow, 117198, Russia Federation

ORCID ID: 0000-0002-2398-7712; SPIN-code: 8107-1257

e-mail: kloffka@mail.ru

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-482-503

Научная статья

Срочные судебные решения во французском административном судопроизводстве

С.Е. Звягинцев

Федеральное казначейство,
г. Москва, Российская Федерация,
stepan-zvyagintsev@mail.ru

Аннотация. Институт срочных судебных решений по неотложным административным делам является особым порядком рассмотрения дел органами административной юстиции во Франции, позволяющим по ускоренной процедуре предписывать широкий спектр необходимых мер и максимально эффективно защищать законные интересы частных лиц в сфере публичного управления. Выделяются две основные категории срочных решений по неотложным административным делам, к каждой из которых отнесены три самостоятельных вида срочных судебных решений, различаемых в зависимости от их функционального предназначения. Процессуальные особенности принятия срочных судебных решений связаны с обязанностью французских административных судов устанавливать при рассмотрении соответствующих дел критерии неотложности и необходимости принятия тех или иных мер в срочном порядке. Данные критерии, являясь оценочными, конкретизируются судебной практикой французских административных судов, в соответствии с которой судья определяет, действительно ли существует угроза нанесения «незамедлительного» и «достаточно тяжкого» вреда интересам заявителя и действительно ли имеется необходимость в принятии срочных мер с учетом совокупности обстоятельств дела. При этом судья по неотложным делам не разрешает спор по существу, а устанавливает меры, носящие временный характер, которые могут быть изменены в ходе дальнейшего производства по делу. Обоснована целесообразность создания в российском законодательстве механизмов, аналогичных существующим во французском правовом регулировании срочных судебных решений по административным делам. В частности, автор предлагает расширить полномочия российских судей по приостановлению действия нормативных актов и решений при принятии судами мер предварительной защиты по административным искам.

Ключевые слова: административное судопроизводство, административная юстиция, срочное судебное решение, обеспечительные меры, меры предварительной защиты по административному иску, Кодекс административной юстиции Франции, Кодекс административного судопроизводства России

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Благодарности. Автор выражает благодарность кандидату юридических наук, доценту кафедры административного и финансового права Юридического института Российского университета дружбы народов Марине Анатольевне Штатиной за помощь в подготовке настоящей статьи.

Дата поступления в редакцию: 14 октября 2020 г.

Дата принятия к печати: 15 апреля 2021 г.

© Звягинцев С.Е., 2021



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

Для цитирования:

Звягинцев С.Е. Срочные судебные решения во французском административном судопроизводстве // *RUDN Journal of Law*. 2021. Т. 25. № 2. С. 482—503. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-482-503

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-482-503

Research Article

Urgent applications in French administrative justice

Stepan E. Zvyagintsev

Federal Treasury,
Moscow, Russian Federation,
stepan-zvyagintsev@mail.ru

Abstract. The institute of urgent judicial decisions is a special procedure for administrative justice bodies in France, which allows to prescribe effectively and quickly a wide range of necessary measures (from the appointment of expert examinations to the suspension of normative administrative acts) and to protect the legitimate interests of individuals and organizations. There are two main categories of urgent judicial decisions, accordingly their functional purpose. The procedural features of urgent judicial decisions are related to the obligation of the French administrative courts to establish conditions for urgency and the need to prescribe certain measures as a matter of urgency. These criteria, being evaluative, are specified by the jurisprudence of the French administrative courts, according to which the judge determines whether there is a threat of causing “immediate” and “sufficiently serious” harm to the interests of the applicant and whether there is a need to take urgent measures, taking into account the circumstances of the case. At the same time, the urgent applications judge does not consider the case, but sets temporary measures that can be changed in the course of further proceedings. The article suggests creating mechanisms in Russian law that are similar to those existing in the French legal regulation of urgent judicial decisions in administrative cases. In particular, the author suggests expanding the powers of Russian courts to suspend normative administrative acts and individual decisions when courts take measures of preliminary protection in administrative claims.

Key words: administrative proceedings, administrative justice, urgent judicial decision, provisional measures of protection, measures of preliminary protection in an administrative claim, Code of administrative justice of France, Code of Administrative Judicial Procedure of the Russian Federation

Conflicts of interest. The author has no potential and explicit conflicts of interest related to the manuscript.

Acknowledgments. The author expresses his gratitude to Marina A. Shtatina, candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Administrative and Financial Law Department, Law Institute, RUDN University, for her assistance in preparation of this article.

Article received 14th October 2020

Article accepted 15th April 2021

For citation:

Zvyagintsev, S.E. (2021) Urgent applications in French administrative justice. *RUDN Journal of Law*. 25 (2), 482—503. (in Russian). DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-482-503

Введение. Общая характеристика правового регулирования срочных судебных решений по административным делам во французском административном судопроизводстве

В современных условиях высокого темпа возникновения, изменения и прекращения тех или иных правоотношений, а также повышения стандартов в сфере защиты прав и основных свобод человека важное значение приобретает способность органов административной юстиции эффективно и быстро предписывать необходимые меры предварительной защиты и рассматривать споры частных лиц с органами публичной администрации по ускоренной процедуре. Действительно, несвоевременное рассмотрение дел по определению не может считаться эффективным и лишается всякого смысла, если у судебных органов отсутствуют полномочия оперативно предупреждать наступление вредных последствий при реализации органами публичной администрации своих полномочий в отношении частных лиц, являющихся заведомо более слабой стороной в административном споре.

До конца 1970-х гг. срочные судебные решения по административным делам играли незначительную роль в судебно-административной практике Франции. Основная причина подобного положения заключалась в существенных недостатках действовавшего на тот момент правового регулирования. Прежде всего, в неотложном порядке не могли оспариваться решения властных органов об отказе в удовлетворении требований заявителя, которые, однако, могли наносить существенный ущерб правам заявителя (например, отказ иностранному гражданину в предоставлении вида на жительство или визы, отказ в выдаче разрешения на осуществление профессиональной деятельности и т. д.).

Другая не менее важная проблема заключалась в крайней медлительности органов административной юстиции, обусловленной как перегруженностью неотложными делами¹, так и необходимостью их коллегиального рассмотрения и склонностью судей проводить тщательное рассмотрение материалов по делу в ущерб оперативности. Наконец, слабость механизма рассмотрения административных дел в неотложном порядке была вызвана ограниченностью полномочий административных судей, не имевших право ни приостанавливать действие оспариваемых административных актов, ни принимать в отношении властных органов судебных приказов (кроме случаев предписания судом органам публичной администрации передать административному заявителю те или иные документы)².

¹ Следует заметить, что за последнее десятилетие число регистрируемых неотложных административных дел во Франции удвоилось и в настоящее время составляет свыше 70 тысяч в год, что соответствует примерно одной трети от всех споров, подлежащих рассмотрению органами административной юстиции Пятой республики.

² См.: Vandermeeren, R. *Commentaire de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives*. Actualité Juridique Droit Administratif. 2000. Available at: <https://www.dalloz.fr> [Accessed 05th April 2020].

Необходимость пересмотра механизмов рассмотрения административных дел в неотложном порядке во Франции была поддержана развитием во второй половине XX в. представлений французского законодателя и доктринальных взглядов о принципе оперативности рассмотрения административных споров, в том числе в свете формирования общеевропейских стандартов осуществления судопроизводства в разумный срок.

Результатом начавшихся в октябре 1997 г. работ по подготовке соответствующей реформы законодательства стало принятие закона от 30 июня 2000 г. № 2000-597 о срочных судебных решениях органов административной юстиции, вступившего в силу с 1 января 2001 г.³

В результате указанной реформы срочные решения по неотложным административным делам разделены на две основные категории:

1) срочные судебные решения, предназначенные для предписания в кратчайшие сроки (или немедленно) мер, направленных на неотложное предотвращение негативных последствий, которые неминуемо наступят в связи с реализацией органами публичной администрации властных полномочий. К этой категории традиционно относятся следующие виды срочных решений:

— срочное судебное решение о приостановлении административного решения,

— срочное судебное решение об охране основных свобод,

— срочное судебное решение о применении обеспечительных мер,

2) срочные судебные решения, необходимые для принятия мер, которые, не являясь по своей сути неотложными, тем не менее необходимы для надлежащего и эффективного отправления правосудия по административным делам. Данная категория представлена следующими видами срочных решений:

— срочное судебное решение об установлении фактов, имеющих юридическое значение,

— срочное судебное решение о назначении мер по расследованию,

— срочное судебное решение об установлении предварительного возмещения⁴.

С учетом того, что современный французский административный процесс содержит детальное правовое регулирование института срочных судебных решений, которое дополняется обширной судебной-административной практикой Государственного совета Франции (далее — Государственный совет), в рамках настоящей статьи мы обозначим общие характеристики указанного института как особого порядка рассмотрения дел органами административной юстиции, затем последовательно рассмотрим особенности каждого из перечисленных

³ См.: Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives. Available at: <http://legifrance.gouv.fr> [Accessed 05th April 2020].

⁴ См.: Stahl J.-H., Boulouis N., Dacosta B., Polge N., Lascombe M., Vandendriessche X. Code de justice administrative (annoté et commenté). 4^{ème} édition. Paris: Editions Dalloz, 2019; Французский Кодекс административного правосудия (под ред. К. Беше-Головки, Э.В. Талапиной). М.: Проспект, 2019. Заметим, что помимо вышеуказанных основных видов срочных судебных решений во французском административном судопроизводстве предусмотрены процессуальные особенности принятия срочных судебных решений в налоговой сфере, в сфере государственного заказа и т. д. В рамках настоящей работы мы ограничимся анализом правового регулирования только основных видов срочных судебных актов французских административных судов.

видов срочных судебных решений, а также проведем их сравнительно-правовой анализ с аналогичными им мерами предварительной защиты по административному иску в российском законодательстве, в том числе с учетом отечественных доктринальных взглядов на дальнейшее развитие их правового регулирования.

С учетом статьи L. 511-2 Кодекса административной юстиции Франции (далее — Кодекс) не все административные судьи уполномочены принимать срочные решения, а только председатели административных трибуналов и административных апелляционных судов. Указанное полномочие осуществляют также судьи, обладающие стажем от двух лет или состоящие в должности первого советника. В Государственном совете полномочия по принятию срочных судебных актов реализуются председателем секции по рассмотрению административных споров и назначенными с этой целью государственными советниками⁵. Кроме того, по делам, представляющим особую сложность, сформировалась практика передачи административными судьями заявлений о принятии срочного судебного решения на коллегиальное рассмотрение.

Судья по срочным делам не разрешает спор по существу, а устанавливает меры, носящие временный характер, и принимает решение в кратчайшие сроки. Эти нормативные положения статьи L. 511-1 Кодекса влекут за собой ряд существенных правовых последствий.

Прежде всего, в силу временного характера принимаемых неотложных мер, судебный акт по срочным делам лишен того, что в отечественной правовой традиции называют «законной силой судебного решения». Однако это не означает, что срочные решения менее обязательны и не обладают признаком исполнимости, предусмотренным статьей 11 Кодекса для всех судебных актов органов административной юстиции. Отсутствие «законной силы судебного решения» в данном случае означает, что впоследствии судья, принявший срочное решение или разрешающий дело по существу, не связан первоначально установленными в срочном судебном акте мерами. Иными словами, судья в ходе дальнейшего производства по делу (если таковое будет иметь место) вправе принять иное по своей сути решение, в том числе противоположное изначальное. Так, на основании статьи L. 521-4 Кодекса по требованию любого заинтересованного лица административный судья вправе в любой момент при возникновении новых обстоятельств изменить предписанные им срочные меры или отменить их. Соответствующее требование может быть основано не только на новых обстоятельствах, но в том числе и на недостаточности уже принятых неотложных мер.

В силу того, что предписываемые административным судьей неотложные меры обладают временным характером, их реализация не должна влечь за собой необратимых последствий. Они также не должны приводить к последствиям, идентичным тем, которые могут наступить в случае признания оспариваемых административных актов ничтожными⁶. В противном случае заявитель получил

⁵ См.: art. R. 122-23 du Code de justice administrative. Available at: <http://legifrance.gouv.fr> [Accessed 06th April 2020].

⁶ Соответственно, судья по неотложным делам также не вправе признавать административные акты недействительными, что при любых обстоятельствах может быть результатом только полноценного рассмотрения административного спора (см.: решение Государственного совета от 9 марта 2005 г. по делу «Moinuddin» (№ 274509). Available at: <http://legifrance.gouv.fr> [Accessed 10th April 2020].

бы возможность добиваться признания актов органов публичной администрации недействительными вне полноценного административного спора, предусматривающего соблюдение всех правовых принципов, действие которых в рамках срочных процедур в определенной степени ограничено.

Неотложный характер административных дел предполагает упрощение процессуальных правил в ходе их рассмотрения, вплоть до ограничения действия существующих принципов административного судопроизводства. Именно благодаря упрощению процессуальных правил судья по неотложным делам получает возможность принимать срочное решение в кратчайшие сроки.

Так, на стадии обращения в суд с целью принятия неотложных мер Кодексом предусмотрена «фильтрация» заявлений, инициирующих процедуру принятия срочных судебных решений. Так, если заявленные требования не носят срочного характера или если их рассмотрение заведомо не подведомственно органам административной юстиции, а также если они являются неприемлемыми или недостаточно обоснованными, то судья по неотложным делам вправе мотивированным решением отклонить их без проведения состязательного судебного заседания с участием сторон⁷.

Стадия рассмотрения дела, оставаясь состязательной, также адаптирована к срочному характеру судопроизводства. Так, административный ответчик по неотложному делу обязан представить отзыв на заявление административного истца в кратчайшие сроки. В противном случае его доводы не учитываются административным судьей, причем без специального предупреждения об этом со стороны суда⁸. Суд в этом случае вправе установить предельно ограниченный срок для представления административным ответчиком отзыва⁹.

Значимой особенностью рассмотрения срочного дела является возможность административного судьи не проводить судебное заседание с участием сторон, если он сочтет это необязательным. Вместе с тем подобная возможность не предусмотрена при принятии срочных судебных решений о защите основных свобод и приостановлении административного решения и, при определенных обстоятельствах, судебных актов о применении обеспечительных мер, а также в случае, когда разрешение срочного дела производится по первой и последней инстанции¹⁰.

Срочное судебное решение передается сторонам немедленно и любыми средствами. Решение вступает в силу в тот день, когда его получила сторона, обязанная его исполнить. При этом административный судья вправе предусмотреть, что судебное решение вступает в силу немедленно с момента его вынесения. В случае необходимости резолютивная часть срочного судебного

⁷ См.: art. R. 122-23 du Code de justice administrative. Указанный мотивированный судебный акт административного судьи может быть оспорен в кассационном порядке: см., напр.: решение Государственного совета от 9 апреля 2004 г. по делу «Comm. de Drancy» (№ 263759). Режим доступа: <http://legifrance.gouv.fr> (дата обращения: 06.04.2020).

⁸ См.: art. R. 522-4 du Code de justice administrative. Available at: <http://legifrance.gouv.fr> [Accessed 18th April 2020].

⁹ См.: art. R. 532-2, R. 541-2 du Code de justice administrative. Available at: <http://legifrance.gouv.fr> [Accessed 10th April 2020].

¹⁰ См.: постановление Европейского Суда по правам человека от 23 февраля 1994 г. «Fredin c. Suède». Режим доступа: <http://hudoc.echr.coe.int> (дата обращения: 10.04.2020).

решения, содержащая исполнительную надпись, вручается сторонам по окончании заседания¹¹.

Правила о подведомственности неотложных споров также упрощаются с точки зрения установления их связи с основным административным спором. Так, административный судья вправе принять срочное решение, если существует *возможность* того, что рассмотрение соответствующих требований по основному административному иску подведомственно органам административной юстиции. В случае сомнений в правовой природе основного спора административный судья вправе рассмотреть заявление о принятии неотложных мер, если представленные в нем требования не являются заведомо несовместимыми с основным административным иском.

Несмотря на то что во Франции действует принцип запрета вынесения судебных решений о неподсудности административных дел (Zvyagintsev, 2014), административный судья, придя к выводу о неподсудности заявленных истцом требований, вправе принять решение об отказе в их рассмотрении вместо передачи материалов заявления суду, уполномоченному рассматривать дело в соответствии с правилами определения подсудности¹².

По общему правилу судебные акты, принимаемые в срочном порядке, могут быть оспорены в апелляционных или в кассационных инстанциях в течение двух недель с момента принятия. Однако принятые в первой инстанции срочные судебные решения об охране основных свобод обжалуются по общему правилу в апелляционном порядке в Государственном совете, который разрешает дело по существу в течение 48 часов.

Срочные судебные решения о приостановлении действия административных актов и о применении обеспечительных мер, принятые по первой и последней инстанции, могут быть оспорены в кассационном порядке в Государственном совете, который рассматривает дело коллегиальным составом, и вправе разрешить его по существу. Срочные судебные решения о назначении мер по расследованию, об установлении фактов, имеющих юридическое значение, и об установлении предварительного возмещения, принятые по первой инстанции, с учетом того, что указанные категории дел не являются неотложными, могут быть оспорены в апелляционном порядке в административных апелляционных судах и в кассационном порядке в Государственном совете. В случаях, когда Государственный совет уполномочен рассматривать неотложное дело в качестве суда первой инстанции (например, при оспаривании декретов правительства Франции), он разрешает дело также и по последней инстанции.

Срочные судебные решения по неотложным делам

Приступая к рассмотрению процессуальных особенностей первой категории срочных судебных решений, прежде всего следует рассмотреть признак

¹¹ См.: art. R. 522-7 du Code de justice administrative. Исполнительная надпись позволяет стороне немедленно обратиться к судебным приставам с целью принудительного исполнения соответствующего судебного решения. Режим доступа: <http://legifrance.gouv.fr> (дата обращения: 11.04.2020).

¹² См.: art. R. 522-8-1 du Code de justice administrative. Available at: <http://legifrance.gouv.fr> [Accessed 14th April 2020].

«неотложности» как главного и необходимого условия для принятия административным судом решений в соответствующем порядке.

По мнению Государственного совета, чтобы установить признак неотложности, административный судья должен определить, действительно ли существует угроза нанесения «незамедлительного» и «достаточно тяжкого» вреда интересам заявителя. При этом административный судья, указывая в своем решении мотивы, которыми он руководствовался при его принятии, обязан «объективно и в совокупности»¹³ учесть частные и публичные интересы и обеспечить их баланс. Это означает, что судья соотносит ущерб, который может быть нанесен интересам заявителя административными актами или действиями (бездействием) органов публичной администрации, с негативными последствиями для общества, которые могут возникнуть от приостановления административных решений или временного прекращения тех или иных действий (бездействия) властных структур.

Срочное судебное решение о приостановлении административного решения (*référé en suspension d'une décision*)¹⁴ представляет особый интерес для исследования, так как подразумевает полномочие французского административного судьи в неотложном порядке приостанавливать действие как выраженных (в том числе устных), так и подразумеваемых административных решений¹⁵, в том числе об отказе в удовлетворении требований заявителя. Кроме того, в рассматриваемом порядке могут также оспариваться двусторонние акты, например, административные контракты¹⁶. Вступая в противоречие с общим законодательным запретом приостановления решений органов публичной администрации при их оспаривании, подобный механизм в определенной степени нарушает фундаментальный принцип исполнимости административных решений¹⁷. Заметим, что действия или бездействие органов публичной администрации не могут быть обжалованы в рассматриваемом срочном порядке с целью их приостановления.

¹³ См.: решение Государственного совета от 22 марта 2002 г. по делу «Préfet des Alpes-Maritimes et Société Sud-est assainissement» (№ 229562). Режим доступа: <http://legifrance.gouv.fr> (дата обращения: 14.04.2020).

¹⁴ Во французском административном праве термины «решение» (*décision*) и «акт» (*acte*) имеют близкое значение и используются в схожих коннотациях. Так, согласно статье L. 200-1 французского Кодекса взаимоотношений между обществом и администрацией (*Code des relations entre le public et l'administration*) под актами понимаются односторонние административные акты, имеющие характер решения и не имеющие такового (*actes administratifs unilatéraux décisifs et non décisifs*). Административные акты, имеющие характер решения, включают в себя нормативные акты, индивидуальные акты и иные ненормативные акты, имеющие характер решения. Они также могут обозначаться термином «решение» (*décision*) или в зависимости от ситуации, обозначаются в качестве нормативных решений, индивидуальных решений и решений, не являющихся ни нормативными, ни индивидуальными. Режим доступа: <http://legifrance.gouv.fr> (дата обращения: 10.08.2020).

¹⁵ Подразумеваемое (или «молчаливое») решение органа публичной администрации во Франции означает, как правило, согласие с требованиями заявителя. Подробнее о подразумеваемых решениях см.: (Kassia, 2011).

¹⁶ См.: решение Государственного совета от 2 декабря 2015 г. по делу «Sté. Orange» (№ 386979). Режим доступа: <http://legifrance.gouv.fr> (дата обращения: 20.04.2020).

¹⁷ См.: art. L. 4 du Code de justice administrative. С учетом указанной статьи Кодекса, если иное не предусмотрено специальными положениями законодательства, административные иски, направляемые в суд, не обладают приостанавливающим действием, кроме случаев его предписания судом. Режим доступа: <http://legifrance.gouv.fr> (дата обращения: 04.04.2020).

Если административное решение (в том числе и об отказе в удовлетворении требований заявителя) оспаривается с целью признания его недействительным или изменения его содержания, то административный судья вправе принять решение о полном или частичном приостановлении либо его исполнения, либо определенных последствий, вызванных его действием. При этом оспариваемый административный акт не должен быть полностью исполненным, иначе возможность приостановления его действия закономерно исключается.

Приостановление действия административного решения является временным и не должно приводить к последствиям, которые наступают в случае признания решений органов публичной администрации недействительными в ходе полноценного судебного контроля. При этом приостановление спорного решения должно быть обусловлено неотложностью и наличием серьезных оснований для сомнений в его законности. Если административный судья принимает решение приостановить действие административного акта, то рассмотрение основного дела о признании спорного акта недействительным или изменении его содержания проводится в кратчайшие сроки¹⁸ с целью недопущения правового вакуума.

При принятии срочных судебных решений о приостановлении административных решений (как и в случае срочных судебных решений об охране основных свобод) стороны немедленно и любыми средствами уведомляются о дате и времени судебного заседания. С учетом необходимости рассмотреть дело в кратчайшие сроки на органы публичной администрации возлагается обязанность принять все возможные меры по защите своих интересов в ходе судебного заседания¹⁹.

В отличие от иных видов срочных дел совместно с заявлением о приостановлении административного решения в неотложном порядке заявитель обязан подать основной административный иск о признании спорного акта недействительным. Вместе с тем судебная практика Государственного совета предусмотрела важное исключение из этого правила для случаев, при которых заявитель обязан соблюдать досудебный порядок обжалования спорного акта. В подобных ситуациях, не дожидаясь ответа органа публичной администрации, одновременно с обращением в суд с требованием о приостановлении административного решения в неотложном порядке, заявитель обязан представить суду доказательства его обращения в орган публичной власти с целью досудебного урегулирования спора²⁰.

Кроме того, приостанавливая административный акт, судья вправе по собственной инициативе или по требованию заявителя возложить на орган публичной администрации определенные обязанности. Например, административный судья может обязать властный орган повторно рассмотреть обращение

¹⁸ См.: art. L. 521-1 du Code de justice administrative. Available at: <http://legifrance.gouv.fr> [Accessed 17th May 2020].

¹⁹ См.: решение Государственного совета от 22 марта 2002 г. по делу «Ministre de la justice c. Caze» (№ 244279). Режим доступа: <http://legifrance.gouv.fr> (дата обращения: 21.04.2020).

²⁰ См.: решение Государственного совета от 26 апреля 2001 г. по делу «Fondation Lenal» (№ 231870). Режим доступа: <http://legifrance.gouv.fr> (дата обращения: 21.04.2020).

заявителя в течение определенного срока²¹ или принять любые другие меры с учетом предмета спора и неотложного характера дела. В случае необходимости судья также вправе установить астрент (т. е. прогрессивно возрастающую пеню, взыскиваемую судом с целью понуждения к исполнению обязательства или возложенной обязанности) за неисполнение органом публичной администрации предписанных ему обязанностей²². Вместе с тем, административный судья не вправе предписать органу публичной администрации в неотложном порядке принять меры, имеющие необратимый характер (в ином случае указанные меры закономерно теряют временный характер), а также своим решением подменять акт органа публичной администрации, что может быть результатом рассмотрения основного административного иска (Bonichot, Cassia & Poujade, 2011).

Создание во французском административном судопроизводстве механизма срочного судебного решения об охране основных свобод (*référé en sauvegarde d'une liberté fondamentale*, «*référé-liberté*») является одним из наиболее значимых нововведений реформы 30 июня 2000 г., в соответствии с которым административный судья на основании обращения заявителя вправе в течение 48 часов предписать любые меры, необходимые для защиты основных свобод от угрозы нанесения тяжкого и заведомо противоправного ущерба заявителю, исходящей от органа публичной администрации или от организации, наделенной публичными полномочиями²³. Ущерб основным свободам может быть результатом как конкретного действия или бездействия властных органов, так и исполнения их административных актов, и в зависимости от условий его нанесения административный судья по своему усмотрению назначает меры по его предотвращению.

Возникновение механизма срочного судебного решения об охране основных свобод стало закономерным результатом критики недостаточно эффективной защиты прав граждан органами административной юстиции от дискреционного усмотрения органов публичной администрации (Bobotov, 1994). Заметим, что Кодекс не содержит понятия основных свобод и их определенного перечня. Квалификация тех или иных свобод в качестве основных осуществляется Государственным советом, который склонен к расширительному толкованию этого понятия. Так, к основным свободам он относит, в частности, право собственности, свободное осуществление избирательных прав, свободу слова, собрания и обмена мнениями, свободу религиозных убеждений, принцип самостоятельного разрешения вопросов местного самоуправления и т. д. (Monsebernard, 2020).

Принимая срочное решение о защите основных свобод, французский административный судья располагает обширным арсеналом мер, направленных

²¹ См.: решение Государственного совета от 1 февраля 2002 г. по делу «Frehel» (№ 241204). Режим доступа: <http://legifrance.gouv.fr> (дата обращения: 22.04.2020).

²² См.: решения Государственного совета от 22 августа 2002 г. по делу «Comm. de Vallauris» (№№ 245624-245627): административный суд предписал органу публичной администрации рассмотреть декларацию о проводимых работах в течение 15 дней, а также установил астрент в размере 1 000 евро за каждый день просрочки исполнения предписания. Режим доступа: <http://legifrance.gouv.fr> (дата обращения: 22.04.2020).

²³ См.: art. L. 521-2 du Code de justice administrative. Available at: <http://legifrance.gouv.fr> [Accessed 22nd April 2020].

на недопущение их нарушения. Так, судья вправе предписать временное изменение условий применения административного акта²⁴, обязать уполномоченный властный орган немедленно рассмотреть заявление на выдачу паспорта²⁵ и т. д.

С учетом положений статьи L. 521-2 Кодекса в ходе принятия срочного судебного решения об охране основных свобод судья также вправе приостанавливать действие административных актов при условии, что их применение наносит тяжкий и заведомо противоправный ущерб основным свободам. Соответственно, в заявлении о принятии срочных мер, направленных на охрану основных свобод, может содержаться требование о неотложном приостановлении административного решения (Chabanol, 2001; Charus, 2008). При этом заявители не вправе в качестве правового основания для одного и того же заявления одновременно со статьёй L. 521-2 Кодекса указывать статью L. 521-1 Кодекса, устанавливающую порядок принятия срочного судебного решения о приостановлении административного решения²⁶.

Механизм принятия срочного судебного решения о применении обеспечительных мер (*référé conservatoire*, «*mesures utiles*») был создан еще на основании закона от 28 ноября 1955 г. и сохранен после реформы 2000 г. Если приостановление административных решений и защита основных свобод в неотложном порядке востребованы прежде всего гражданами и организациями, то неотложное применение обеспечительных мер чаще всего используется самими органами публичной администрации. Так, властные органы часто прибегают к рассматриваемому виду срочных судебных решений в целях выдворения лиц с незаконно занимаемых ими помещений или территорий, принадлежащих публично-правовым образованиям.

Обеспечительные меры по своей природе являются правоохранительными, так как они направлены на предотвращение наступления либо усугубления ущерба, возникновения противоправной ситуации, а также на обеспечение соблюдения прав и законных интересов заинтересованной стороны. Соответственно, рассматриваемые меры применяются судом путем возложения обязанностей воздержаться от конкретных действий либо предпринять их²⁷. Вместе с тем по общему правилу реализация указанных мер не должна препятствовать исполнению административных актов. Также административный судья не вправе предписывать обеспечительные меры, имеющие регламентарный характер или

²⁴ Например, немедленное изменение установленного порядка проведения систематических «полных личных обысков» («*fouilles intégrales*») в местах лишения свободы, нарушающего конституционный принцип уважения достоинства, который подразумевает право каждого не быть подвергнутым бесчеловечному и унижительному обращению (см.: решение Государственного совета от 6 июня 2013 г. по делу «Section française de l'observatoire international des prisons» (№ 368816). Режим доступа: <http://legifrance.gouv.fr> (дата обращения: 19.04.2020).

²⁵ См.: решение Государственного совета от 4 декабря 2002 г. по делу «Gonzague» (№ 252051). Режим доступа: <http://legifrance.gouv.fr> (дата обращения: 20.04.2020).

²⁶ См.: решение Государственного совета от 28 февраля 2001 г. по делу «Philippart et Lesage» (№ 230112). Режим доступа: <http://legifrance.gouv.fr> (дата обращения: 21.04.2020).

²⁷ В случае необходимости судья также вправе установить астрент за неисполнение органом публичной администрации установленных в судебном акте обязанностей.

направленные на контроль соблюдения правового регулирования²⁸, а также обязывать органы публичной администрации принимать нормативные акты²⁹.

Помимо общего требования о *неотложности* обеспечительных мер обязательным условием является *необходимость* их применения, наличие которой административный судья устанавливает исходя из совокупности обстоятельств дела. Условие о необходимости принимаемых мер приобретает ключевое значение в случаях истребования у органов публичной администрации принятых в отношении заявителей административных актов, с целью, например, их дальнейшего оспаривания в судебном порядке. Так, административный иск, для обоснования которого заявитель в срочном порядке истребует административные акты и сведения, не должен быть заведомо неприемлемым и не подведомственным органам административного юстиции³⁰.

Следует отметить, что процессуальные особенности принятия каждого из трех рассмотренных видов срочных судебных решений не позволяют заявителю объединить в одном заявлении требования о приостановлении административного решения, об охране основных свобод и о применении обеспечительных мер. При этом, в соответствии со сложившейся судебной практикой, в случае объединения заявителем в одном иске требований, относящихся к разным видам срочных судебных решений, административному судье надлежит самостоятельно выделить среди них основные и принять по ним срочное судебное решение с учетом соответствующих процессуальных особенностей, не рассматривая при этом требования о принятии мер, имеющих с учетом обстоятельств дела второстепенный характер³¹.

Непрерывный рост числа срочных дел, рассматриваемых французскими административными судами в неотложном порядке, свидетельствует о востребованности данного института. В настоящий момент развитие французского законодательства и судебной практики направлено на расширение области их применения и на повышение эффективности принимаемых судей неотложных мер по его собственной инициативе с учетом конкретных обстоятельств дела³².

²⁸ См.: решение Государственного совета от 23 октября 2015 г. по делу «Debray» (№ 383938). Режим доступа: <http://legifrance.gouv.fr> (дата обращения: 21.04.2020).

²⁹ См.: решение Государственного совета от 29 мая 2002 г. по делу «Synd. «Lutte pénitentiaire» (№ 247100). Режим доступа: <http://legifrance.gouv.fr> (дата обращения: 21.04.2020).

³⁰ См.: решение Государственного совета от 6 июня 1980 г. по делу «Mme Amiel» (№ 17547): заявитель в срочном порядке истребовал административное досье, на основании которого должностное лицо органа публичной администрации обосновало свое разрешение на увольнение заявителя по экономическим причинам. В силу того, что рассмотрение основного административного иска, для обоснования которого необходимо указанное досье, относится к подведомственности административных судов и иск не является заведомо неприемлемым, передача досье заявителю признана необходимой мерой. Режим доступа: <http://legifrance.gouv.fr> (дата обращения: 21.04.2020).

³¹ См., напр.: решения Государственного совета от 28 февраля 2001 г. по делу «Philippart et Lesage» (№ 230112), от 9 апреля 2004 г. по делу «Synd. national Force ouvrière des personnels de préfecture» (№ 258376). Режим доступа: <http://legifrance.gouv.fr> (дата обращения: 21.04.2020).

³² См.: Le juge des référés. Les dossiers thématiques du Conseil d'État, décembre 2015. Available at: <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/dossiers-thematiques/le-juge-des-referes> [Accessed 15th June 2020].

Судебные решения по неотложным делам, приравненные к срочным

Переходя к рассмотрению второй категории срочных решений, отметим, что они приравниваются к срочным постольку, поскольку их принятие в ускоренном порядке продиктовано соображениями эффективности отправления правосудия по административным делам. При этом срочность в принятии решения не обусловлена теми или иными неотложными обстоятельствами по делу.

Правовое регулирование срочного судебного решения об установлении фактов, имеющих юридическое значение (*référé-constat*), существует во Франции достаточно давно, а именно с момента вступления в силу закона от 22 июля 1889 г. Современное правовое регулирование предусматривает, что если требования заявителя направлены исключительно на установление конкретных обстоятельств, то административный судья вправе назначить эксперта для незамедлительной фиксации определенных в судебном акте фактов, которые могут стать основанием для основного административного спора³³. При этом назначенный административным судьей эксперт устанавливает исключительно материальные факты, не относящиеся к вопросам права.

Очевидно, что сфера применения рассматриваемого вида срочного судебного решения весьма широка. Вместе с тем наиболее часто процедура принятия рассматриваемого вида срочного судебного решения применяется для установления состояния объектов недвижимости (например, для описания состояния дорожного покрытия на месте дорожно-транспортного происшествия, состояния зданий и территорий, которым мог быть нанесен ущерб вследствие осуществления тех или иных работ). Объектом назначаемой административным судьей экспертизы может выступать также состояние движимого имущества, например, поврежденного транспортного средства³⁴.

Кроме того, эксперт может быть назначен административным судьей с целью установления условий госпитализации и лечения, а также состояния здоровья после произведенной операции или лечения, условий содержания лиц в местах лишения свободы или местах размещения иностранных граждан, ожидающих выдворения за пределы Франции, или с целью анализа документов, представленных в рамках общественного рассмотрения проекта экспроприации имущества.

Хотя возможность вынесения рассматриваемого вида срочных судебных решений не обусловлена неотложностью дел (условие о неотложности для данного вида срочных решений было отменено декретом от 22 ноября 2000 г.), административный судья обязан оценивать *необходимость* в установлении тех или иных фактов. Так, в принятии такого срочного судебного решения может быть отказано, если документы, подтверждающие фактические обстоятельства, уже существуют или если полномочия по их установлению принадлежат компетентным органам³⁵.

³³ См.: art. R. 531-1 du Code de justice administrative.

³⁴ См.: решение Государственного совета от 18 ноября 1959 г. по делу «Départ. de Constantine». Режим доступа: <http://legifrance.gouv.fr> (дата обращения: 17.05.2020).

³⁵ См.: решение Государственного совета от 26 июля 1982 г. по делу «SA Sous-traitants associés de l'électronique» (№ 40701): заявителю отказано в требовании о принятии срочного судебного решения об установлении фактов, имеющих юридическое значение, по причине имеющейся у него возможности

В силу того, что в результате принятия рассматриваемого вида срочного судебного решения происходит только установление фактов, административный суд вправе не проводить состязательное судебное заседание и может принять решение, основываясь исключительно на доводах заявителя. При этом закон устанавливает обязанность немедленной передачи возможным ответчикам заключения эксперта, представленного по результатам исполнения срочного судебного решения³⁶. Административный судья также вправе направить заявление лица об установлении фактов возможным ответчикам³⁷, которые смогут участвовать при осуществлении экспертизы и представлять свои замечания, впоследствии приобщаемые к материалам основного административного дела.

Заявитель, чье требование в принятии срочного судебного акта об установлении юридически значимых фактов было отклонено, а равно административный ответчик, в случае открытия производства по основному административному иску вправе оспорить такое решение в апелляционном порядке. При этом возможные ответчики оспаривать в апелляционном порядке срочное судебное решение об установлении юридически значимых фактов не вправе.

Отказ в ходе реформы 1988 г. от неотложности требований как обязательного критерия для вынесения срочных решений о назначении мер по расследованию (*référé-instruction*) позволил административным судьям принимать их с целью обеспечения надлежащего отправления правосудия по административным делам. Установление тех или иных фактов до открытия производства по основному административному иску позволяет сторонам оценить свои перспективы в случае полноценного судебного разбирательства и при необходимости рассмотреть возможность примирения в досудебном порядке.

На основании абзаца 1 статьи R. 532-1 Кодекса судья по неотложным делам при поступлении на его рассмотрение несложного дела, а также в отсутствие предварительного административного акта вправе предписать любые необходимые меры для проведения расследования или осуществления экспертизы. При этом судья по неотложным делам располагает теми же полномочиями по принятию мер, что и при расследовании обстоятельств по основному административному иску (истребование документов и сведений у органов публичной администрации, допрос свидетелей и т. д.).

При проведении расследования на основании рассматриваемого срочного судебного решения эксперт может обладать более широкими полномочиями, чем в случае его назначения при вынесении срочного судебного решения об установлении фактов, имеющих юридическое значение. В частности, судья по срочным делам по результатам проведенной экспертизы вправе наделить эксперта полномочиями, направленными на примирение сторон³⁸.

обращения с соответствующей целью к судебным приставам. Режим доступа: <http://legifrance.gouv.fr> (дата обращения: 18.05.2020).

³⁶ См.: art. R. 531-1 (al. 2) du Code de justice administrative. Available at: <http://legifrance.gouv.fr> [Accessed 14th June 2020].

³⁷ См.: решение Государственного совета от 9 января 1985 г. по делу «Soc. manufacture du Val de Vienne» (№ 58067). Режим доступа: <http://legifrance.gouv.fr> (дата обращения: 15.04.2020).

³⁸ См.: решение Государственного совета от 11 февраля 2005 г. по делу «Organisme de gestion du Cours du Sacré-Coeur» (№ 259290). Режим доступа: <http://legifrance.gouv.fr> (дата обращения: 18.05.2020).

При этом эксперт вправе разрешать только вопросы, связанные с фактическими обстоятельствами дела, воздерживаясь от разрешения вопросов права. Однако его процессуальная роль остается значительной, а круг разрешаемых им вопросов — максимально широким. В ходе административных споров об ответственности органов публичной администрации (например, в случае нанесения повреждений недвижимому имуществу) эксперт может быть уполномочен не только установить характер и размер ущерба, но и установить его причины, уточнить объем и характер работ, необходимых для ограничения наносимого ущерба или его предотвращения в дальнейшем³⁹.

Как и в случае принятия срочного судебного решения об установлении юридически значимых фактов, назначение мер по расследованию на основании срочной судебной процедуры допускается только в том случае, если они будут признаны административным судом *необходимыми*. Так, условие о необходимости мер считается невыполненным, если экспертиза уже была проведена, или если отсутствует перспектива рассмотрения основного административного спора в силу, например, истечения срока давности для обращения в суд⁴⁰. В неотложном назначении экспертизы также может быть отказано, если административный судья придет к выводу, что заявитель может самостоятельно получить те или иные сведения⁴¹ или если назначение экспертизы будет одинаково эффективно в ходе производства по основному административному иску⁴².

Правовое регулирование срочного судебного решения об установлении предварительного возмещения (*référé-provision*) было введено декретом от 2 сентября 1988 г. № 907 и фактически скопировано с аналогичного института, возникшего во французском гражданском процессе с принятием декрета от 17 декабря 1973 г.⁴³. Перенесение подобного механизма во французское административное судопроизводство является прямым следствием отмеченной еще в 1970-е гг. тенденции «превращения» административного судьи в судью по экономическим спорам в связи с растущим участием государства в экономической деятельности.

Подобный вид срочного судебного решения позволяет кредиторам в упрощенном порядке взыскать сумму по задолженности, наличие которой существенно не оспаривается должником, в то время как установление точной суммы долга может потребовать длительного судебного процесса⁴⁴. В определенных случаях вынесение рассматриваемого вида срочного судебного решения

³⁹ Также в ходе экспертизы могут быть исследованы вопросы о состоянии здоровья лица, пострадавшего в результате дорожно-транспортного происшествия, степени завершенности работ, осуществляемых для города и их соответствия тем или иным нормам, о причинах неисправностей при предоставлении услуг телефонной связи и т. д.

⁴⁰ См.: решение Государственного совета от 30 декабря 2002 г. по делу «Office public d'habitation de Nice» (№ 241793). Режим доступа: <http://legifrance.gouv.fr> (дата обращения: 17.05.2020).

⁴¹ См.: решение Государственного совета от 13 декабря 1995 г. по делу «Ville d'Aulnay-sous-Bois» (№ 171914). Режим доступа: <http://legifrance.gouv.fr> (дата обращения: 17.05.2020).

⁴² См.: решение Государственного совета от 30 сентября 1998 г. по делу «Assoc. 3M France» (№ 199166). Режим доступа: <http://legifrance.gouv.fr> (дата обращения: 17.05.2020).

⁴³ См.: art. 809 (al. 2) du Code de procédure civile. Available at: <http://legifrance.gouv.fr> [Accessed 17th May 2020].

⁴⁴ Например, возмещение в пределах не оспариваемой ответчиком суммы (см.: решение Административного апелляционного суда г. Марсель от 4 декабря 1997 г. по делу «Soc. nat. de construction Quillery»),

может полностью разрешить разногласия сторон и исключить дальнейшее судебное разбирательство.

Самостоятельность рассматриваемого срочного судебного решения закреплена декретом 22 ноября 2000 г., отменившим обязательное наличие требований кредитора по основному административному иску в качестве необходимого условия для вынесения срочного судебного решения об установлении предварительного возмещения. Очевидно, что это в значительной степени ускорило и упростило процедуру получения заявителями искомого возмещения. Одновременно вышеуказанным декретом было предусмотрено право должника в течение двух месяцев обратиться в суд, компетентный рассматривать основной административный иск, с целью окончательного установления суммы долга⁴⁵.

Сама возможность принятия срочного судебного решения обусловлена наличием «существенно не оспоримых обязательств». В соответствии со сложившейся судебной практикой Государственного совета, «чтобы считать обязательство существенно не оспоримым, судья по неотложным делам обязан удостовериться, что, исходя из представленных сторонами материалов, возможно установить наличие обязательства с достаточной степенью определенности»⁴⁶.

Заметим, что факт оспаривания должником наличия обязательств сам по себе также не исключает возможность присуждения предварительного возмещения. Чтобы административный судья учел возражения должника, его доводы должны обладать признаком «существенности». При этом следует обратить внимание на то, что должник не вправе обосновывать свои возражения против наличия обязательств тем, что последние основаны на незаконном, по его мнению, акте, который не был ни отменен, ни в установленном порядке не был признан недействительным.

Оценка существенного характера возражений отнесена к усмотрению административного судьи, основанному на конкретных обстоятельствах дела. При этом судья по неотложным делам обязан максимально полно обосновать (что не свойственно остальным видам срочных судебных решений) в своем решении мотивы, послужившие основанием для присуждения возмещения или отказа в этом. Кроме того, административный судья не связан размером денежных средств, заявленным кредитором при обращении в суд. Вместе с тем ограничением для судьи выступает размер денежных средств, не оспариваемый существенным образом.

Если впоследствии при рассмотрении основного административного иска суд не поддержит позицию судьи по неотложным делам, то сумма денежных средств, выплаченных в качестве предварительного возмещения, может быть полностью или частично возвращена. Кроме того, согласно статье R. 541-1 Кодекса

возмещение государственному служащему суммы, эквивалентной денежному содержанию, которой он должен был получить (см.: решение Государственного совета от 16 декабря 2005 г. по делу «Lacroix» (№ 274545), возмещение суммы в качестве покрытия расходов на проведение экспертизы (решение Административного апелляционного суда г от 30 июня 2006 г. по делу «Maison de la retraite La Seigneurie»). Режим доступа: <http://legifrance.gouv.fr> (дата обращения: 18.05.2020).

⁴⁵ См.: art. R. 541-4 du Code de justice administrative. Available at: <http://legifrance.gouv.fr> [Accessed 14th June 2020].

⁴⁶ Решение Государственного совета от 6 декабря 2013 г. «M. Thévenot» (№ 363290). Режим доступа: <http://legifrance.gouv.fr> (дата обращения: 18.05.2020).

административный судья вправе (в том числе по собственной инициативе) с целью защиты имущественных интересов должника поставить обязанность должника уплатить денежное возмещение в зависимость от предоставления кредитором гарантии. Подобный механизм позволяет предотвратить риск невозвращения денежных средств, уплаченных в качестве предварительного возмещения долга (например, в случае несостоятельности кредитора).

Меры предварительной защиты по административному иску в российском законодательстве в свете французского опыта

Становление института мер предварительной защиты по административному иску в российском законодательстве происходило поэтапно и его сравнительно недавнее нормативное закрепление в принятом в 2015 г. Кодексе административного судопроизводства Российской Федерации⁴⁷ (далее — КАС РФ), позволяет исследователям делать первые обобщенные выводы о его эффективности для административного судопроизводства (Starilov, 2018, 2019). Представители отечественной науки административного права подчеркивают значимость мер предварительной защиты в административном судопроизводстве (Yastrebov, 2016; Sokolov & Lakaev, 2015), а также исследуют пути совершенствования указанного института (Luparev, 2015; Glodina, 2018; Kotlyarova, 2020).

Российские ученые обращают внимание на существенное сходство регулирования мер предварительной защиты по административному иску и норм арбитражного и гражданского процессов, предусматривающих применение обеспечительных мер, при наличии специфических правил, свойственных для административного судопроизводства (Borisov & Lagvilava, 2015). Вместе с тем они отмечают, что значение мер предварительной защиты по административному иску заключается в защите прав административного истца от действия оспариваемого акта, от продолжения нарушения прав истца в период рассмотрения административного иска, а также в защите его имущественных интересов и обеспечении исполнения будущего судебного решения (Yarkov (ed.), 2016). При этом «необходимость такой защиты обусловлена тем, что пока длится судебный процесс, защищаемое административным истцом материальное право может превратиться в фикцию в результате действия оспоренного административного акта, способного привести к непоправимым последствиям, которые делают затруднительным или невозможным полноценное восстановление его status quo ante и реальное исполнение судебного решения» (Zelentsov & Yastrebov, 2017).

Рассматривая существенные различия между срочными судебными решениями во французском административном судопроизводстве и мерами предварительной защиты по административному иску, предусмотренными главой 7 КАС РФ, прежде всего обратим внимание, что Кодекс предоставляет французскому административному судье право полностью приостановить действие как индивидуальных административных актов (как выраженных, так и подразумеваемых), так и актов нормативного содержания. В отличие от французского законодательства, статья 211 КАС РФ предусматривает, что по

⁴⁷ СЗ РФ. 09.03.2015. № 10. Ст. 1391.

административному иску об оспаривании нормативного правового акта суд вправе установить меру предварительной защиты только в виде запрета применения оспариваемого нормативного правового акта или его оспариваемых положений *исключительно в отношении* административного истца. Что касается административных дел об оспаривании решений, действий органа, организации, лица, наделенных государственными или иными публичными полномочиями, статья 223 КАС РФ устанавливает, что суд вправе приостановить действие оспариваемого решения *в части, относящейся к административному истцу*, или приостановить совершение в отношении административного истца оспариваемого действия. Вместе с тем представляется, что ограничение действия административных актов исключительно в отношении административных истцов не соответствует задачам административного судопроизводства, закрепленным в статье 3 КАС РФ, так как допускает исполнение оспариваемых (и соответственно — потенциально незаконных) актов в отношении неопределенного круга лиц.

В этой связи М.Ю. Старилов приходит к выводу, что «...законодатель дает возможность суду запретить применение оспариваемого нормативного правового акта или его оспариваемых положений только в отношении административного истца. Следовательно, законные интересы третьих лиц пострадать вряд ли смогут, ибо самим ходатайством о принятии меры предварительной защиты административный истец стремится избежать вредных для него правовых и материальных последствий» (Starilov, 2017). Однако, именно в результате запрета применения спорного правового акта исключительно к административному истцу и одновременного допущения его действия к неопределенному числу лиц может быть нанесен ущерб максимально широкому кругу лиц, в отношении которых принят потенциально незаконный правовой акт.

При этом также остается неясным, как соотносятся упомянутые положения статьи 211 КАС РФ с положениями части 1 статьи 85 КАС РФ, в которых существование «явной опасности нарушения прав, свобод и законных интересов административного истца или *неопределенного круга лиц, в защиту прав, свобод и законных интересов которых подано административное исковое заявление* (выделено мною. — С.З.)» недвусмысленно упомянуто в качестве основания для принятия мер предварительной защиты.

Также представляется, что высказываемая некоторыми исследователями гипотеза о том, что приостановление действия правового акта создает «дополнительные возможности ... для злоупотребления правами и уклонения от исполнения обязанностей, предусмотренных нормативными правовыми актами, при предъявлении ими необоснованных исков об оспаривании этих актов» (Nikitin, 2016) также подлежит критическому анализу с точки ее несоответствия принципам законности и справедливости при рассмотрении и разрешении административных дел, установленным в статье 9 КАС РФ.

Кроме того, обращают на себя внимание существенные отличия в обеспечении гласности при принятии российскими и французскими судами мер предварительной защиты по административному иску. Действующие положения части 3 статьи 87 КАС РФ предусматривают, что заявление о применении мер предварительной защиты по административному иску рассматривается судом без извещения лиц, участвующих в деле, не позднее следующего рабочего дня после дня поступления заявления в суд или после устранения в заявлении

выявленных судом недостатков. Заявление о замене мер предварительной защиты по административному иску также рассматривается без извещения лиц, участвующих в деле, и соответственно при этом не требуется проведения судебного заседания⁴⁸. Представляется, что для всестороннего рассмотрения дела стороны должны уведомляться судом о дате и времени судебного заседания любыми средствами, однако их неявка на судебное заседание не может быть препятствием для принятия соответствующих мер предварительной защиты. Кроме того, следует рассмотреть возможность введения в КАС РФ обязанности административных ответчиков представлять отзыв на административный иск в установленный судом срок, одновременно увеличив срок вынесения судом определения о применении мер предварительной защиты.

Не представляется возможным согласиться с предложениями о введении в КАС РФ положений о праве административного ответчика и других лиц, чьи права и (или) законные интересы нарушены мерами предварительной защиты, после вступления в законную силу судебного акта об отказе в удовлетворении административного искового заявления, требовать от лица, по заявлению которого были приняты меры предварительной защиты, возмещения убытков в порядке и размере, которые предусмотрены гражданским законодательством, или выплаты компенсации (Starilov, 2020:17). Подобные предложения фактически подразумевают возложение на административного истца ответственности за недостаточную обоснованность принятия судом мер предварительной защиты, что по меньшей мере является спорным. Очевидно, что риск возложения на административных истцов гражданско-правовой ответственности за качество отправления правосудия по административным делам значительно снизит уровень правовой защиты административных истцов и нивелирует их заинтересованность в использовании мер предварительной защиты по административному иску. А это вряд ли отвечает задаче обеспечения доступности правосудия в сфере административных и иных публичных правоотношений, установленной в статье 3 КАС РФ.

Таким образом, дальнейшее развитие отечественного законодательства, судебной практики и доктрины о мерах предварительной защиты по административному иску видится в расширении сфер и выявлении особенностей их применения, а также в повышении прозрачности и эффективности административного судопроизводства при применении судами мер предварительной защиты.

Заключение

Французский административный судья, обладая возможностью принимать различные виды срочных решений, располагает реальными и гибкими полномочиями по безотлагательному разрешению самого широкого спектра вопросов, связанных с отправлением властных полномочий органами публичной администрации.

⁴⁸ См.: пункт 28 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 27 сентября 2016 г. № 36 «О некоторых вопросах применения судами Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2016. № 11.

Что касается института мер предварительной защиты по административному иску в российском законодательстве, то его дальнейшее развитие возможно за счет снижения так называемых «транзакционных издержек», то есть недопущения неоправданного использования дополнительных ресурсов (в том числе временных) для достижения судебными органами искомого для сторон по делу правового результата.

Думается, что в рамках КАС РФ могут в той или иной степени быть реализованы идеи, на которых основывается французское правовое регулирование срочных судебных решений по административным делам, в том числе о расширении полномочий российских судей по приостановлению действия нормативных и индивидуальных административных актов (что будет способствовать укреплению режима законности и авторитета судебной власти), о механизме предварительного возмещения (позволит оперативно разрешать самый широкий спектр административных дел, избегая необоснованного затягивания срока их рассмотрения).

Представляется, что использование французского опыта для целей развития института мер предварительной защиты в российском административном судопроизводстве (который вне всякого сомнения содержит себе значительный потенциал) позволит усилить гарантии соблюдения прав граждан и организаций еще на стадии возникновения спора, ускорить производство по административным делам, а также будет способствовать становлению отечественного административного судопроизводства как эффективного средства правовой защиты.

С учетом значительного влияния института мер предварительной защиты административному иску на государственное управление (в том числе по причине возможности приостановления судами действия административных актов), целесообразно развивать его исключительно в русле соблюдения баланса частных и публичных интересов, процессуальной экономии и установления допустимых пределов судебского усмотрения при назначении мер предварительной защиты. Только в этом случае внедрение новых правовых механизмов обеспечения судебной защиты прав и законных интересов граждан и организаций в российском административном судопроизводстве будет способствовать совершенствованию института мер предварительной защиты по административному иску.

References / Список литературы

- Beshe-Golovko, K. & Talapina, Je.V. (eds.) (2019) *French Code of Administrative Justice*. Moscow, Prospekt Publ. (in Russian).
 Французский Кодекс административного правосудия / под ред. К. Беше-Головко, Э.В. Талапиной. М.: Проспект, 2019. 448 с.
- Bobotov, S.V. (1994) *Justice in France (textbook)*. Moscow, EAB Publ. (in Russian).
Боботов С.В. Правосудие во Франции: учебное пособие. М.: ЕАВ, 1994. 198 с.
- Bonichot, J.-C., Cassia, P. & Poujade, B. (2011) *Les Grands arrêts du contentieux administratif* [Major judgments in administrative litigation]. 3^{ème} édition. Paris: Editions Dalloz. (in French).
- Borisov, A.N. & Lagvilava, R.P. (2018) *Commentary to the Code of Administrative Judicial Procedure of the Russian Federation of March 8, 2015 No. 21-FZ (article-by-article, 2nd ed., reissue and add.)*. Moscow, Justicinform Publ. (in Russian).

- Борисов А.Н., Лагвилава Р.П. Комментарий к Кодексу административного судопроизводства Российской Федерации от 8 марта 2015 г. № 21-ФЗ: (постатейный). 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юстицинформ, 2018. 544 с.
- Chabanol, D. (2001) *Code de justice administrative (annoté et commenté)*. 6^{ème} édition. Paris, Editions Le Moniteur. (in French).
- Chapus, R. (2008) *Droit du contentieux administratif*. 13^{ème} édition. Paris, Editions Montchrestien. (in French).
- Glodina, A.V. (2018) The active role of the court in administrative proceedings in the application of precautionary measures. *Journal of the administrative proceedings*. (2), 56—58. (in Russian).
Глодина А.В. Активная роль суда в административном судопроизводстве при применении мер предварительной защиты // Журнал административного судопроизводства. 2018. № 2. С. 56—58.
- Kassia, P. (2011) Implied Decisions in the French Administrative Law. In: Khabrieva T.Ya. & Marku J. (eds.). *Administrative Procedures and Control in the Light of European Experience*. Moscow, Statut Publ. pp. 194—219. (in Russian).
Кассиа П. Подразумеваемые решения в административном праве Франции // Административные процедуры и контроль в свете европейского опыта / Под ред. Т.Я. Хабриевой и Ж. Марку. М.: Статут, 2011. С. 194—219.
- Kotlyarova, V.V. (2020) On Pre-Trial Defense Measures against an Administrative Claim in Administrative Proceedings. *Court's Administrator*. (1), 16—20. (in Russian).
Котлярова В.В. О мерах предварительной защиты по административному иску в административном судопроизводстве // Администратор суда. 2020. № 1. С. 16—20.
- Luparev, E.B. (2015) The relevance and proportionality of the measures of provisional protection in administrative complaint. *Proceedings of Voronezh State University. Series: Law*. 3 (22), 97—103. (in Russian).
Лунарев Е.Б. Соотносимость и соразмерность мер предварительной защиты по административному иску // Вестник Воронежского государственного университета. Серия: Право. 2015. № 3 (22). С. 97—103.
- Monsebernard, M.S. (2020) Référé d'urgence: le référé-liberté. In: *Répertoire de contentieux administratif*. Available at: <https://www.dalloz.fr> [Accessed 20th June 2020]. (in French).
- Nikitin, S.V. (2016) Issues of Legal Regulation of Judicial Compliance Assessment of Legality of Regulatory Legal Documents. *Russian Justice*. (S1), 162—172. (in Russian).
Никитин С.В. Проблемы правового регулирования судебного контроля за законностью нормативных правовых актов // Российское правосудие. 2016. Специальный выпуск к IX Всероссийскому съезду судей. С. 162—172.
- Stahl, J.-H., Boulouis, N., Dacosta, B., Polge, N., Lascombe, M. & Vandendriessche, X. (2019) *Code de justice administrative (annoté et commenté)* [Code of administrative justice (annotated and commented)]. 4^{ème} édition. Paris, Editions Dalloz. (in French).
- Starilov, M.Ju. (2017) Preliminary protection measures for an administrative claim as a new Processual Legal Institute: from the Civil Process to the administrative. *Journal of the administrative proceedings*. (1), 70—80. (in Russian).
Старилов М.Ю. Меры предварительной защиты по административному иску как новый процессуально-правовой институт: из цивилистического процесса в административный // Журнал административного судопроизводства. 2017. № 1. С. 70—80.
- Starilov, M.Ju. (2018) Effectiveness of the institution of measures of preliminary protection in administrative proceedings: statement of the problem, conditions and criteria of application, judicial practice. *Proceedings of Voronezh State University. Series: Law*. 2 (33), 176—188. (in Russian).
Старилов М.Ю. Эффективность института мер предварительной защиты в административном судопроизводстве: постановка проблемы, условия и критерии применения, судебная практика // Вестник Воронежского государственного университета. Серия: Право. 2018. № 2 (33) С. 176—188.
- Starilov, M.Ju. (2019) “View” of Judges of Institute of Measures of Preliminary Protection in Administrative Legal Proceedings: Experience of Operation of the Code of Administrative

- Legal Proceedings of the Russian Federation. *Proceedings of Voronezh State University. Series: Law*. 1 (36), 140—149. (in Russian).
- Стариков М.Ю. «Взгляд» судей на институт мер предварительной защиты в административном судопроизводстве: опыт действия КАС РФ // Вестник Воронежского государственного университета. Серия: Право. 2019. № 1 (36). С. 140—149.
- Starilov, M.Ju. (2020) *Preliminary Protection Measures in Administrative Proceedings in General Jurisdiction Courts*. Author. dis. ... of Candidate of Legal Science. Nizhny Novgorod. (in Russian).
- Стариков М.Ю. Меры предварительной защиты в административном судопроизводстве в судах общей юрисдикции: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2020. 32 с.
- Sokolov, A.Ju. & Lakaev, O.A. (2015) Legal Regulation Preliminary Measures of Protection in Administrative Lawsuit. *Proceedings of Voronezh State University. Series: Law*. 4 (23), 183—189. (in Russian).
- Соколов А.Ю., Лакаев О.А. Правовая регламентация мер предварительной защиты по административному иску // Вестник Воронежского государственного университета. Серия: Право. 2015. № 4 (23). С. 183—189.
- Vandermeeren, R. (2000) Commentaire de la loi № 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives. In: *Actualité Juridique Droit Administratif*. Available at: <https://www.dalloz.fr> [Accessed 23rd June 2020]. (in French).
- Yarkov, V.V. (ed.) (2016) *Commentary on the Code of Administrative Procedure of the Russian Federation (article-by-article, scientific and practical)*. Moscow, Statut Publ. (in Russian).
- Комментарий к Кодексу административного судопроизводства Российской Федерации (постатейный, научно-практический) / под ред. В.В. Яркова. М.: Статут, 2016. 1295 с.
- Yastrebov, O.A. (2016) Provisional remedies as the concept of administrative legal proceedings. *Administrative law and procedure*. (12), 13—18. (in Russian).
- Ястребов О.А. Меры предварительной защиты как институт административного судопроизводства // Административное право и процесс. 2016. № 12. С. 13—18.
- Zelentsov, A.B. & Yastrebov, O.A. (2017) *Judicial Administrative Law: Textbook for University Students Enrolled in the Specialty “Jurisprudence”*. Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University), Law Institute. Moscow, Statut Publ. (in Russian).
- Зеленцов А.Б., Ястребов О.А. Судебное административное право: учебник для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция» / Рос. ун-т дружбы народов, Юрид. ин-т. М.: Статут, 2017. 768 с.
- Zvyagintsev, S.E. (2014) Principles for determining the jurisdiction of administrative courts in France. *State and Law*. (2), 106—108. (in Russian).
- Звягинцев С.Е. Принципы определения подсудности административных споров во Франции // Государство и право. 2014. № 2. С. 106—108.

Об авторе:

Звягинцев Степан Евгеньевич — сотрудник Управления информационной инфраструктурой, Федеральное казначейство; 101000, Российская Федерация, г. Москва, Златоустинский Большой пер., д. 6, стр. 1

SPIN-код: 9511-4745

e-mail: stepan-zvyagintsev@mail.ru

About the author:

Stepan E. Zvyagintsev — deputy section head, the IT-Infrastructure Department, central office, Federal Treasury; 6/1 Bol'shoy Zlatoustinskiy pereulok, Moscow, 101000, Russian Federation

SPIN-code: 9511-4745

e-mail: stepan-zvyagintsev@mail.ru

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-504-520

Research Article

Dispositivity principle in the criminal procedure of Azerbaijan Republic: concept and application in individual rights

Gahraman V. Jafarov

Baku State University,
Baku, Azerbaijan Republic,
qehraman79@mail.ru

Abstract. Unlike other principles of criminal procedure (such as legality, presumption of innocence, etc.), the principle of dispositivity (the principle of autonomy of the will of a participant in the proceedings) does not have an independent legal formula, enshrined in a separate article in the current criminal procedure legislation of Azerbaijan. In this regard, questions about the existence, concept, content, individual elements, manifestations, and scope of the principle are becoming relevant and at the same time highly disputable. The author aims to determine the essence of dispositivity, to consider its individual manifestations, as well as to develop scientifically sound recommendations for optimizing the application in practice of the norms of the Code of Criminal Procedure in regulating issues related to the dispositive basis of the criminal process. The set goals predetermined solution for such basic issues as study of the philosophical and legal concept of dispositivity; determination of determinants-manifestations of dispositivity in criminal proceedings as a whole; recognition of dispositivity as one of the autonomous principles of the modern criminal process of Azerbaijan. The study was conducted by methods of dialectical cognition based on the principles of reflection, comprehensiveness, unity of induction and deduction, determinism, contradiction, and unity of analysis and synthesis. The author has studied and summarized a great deal of doctrinal material and jurisprudence, and some selected judicial acts have been used as real models for casuistry of the issues addressed in the article. As a result of the study, the author substantiates that, despite the absence of an independent article in the CPC on this principle, dispositivity is an autonomous principle of criminal procedure, not covered by other principles; on the contrary, it enters into various correlative relations with them. In other words, the Code of Criminal Procedure does not provide a binding feature of the principle of criminal procedure. As the main determinants of the principle under study, the author proposes to consider a system of procedural rights of non-governmental participants in the proceedings that have the effect of initiating some kind of proceedings, and the “consent of a participant” category, which is a mandatory condition in the procedural decision-making mechanism of entities with power.

Key words: criminal procedure, dispositivity principle, freedom of will, rights, mutual relationship, law, theory, analysis

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

Article received 28th October 2020

Article accepted 15th April 2021

© Jafarov G.V., 2021



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

For citation:

Jafarov, G.V. (2021) Dispositivity principle in the criminal procedure of Azerbaijan Republic: concept and application in individual rights. *RUDN Journal of Law*. 25 (2), 504—520. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-504-520

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-504-520

Научная статья

Принцип диспозитивности в уголовном процессе Азербайджанской Республики: понятие и проявление в отдельных правах

Г.В. Джафаров

Бакинский Государственный Университет,
г. Баку, Республика Азербайджан,
qehraman79@mail.ru

Аннотация. В отличие от иных принципов уголовного процесса (таких как законность, презумпция невиновности и т. д.), принцип диспозитивности (принцип автономии воли участника судопроизводства) не имеет самостоятельную юридическую формулу, закрепленную в отдельной статье в действующем уголовно-процессуальном законодательстве Азербайджана. В этой связи становятся актуальными и в то же время широко дискуссионными вопросы о наличии, понятии, содержании, отдельных элементах, проявлениях и пределах данного принципа. Автор преследовал цели определить сущность диспозитивности, рассмотреть отдельные ее проявления, а также разработать научно обоснованные рекомендации по оптимизации применения на практике норм УПК в части регламентации вопросов, касающихся диспозитивных основ осуществления уголовного процесса. Поставленные цели предопределили решение таких основных задач, как исследование философско-правовой концепции диспозитивности; определение детерминантов-проявлений диспозитивности в уголовном судопроизводстве в целом; аргументация признания диспозитивности в качестве одного из автономных принципов современного уголовного процесса Азербайджана. Исследование проведено методами диалектического познания, основанными на принципах отражения, всесторонности, единства индукции и дедукции, детерминизма, противоречия, единства анализа и синтеза. Автором был изучен и обобщен большой объем доктринального материала и судебной практики, а некоторые избранные судебные акты были использованы в качестве реальных моделей для казуистики рассматриваемых в статье вопросов. В результате исследования автором обосновывается вывод о том, что, несмотря на отсутствие в УПК самостоятельной статьи, посвященной этому принципу, диспозитивность является автономным принципом уголовного процесса, не охватываемым иными принципами, наоборот, вступающим с ними в различные коррелятивные связи. Иными словами, закрепленность в УПК не рассматривается в качестве обязательного признака принципа уголовного процесса. В качестве основных детерминантов исследуемого принципа автор предлагает рассматривать: систему процессуальных прав невластных участников судопроизводства, имеющих эффект инициирования того или иного рода производства; категорию «согласие участника», выступающего в качестве обязательного условия в механизме принятия процессуальных решений субъектами, обладающими властными полномочиями.

Ключевые слова: уголовный процесс, принцип, диспозитивность, автономия воли, права, корреляция, закон, теория, анализ

Конфликт интересов: Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 28 октября 2020 г.

Дата принятия к печати: 15 января 2021 г.

Для цитирования:

Jafarov G.V. Dispositivity principle in the criminal procedure of Azerbaijan Republic: concept and application in individual rights // RUDN Journal of Law. 2021. Т. 25. № 2. С. 504—520. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-504-520

Introduction

Each of the principles of the criminal process envisages a *legal formula* of an idea, and this *legal formula* becomes more precise when it is defined in the existing law and can be expressed with a laconic name and sometimes even a word. However, there are principles in the criminal procedure law that openly debate about how they should be called and what provisions should be included in the *legal formula*, since the existing criminal procedure legislation does not provide for independent articles defining these principles. The principle of *dispositivity* in the criminal procedure is one of these principles. The decision of the Plenum of the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan *On Interpretation of Articles 37.4, 39.1.9, 40.2 and 41.7 of the Code of Criminal Procedure of the Republic of Azerbaijan* dated July 15, 2011 states: “unlike the special charge cases, the principle of dispositivity on crimes that do not pose a major public danger does not affect the starting stage of criminal proceedings. Article 73 of the Criminal Code does not specify the imperative norm. According to this article, the effect of dispositivity cannot be compared with publicity”. Looking carefully at this section taken from the decision of the Constitutional Court, it becomes clear that the Constitutional Court in its decision refers to the *principle of dispositivity* and *principle of publicity* in the criminal proceedings. However, when we look at Chapter II of the Criminal Procedure Code (hereinafter referred to as the CPC) titled *Tasks, Basic Principles and Conditions of Criminal Procedure*, which was adopted on 14 July 2000 and came into force on 1 September 2000, we see that these principles are not defined as independent norms. Nevertheless, the existence of a dispositivity requirement in the criminal procedure of the Republic of Azerbaijan in the form of a legal principle has been confirmed in the Constitutional Court’s Decision of July 15, 2011 *On the Interpretation of Articles 37.4, 39.1.9, 40.2 and 41.7 of the CPC*.

Concept of dispositivity

The principle of dispositivity reflects the idea of free will in exercising subjective rights. However, legal literature rightly states that not all rights of participants in criminal law relations can be regarded as dispositive rights. To be considered a dispositive law, they must meet certain criteria. First, a correspondent duty of the state official relevant to the dispositive right of the participants of criminal procedure legal relations should be included (for example, if a subject has the right to file a complaint, a public official should have the duty to review and resolve the complaint). Secondly, dispositive rights should always be directed to the protection of personal interests, and therefore, the powers of a criminal process participant stemming from public duty may

not be considered dispositive rights. In this sense, criminal prosecution officials do not possess dispositive rights, although they have discretionary powers (procedural rights that they can use at their own discretion and on their own initiative). Finally, the use of (the exercise of) the right for the dispositional nature of the law should serve as the basis for the initiation, continuation or completion of a criminal process, any stage or form of proceedings (Dikarev, 2008:75—76; Shtol, 2009; Solomina, 2013:362—363).

It should be noted that the principles of criminal proceedings operate in close interrelationship, not in isolation from one another. This, in turn, creates a system of principles of criminal justice practice. This system, along with general characteristics common to all systems, has a number of features. This is because the principles of criminal proceedings have a special place and role among other criminal procedural norms. The system of criminal justice principles covers a single set of normative features with a high standard of legal power characterized by independence and stability; it is interconnected with systemic elements and other legal systems to better regulate issues arising during the initiation, preliminary investigation, trial, and resolution of criminal cases. Although they are combined into a system with a specific internal structure, the principles of criminal procedure retain the specific content of each of them. Instructions contained in the content of a particular principle, in addition to personalizing it, require that each principle be equally legal. The system of criminal procedure principles is organized in accordance with the purpose of execution of criminal proceedings. The purpose of execution of criminal proceedings is broader than the concept of principles of the criminal justice system and includes the latter. Therefore, statutory guidelines incorporated in the contents of the principles can only find their positive settlement when they are consistent with the purpose of criminal proceedings (Abbasova, 2015:86).

Procedural rights manifesting dispositivity

In order to fully understand the essence of the principle of dispositivity, it is necessary to touch upon the individual manifestations of this legal idea after paying close attention to the issue of its correlation with other principles of criminal proceedings. We consider it appropriate to include the following legal institutions as the main manifestations of the principle of dispositivity in criminal proceedings.

The right to file a complaint (appeal) with the law enforcement agencies

The commencement of criminal prosecution for some crimes in the criminal process of the Republic of Azerbaijan is directly related to the expression of will of the victim and whether he or she will file a complaint with the law enforcement agencies. In other words, the settlement of the issue of whether a criminal proceeding will commence depends on whether a person who has suffered directly from a crime will use the right to file a complaint (appeal) with law enforcement agencies about the crime committed or prepared in regard of them. From the provisions of Article 39.1.8 of the CPC, it can be concluded that a criminal prosecution cannot be instituted in the absence of the victim's complaint and in the cases of special public accusation without the

prosecutor's initiation of the criminal prosecution; if proceedings on the criminal case are commenced in such circumstances, they should be terminated. The right of the victim of a crime to file a complaint (appeal) is ensured by the duty of the competent authorities to prosecute. The scope of actions that require the victim's complaint (except for the cases provided for in Article 37.5 of the CPC) is set by the law in the form of a closed list in a unified system in Article 37.3 of the CPC. In criminal procedural law, these actions are considered to be prosecuted in the form of special public accusations and their scope is determined by the legislative body, depending on priorities and directions of the state's anti-crime policy (Yuldoshev, 2013:368).

Since the adoption of the CPC to date, there have been several changes to this system in relation to decriminalization and criminalization of various actions. There is no specific algorithm, accurate criteria, or precise formulas for determining the scope of crimes to be prosecuted under a special public prosecution. This is more of a political issue (crime prevention policy is intended).

The right to file a special accusation complaint at court

The existence of special accusation cases in criminal proceedings of any state, that is, the possibility of criminal prosecution under a special charge, is one of the main arguments in the effectiveness of the principle of dispositivity in the criminal procedural law of that state. In other words, special accusation cases (special accusation type of criminal prosecution) are one of the main manifestations of the principle of dispositivity in criminal proceedings.

National legal literature asserts that the broader emphasis on the principle of dispositivity in the implementation of criminal prosecution is one of the major factors that contribute to the success of crime prevention policies, and that expanding the dispositional norms in the CPC can become a viable tool in combating crime.

According to Article 37.2 of the CPC, special criminal prosecution is solely based on the victim's complaint on the offenses referred to in articles 147, 148, 165.1 and 166.1 of the Criminal Code and is terminated if the victim reconciles with the accused before the court enters the deliberation room.

Only the victim, known as the special accuser in special prosecution cases, can be regarded as the main subject of the prosecution function. The reason for this is that public criminal prosecution is generally carried out in relation to criminal acts that disrupt not only the legal and legitimate interests of the victim, but also the interests of the society and the state. In terms of character and severity, the prosecution of those who committed such crimes, including proving of the charge, is a duty of the competent authorities, not the victim. Since the victim under the CPC is not recognized as a subsidiary prosecutor with the public prosecutor in the course of criminal prosecution, the conduct of the public prosecutor in relation to the prosecution does not depend on their will. Such situation also makes the victim's disagreement with the public prosecutor's refusal to prosecute during the trial insignificant and does not prevent the court from terminating the criminal prosecution. During the trial, the coincidence of positions of the public prosecutor and the private prosecutor over the refusal to defend the charge is only necessary for criminal cases under special public prosecution (Veliyev, 2018:88).

The legal literature states that a criminal prosecution legislator that establishes the criminal prosecution under special charge allows the victim to appeal to the criminal justice body and settle by themselves the issue of defending themselves when their rights and legal interests are violated by the criminal actions (referred to in Articles 147, 148, 165.1 and 166.1 of the Criminal Code — Author). Therefore, these cases are called special cases.

Determining the scope of criminal cases to be prosecuted under a special indictment depends directly on the priorities and key directions of the state's anti-crime policy, as well as the extent to which the state has taken over its law enforcement functions. Also, sometimes the doctrine can be found to contain approaches and arguments that special charge criminal prosecution should be extended further and sometimes that this type of criminal prosecution must be abolished. The main argument of the supporters of the first approach is that special prosecution cases alleviate the workload of law enforcement agencies that carry out pre-trial and liberate them from such bureaucratic practices as taking numerous procedural actions on cases of crimes of little public danger that do not affect or affect to a lesser extent the public interest, making procedural decisions, etc. Supporters of the second approach, as a rule, argue that the absence of pre-trial proceedings on special criminal cases reduces the effectiveness of the preparation of necessary materials for trial, and sometimes victims of crime fail to collect the necessary evidence, and thus, they are deprived of the opportunity to defend their rights and legal interests. Proponents of this approach consider it more advisable to conduct a simplified form of inquiry into special accusation cases (Dvoretzkova, 2012:46; Golubov, 2016:29; Golubov, 2016:30; Lomakin & Mondohonov, 2015:4; Strukova, 2011:14—15).

However, as we have mentioned, each state decides which actions can be prosecuted in the form of special accusation cases based on its own internal policies, the level of legal awareness of its citizens, the crime situation in the country, the level of legal awareness and so on.

The right to appeal against the procedural actions (inactions) and decisions of the prosecuting authority

The existing criminal procedural legislation gives the right to complain to the participants of the criminal process and to other persons involved in the criminal proceedings about the procedural actions (inactions) and decisions of the prosecuting authority, which, by its nature, can be considered a dispositive right, because the use of the right to complain is directly related to the subject's free will and in most cases, necessitates the implementation of necessary proceedings by the public authorities (such as the prosecutor's investigation, the court's judicial review, etc.). Thus, according to Article 122.1 of the CPC, procedural actions or decisions of the prosecuting authority may be appealed by the participants of the criminal proceedings as well as by other persons involved in the criminal procedure as provided by law.

For effective enforcement of the right to file a complaint, there is an institute of procedural oversight in the criminal process, as there is a need for officials to carry out action based on the complaint, to keep the complaint in motion. Procedural control is

an integral element of the criminal justice process, a specific law enforcement mechanism within the criminal process. Internal procedural oversight, prosecutor oversight, and judicial review play an important role precisely during the implementation of criminal proceedings. Preliminary procedural investigation is understood as a type of criminal procedural activity related to investigation of criminal procedural activity, detection, analysis, and elimination of criminal procedural violations carried out by the chief (or deputy chief in the absence of chief) of the investigative unit (department, office), the prosecutor and the judge during the initial investigation. The contents of the procedural oversight are not limited by the criminal procedural activity, but also include the legal relationship between the chief (or deputy chief in the absence of chief) of the investigative unit (department, office), prosecutor and court with the investigator, interrogator and other persons involved in the criminal case (Ehmedov, 2011:11).

Nevertheless, we think that in the full meaning of the word, the right to complain about the actions and decisions of the criminal procedure authority manifests itself as a dispositive right during judicial oversight proceedings, as they are initiated on the part of the complainant, and this is one of the main symptoms of a dispositive nature of procedural law.

The institution of filing a complaint with the court with the function of judicial control, which is a part of the of judicial oversight institution, launches judicial control over the legality of actions and decisions of criminal prosecution authorities (operational search, investigations, prosecutions, prosecutors) when there is information about violations of rights and freedoms. In the course of judicial oversight, the court has mainly two functions. The first is to ensure the legitimacy of individual actions and decisions taken by authorized criminal prosecution authorities and officials, and the second is to protect the rights and freedoms of the participants in the criminal procedure (to exclude unjustified and unlawful restrictions, putting an end to rights violation and restoration of violated rights). The issue of human rights protection arises directly from the very essence of judicial (oversight) proceedings (Abbasova, 2018:12).

The essence of the institution of judicial oversight and the symptoms of the right to file a complaint through judicial oversight allow characterizing the latter as a dispositive right. We believe that the issue of which subjects have this right should also be clarified. At first glance, Article 449.2 of the CPC clearly answers this question. Thus, pursuant to Article 449.2 of the CPC, the following persons have the right to file complaints against the procedural actions or decisions of the prosecuting authority: 1) the accused (defendant) and their defence counsel; 2) the victim and their legal representative; 3) other persons whose rights and freedoms are violated as a result of decision-making or action.

However, the experience of application of criminal procedural legislation has shown that the expression *other persons whose rights and freedoms are violated as a result of decision-making or actions* provided for in Article 449.2.3 of the CPC is not clear enough. In fact, the Plenum of the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan needed to make two decisions at different times on the official interpretation of the meaning of this expression. We believe that this indicates that Article 449.2.3 of the CPC is really a complex norm for law enforcement practice.

Thus, the Plenum of the Constitutional Court first interpreted Article 449.2.3 of the CPC in its Decision On Interpretation of Article 449.2.3 of the Criminal Procedure Code of the Republic of Azerbaijan on August 5, 2009. The Decision stated that there are vastly different approaches related to the use of the expression *other persons* in Article 449.2.3 of the CPC. Due to the differing views among the legal practitioners, there is a need for an official interpretation of the expression *other persons*. The Constitutional Court further showed that the right to file a complaint is an integral part of the rights and obligations that constitute the legal status of a person and should not be restricted in any area of government activities, except as expressly provided for by law; it should be ensured for anyone who enters into relations with public authorities or their officials. The right to file a complaint during criminal proceedings, including pre-trial stages, is of particular importance. Thus, during investigations of criminal cases in the course of administering justice and the fight against crime, arbitrary decisions or illegal actions (inactions) taken in some cases by investigators, interrogators, prosecutors or judges may go beyond the limits of the necessity of lawful restriction of the rights and freedoms of persons involved in criminal proceedings. Ensuring the rights and legitimate interests of the participants of criminal proceedings is one of the most important tasks of inquiry and investigation bodies, prosecutor's office, and courts. It is not possible to administer true justice and effectively fight crime without paying due attention to the rights of individuals, especially of those involved in criminal proceedings. The decision of the Constitutional Court Plenum made on the above-mentioned date concluded that since provision 449.2.3 of the CPC stating that *the other persons whose rights and freedoms are violated as a result of decision-making or actions* pertains to other participants of criminal proceedings, it does not exclude the witness's right to file a complaint against the procedural actions or decisions of the investigative authority. However, other participants in criminal proceedings, including witnesses, have the right to appeal decisions and actions (inactions) of officials of the criminal prosecution body, provided that the actions and decisions taken affect their legal and legitimate interests, damage their constitutionally established rights and freedoms or complicate their access to justice (availability of justice) (Abdullayev, 2018:497—498).

The Constitutional Court Plenum interpreted Article 449.2.3 of the CPC for the second time in its Decision On the Interpretation of the Provision of "Other Persons" entitled to file a complaint of Article 449.2.3 of the Criminal Procedure Code of the Republic of Azerbaijan" adopted on March 12, 2015. The Decision states that protection and enforcement of the rights and lawful interests of everyone involved in criminal proceedings is the main line of justice policy pursued by a legal state in the course of judiciary proceedings and is the only way to exercise judicial power. Enhancement of the rights and legitimate interests of such persons is in full accordance with the interests of both the individual and society. Provision of *other persons whose rights and freedoms are violated as a result of decision-making or action* of Article 449.2.3 of the CPC does not exclude the right of persons, who are not parties or participants to the criminal proceedings but are involved in a criminal procedure or who perform criminal procedural rights or duties in any form, to complain of the decisions or actions in case of violation of their rights and freedoms established by the Constitution and laws of the Republic of Azerbaijan by procedural decisions or actions.

The right to file a civil lawsuit in criminal proceedings

The civil lawsuit in the criminal process is, first and foremost, an institution that serves to reimburse the damage inflicted as a result of a criminal act. According to the provisions of Article 183 of the CPC, a civil lawsuit can be filed at any time from the beginning of the criminal investigation until instituting court proceedings. The basis for the right to file a civil lawsuit is inflicting material, moral or physical harm to a person as a result of a crime.

The fact that the right to file a civil lawsuit in a criminal proceeding is of dispositive nature requires that the criminal procedure authorities do not conduct any proceedings in respect of the claim until a formal civil suit is filed. However, a systematic review of the existing criminal procedural legislation shows that some CPC provisions still consider appropriate to take certain measures to secure a civil claim, which has not been filed yet (which may be filed in the future, or is likely to be filed in the future). The existence of such provisions in the CPC, and the fact that the principle of dispositivity in civil litigation is fully enforced, cause serious differences of opinion in practice. Thus, according to Article 185 of the CPC, during criminal proceedings, the investigator, interrogator, prosecutor, or court must take steps to secure a civil claim that has been filed or may be filed in the future by the petition of civil claimant or their representative or at their own initiative. Apparently, the expression *civil lawsuit that may be filed in the future* in the norm allows to conclude that, under the law, the primary investigating body should take steps to secure a future civil claim payment, such as arrest on the relevant property and so on, even if the relevant lawsuit claim has not yet been filed, but there are reasonable expectations for the filing of a civil claim in the future for compensation of damages inflicted as a result of a crime. In other words, the referred articles give the power to the primary investigating authority to seize property and take other measures to secure possible future civil claims, even if no civil lawsuit has been filed. It is interesting that the legal position supported by the Supreme Court of the Republic of Azerbaijan on this issue is quite different. According to their position, unless a civil case is filed, the criminal procedure authority should not take action to secure it. The defence of such a legal position on the matter is clearly seen in the decision on the case of S. Guliyev under Articles 134, 186.2.2 of the Criminal Code published in the Supreme Court's Bulletin. We consider it appropriate to refer to the relevant parts of that document.

According to the decision, S. Guliyev was convicted under Articles 134 and 186.2.2 of the Criminal Code by the first judgment court, and the verdict also showed that 2500 AZN must be seized and paid to the victim (N. Hajiyev).

According to the case, S. Guliyev first raised a quarrel to prevent gathering watermelons planted by his son A. Guliyev and then intentionally threatened to kill A. Guliyev with a shotgun next day he saw that the watermelons harvested by A. Guliyev are collected in the RAF car belonging to his son-in-law N. Hajiyev. He damaged the car with an axe and burned it with a flammable substance, thus causing Mr. Hajiyev extensive damage worth 2500 AZN and deliberately destroying another person's property. The verdict was contested by appeal. The Shirvan Court of Appeal reversed the sentence removing the requirement *to withhold 2500 AZN from S. Guliyev*

and refer to the victim N. Hajiyev and adding to lift the arrest imposed on part of the house worth 2500 AZN belonging to the accused S. Guliyev estimated in full in the amount of 11,598.00 AZN by decision of the Aghjabedi District Court. The Court of Appeal's argument was that by the decision of the investigator of the Agjabadi district police department, N. Hajiyev was recognized as the victim of the case, and that day a protocol was compiled for him explaining his rights under Article 87 of the CPC and he was interrogated as the victim. However, during the interrogation, N. Hajiyev did not comment on his wish to claim for damage, as well as his wish to file a civil suit; he did not file a claim to be recognized as a civil claimant and there was no decision on recognising the victim as a civil claimant in the case, though he indicated the damage inflicted to his property was 2500 AZN worth. The Court declared that the petition, reasoned by S. Guliyev's deliberate evasion of compensating the pecuniary damage in the amount of 2500 manat caused by S. Guliyev's criminal actions against N. Hajiyev, severely violated the CPC's requirements, because the petition filed by the investigator was submitted in the absence of a civil suit.

The Court of Appeals, referring to Article 248.1.1 of the CPC, stated that *the meaning of the law is that property may be arrested on the ground that a civil lawsuit is filed during criminal proceedings... if no civil lawsuit has been filed during the prosecution, no further action shall be taken to secure it.*

When it comes to the right to file a civil lawsuit in criminal proceedings, it is important to remember that filing a civil lawsuit does not mean that the case will be resolved in a criminal proceeding. The issue is that the criminal procedural legislation gives the court the authority to decide on the merits of the civil lawsuit, that is, the authority to resolve the civil lawsuit, in addition to the authority to keep the civil lawsuit pending. Of course, pending a civil lawsuit filed in criminal proceedings in practice results in dissatisfaction of civil claimant (victim), but they have no other choice than to defend the lawsuit as per civil litigation if pending of the civil case has been administered on legal grounds. For example, in one of the cases we selected from the Supreme Court's practice, the victim indicated in his cassation appeal that the courts had not ruled properly, hence his civil lawsuit is kept as pending/under review. He pointed out that there was no reason to keep the civil case under review and that there were no relevant records in the court rulings. The victim provided evidence that, pursuant to section 187.1 of the CPC, a civil lawsuit should be considered together with the prosecution material in the court concerned. The Supreme Court's Criminal Board's response to the victim's argument was as follows: *the issue of civil lawsuit pending consideration has been resolved by the courts in accordance with the law. According to Article 180.3 of the CPC, a civil lawsuit filed during criminal proceedings but retained without consideration by the court may be later filed in civil proceedings. According to Article 183.3 of the Code, a civil suit may be filed in criminal proceedings only in writing. The lawsuit application should specify who is filing a civil suit against who, on what grounds and in what amount, and also contain a request regarding the withhold of a specific amount or property to pay the damages. The findings of the courts on retaining the claim pending review are grounded, since the civil lawsuit claim presented to the court by the victim does not identify evidence confirming the amount of moral and material damage inflicted. The property rights of the victim were not*

violated because his right to collect evidence and file a civil claim again for compensation of the damage caused by the crime has been lawfully retained (Decision of the Criminal Board of the Supreme Court of the Republic of Azerbaijan on the case No. 1(102)-72/2012 dated 17 January 2012).

The right to challenge court judgments (other final rulings)

As already noted, the ability of a participant of the process to exercise their procedural rights provided by law at their own discretion and will is a manifestation of the principle of dispositivity in criminal law. The right to challenge the court judgments (other final rulings) is also a right of dispositive nature, according to the aforementioned criteria. Judgments (other final rulings) of first instance courts that have resolved essentially a criminal case or other criminal prosecution material in the Republic of Azerbaijan can be challenged by appeal, cassation, and additional cassation.

The national legal literature rightly states that freedom of appeal is one of the main features of appellate proceedings. For example, F. Abbasova shows that review of court decisions in the course of appellate proceedings is possible in the presence of an appeal or protest. The subjects of the right to appeal to the relevant appeal court and their scope of jurisdiction are governed by Articles 383.1 and 383.2 of the CPC. Each subject has the right to freely exercise their rights. Thus, the manner in which a complaint is filed (in part, in full, in conjunction with other participants in the criminal proceedings, or independently), and the indication of grounds (evidence) for it, depend solely on the subjects themselves (Abbasova F.M., 2019; Bayramova K., 2019:72—77).

Although we agree with this view, it seems essential to make some adjustments. Thus, in our view, when it comes to challenging court judgments, it is necessary to consider *freedom of appeal* not only as a feature of the court of appeal, but also as an element typical of cassation and additional cassation proceedings.

As it was stated in the decision of the Military Board of the Supreme Court of the Republic of Azerbaijan on January 16, 2014, case 1-1(102)-29/14 selected from practice, the court of appeals acts as a full-fledged court. It re-examines the case based on its merits and administers justice using its powers to uphold the final decision of the court of first instance, substitute it, or cancel it, instead making a new decision. The appeal procedure provides for a re-examination of the legality and validity of the first instance court's judgment (other ruling) that has not yet come into force. In this case, the investigated judicial act is fully or partially audited. Audit of the judicial act, which is the subject of the examination, is carried out based on the compliance with the facts of the case, requirements of the existing evidence and legal and procedural law. In other words, the court of appeals is a court instance, which applies the rules of the criminal legislation (the norms of both the General and Special parts of the Criminal Code), as well as the norms of the existing criminal procedural legislation (the procedural legal rules of the Criminal Procedural Code and other laws or regulations as required) and examines and determines the actual circumstances of the case. The Court of Appeal, as

the court of first instance, is interested in the proper determination of the facts of the case and is responsible for it.

When using their dispositive right to appeal court judgments (other final rulings) in the manner of appeal proceedings, the parties to the proceedings should take into account that new requirements not provided during the court review by the court of first instance shall not be considered by the court of appeals, except as provided by law. Under the existing criminal procedural legislation, new evidence is presented to the court of appeals in only two cases:

- if the participants of the criminal process justify the failure to present new evidence to the court of first instance with a reason beyond their control,
- if the court of first instance declines the investigation of this new evidence without an objective reason (Article 397.3 of the CPC).

New evidence may not be investigated in the court of appeal in any other case (Cahangirova, 2019:105—108).

In other words, the procedural right provided by the law for appeals is dispositive by nature, though not unlimited. While a participant of a criminal process may decide whether to exercise this right by their own will, when exercising this right, their wishes and desires in determining the scope of issues that they may dispute are limited only to matters that are subject to inquiry in the court of first instance. From this we can also conclude that dispositivity of a right does not mean that it is unlimited.

However, a criminal procedure participant can exercise the right to appeal and obtain their desired results. The reason for this is that the appellate instance has broad powers, that is, the right to judge and make decisions when considering a case. Unlike the cassation instance, the court of appeals can aggravate the penalty imposed by the sanction within the indictment. According to the Decision of the Plenum of the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan On Interpretation of Articles 397.1 and 397.2 of the Criminal Procedure Code of the Republic of Azerbaijan dated May 12, 2009, the following issues should be considered during application of Articles 397.1 and 397.2 until legislature made the relevant changes in the CPC:

- the court of appellate instance shall check the observance by the court of first instance of the norms of criminal and criminal procedural legislation in any case, even if there are no relevant claims in the evidence of the appellate complaint or protest,
- if the circumstances and grounds set forth in Articles 403 and 405 of the CPC are determined after checking for compliance with the provisions of criminal and criminal procedural legislation, and if the appeal proceeding is conducted on the basis of appeal complaint filed by convicted or acquitted person or their counsel or appeal protest substantially filed by the public prosecutor in favour of any of those persons, the appellate court may amend or abolish the final decision of the court of first instance by improving the situation of the person concerned and passing a new decision; if the appellate proceeding is in essence appealed by the public prosecutor to the detriment of the convicted or acquitted, or the appeal of the special prosecutor, the court of appellate may reverse the final decision of the first instance court or abolish it and make a new decision thus aggravating the situation of the acquitted person, irrespective of the evidence of the appeal; however, the decision may only be made unanimously by

all judges of the appellate court considering the case, unless specified in the evidence of the main appeal.

As mentioned earlier, the right to appeal court decisions and other final decisions by filing a cassation appeal is also dispositive.

As noted in the Decision of the Military Board of the Supreme Court of the Republic of Azerbaijan on the case dated 1-1(102)-35/13 dated April 18, 2013 selected from practice, unlike the courts of the first and appellate instances, the cassation instance court does not determine whether a fact has taken place and expresses its attitude only to the correct application of the provisions of criminal and criminal procedural law based on the cases established by those courts. The court of cassation does not have the authority to instruct the court of appeal on consideration of an appeal complaint or appeal protest with or without court investigation, as well as to decide on the same.

Therefore, if the parties to a process, who are entitled to file a cassation appeal, want to challenge the judgment or other final ruling in a cassation procedure, they must take into account that, they may use the right to challenge the misapplication of material and procedural legal principles only in cases established by the first instance and appellate courts. They are not in the position to challenge whether any facts have taken place by using the relevant authority mentioned.

Finally, it should be noted that the opportunity to challenge judicial decisions in the manner of additional cassation acts is a right of dispositive nature. Additional cassation proceedings are an exceptional phase of criminal proceedings aimed at reviewing decisions made by the court of cassation instance and judicial decisions and judgments examined during the cassation proceedings. This procedure is one of the means enforced by the Constitution to enable citizens to re-apply to court.

The person acquitted in the criminal proceedings of the Republic of Azerbaijan does not have the right to file an additional cassation appeal. Thus, when the CPC was first enacted, the right to file an additional cassation appeal was granted only to the convict, but in accordance with the legal position of the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan dated March 19, 2002, the right of the victim and civil plaintiff to file an additional cassation procedure and to participate in such proceedings arising from the requirements of Articles 25, 68 and 127 of the Constitution of Azerbaijan Republic was limited by Articles 87.6.14, 89.4.12 and 422.3 of the CPC. In view of this, the Constitutional Court has recommended to the Parliament (Milli Majlis — the official law-making body) of the Republic of Azerbaijan to make relevant amendments to the CPC in accordance with Part I of Article 94 of the Constitution.

A long time after this recommendation — on June 10, 2011, the scope of the subjects entitled to file additional cassation complaints under Article 422.3 of the CPC was expanded at the expense of the victim, civil claimant, and their representatives. On December 11, 2012, a civil defendant, and on November 29, 2016, a representative of the legal entity to whom criminal measures were applied, were also added to the list of these subjects. However, the acquitted person still did not belong to those who have the right to file additional cassation complaints, even after all the listed amendments. Therefore, the right of an acquitted person to file a complaint to the higher court at present can only be referred to in the context of the proceedings in the appellate and cassation instances (Bayramova, 2019:72—77).

Solution of legal issues in criminal justice proceedings with the consent of the process participants

A systematic review of the criminal procedure rules reveals that several norms attach particular importance to the *consent* of the parties involved in criminal legal relations, including the parties to the criminal procedure with legal consequences. Because voluntary consent relates to the expression of free will, this legal phenomenon falls within the scope of the principle of dispositivity in criminal procedural law.

Where a criminal proceeding requires the consent of subjects without authority to carry out a particular procedural act or to make a procedural decision, it follows the legal significance of the expression of free will, that is, the autonomy of the will of subject, which is an integral part of the principle of dispositivity. In other words, under the existing legislation, in particular cases, the *imposition* of officials' behavioural capabilities on the will (consent) of subjects without authority may be considered as one of manifestations of the principle of dispositivity. Because, in all cases where the subject's mechanism has been set up in connection with the *legal result-based consent* established as a standard condition that must be strictly enforced by law, the subject gets the freedom to exercise their rights *to agree or disagree* with undertaking of a particular procedural act or a procedural decision, at their own discretion. Therefore, the cases related to the said mechanism can be unilaterally considered as an element of the principle of dispositivity of the criminal procedural law.

However, it should be emphasized that the procedures for obtaining consent of the subjects that are a public authority (official) in both the pre-trial proceedings (presiding over the initial proceedings) and in the court (i.e. the public prosecutor) are not covered in the principle of dispositivity, because these subjects are engaged in representation and protection of public interests, not personal; the procedures for their consent to a particular act or decision should be considered as a means of exercising procedural powers, especially procedural oversight powers, not as an expression of freedom of will of the subjects (Haydarov, 2016:151—157; Pushkarev, 2017:29—32).

Conclusion

The ability of a process participant to exercise their procedural rights granted to them by law at their own will and discretion is a manifestation of the principle of dispositivity in criminal law. The principle of dispositivity in criminal proceedings of the Republic of Azerbaijan is not defined in Chapter II titled Tasks, Basic Principles and Conditions of Criminal Procedure, but in the Decision of the Plenum of Constitutional Court dated 15 July 2011 titled On interpretation of Articles 37.4, 39.1.9, 40.2 and 41.7 of CPC. Occasionally, one may also encounter an indirect manifestation of the principle of dispositivity in criminal proceedings through incorporation of one element such as freedom of will of a subject of criminal proceedings characteristic of the principle of dispositivity into the legal formula of another principle (for ex., Article 17 of CPC titled Ensuring of the Right to Inviolability of Housing).

Special prosecution cases (a special type of criminal prosecution) are one of the main manifestations of the principle of disposition in criminal proceedings. Every state

makes their own decision regarding admissibility of special criminal prosecution of commitments considering such factors as its own internal policies, the degree of legal literacy of its citizens, the crime situation in the country, the level of legal awareness, etc. Determining the scope of criminal cases to be prosecuted on a special charge depends directly on the extent to which the state performs its law enforcement functions. We support the approach that special charge cases reduce the workload of law enforcement agencies conducting pre-trial proceedings and free them from such bureaucratic practices as taking numerous procedural actions on cases that pose little public danger, do not affect, or have a lesser influence over interests of society.

The commencement of criminal prosecution for some crimes in the criminal process of the Republic of Azerbaijan is directly related to the expression of the will of the victim and whether they will file a complaint with the law enforcement agencies. In criminal procedural law, these actions are prosecuted in the manner of special public prosecution. There is no specific algorithm, clear criteria, or precise formulas for determining the scope of crimes to be prosecuted under a special public prosecution. That is more likely to follow a political purpose. It is no coincidence that since the adoption of the CPC, there have been many amendments to the Code so far, on decriminalization and criminalization of various acts.

The *right to appeal* (implies a complaint from the procedural actions (inactions) and decisions of the prosecuting authority) is directly related to the freedom of the will of subject, and in most cases stipulates the necessary proceedings by public authorities (review by prosecutors, judicial proceedings by the court, etc.). For this reason, the *right to appeal* should also be considered a dispositive right. In the full sense, the right to complain about the actions and decisions of the prosecuting authority manifests itself as a dispositive right in the course of judicial proceedings/review by the court, or as judicial proceedings at the initiative of the complainant.

The fact that the right to file a civil lawsuit in a criminal proceeding is dispositive by nature requires that the criminal procedure authorities do not conduct any proceedings in respect of the claim until a formal civil suit is filed.

In relation to the disputing of a judgment or other final ruling, the *freedom of complaint*, which is an element of the principle of dispositivity, should be considered not only as a feature of the court of appeal, but also as an element typical of cassation and additional cassation proceedings. The procedural right for filing an appeal intended in the law is dispositive, although not limited. While a participant of a criminal proceeding may decide to exercise this right by their own will, their wishes, and desires in determining the scope of issues that he or she may dispute when exercising that right are limited only to matters that have been subject to inquiry in the court of first instance. When wishing to dispute court judgments or other final rulings in a cassation appeal, participants, entitled to file a cassation appeal, must consider whether they can dispute the misapplication of material and procedural legal norms in cases established by the first instance and appellate courts by using the relevant rights. They are not in the position to dispute whether any fact has occurred by using the applicable rights mentioned.

Because voluntary consent relates to the expression of free will, this legal phenomenon falls within the scope of the principle of dispositivity in criminal procedural law.

References / Список литературы

- Abbasova, F.M. (2015) *Criminal procedure*. General part. Coursebook. Revised 2nd edition. Baku, Zerdabi Publ. (in Azerbaijan).
- Abbasova, F.M. (2018) *Special operations in criminal procedure*. Handbook. Baku, Ecoprint Publ. (in Azerbaijan).
- Abbasova, F.M. (2019) *Criminal procedure*. Special part. Coursebook. Revised 3rd edition. Baku, Hugug Yayin Evi Publ. (in Azerbaijan).
- Abdullayev, F.S. (2018) *The Legal Positions of the Constitutional Court of Azerbaijan*. New edition. T. 1. Baku. (in Azerbaijan).
- Adamaytis, M. (2003) The consent of the parties is not identical to the consent of one party. *Russian Justitia*. (2), 30—31. (in Russian).
Адамйтис М. Согласие сторон не тождественно согласию одной стороны // Российская юстиция. 2003. № 2. С. 30—31.
- Bayramova, K. (2019) On the right of the acquitted person to appeal to higher courts. *Ganun journal*. 7 (297), 72—77. (in Azerbaijan).
- Cahangirova, Ş. (2019) Issues of reconsideration of court verdicts and other final decisions in criminal proceedings. *Forensic Examination, Criminology and Criminology Issues*. (67), 105—108. (in Azerbaijan).
- Golubov, I.I. (2016) To the question of the advantage of an inquiry over a private prosecution. *Russian Judge*. (5), 27—33. (in Russian).
Голубов И.И. К вопросу о преимуществе дознания над частным обвинением // Российский судья. 2016. № 5. С. 27—33.
- Golubov, I.I. (2016) On the need to abolish the private prosecution. *Magistrate judge*. (5), 33—40. (in Russian).
Голубов И.И. О необходимости упразднения частного обвинения // Мировой судья. 2016. № 5. С. 33—40.
- Dvoretzkova, D.A. (2012) Challenges in expanding the scope of private prosecution cases. *Bulletin of the Russian Law Academy*. (2), 44—48. (in Russian).
Дворецкова Д.А. Проблемы расширения круга дел частного обвинения // Вестник Российской правовой академии. 2012. № 2. С. 44—48.
- Dikarev, I.S. (2008) The principle of dispositivity in the criminal process of Russia. *Journal of Russian Law*. (6), 73—78. (in Russian).
Дикарев И.С. Принцип диспозитивности в уголовном процессе России // Журнал российского права. 2008. № 6. С. 73—78.
- Ehmedov, V.E. (2011) *Theoretical and Practical Issues of Procedural Control at Stage of Preliminary Investigation*. Synopsis of the dissertation submitted for the degree of Doctor of Philosophy in Law. Azerbaijan, Baku. (in Azerbaijan).
- Haydarov, A.A. (2016) On the concept of “onsent” in the criminal process of Russia. *Journal of Russian Law*. (10), 151—157. (in Russian).
Хайдаров А.А. О понятии «согласие» в уголовном процессе России // Журнал российского права. 2016. № 10. С. 151—157.
- Jahangirova, S. (2019) Judgments of the court in criminal proceedings and issues of reconsideration of other final decisions. *Contemporary Problems of Forensics, Criminalistics and Criminology*. (67), 105—108. (in Azerbaijan).
- Lomakin, V. & Mondohonov, A. (2015) Criminal cases of private prosecution as a way to increase the detection of crimes. *Zakonnost*. (6), 3—6. (in Russian).
Ломакин В., Мондохонов А. Уголовные дела частного обвинения как способ повышения раскрываемости преступлений // Законность. 2015. № 6. С. 3—6.
- Pushkarev, V.V. (2017) Theoretical and legal construct “consent”: epistemology of legal fact in criminal proceedings. *Philosophy of Law*. 3 (82), 29—32. (in Russian).

- Пушкарёв В.В. Теоретико-правовой конструкт «согласие»: гносеология юридического факта в уголовном процессе // *Философия права*. 2017. № 3 (82). С. 29—32.
- Solomina, N. (2013) Dispositivity in criminal proceedings: the concept and forms of its manifestation. *Intersystem and intersectoral relations in the legal sphere. Materials of the VIII International Scientific and Practical Conference of Students and Postgraduates*. Kazan, pp. 362—363. (in Russian).
- Соломина Н. Диспозитивность в уголовном процессе: понятие и формы ее проявления // *Межсистемные и межотраслевые связи в правовой сфере: Материалы VIII Международной научно-практической конференции студентов и аспирантов*. Казань, 2013. С. 362—363.
- Strukova, V.V. (2011) Is it reasonable to expand the category of cases as private prosecution cases? *Criminal proceeding*. (1), 13—17. (in Russian).
- Струкова В.В. Обоснованно ли расширение такой категории дел, как дела частного обвинения? // *Уголовное судопроизводство*. 2011. № 1. С. 13—17.
- Shtol, D.S. (2009) *Dispositivity and its individual manifestations in the criminal proceedings of the Russian Federation*. Abstract of the diss... cand. legal of sciences. Chelyabinsk, South Ural State university. (in Russian).
- Штоль Д.С. Диспозитивность и ее отдельные проявления в уголовном процессе Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, Юж.-Ур. гос. ун-т, 2009. 34 с.
- Yuldoshev, R.R. (2013) Proceedings in cases of private and private-public prosecution require systematization. *Relevant Issues of Criminal Investigation*. Materials of the International Scientific and Practical Conference. Moscow, Buki Vedi Publ. pp. 365—370. (in Russian).
- Юлдошев Р.Р. Производство по делам частного и частно-публичного обвинения требует систематизации // *Актуальные проблемы расследования преступлений: Материалы Международной научно-практической конференции*. М.: Буки Веди, 2013. Ч. 1. С. 365—370.
- Veliyev, X.R. (2018) *A Victim in Criminal Proceedings*. Baku, Herbi Neshriyyat Publ. (in Azerbaijan).

About the author:

Gahraman V. Jafarov — Doctor of Philosophy in Law, Associate Professor of the Department of Criminal Procedure, Baku State University; 23 Academic Zahid Khalilov str., Baku, AZ 1148, Azerbaijan Republic
e-mail: qehraman79@mail.ru

Об авторе:

Джафаров Гахраман Вагиф оглы — доктор философии по праву, доцент кафедры уголовного процесса, Бакинский Государственный Университет; AZ 1148, Республика Азербайджан, г. Баку, ул. академика Захида Халилова, д. 23
e-mail: qehraman79@mail.ru

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-521-540

Научная статья

Пересмотр отдельных требований, предъявляемых к должности следователя следственного комитета

Н.В. Бабич

Российский университет дружбы народов,
г. Москва, Российская Федерация,
babich_nv@pfur.ru

Аннотация. Вопросы и проблемы в области организации и деятельности органов предварительного следствия в части реализации правового статуса следователя, а также варианты их разрешения постоянно находятся в центре внимания юристов. Действующая государственная концепция подготовки следственных кадров, а также система квалификационных требований к должности следователя Следственного комитета России (далее — СК России) имеют серьезные недостатки. Они выражаются в том, что для кандидата на должность следователя, во-первых, отсутствуют взаимосвязанные между собой этапы подготовки, а во-вторых, не требуется наличие обязательного практического стажа и не предусмотрено этапов его получения. В результате таких проблем большое количество следователей, которые проходят службу в СК России, попросту не имеют высокой квалификации и, соответственно, не подготовлены к следственной работе, что в итоге приводит к общему снижению эффективности и качества предварительного следствия. Это недопустимо для развитого демократического и правового государства. Не имеющие соответствующего практического опыта и не должным образом подготовленные, начинающие следователи принимают важные процессуальные решения, которые существенным образом отражаются на жизни конкретного человека. В этой связи разработанные должным образом государственная концепция, а также система квалификационных требований к должности следователя, включающая взаимосвязанные этапы ее достижения, будут способствовать формированию высококвалифицированных и подготовленных следственных кадров, что приведет к реальному улучшению всего предварительного следствия.

Ключевые слова: следователь, квалификационные требования, практический стаж, стажировка, детектив, Следственный комитет, должность следователя, высшее образование, дополнительное профессиональное образование

Конфликт интересов: Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 27 ноября 2020 г.

Дата принятия к печати: 15 апреля 2021 г.

© Бабич Н.В., 2021



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

Для цитирования:

Бабич Н.В. Пересмотр отдельных требований, предъявляемых к должности следователя следственного комитета // RUDN Journal of Law. 2021. Т. 25. № 2. С. 521—540. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-521-540

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-521-540

Research Article

The revision of separate requirements for the position of investigator

Nikita V. Babich

Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University),
Moscow, Russian Federation,
babich_nv@pfur.ru

Abstract. Issues and problems in the field of organization and activities of the preliminary investigation bodies in terms of implementation of the legal status of the investigator, as well as ways for their resolution are constantly in the focus of lawyers. The current state concept for training investigative personnel along with the system of qualification requirements for the position of an investigator of the Investigative Committee of Russia (hereinafter — the IC of Russia) have serious shortcomings. The fact is that there are no interrelated educational stages for a candidate for this job; there is neither any mandatory requirement for practical experience and career ladder in this field. As a result, a large number of investigators serving in the Investigative Committee of Russia simply do not have reasonable qualification and, accordingly, are not prepared for investigative work, which ultimately leads to a general decrease in the quality and effectiveness of preliminary investigation. This is absolutely unacceptable for a developed democratic and law-governed state. Lacking relevant practical experience and task-oriented training, novice investigators are trusted to make important procedural decisions that significantly affect the life of a particular person. In this regard, a properly developed state concept, as well as a system of qualification requirements for the position of an investigator, including interrelated stages of its achievement, will contribute to the formation of highly qualified and trained investigative personnel that will favourably effect the entire preliminary investigation service.

Key words: investigator, qualifications, practical experience, internship, detective, Investigative Committee, the position of investigator, higher education, additional professional education

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

Article received 27th November 2020

Article accepted 15th April 2021

For citation:

Babich, N.V. (2021) The revision of separate requirements for the position of investigator. *RUDN Journal of Law*. 25 (2), 521—540. (in Russian). DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-521-540

Введение

Цель исследования заключается в необходимости проанализировать отдельные положения действующей концепции в области подготовки следственных кадров и систему квалификационных требований к должности

следователя, выявить основные системные проблемы в этой области и сформулировать предложения по их устранению. Для достижения этой цели в научной статье исследуются особенности разработанных и предложенных правоведомидей и рекомендаций в области изменения государственной концепции подготовки следственных кадров и повышения отдельных пунктов системы квалификационных требований к начальной должности следователя. Кроме того, анализируется опыт отдельных зарубежных стран в этом направлении. Результаты и выводы в работе получены на основе общенаучных *методов научного исследования*: диалектического, логического, системного, а также частно-научных и специальных: сравнительно-правового, формально-юридического, статистического, толкования и ряда других. *Результаты*: в научной статье автор приходит к выводу о том, что, чтобы устранить такие правовые организационные проблемы, необходимо полностью менять отдельные положения государственной концепции по подготовке следственных кадров. Важно установить к начальной должности следователя квалификационное требование о наличии практического стажа и разработать систему взаимосвязанных этапов его приобретения с момента окончания кандидатом бакалавриата.

В соответствии с уголовно-процессуальным законодательством России следователем является должностное лицо, на которое возложена функция по осуществлению предварительного следствия¹. В своей процессуальной деятельности на стадии предварительного следствия, такой особый субъект, как в России, так и в зарубежных странах, проводит доследственную проверку сообщений о преступлениях, при имеющихся основаниях возбуждает уголовные дела, проводит следственные мероприятия, такие как допрос, очные ставки, проверка показаний, обыск, следственный эксперимент, назначение судебной экспертизы и прочие. При производстве всех этих следственных действий на практике в ходе расследования преступного деяния следователь учитывает тот юридический факт, что они создают в законном порядке условия, при которых происходит ограничение прав и свобод человека и гражданина.

Полученные и оформленные следователем в процессе предварительного следствия материалы отправляются в органы прокуратуры и суд. Согласно федеральному законодательству России у должностных лиц прокуратуры и судей нет полномочий по производству предварительного следствия. Поэтому эффективность прокурорской деятельности и справедливое судебное разбирательство, напрямую зависят от качественной работы следователя.

В этой связи становится понятным, что, во-первых, следователь должен обладать соответствующими знаниями и умениями, которые были получены им в процессе освоения программы высшего юридического образования и практической деятельности на соответствующих должностях государственной службы, а во-вторых, следователь как должностное лицо входит в число самых важных участников уголовного судопроизводства, и от принятых им процессуальных решений зависят эффективность и качество предварительного следствия. Таких

¹ Пункт 1 статьи 38 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации от 18.12.2001 № 174-ФЗ (ред. от 20.07.2020) // Ведомости Федерального Собрания РФ. № 1. 01.01.2002. Ст. 1.

выводов придерживаются многие правоведы (Zelenskiy, 2016:6—9; Azarov, 2008:7—10; Shishkina, 2018:88—94). Некоторые из них отмечают, что «следователь, в его сущности, на досудебной стадии выступает как бы судьей» (Bagmet, 2014:337—339); «следователь вмещает в себя обязанности судьи, защитника и органа полиции» (Lyublinskiy, 1915:612—613); «следователь держит в своих руках всю уголовную юстицию» (Muravyov, 1886) и т. п.

С подобными высказываниями трудно не согласиться. Однако стоит заметить, что сегодня в России из-за множества проблем различного характера, к числу которых относятся недолжные и низкие квалификационные требования к должности следователя, качество предварительного следствия остается на довольно низком уровне. Следователи не способны должным образом защитить права и свободы человека и гражданина от преступлений (Shoronov, 2016:48—54).

Кроме этого, со стороны следователей нарушаются даже элементарные права и свободы человека и гражданина в уголовном судопроизводстве, что приводит как раз к низкому качеству следствия. За 2019 г. из 4,5 миллионов нарушений федерального законодательства 1,3 миллиона были допущены следователями в процессе доследственной проверки и расследований преступных деяний².

В системе следственных подразделений СК России проходит службу довольно большое количество следователей, которые не обладают высокой квалификацией, да и просто не подготовлены к следственной работе³. Низкую квалификацию следователей отмечают сотрудники прокуратуры и судов⁴. Поднятая проблема вызвана не тем, что кандидаты плохо обучались и т. п., а в первую очередь тем, что отсутствуют грамотно сформированные квалификационные требования для должности следователя и государственная концепция в области подготовки следственных и иных кадров для правоохранительных и судебных органов России, а также имеет место порядок получения такой должности без практического опыта. Отсутствие практического стажа приводит к тому, что начинающие следователи не способны к планированию расследования и самоорганизации (Vakhmyanina, 2014:26—44). С такими положениями соглашается большинство правоведов (Rossinskiy, 2017:271—273; Tsvetkov, 2017:54—57; Gavrilov, 2002:4—13). Такая же ситуация характерна и для органов прокуратуры и суда.

Так какие же требования и порядок установлены федеральным законодательством к должности следователя в СК России? Действующий Федеральный закон «О Следственном комитете Российской Федерации» устанавливает общие

² Трифонова Е. Следователей отправляют на переэкзаменовку. В ключевом правоохранительном ведомстве — дефицит грамотных юристов // Независимая. 25.05.2019. Режим доступа: https://www.ng.ru/politics/2019-05-26/1_7582_sled.html (дата обращения: 04.08. 2020).

³ Интервью следователя Следственного комитета России ПАСМИ. Проблемы Следственного комитета и пути их решения — откровения подчиненного Бастрыкина. О коррупции, о работе, о жизни, о буднях и праздниках СКР — взгляд изнутри // ПАСМИ. 01.08.2019. Режим доступа: <https://pasmi.ru/archive/239269/> (дата обращения: 04.08. 2020).

⁴ Всеволод Инютин. Генпрокурор Юрий Чайка увидел «деградацию следователей» // Коммерсантъ. 21.02.2018. Режим доступа: <https://www.kommersant.ru/doc/3557343> (дата обращения: 04.08. 2020); Мифы Фемиды: В 2019 году только 29 процентов осужденных получили реальные сроки лишения свободы. Режим доступа: http://www.supcourt.ru/press_center/mass_media/29212/ (дата обращения: 04.08.2020).

и специальные квалификационные требования к должности следователя. К общим квалификационным требованиям относятся такие как: наличие обязательного гражданства России и отсутствие иного; обладание должным состоянием здоровья; отсутствие судимости, уголовного преследования, близкого родства, выраженное в прямом подчинении, и признания судом недееспособности; предоставление сведений о себе. Это базовые требования, которые практически применимы ко всем государственным должностям.

К специальным относится наличие высшего юридического образования по программе бакалавриата. Также в некоторых случаях допускается иное высшее образование. Сюда же можно отнести наличие у кандидата определенных профессиональных и моральных качеств, обязательное прохождение испытательного срока до шести месяцев и полиграфа. Каких-либо иных специальных требований к должности не предусмотрено. В процессе исследования федерального законодательства не обнаружены ключевые специальные требования к практическому стажу работы для кандидата на должность рядового следователя. Нет процедуры получения такого стажа для данной должности, то есть отсутствует связь между получением высшего образования уровня бакалавра и магистра со стажировкой и практической деятельностью кандидата.

Такая юридическая картина приводит к выводу, что в России вообще нет современного эффективного взаимосвязанного и отлаженного системного подхода относительно установления квалификационных требований для должностей следователя и отсутствует порядок подготовки кандидатов на эти должности. Недолжным образом сформированные квалификационные требования, отсутствие порядка получения практического опыта, десистематизация практики и образования в отношении должности следователя являются ключевым моментом, отражающим низкое качество российского предварительного следствия.

А, как известно, во всем мире эффективно и качественно расследовать преступные деяния могут только лишь профессионально подготовленные следователи, которые за годы практики научились грамотно мыслить и имеют достаточную морально-идеологическую основу.

Особенности отдельных идей и подходов совершенствования системы квалификационных требований к должности следователя

Необходимость совершенствования системы подготовки кадров для следственных органов и повышения квалификационных требований к должности следователя отмечается в юридических кругах (Ogorodov, 2018:26).

Довольно интересным представляется мнение заведующего кафедрой криминалистики Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), д.ю.н, профессора Е.П. Ищенко. В своих научных работах он верно отмечает, что следователям, которые не имеют высшего юридического образования и практического стажа работы по специальности в интервале от пяти до семи лет, сложно вырабатывать следственные тактики, способы, чтобы осуществлять эффективное, качественное и быстрое производство предварительного следствия расследованию преступных деяний (Ishchenko,

2017:120—134). Установление такого практического стажа по специальности позволило бы:

— во-первых, достичь более высокого уровня качества всего следствия, так как расследовать преступления будут должностные лица, имеющие довольно приличный стаж работы,

— во-вторых, создать условия получения практического опыта для лиц, которые планируют стать следователями,

— в-третьих, полностью приспособить лицо к работе в должности следователя путем сформированного умения (мышления) выработать следственные версии, вести ход расследования,

— в-четвертых, повысить морально-идеологическую основу такого должностного лица и его персональную ответственность за принятие процессуальных решений и прочее.

Для внедрения такого предложения потребуется пересмотреть большой массив норм федерального законодательства и ведомственных нормативных актов в области организации и деятельности органов предварительного следствия. В СК России довольно большое количество начальных должностей следователя. На эти должности назначаются выпускники высших учебных заведений. Если в рамках законодательства будет установлен стаж работы от пяти до семи лет, то возникает проблема с его получением.

Где и на каких должностях такой опыт будут получать кандидаты на должность следователя?

Пять–семь лет является довольно большим временным периодом для приобретения такого практического стажа. Такое требование к стажу характерно для прокуроров, судей и руководителей следственных подразделений. Зачем готовить такое большое количество должностных лиц с таким стажем на должности следователя? Предлагаемая идея правоведа является, бесспорно, полезной и правильной.

Должность следователя является очень важной, и штат следователей должен быть небольшим и подготовленным. Для этого логичнее было бы применить на практике в следственных органах модель организации органов прокуратуры. Так, должность следователя, которая критикуется за то, что в отношении к претендентам на нее отсутствует требование об опыте работы, нет процессуальной самостоятельности и независимости должностного лица, имеет место низкий уровень подготовки и прочее, следует изменить на должность помощника следователя. А должность руководителя следственного органа, функции и полномочия которого действительно отражают сущность работы следователя, переименовать в должность следователя. При таком подходе на практике реально реализовать предложение по повышению квалификационных требований к практическому стажу для кандидатов на должность следователя. В результате произойдет повышение эффективности, качества и уровня организации предварительного следствия, усиление ответственности таких должностных лиц, ужесточение порядка и требований к должностям следователя и т. п.

Другой ученый в области права, С.Д. Игнатов, также придерживается идеи внести изменения в законодательство с целью повышения квалификационных требований для кандидатов на должность следователя (Ignatov, 2014:

133—141). Изменения должны затронуть положение о высшем образовании для претендентов на должность следователя. Для должностей следователя следует установить обязательное наличие только высшего юридического образования. С таким подходом трудно полностью согласиться, так как в процессе расследования преступных деяний следователю часто необходимо обладать иной специализацией для его раскрытия. Например, юридическое образование никак не поможет следователю в расследовании преступлений, связанных с экономической, медицинской сферами, сферой высоких технологий. В этом ключе является положительной норма, которая предусматривает для должности следователя иное высшее образование. Но, несмотря на это, высказанное правоведом предложение не лишено смысла и, как и закреплённая норма о требовании к образованию для кандидатов на должность следователя, требует доработки и уточнения.

По нашему мнению, было бы логичным установить правовую норму, в которой закреплёлось бы требование о наличии обязательного высшего юридического образования для любой должности следователя. Если такая должность следователя связана с расследованием общих и неспециализированных преступных деяний, то в требованиях к ней должно быть указано наличие только высшего юридического образования. А вот если должность следователя предусматривает расследование преступлений в области медицины, высоких технологий, экономической деятельности, то наличие высшего образования или дополнительной курсовой подготовки по этим направлениям должно быть обязательным. При этом высшее юридическое образование является основным, а остальные — дополнительными. Без первостепенного высшего юридического образования кандидат не сможет понимать сущность законов, уметь их толковать и применять в следственной практике.

Кроме упоминания в научных исследованиях образовательного элемента должности следователя, правоведом предлагается установление практического стажа для кандидата на должность следователя, который должен составлять не менее года, и возрастного ценза в 23 года. Получение обязательного опыта следственной работы для кандидата, как отмечается автором, возможно в двух вариантах. В первом случае кандидата прикрепляют к одному из следователей следственного подразделения СК России в качестве стажера. Чтобы узаконить такой практический опыт, следует ввести должность стажера в штатное расписание следственных подразделений. Во втором случае получение опыта в области следствия возможно через действующую в штатном расписании должность помощника следователя.

Если говорить об установлении в законодательстве конкретного возрастного ценза для следователей, то это предложение является абсолютно верным. Возрастной ценз, определённый правоведом в 23 года, для следователя довольно незначительный и не приведет к каким-либо положительным моментам в следствии, но при этом должен стать научной основой для новых исследований при том, что все-таки для должности следователя следует разработать и установить таковой.

Предложенные правоведом новеллы имеют как положительные, так и отрицательные стороны. Так, реализовать и прировнять практический опыт

в качестве стажера следователя к должности помощника следователя не представляется возможным. В этом моменте как раз нет практического смысла. Лицо на должности помощника следователя обладает более высоким практическим опытом, чем стажер. Помощник следователя — это должность, которая уже внесена в ведомственные нормативные правовые акты и предусматривает присвоение специального звания, обязанностей и прочее. А вот стажер — это то лицо, которое проходит испытательный срок на должности следователя, которую он займет в случае успешного прохождения.

Полагаем, что, исходя из предложенного автором, логичнее было прописать в федеральном законодательстве следующий порядок прохождения определенных этапов кандидатом на должность следователя: сначала в обязательном порядке кандидат замещает должность помощника следователя не менее года, а затем после изъявления желания стать следователем становится стажером по должности следователя и прикрепляется к конкретному следователю по специальности на срок не менее шести месяцев или года. При таком подходе повысится качество и эффективность предварительного следствия за счет того, что его производство будут осуществлять уже следователи, имеющие практический опыт следственной работы. Вместе с этим повысится ответственность следователей за принятые процессуальные решения, снизится уровень нарушения прав и свобод человека и гражданина в уголовном судопроизводстве со стороны следователей и прочее.

О необходимости создания условий получения практического опыта для следователей высказываются различные филиалы Академии СК России. Представители кафедры уголовного права факультета повышения квалификации академии СК России в городе на Ростове-на-Дону А.М. Климанов и Д.В. Пешков указывают на тот негативный факт, что *de jure* (формально) кандидаты на должность следователя, окончившие высшие учебные заведения по специальности юриспруденция, соответствуют всем действующим квалификационным требованиям к таким должностям, которые установлены федеральным законодательством в области организации органов предварительного следствия (Klimanov & Peshkov, 2017). Они обладают высшим образованием, соответствующим возрастом, прошли все специальные проверки, приняты на службу, им выдано служебное удостоверение следователя и т. д. *De facto* (в реальности) большинство правоведов, понимающих сущность следственной работы, к которым мы также относимся, утверждают, что такое должностное лицо не является в полном профессиональном смысле слова следователем.

Следователь — это профессиональное, квалифицированное и опытное должностное лицо. Для того чтобы подготовить такое должностное лицо, необходимо несколько лет. В течение этого периода кандидат на должность следователя будет получать практический опыт следственной работы, а именно: должен произвести расследование определенного числа преступных деяний, преодолеть трудные профессиональные и жизненные преграды, уметь разрешать проблемы, которые первоначально казались тупиковыми, научиться вырабатывать следственные версии и тактики, быстро принимать важные процессуальные решения и т. д. Без практического опыта и организации порядка получения такового сформировать профессиональный штат следователей не представляется возможным.

Разрешить проблему с получением квалифицированного практического опыта, по мнению представителей академии и некоторых других ученых (Vinogradova, 2011:24), можно через систему дополнительного профессионального образования в институтах повышения квалификации академии СК России. Такой концептуальный подход с применением системы дополнительного профессионального образования, как указывают ее сторонники, имеет ряд особенностей. Сформированная система дополнительной подготовки должна быть полностью взаимосвязана с высшим образованием, а не находиться в свободном плавании (Abakumova & Kagermazova, 2008:327). Выстраивается порядок подготовки кандидата на должность следователя.

Сначала подготовка происходит в отношении студента / кадета в высшем учебном заведении — подготовка слушателя. После кандидат, поступивший на службу в СК России, проходит первичную подготовку по специальности в системе дополнительного профессионального образования, где он набирается опыта в области последних изменений законодательства, следственной и судебной практики, следственных тактик и методик и т. д. Система дополнительного профессионального образования в процессе подготовки кандидатов должна находиться во взаимосвязи со следственными подразделениями. В данном случае речь идет о том, что в состав аттестационной комиссии необходимо включить преподавателей из института повышения квалификации академии. Следует заранее подготавливать следственные кадры для различных должностей, составляющие кадровый резерв. При обсуждении какой-либо должности кандидат должен быть уже готовым к выполнению обязанностей.

Действительно, применение такого способа, как одного из вариантов решения этой проблемы, на практике позволит создать отлаженную процедуру подготовки кандидатов на должность следователя. Подготовленные следователи в этой среде, несомненно, смогут повысить эффективность и качество производства предварительного следствия. Мы согласны с авторами, что это разрешает только часть проблем повышения квалификации следователя. Однако применение такого подхода без учета всей системы, образующей основу этой области, не приведет к должному успеху. В России действует отчасти европейская система подготовки граждан — бакалавриат, магистратура. Так, в соответствии с Федеральным законом «О Следственном комитете Российской Федерации» если лицо окончило бакалавриат, то оно может поступить на службу и получить дополнительное профессиональное образование вместе со стажировкой. В данной цепочке все довольно понятно и логично.

Другая картина, если кандидат окончил бакалавриат и магистратуру, потратив шесть лет на обучение. После он проходит стажировку и подготовку в системе дополнительного профессионального образования. В этом случае получается, что государственная система сама себе противоречит: создав магистратуру, она не доверяет ей и внедряет систему дополнительного образования, тем самым установив прохождение одного и того же этапа подготовки на начальном этапе службы два раза. Решить эту проблему возможно, либо вернув в систему образования специалитет и отменив бакалавриат и магистратуру, либо пересмотрев полностью магистратуру и внедрив в нее стажировку и систему дополнительного профессионального образования для молодых начинающих

следователей в ведомственных высших учебных заведениях. При таком подходе магистратура будет не просто этапом обучения, с которым никто не считается, а станет реальной базой для подготовки следователей в ведомственных учебных организациях.

В научной среде существуют и другие мнения правоведов, касающиеся повышения квалификации следователя, — через личность следователя. Научные труды многих правоведов (Л.Г. Татьяна (Tatyana, 2015:137—140), В.А. Ефанова (Efanova, 2015:172—177), Ю.Л. Дяблова (Dyablova, 2017:75—81) и др.) посвящены именно этому подходу. Ключевым моментом в этом подходе являются различные стороны личности на должности следователя, к которым относят:

– идеологическую основу, включающую в себя высокий уровень общей и специальной культуры, наличие чувства долга, повышенную ответственность и др.;

– нравственные и психофизиологические основы, включающие в себя эмоциональную сдержанность, тактичное поведение. Специальной основой выступает правовая психологическая направленность;

– профессиональную основу, включающую в себя должное обладание знаниями и умениями в области юриспруденции при применении федерального законодательства, и т. д.

Особым фактором, который выделяют сторонники этого подхода и с которым трудно не согласиться, является должное воспитание кандидата на должность следователя. Еще в середине XX в. в СССР правоведы отмечали, что необходимо повышение моральной ответственности для кандидата на должность следователя, при которой личность, воспитанная должным образом, будет принимать только правильные процессуальные решения, основанные на законности (Zaytsev et al., 1974:26; Koni, 1967:39). Правильное воспитание кандидата на должность следователя должно породить в нем правовой психологический признак, благодаря которому у него появится глубокий интерес к профессии следователя и осознание, что выполняемые им функции имеют большое государственное значение.

Безусловно, такие научные положения имеют большое значение и должны учитываться при принятии на службу. Довольно трудным представляется процесс определения таких качеств у кандидата на должность следователя. При этом сами сторонники данного подхода умалчивают о такой процедуре. Видимо, имеется в виду, что определять такие качества кандидата для соответствия их квалификационным требованиям к должности следователя должны на стадии принятия документов и прохождения стажировки. Но на практике действующая процедура определения таких качеств у кандидатов довольно неэффективна. В результате в кадровый состав следователей проникает много личностей, которые вообще не имеют представления о следственной деятельности и сущности. На этот момент указывают сторонники иных подходов, о которых мы говорили ранее.

Поэтому важно усовершенствовать саму процедуру проверки кандидата на должность следователя, чтобы было возможным выявить необходимые качества личности. Без должной и, как нам представляется, длительной проверочной (не менее года и более) процедуры сделать это будет невозможно.

Из этого следует, что первостепенным моментом в квалификационных требованиях к должности следователя является установление практического стажа, который приобретает строго после бакалавриата через должность помощника следователя, далее — через стажировку на должности следователя и взаимосвязанную с практикой систему дополнительного профессионального образования или магистратуры. Как раз в этот период можно выявить качества личности.

Зарубежный опыт формирования системы квалификационных требований к начальной должности следователя

В научном исследовании квалификационных требований к должности следователя интересным представляется проанализировать опыт наших зарубежных коллег.

В Республике Беларусь (далее — РБ) квалификационные требования к должности следователя особо ничем не отличаются от российских. В Указе Президента РБ № 518⁵ и Законе «О Следственном комитете Республики Беларусь»⁶ нет закрепленной нормы, требующей наличия обязательного практического стажа для должности следователя. Общие квалификационные требования, так же как и в России, связаны со здоровьем, гражданством, отсутствием судимости и прочим.

Для кандидатов на должность следователя есть ограничения, связанные с возрастным цензом. Так, требования устанавливают, что кандидат на должность следователя не должен быть старше 25 лет. По нашему мнению, установление такого ограничения является бессмысленным в силу того, что в РБ отсутствует полностью сформированная процедура подготовки следственных кадров, а именно путь кандидата от студента до следователя. Чтобы следствие было эффективным и качественным, необходима длительная подготовка следственных кадров, которая составляет 3–5 лет практического стажа.

Тогда получается, что законодатель в РБ сам себе ограничил кадровое снабжение профессиональными следователями. Представляется логичным, что к 25 годам кандидат только наберётся опыта и может стать следователем, но никак не раньше. В России, как мы отмечали, кандидат может в 25 лет со стажем в три года стать руководителем следственного подразделения, чьи функции в гораздо большей мере соответствуют должности следователя, нежели сама государственная должность следователя, каковой она является на сегодняшний момент. В РБ организация ключевой сущности должности следователя и начальника следственного подразделения в соответствии со статьями 35 и 36 Уголовно-процессуального кодекса РБ⁷ ничем не отличается от организации таковой в России.

⁵ Указ Президента Республики Беларусь 10 ноября 2011 г. № 518 «Вопросы Следственного комитета Республики Беларусь» // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2011. № 128. 1/13068.

⁶ Закон Республики Беларусь 13 июля 2012 г. № 403-3 «О Следственном комитете Республики Беларусь» // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2012. № 2/1955.

⁷ Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь 16 июля 1999 г. № 295-3 (в ред. от 18 июля 2017 г.) // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2000. № 47. 2/152.

Исходя из анализа законодательства РБ в области установления квалификационных требований, можно сказать, что этой стране присущи те же проблемы, что и России.

Совершенно иначе дело обстоит в Украине и Казахстане. Законодательство в этих странах наряду со всеми требованиями устанавливает обязательный практический стаж в качестве квалификационного требования к должности следователя.

Говоря об Украине, стоит отметить, что в этой стране кадровый состав следователей постепенно переходит в новый, созданный в 2016 г., государственный орган — Государственное бюро расследований Украины⁸. Такой следственный орган отчасти напоминает СК России или Беларуси. Правовые нормы о создании такого следственного органа заложены в самой Конституции Украины⁹. Каким он будет в дальнейшем, пока неизвестно.

В процессе анализа закона о Государственном бюро расследований Украины было выявлено, что квалификационные требования устанавливаются только в отношении директоров и их заместителей. Для должности следователя в самом законе не предусмотрено четких и ясных квалификационных требований. В законе закреплено лишь, что директор бюро сам устанавливает такие требования. Исследование официального сайта позволило сделать вывод о том, что практический стаж действительно предъявляется в качестве требования к кандидатам на должность следователя. По-видимому, он должен составлять не менее года. Если стаж отсутствует, то кандидат проходит стажировку в течение определенного периода.

Интересным и правильным, как мы полагаем, является подход в направлении ужесточения квалификационных требований к образованию. У кандидата на должность следователя должно быть обязательно высшее юридическое образование уровня магистратуры или специалитета. Это требование дает возможность повысить эффективность и качество предварительного следствия за счет более профессиональных следственных кадров.

Не отличались от российских и квалификационные требования к должности следователя в Республике Казахстан в период деятельности Государственного Следственного комитета (далее — ГСК). Отсутствовали требования к наличию практического стажа и четко регламентированный порядок его получения. Сам единый и зависимый от Президента орган предварительного следствия просуществовал недолго, лишь с 1995 по 1997 г., из-за недолжным образом проведенной руководством государства реформы. Возможно, если бы ГСК Казахстана не был ликвидирован, то мы бы увидели более развитую систему квалификационных требований к должности следователя.

Еще одной страной, в которой есть единый Следственный комитет, выступает Армения. В общем представлении система квалификационных требований

⁸ Закон Украины «О Государственном бюро расследований» // Ведомости Верховной Рады (ВВР). 2016. № 6. Ст. 55.

⁹ Пункт 9 раздела 15 Конституции Украины. Режим доступа: <https://www.president.gov.ua/documents/constitution> (дата обращения: 21.08. 2020).

к должности следователя здесь практически ничем не отличается от остальных стран, однако по некоторым позициям наблюдаются существенные отличия¹⁰. Так, к кандидату в качестве требования предъявляется обязательное прохождение военной службы. Чтобы стать следователем, кандидат должен пройти квалификационную комиссию, которая оценивает его способности. Далее, если комиссия дает положительное заключение, кандидата направляют на обучение в Академию юстиции, где он сдает квалификационный экзамен. Освобождаются от сдачи кандидаты, которые имеют стаж работы не менее трех лет (если не прошло 5 лет), ученую степень с юридическим стажем в пять лет. Положительным является тот факт, что кандидата отправляют пройти программу подготовки, а не сразу на стажировку, как в других странах.

По нашему мнению, представленная ситуация в дружественных странах вызвана тем, что они когда-то были частью огромной страны. Сейчас они граничат с Россией, главной страной — преемницей СССР, и практически полностью копируют ее общую систему с негативными моментами, что говорит об отсутствии своего научного потенциала. Для повышения эффективности и качества следствия необходимо на научной основе разработать нормальную систему квалификационных требований к должности следователя с четкой ее регламентацией, что представляется вполне логичным и достижимым.

Кроме ближних стран, также стоит обратиться к опыту западноевропейских стран в этой области. Самой близкой по системе права страной к России является Федеративная Республика Германия. В Германии функция предварительного следствия возложена на органы прокуратуры¹¹ и Федеральное ведомство уголовной полиции (Sazin, 2011:340—344). Анализ различных официальных правовых источников и официальных сайтов в Германии позволил сделать вывод о том, что там имеется более развитая система специальных квалификационных требований к должности следователя, которая именуется как должность детектива. Прослеживается ясная и четкая система подготовки следственных кадров¹². Большое внимание уделяется обучению, практическому стажу и стажировке. Чтобы стать детективом, необходимо отучиться и получить степень бакалавра. Особой отличительной положительной чертой является то, что кандидат должен иметь соответствующий, не ниже установленного, балл (оценку) за обучение. Такой подход необходимо применять и в России, где кандидатов необходимо отбирать с оценками только «хорошо» и «отлично», с учетом того, что оценок «хорошо» должно быть не более 50 %.

После обучения такой кандидат назначается на должность, но на этом все не заканчивается. Чтобы стать полноценным детективом, такое лицо должно пройти обязательную стажировку в течение трех лет. В России стажировка

¹⁰ Закон Республики Армения от 10 июня 2014 года № ЗР-25 «О Следственном комитете Республики Армения» // Официальные ведомости Республики Армения. 2014. 18 июня. № 31 (1044). Ст. 469.

¹¹ Gerichtsverfassungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Mai 1975 (BGBl. I S. 1077), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 10. Juli 2020 (BGBl. I S. 1648) geändert worden ist.

¹² Duales Studium zur Kriminalkommissarin. Zum Kriminalkommissar. Available at: <https://www.bka.de/DE/KarriereBeruf/Stellenangebote/Beamte/KriminalkommissarinKriminalkommissar/kka.html> [Accessed 25th August 2020].

составляет не более шести месяцев, что говорит о недостатке времени для подготовки следователей.

В Германии трехлетний период обучения, который кажется коротким для должности детектива, компенсируется стажировкой в течение трех лет. В результате на подготовку высококвалифицированного детектива уходит шесть лет, что равносильно в России бакалавриату и магистратуре. Во время стажировки к начинающему сотруднику прикрепляется коллега, курирующий его на протяжении всего срока. Такая организация говорит о том, что в Германии довольно сильно развит институт наставничества.

Что касается должности прокурора в Германии, то к кандидатам на эти должности квалификационные требования еще выше.

В целом в Германии система квалификационных требований для начальной должности, на которую возложена функция предварительного следствия, является довольно эффективной, что подтверждают научное исследование и практика. России следует перенять некоторый опыт Германии в части увеличения срока стажировки кандидатов.

Не менее положительный опыт имеется в странах Скандинавии — Норвегии и Швеции. В Норвегии, как и в большинстве стран мира, для должности следователя устанавливается требование о наличии обязательного образования в полицейской академии. Наряду с этим предъявляются и требования к практическому стажу работы. Так, по официальной информации, для должности следователя, например по специализации расследование преступлений в области половой неприкосновенности, требуется не менее двух лет работы в органах полиции¹³, видимо, в качестве простого полицейского. Еще одной важной деталью является то, что кандидат шесть месяцев из двух лет должен выполнять полицейские функции по противодействию преступности именно в сфере половой неприкосновенности. Можно предположить, что такая должность может быть связана с выполнением функции дознания, как в России. В Швеции квалификационным требованием к должности следователя в региональных отделениях также является практический стаж работы¹⁴.

Заключение

Таким образом, исходя из анализа зарубежного опыта в этой области, можно заключить следующее:

— общие квалификационные требования к должности следователя в европейских, скандинавских странах и России особо ничем не отличаются между собой;

— в Белоруссии, Казахстане и России требования к практическому стажу к начальной должности следователя не предъявляются, что является негативным моментом в организации органов предварительного следствия;

¹³ Официальный сайт полиции Норвегии. Режим доступа: <https://www.politiet.no> (дата обращения: 26.08.2020).

¹⁴ Официальный сайт полиции Швеции. Режим доступа: <https://polisen.se> (дата обращения: 26.08.2020).

— в Белоруссии, Казахстане и России в силу отсутствия требования об обязательном стаже к должности следователя нет взаимосвязанной системы подготовки профессиональных следственных кадров, при которой начинающий следователь может с самого начала эффективно и качественно выполнять предварительное следствие;

— в Германии, Украине и скандинавских странах устанавливается в качестве обязательного квалификационного требования к начальной должности следователя практический стаж работы, который варьируется от одного года до трех лет;

— в Германии действует ясная и четкая система квалификационных требований. Этапы подготовки следственных кадров взаимосвязаны между собой. Методы приобретения практического стажа уже заложены в системе подготовки следственных кадров;

— в Норвегии и Швеции также на практике установлена взаимосвязанная система подготовки следственных кадров;

— в европейских и скандинавских странах для качественного отбора кандидатов устанавливается такое квалификационное требование, как положительные оценки в процессе обучения и иной подготовки.

С учетом проведенного научного исследования можно сформировать рекомендации, которые составят элементы концепции в части этой организации правового статуса должностных лиц СК России. Напомним, что по действующему законодательству России для того, чтобы стать следователем, необходимо получить высшее юридическое образование и иметь степень бакалавра. Так как это квалификационное требование довольно расплывчатое и низкое с учётом зарубежного опыта, то необходимы его уточнения и изменения. Степени бакалавра, конечно, недостаточно для подготовки профессиональных следственных кадров, в силу чего в федеральном законодательстве об организации СК России следует дополнить норму, в которой будет закрепляться требование об обязательном наличии степени бакалавра и магистра. В добавление к этому требуется полностью запретить на законодательном уровне назначение на должность следователя лиц, которые не освоили программу подготовки бакалавра и магистра.

В целях более надежной и качественной подготовки следственных кадров важно установить требование о наличии только оценок «хорошо» (не более 50 %) и «отлично» в оценочной ведомости / приложении к диплому бакалавра и магистра. Студенты, которые хотят стать следователями, должны осознавать всю сущность своей будущей профессии и полностью отдаваться процессу обучения. Установление требования об обязательном наличии у кандидата степени магистра с положительной оценочной ведомостью повысит уровень подготовки следственных кадров и снизит процент отправки молодых следователей на переподготовку из-за их непрофессионализма.

Что касается практического стажа, то он должен составлять не менее трех лет, а процедура его получения должна быть регламентирована. Во-первых, государство должно быть заинтересовано в подготовке высококвалифицированных следственных кадров и заранее готовить места для таких служащих, а во-вторых, необходимо сделать единым взаимосвязанным процессом подготовку бакалавра и магистра.

Многие праведы могут отметить, что подготовке таких кадров уделен слишком большой период времени. Да, действительно, это так! Чтобы подготовить профессионального и высококвалифицированного сотрудника, необходимо потратить не один и не четыре года, а больше. Возьмем, например, врача, на подготовку которого уходит от семи до восьми лет.

Можно сказать, что профессия врача не имеет ничего схожего с профессией следователя, и там нужна особая подготовка. Но от действий следователя, как и от врача, зависит жизнь человека. Если следователь плохо подготовлен, как это часто бывает сегодня, то он может так расследовать уголовное дело, что невиновный человек отправится в тюрьму или колонию на определенный срок¹⁵, который иногда может быть существенным. А если невиновный получит пожизненный срок или будет приговорен к смертной казни, как не раз бывало в судебной и следственной практике в истории России¹⁶? Несомненно, подготовке следователей нужно уделять должное внимание, не меньшее, чем подготовке врача.

Далее, программа магистратуры должна быть четко регламентирована, составлять два года подготовки и включать процесс освоения более специализированных дисциплин и практическую подготовку кандидата на должность помощника следователя с присвоением специального звания младшего лейтенанта юстиции. Одновременно кандидат в течение двух лет получает практический стаж работы, необходимый для должности следователя, и осваивает теоретическую часть в магистратуре. То есть магистратура должна иметь теоретическую и практическую направленность. Кандидат не должен сам искать место работы помощника следователя и подстраиваться под обучение в академии СК России. Руководством СК России должна быть разработана единая программа магистратуры, где кандидат в процессе ее освоения, например, должен практиковаться три дня в неделю, и два дня отводится на теоретическую часть. Примерно такая же система, как видно из научного исследования, действует в зарубежных странах.

После прохождения обучения в академии СК России помощник следователя / кандидат переводится предварительно на должность следователя в качестве стажера на один год с присвоением специального звания лейтенанта юстиции и с прикреплением к нему следователя-наставника, который имеет опыт работы не менее 5—7 лет. После прохождения стажировки наставник дает свое заключение в аттестационную комиссию, и стажер сдает экзамен. Если стажер получит положительное заключение и сдаст экзамен не ниже оценки «хорошо», он должен стать полноценным начинающим следователем.

¹⁵ Судебный департамент при Верховном Суде Российской Федерации. Обзор судебной статистики о деятельности федеральных судов общей юрисдикции и мировых судей в 2018 году. Режим доступа: http://www.cdep.ru/userimages/sudebnaya_statistika/2019/Obzor_sudebnoy_statistiki_2018.pdf (дата обращения: 26.08. 2020).

¹⁶ Например, см.: Максим Агарков. Судебные ошибки // ЭКСПЕРТ, 21.12.2009. Режим доступа: https://expert.ru/expert/2009/49/sudebnue_oshibki/ (дата обращения: 04.08. 2020); Анна Токарева. Сколько стоит судебная ошибка // Коммерсантъ Власть, 04.11.2013. Режим доступа: <https://www.kommersant.ru/doc/2334135> (дата обращения: 04.08. 2020); Обобщение судебной практики о применении судами института реабилитации в уголовном процессе. Режим доступа: <https://pravo163.ru/obobshhenie-oprimenenii-sudami-institutata-reabilitacii-v-ugolovnom-processe/> (дата обращения: 04.08. 2020); и др.

Как видно, процесс освоения теоретической и практической частей взаимосвязан. При этом получение профессионального образования в рамках теоретической части является главной основой, которая позволит развивать знания и умения на стадии практики (Kurnysheva & Rodionova, 2016:138—150).

Есть некоторые уточнения в этой процедуре, если допустить, что будет действовать система специалитета подготовки следственных кадров. Квалификационные требования, предложенные нами, не изменятся. Меняется процедура освоения теоретической и практической части. Специалитет составляет пять лет. Для подготовки следственных кадров из этих пяти лет четыре года должно отводиться на теоретическую часть, а последний год кандидат служит на должности помощника следователя и в конце сдает экзамен в академии. Далее он переводится в статус стажера на должность следователя сроком на два года с приставлением также наставника и сдачей в конце экзамена. Каких-либо серьезных отличий в системе подготовки быть не должно.

Стоит оговориться, что разработанная нами выше процедура достижения необходимых квалификационных требований к должности следователя относится к ведомственной подготовке. Здесь же возникает вопрос о достижении выдвинутых нами требований к должности следователя в гражданском высшем учебном заведении кандидатом, который подготовлен для гражданской сферы и не заточен, как сегодня отмечается правоведами, для следственной деятельности (Kharatishvili, 2017:51—53). Процедура особо ничем не должна отличаться. Основной упор делается опять же на магистратуру или последний год специалитета. Кафедра и само учебное заведение должны заключить договоры подготовки следственных кадров с СК России, чтобы юристы общего профиля в конце магистратуры были подготовлены к следственной деятельности. Такой подход лишит выпуск юридических кадров, которые никому не нужны, а учебные заведения наконец-то будут нести ответственность за своих выпускников.

Итак, разработанные и предложенные на основе научного исследования элементы концепции в области установления квалификационных требований к должности следователя: 1) повысят сами квалификационные требования; 2) будут способствовать формированию качественных и высококвалифицированных следственных кадров за счет взаимосвязанных между собой этапов подготовки, начиная от бакалавра и заканчивая стажировкой; 3) устроят действующие требования, при которых довольно простой является процедура вступления в должность следователя, а именно окончание бакалавриата; 4) установят требование к обязательному наличию практического стажа не менее трех лет к должности начального следователя и точную процедуру его получения, в итоге общество получит высококвалифицированного следователя; 5) установят повышенные требования к освоению теоретической части программы подготовки следователей; 6) приведут к повышению активности самих обучающихся; 7) создадут условия, при которых будет происходить отсеивание несоответствующих кандидатов; 8) повысят эффективность и качество самого предварительного следствия в целях охраны и соблюдения прав и свобод человека и гражданина.

References / Список литературы

- Abakumova, I.V. & Kagermazova, L.Cz. (2008) *Meaning of communication in educational process: theory and technology of the directed translation of senses in training*. Moscow, Nalchik Publ. (in Russian).
Абакумова И.В., Кагермазова Л.Ц. Смысловые коммуникации в учебном процессе: теория и технологии направленной трансляции смыслов в обучении. М.: Нальчик, 2008. 327 с.
- Azarov, V.A. (2008) Investigator as a participant in the modern criminal process in Russia. *Vestnik of OSU*. (3), 7—10. (in Russian).
Азаров В.А. Следователь как участник современного уголовного процесса России // Вестник ОГУ. 2008. № 3. С. 7—10.
- Bagmet, A.M. (2014) Investigator — judge at the pre-trial stage. *Crime investigation: problems and solutions*. (4). 337—339. (in Russian).
Багмет А.М. Следователь — судья на досудебной стадии // Расследование преступлений: проблемы и пути их решения. Вып. 4. 2014. С. 337—339.
- Dyablova, Yu.L. (2017) Identity of the investigator and his professional thinking as an object of forensic investigation. *Izvestiya Tula State University. Economic and legal Sciences*. (2—2). 75—81. (in Russian).
Дяблова Ю.Л. Личность следователя и его профессиональное мышление как объект криминалистического изучения // Известия ТулГУ. Экономические и юридические науки. 2017. № 2—2. С. 75—81.
- Gavrilov, V.Ya. (2002) On some problematic issues of criminal procedure legislation of the Russian Federation. *Legal consultant*. (1). 9—14. (in Russian).
Гаврилов В.Я. О некоторых проблемных вопросах уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации // Юридический консультант. 2002. № 1. С. 4—13.
- Efanova, V.A. (2015) L.D. Kokorev's Ideas about the moral principles of criminal procedure activity of the Prosecutor and not only. *Judicial power and criminal procedure*. (4), 172—177. (in Russian).
Ефанова В.А. Идеи Л.Д. Кокорева о нравственных началах уголовно-процессуальной деятельности прокурора и не только // Судебная власть и уголовный процесс. 2015. № 4. С. 172—177.
- Ignatov, S.D. (2014) Requirements for the investigator's identity. *Bulletin of the Udmurt University. Series "Economics and law"*. (2), 133—141. (in Russian).
Игнатов С.Д. Требования, предъявляемые к личности следователя // Вестник Удмуртского университета. Серия «Экономика и право». 2014. № 2. С. 133—141.
- Ishchenko, E.P. (2017) On the problem of quality of preliminary investigation of crimes. *Courier of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)*. 5 (33), 120—134. (in Russian).
Ищенко Е.П. К проблеме качества предварительного расследования преступлений // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2017. № 5 (33). С. 120—134.
- Kharatishvili, A.G. (2017) On the question of formation of professional qualities of the investigator in the context of the establishment of the St. Petersburg Academy of the Investigative Committee of the Russian Federation. *Pravda i zakon*. (1), 51—53. (in Russian).
Харатишвили А.Г. К вопросу о формировании профессиональных качеств следователя в контексте создания Санкт-Петербургской академии Следственного комитета Российской Федерации // Правда и закон. 2017. № 1. С. 51—53.
- Klimanov, A.M. & Peshkov, D.V. (2017) Some issues of organization of additional professional education in the system of the Investigative Committee of the Russian Federation. *Society: sociology, psychology, pedagogy*. (9), 74—79. (in Russian).
Климанов А.М., Пешков Д.В. Некоторые вопросы организации дополнительного профессионального образования в системе Следственного комитета Российской Федерации // Общество: социология, психология, педагогика. 2017. № 9. С. 74—79.

- Koni, A.F. (1967) *Collected Works in eight volumes*. Т. 4. Bazanov, V.G., Smirnov, L.N., Chukovsky, K.I. (eds.). Moscow, Yuridicheskaya literatura Publ. (in Russian).
Кони А.Ф. Собрание сочинений в восьми томах. Том 4. Под общей редакцией В.Г. Базанова, Л.Н. Смирнова, К.И. Чуковского. М.: Юридическая литература, 1967. 528 с.
- Kurnysheva, E.A. & Rodionova, Y.V. (2016) Formation of Vocational Education for Investigators of the Investigative Committee of the Russian Federation in the Volga Federal District. *Lex Russica*. 4 (113), 138—150. DOI: <https://doi.org/10.17803/1729-5920.2016.113.4.138-150> (in Russian).
Курнышева Е.А., Родионова Ю.В. Становление системы профессионального образования следователей Следственного комитета Российской Федерации в Приволжском федеральном округе // *Lex Russica*. 2016. № 4 (113). С. 138—150. DOI: <https://doi.org/10.17803/1729-5920.2016.113.4.138-150>
- Lyublinskiy, P.I. (1915) *Systematic commentary on the Statute of criminal proceedings*. Gernet M. (ed.). Moscow, Printing house A.I. Mamontov. (in Russian).
Люблинский П.И. Систематический комментарий к Уставу уголовного судопроизводства / Под ред. М. Гернета. М.: Типография А. И. Мамонтова и К, 1915. 613 с.
- Muravyov, N.V. (1886) *On the judicial service*. Moscow, Printing house A.I. Mamontov and K. (in Russian).
Муравьев Н.В. О судебной службе. М.: Типография А. И. Мамонтова и К°, 1886. 58 с.
- Ogorodov, A.N. (2018) *Procedural independence of the investigator in criminal proceedings*. Abstract diss ... cand. legal of sciences. Moscow, University of the Prosecutor's Office of the Russian Federation. (in Russian).
Огородов А.Н. Процессуальная самостоятельность следователя в уголовном судопроизводстве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М.: Университет прокуратуры Российской Федерации, 2018. 26 с.
- Rossinskiy, S.B. (2017) On the concept of training professional investigative personnel for modern Russia. In: Bastrykin, A.I. (ed.). *Investigation in Russia: three centuries in search of a concept: Materials of the scientific and practical Conf*. Moscow, Moscow Academy of the Investigative Committee of the Russia. Pp. 271—273. (in Russian).
Россинский С.Б. О концепции подготовки профессиональных следственных кадров для современной России // Следствие в России: три века в поисках концепции: материалы науч.-практ. конф. / под общ. ред. А.И. Бастрыкина. М.: Московская академия СК России, 2017. С. 271—273.
- Sazin, S.T. (2011) Investigative agencies of the USA, Germany and the Russian Federation as the main tool for protecting human and civil rights and freedoms. *Scientific Notes of Orel State University. Series: Humanities and social Sciences*. (6), 340—344. (in Russian).
Сазин С.Т. Следственные органы США, Германии и Российской Федерации как основной инструмент защиты прав и свобод человека и гражданина // Ученые записки ОГУ. Серия: Гуманитарные и социальные науки. 2011. № 6. С. 340—344.
- Shishkina, E.V. (2018) Professional training of investigators in the conditions of modern educational policy. *Russian law: education, practice, science*. (2), 88—94. (in Russian).
Шишкина Е.В. Профессиональная подготовка следователей в условиях современной образовательной политики // Российское право: образование, практика, наука. 2018. № 2 (104). С. 88—94.
- Shoronov, O.V. (2016) Legal regulation of the activities of the Investigative Committee of the Russian Federation. *Science. Society. State*. 1 (13), 48—54. (in Russian).
Шоронов О.В. Правовое регулирование деятельности Следственного комитета Российской Федерации // Наука. Общество. Государство. 2016. № 1 (13). С. 48—54.
- Tatyanina, L.G. (2015) Moral principles of the investigator's activity. *Judicial authority and criminal process*. (4), 137—140. (in Russian).
Татьянина Л.Г. Нравственные начала деятельности следователя // Судебная власть и уголовный процесс. 2015. № 4. С. 137—140.

- Tsvetkov, Yu.A. (2017) The purpose and objectives of higher education in the system of the Investigative Committee of the Russian Federation. *Pravda i zakon*. (1), 54—57. (in Russian).
Цветков Ю.А. Цели и задачи высшего образования в системе Следственного комитета Российской Федерации // *Правда и закон*. 2017. № 1. С. 54—57.
- Vaxmyanina, N.B. (2014) Organization of adaptation of young investigators. In: *Modern problems of organization of investigative activities: Materials of scientific and practical Conf.* Ekaterinburg, Al'fa-Print Publ. Pp. 26—34. (in Russian).
Вахмянина Н.Б. Организация адаптации молодых следователей // *Современные проблемы организации следственной деятельности: Материалы науч.-практ. конф.* Екатеринбург: Альфа-Принт, 2014. С. 26—34.
- Vinogradova, A.A. (2001) *Institute of professional development as an element of personnel training in the field of law enforcement*. Abstract diss. ... cand. legal of sciences. Moscow: Russian Academy of Advocacy and Notaries. (in Russian).
Виноградова А.А. Институт повышения квалификации как элемент подготовки кадров в сфере правоохранительной деятельности: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М.: Российская академия адвокатуры и нотариата, 2011. 24 с.
- Zaytsev, Ye.A., Kiselev, Ya.S., Korenevskiy, Yu.V. & Strogovich, M.S. (1974) *Forensic Ethics Issues*. Strogovich, M.S. (ed.). Moscow, Nauka Publ. (in Russian).
Зайцев Е.А., Киселев Я.С., Корневский Ю.В., Строгович М.С. Проблемы судебной этики. Под ред.: Строгович М.С. М.: Наука, 1974. 272 с.
- Zelenskiy, V.D. (2016) Quality of crime investigation: concept and determining factors. In: *The quality of the investigation: criminalistics and criminal-procedural problems: Materials of vseros. scientific-practical conf.* Krasnodar. Pp. 6—9. (in Russian).
Зеленский В.Д. Качество расследования преступлений: понятие и определяющие факторы // *Качество расследования: криминалистические и уголовно-процессуальные проблемы: материалы Всерос. науч.-практ. конф.* Краснодар, 2016. С. 6—9.

Об авторе:

Бабич Никита Владимирович — кандидат юридических наук, ассистент кафедры судебной власти, правоохранительной и правозащитной деятельности, Юридический институт, Российский университет дружбы народов; 117198, Российская Федерация, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6

ORCID ID: 0000-0001-5043-1720

e-mail: babich_nv@pfur.ru

About the author:

Nikita V. Babich — Candidate of Legal Science, Assistant at the Department of Judicial Power, Law-Enforcement and Human Rights Activities, Law Institute, Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University); 6 Miklukho-Maklaya str., Moscow, 117198, Russia Federation

ORCID ID: 0000-0001-5043-1720

e-mail: babich_nv@pfur.ru

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

CIVIL LAW

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-541-561

Научная статья

Смежные права: концептуальные подходы, определение и основные характеристики

Н.В. Бузова

Российский государственный университет правосудия,
г. Москва, Российская Федерация,
nbuzova@yandex.ru

Аннотация. Развитие технологий способствует появлению новых нематериальных объектов, имеющих потенциальную ценность и направленность на распространение результатов творчества и информации. В этой связи общество заинтересовано в поощрении деятельности субъектов, создающих такие объекты. Одним из вариантов охраны таких объектов является предоставление создателям или организаторам смежных прав. Учитывая технологические изменения в обществе, связанные с использованием информационно-телекоммуникационных сетей, искусственного интеллекта, вопросы предоставления смежных прав новым субъектам становятся актуальными. С целью выявления возможности расширения института смежных прав и определения направлений такого расширения в статье анализируются основные подходы формирования института смежных прав, их характеристики и делается попытка представить рабочее определение понятия смежных прав. На основе сравнительного анализа рассматриваются российские и зарубежные законодательные акты в сфере интеллектуальной собственности, международные договоры по авторскому праву и смежным правам, а также правовая литература. Наиболее поддерживаемой идеей формирования института смежных прав представляется функциональное назначение деятельности субъектов смежных прав, выступающих посредниками между авторами и представителями общественности. Однако сам институт трансформируется, и признание смежных прав за новыми субъектами зависит уже не только от функционального назначения деятельности, но и от их организационного или экономического вклада, направленного на обработку и распространение произведений и информации. Можно предположить, что институт смежных прав продолжит расширяться по мере развития технологий и востребованности у общественности новых услуг, оказываемых благодаря новым технологиям.

Ключевые слова: авторское право, изготовитель фонограммы, интеллектуальная собственность, исключительное право, исполнитель, смежные права, организация вещания

Конфликт интересов: Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

© Бузова Н.В., 2021



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 июля 2020 г.

Дата принятия к печати: 15 апреля 2021 г.

Для цитирования:

Бузова Н.В. Смежные права: концептуальные подходы, определение и основные характеристики // RUDN Journal of Law. 2021. Т. 25. № 2. С. 541—561. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-541-561

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-541-561

Research Article

Related rights: conceptual approaches, definition and key features

Natalia V. Buzova

Russian State University of Justice,
Moscow, Russian Federation,
nbuzova@yandex.ru

Abstract. The development of technologies contributes to the emergence of new intangible objects that have potential value and are aimed at spreading the results of creativity and information. In this regard, the society is interested in encouraging the activities of entities that create such objects. One of the options for the protection of such objects is to grant the related rights. Considering the technological changes in society associated with the use of information and telecommunication networks and artificial intelligence, the issues of granting related rights to new entities gain relevance. In order to identify the possibility of expanding the institution of related rights and determine the directions of such expansion, the article analyzes the main approaches to the formation of the institute of related rights, their characteristics, and attempts to deliver a working definition of the concept of related rights. On the basis of a comparative analysis, the author considers Russian and foreign legislative acts in the field of intellectual property, international treaties on copyright and related rights, as well as legal literature. The most supported idea of the formation of the institute of related rights is the functional purpose of the activities of subjects of related rights, acting as intermediaries between authors and representatives of the public. However, the institute itself is evolving and recognition of related rights for new subjects depends not only on the functional purpose of the activity, but also on their organizational and/or economic contribution aimed at processing and disseminating works and information. It can be assumed that the institute of related rights will continue to expand with the development of technologies and the public demand for new services provided by new technologies.

Key words: copyright, intellectual property, producer of phonogram, exclusive rights, performer, related rights, broadcasting organization

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

Article received 22nd July 2020

Article accepted 15th April 2021

For citation:

Buzova, N.V. (2021) Related rights: conceptual approaches, definition and key features. *RUDN Journal of Law*. 25 (2), 541—561. (in Russian). DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-541-561

Введение

Несмотря на то, что изучением правовой природы авторского права занимаются на протяжении многих столетий ученые во всем мире, всеохватывающего определения понятия «авторское право» до настоящего времени не найдено. При этом существует множество концепций (теорий) возникновения и реализации этой правовой категории, которые пытаются обосновать не только причину его возникновения, но и выявить наиболее существенные его характеристики.

Институт смежных прав по сравнению с авторским правом не имеет такого продолжительного применения, для того чтобы успели сформироваться научно-обоснованные концепции. Вместе с тем специалисты пытаются установить общие концептуальные подходы, которые могли бы лечь в основу формирования института смежных прав. На теоретическую необоснованность понятия «смежные права» указывает, в частности, Д. Липшиц (Lipszyc, 2002:302). Представляется, что создание определения понятия «смежные права», также как и выявление общих характеристик и формирование концептуальных подходов, не является самоцелью. Изучение первопричин и установление общих характеристик необходимо для составления прогнозов, определения тенденций развития такого института, возможности его расширения посредством дополнения правами на иные объекты, установления пределов осуществления прав. Кроме того, это имеет значение и для правоприменения, в том числе защиты прав в судебном порядке, поскольку такая информация может содействовать подтверждению наличия (существования) соответствующих прав у правообладателя и применению наиболее эффективных способов защиты таких прав. В этой связи, прежде чем рассматривать понятие «смежные права» и их характеристики, целесообразно остановиться на основных концептуальных подходах формирования института смежных прав, которые позволят выявить общие элементы, лежащие в его основе. Для выявления общих характеристик, относящихся к смежным правам, в настоящей статье будут рассмотрены положения международных договоров и информационных материалов по авторскому праву и смежным правам, а также будет проведен сравнительный анализ законодательных актов Российской Федерации и европейских государств, где институт смежных прав наиболее развит.

Основные концептуальные подходы формирования института смежных прав

Если проанализировать законодательные акты большинства государств, в которых признаются права на интеллектуальную собственность, то при таком

глобальном охвате можно условно говорить о «субъектном» подходе возникновения и функционирования института смежных прав, при котором права представляются определенной группе субъектов.

М. Фичор различает смежные права в традиционном узком смысле и в широком смысле, относя к первой категории «права исполнителей в отношении их исполнений, права производителей фонограмм в отношении их фонограмм и права организаций эфирного вещания в отношении их передач эфирного вещания» (Ficsor ed., 2004:310). Данный подход к понятию «смежные права» использован в публикациях Всемирной организации интеллектуальной собственности (далее — ВОИС), например, в Глоссарии ВОИС по авторскому праву и смежным правам¹, его можно обнаружить и в юридической литературе советского периода (Kuznetsov, 1986:47), в которой анализируются международные конвенции и зарубежное законодательство в области авторского права. Представляется, что такой подход основывается на положениях Международной конвенции об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций (Рим, 26 октября 1961 г., далее — Римская конвенция). И именно права указанных лиц относят в большинстве стран мира к смежным правам. Несмотря на то, что в Римской конвенции не упоминается понятие «смежные права», специалисты рассматривают ее именно как конвенцию по смежным правам в противовес Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений (Берн, 9 сентября 1886 г.), посвященной авторским правам на произведения. Вторая категория с широким пониманием данного термина, по мнению М. Фичора, охватывает помимо прав перечисленных выше субъектов также права издателей на типографское оформление их опубликованных изданий и специальные права на базы данных (Ficsor ed., 2004:310). Представляется, что подход, предлагаемый М. Фичором, не раскрывает сущности, правовой природы смежных прав, а только указывает, права каких лиц могут относиться к смежным правам. Говоря о широком понимании, вернее было бы сказать, что к категории смежных прав относятся права и других субъектов, так как перечень субъектов смежных прав, как будет отмечено ниже, достаточно широк и не ограничивается перечисленными М. Фичором лицами.

То есть согласно «субъектному» подходу права определенных в национальном законе или международном договоре лиц (субъектов) признаются смежными. Однако у такого подхода имеется существенный недостаток. В странах англо-американской системы смежные права в отношении результатов интеллектуальной деятельности приведенных выше субъектов не предусмотрены, и соответствующие результаты охраняются в режиме авторского права² или специальным законодательством.

Вместе с тем в информационных источниках³ Соединенного Королевства термин «смежные права» используется применительно к результатам

¹ WIPO Glossary of terms of the law of copyright and neighboring rights (1980). WIPO Publication № 816. Geneva. Switzerland. P. 167.

² Например, звукозаписи и передачи организаций эфирного вещания в Соединенном Королевстве.

³ Например, Copyright and related rights. The National Archives. 2013. Available at: <https://nationalarchives.gov.uk>. [Accessed 25th July 2020].

интеллектуальной деятельности в отношении моральных прав (близких по своей природе к личным неимущественным правам, признаваемым в государствах континентального права в отношении результатов интеллектуальной деятельности) и специального права на базу данных. То есть категорией «смежные права» (related rights) охватываются те права, которые не подпадают под категорию «авторское право» (copyright), представляющее собой имущественное право (property right), признаваемое в отношении определенной группы произведений.

Моральные права и специальное право на базы данных, предусмотренные Законом Соединенного Королевства об авторском праве, патентах и промышленных образцах 1988 г.⁴ (далее — Закон Соединенного Королевства), по своей правовой природе существенным образом отличаются от авторского права (copyright). Но согласно законодательству Соединенного Королевства при осуществлении авторских прав (copyright) и смежных прав сохраняется связь, поскольку указанные категории прав признаются в отношении одних и тех же объектов. Положения, касающиеся указанных прав, нашли отражение в законодательстве Соединенного Королевства в результате его реформирования, вызванного в том числе присоединением к Парижскому акту Бернской конвенции, к Договору ВОИС по исполнению и фонограммам, а также участием Соединенного Королевства в Европейском Союзе, в рамках которого приняты ряд директив, касающихся смежных прав. Следует отметить, что положения о правах исполнителей были отражены в законодательстве Соединенного Королевства в более ранний период⁵ и вошли отдельной частью II в Закон Соединенного Королевства. Однако соответствующий раздел закона не был назван «смежное право» или «смежные права». При этом в юридической литературе (Dworkin & Taylor, 1989), в которой анализируется законодательство об авторском праве Соединенного Королевства, отдельные авторы относят к смежным правам права исполнителей.

Некоторые специалисты, например, А.Г. Матвеев, в части оснований для формирования самостоятельного института смежных прав выделяют также «объектный», «юридико-технический» и «функциональный» подходы (Matveev, 2019a: 54—60).

Если проанализировать положения Федерального закона Австрии от 9 апреля 1936 г. «Об авторском праве на произведения литературы и искусства и о смежных правах»⁶ и Закона Италии от 22 апреля 1941 г. «Об охране авторского права и других прав, связанных с его осуществлением»⁷, можно выдвинуть версию об объединении институтом смежных прав положений, относящихся к

⁴ United Kingdom. Copyright, Designs and Patents Act, 1988. Available at: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents>. [Accessed 1st July 2020].

⁵ В частности, см.: United Kingdom. Dramatic and Musical Performers' Protection Act, 1925; Dramatic and Musical Performers' Protection Act, 1958. Available at: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1958/44/enacted> [Accessed 4th July 2020].

⁶ Österreich. Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte. Available at: <https://wipo.int/en/legislation/details/18678> [Accessed 1st July 2020].

⁷ Italia. Legge 22 aprile 1941 № 633 sulla protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio. Available at: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1941/07/16/041U0633/sg> [Accessed 5th July 2020].

результатам интеллектуальной деятельности, не удовлетворяющим условиям предоставления авторско-правовой охраны, в частности, критерию новизны и/или оригинальности, следующему из творческого характера деятельности автора. Особенно явно применение этого критерия прослеживается в отношении к фотографиям. Позицию, согласно которой ключевым критерием разграничения авторских и смежных прав является недостаточно творческий характер объектов⁸, можно встретить и в российской правовой литературе (Korshunov & Jeriashvili (eds.), 2017:13). То есть результаты интеллектуальной деятельности, отнесенные к объектам смежных прав, создаются в результате применения технических средств, и сама деятельность создателей таких результатов не относится к творческой, или критерий творчества в деятельности этих лиц не является решающим. При этом создаваемые результаты связаны с произведениями или по своей природе близки (или даже тождественны) им. Такой «объектный» подход свойственен законодательствам тех стран, которые были своего рода родоначальниками этого института.

В соответствии с подходом, в основе которого лежит «юридико-техническая идея» (Matveev, 2019 a:58), выделение норм о смежных правах в отдельную главу, раздел и т. д. и объединение их под общим названием является результатом законодательной техники. Если в отношении объектов авторского права предъявляются единые требования для предоставления охраны, устанавливается единый срок действия прав, общий набор правомочий и т. д., то есть образуется единый комплекс, то объекты смежных прав разнородные, правомочия им предоставляются в разном объеме, сами предоставляемые субъектам права по своей природе также отличаются и срок действия прав в отношении разных объектов не совпадает. Права исполнителей признаются за их личный вклад в создание исполнений (интерпретация ими произведений, как правило, носит творческий характер). Права изготовителей фонограмм, видеограмм (например, во Франции и Швейцарии), изготовителей баз данных, публикаторов посмертных изданий и организаций вещания признаются в отношении результатов, носящих организационно-технический характер. Как отмечает А.Г. Матвеев, «смежные права аккумулируют в себе разнохарактерные институты, которые объектно или функционально связаны с авторским правом, и что, скажем прямо, такая несистемная организация института смежных прав позволяет, в то же время, сохранить целостность и обособленность авторского права как института, направленного на охрану творческих произведений науки, литературы и искусства» (Matveev, 2019b:128).

Таким образом, выделяя положения о правах, смежных, родственных и т. д. с авторскими, законодатели пытаются сохранить целостность континентальной концепции авторского права, в которой охраняются, в первую очередь, интересы автора как творческой личности, что выражается в признании за ним личных неимущественных прав в отношении созданного им произведения, и лишь вторично его имущественные интересы, и как следствие признается за ним

⁸ В оригинале указывается на нетворческий характер прав.

исключительное право. В связи с этим некоторые специалисты сомневаются в существовании самостоятельного единого института смежных прав (Gavrilov, 2003:211).

Скептически относился к институту смежных прав и В.А. Дозорцев, который говорил о смежных правах в составе художественных прав, рассматривая их не как группу объектов, объединенных какими-то общими юридическими признаками, а как три совершенно самостоятельных объекта (Dozortsev, 2005:352). То есть, он видел в объединении смежных прав некую юридическую формальность, а не формирование целостного института.

Но предположение о том, что применение «юридико-технического» подхода — это единственное основание для формирования института смежных прав, представляется ущербным. Возможно, что применение такого подхода для предоставления правовой охраны любым объектам могло бы быть удобным для законодателя, поскольку отсутствует необходимость выявления общих закономерностей и характеристик. В этой связи при таком подходе при возникновении общественного запроса в правовой охране нематериального объекта и несоответствии его требованиям авторско-правовой охраны положения об охране любого такого объекта относились бы к институту смежных прав. Если придерживаться этого подхода, то топологии интегральных микросхем тоже следовало бы включить в раздел «смежные права». При этом в законодательных актах многих государств, например, Австрии⁹, Германии¹⁰, России, Швейцарии¹¹, Японии¹², топологии охраняются как самостоятельный результат интеллектуальной деятельности, в отношении которого предоставляется специальная правовая охрана (*sui generis*). Кроме того, в рамках Межправительственного комитета ВОИС по генетическим ресурсам, традиционным знаниям и фольклору¹³ на протяжении примерно 20 лет ведутся дискуссии о возможности охраны традиционных знаний¹⁴ и традиционных выражений культуры (выражений фольклора)¹⁵, однако оптимальное решение пока не найдено, а применение института смежных прав для охраны указанных объектов даже не обсуждается.

⁹ Österreich. Bundesgesetz vom 23. Juni 1988 über den Schutz der Topographien von mikroelektronischen Halbleitererzeugnissen. Available at: <https://wipolex.wipo.int/en/text/481686>. [Accessed 10 October 2020].

¹⁰ Deutschland. Gesetz über den Schutz der Topographien von mikroelektronischen Halbleitererzeugnissen. Available at: <https://wipolex.wipo.int/en/text/461526>. [Accessed 10th October 2020].

¹¹ Schweiz. Bundesgesetz vom 9. Oktober 1992 über den Schutz von Topographien von Halbleitererzeugnissen. Available at: <https://wipolex.wipo.int/en/text/480404>. [Accessed 10th October 2020].

¹² Japan. Law on the Circuit Layout of a Semiconductor Integrated Circuits (Act № 43 of May 31, 1985). Available at: <https://wipolex.wipo.int/en/text/187322> [Accessed 10th October 2020].

¹³ Подробнее о деятельности Межправительственного комитета ВОИС по интеллектуальной собственности, генетическим ресурсам, традиционным знаниям и фольклору и документах, разрабатываемых в рамках данного комитета см.: <https://www.wipo.int/tk/ru/igc/index.html> (дата обращения: 10.10.2020).

¹⁴ Например, см.: Охрана традиционных знаний: проект статей. Документ WIPO/GRTKF/IC/39/4 от 20.12.2018: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/ru/wipo_grtkf_ic_39/wipo_grtkf_ic_39_4.pdf (дата обращения: 06.10.2020).

¹⁵ Например, см.: Охрана традиционных выражений культуры: проект статей. Документ WIPO/GRTKF/IC/39/5 от 20.12.2018: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/ru/wipo_grtkf_ic_39/wipo_grtkf_ic_39_5.pdf (дата обращения: 10.10.2020).

Следует обратить внимание на мнение Ф. Штольца, который указывал, что объединение смежных прав в Законе Германии от 9 сентября 1965 г. «Об авторском праве и смежных правах»¹⁶ в отдельную главу под общим названием «смежные права» было обусловлено не только учетом законодательной техники, но и стремлением законодателя обеспечить регулирование достойных правовой охраны результатов деятельности, связанных с использованием результатов творчества авторов. Попытка продемонстрировать имеющуюся связь между объектами (авторского права и смежных прав) показывается в обозначении, используемом в отношении прав на охрану результатов деятельности, «смежные права» (или как их иногда именуют «родственные права») (Stolz, 1986: 859—864). Таким образом, законодательная техника сама по себе не является первостепенным фактором выделения смежных прав, она только выполняет функцию вспомогательного инструмента.

Другой подход к формированию смежных прав основан на функциональном назначении результатов интеллектуальной деятельности субъектов смежных прав. Как отмечается в правовой литературе, изданной ВОИС, смежные права предоставляются лицам, содействующим создателям в распространении их произведений среди широкой общественности¹⁷. Авторам требуются посредники, профессиональные способности которых позволяют придать произведениям те формы изложения, которые позволяют сделать произведения доступными широкой публике¹⁸. Такая идея поддерживается как российскими, так и зарубежными специалистами. Месуми Огава, анализируя работы профессора К. Абэ, отмечает, что популяризация смежных прав особенно активизировалась по мере развития средств массовой информации наряду с развитием технологической цивилизации (Ogawa, 2006:174). Благодаря деятельности субъектов смежных прав те произведения авторов, которые были предназначены для публичного исполнения, становятся доступными более широкой общественности, чем зрители или слушатели, и тем самым оказывают положительное воздействие и на интересы самих авторов (Karanda, 2001:30), что соответственно является объединяющим таких субъектов фактором.

М.Н. Кузнецов, анализируя истоки появления смежных прав в зарубежном законодательстве, приходит к выводу о том, что экономическая ситуация создала у представителей бизнеса заинтересованность в предоставлении прав, аналогичных авторским правам, «тем лицам, которые доносят созданные автором произведения до публики» (Kuznetsov, 1986:48). О.С. Фролова, исследуя институт смежных прав, склоняется к функциональному подходу, заложенному при создании данного института (Frolova, 2007: 93—100). Как отмечает О.С. Фролова, деятельность исполнителей, изготовителей фонограмм и организаций вещания способствует тому, чтобы произведения становились доступными для широкого круга лиц (Frolova, 2007:93-100). На распространение авторских произведений и

¹⁶ Deutschland. Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte. Available at: <https://www.gesetze-im-internet.de/urhrg/> [Accessed 4th July 2020].

¹⁷ WIPO Intellectual Property Handbook (2008) WIPO Publication No 489 (E). Geneva, Switzerland. P. 46.

¹⁸ WIPO Intellectual Property Handbook (2008) WIPO Publication No 489 (E). Geneva, Switzerland. P. 46.

обеспечение их сообщения для всеобщего сведения практически неограниченной аудитории указывают в том числе Д. Липшик (Lipszyc, 2002:304) и Р.Ш. Рахматулина (Korshunov & Haritonova (eds.), 2017:170). Таким образом, смежными правами регулируются отношения, касающиеся в широком смысле культурно-посреднических результатов деятельности (Schack, 2001:29).

Однако А.Г. Матвеев прослеживает ущербность функционального подхода, который, по его мнению, проявляется в том, что такой подход «не объясняет охрану нетворческих баз данных, пресс-публикаций и недостаточно полно раскрывает охрану прав вещательных организаций» (Matveev, 2019 a:58).

Представляется, что в основе интеллектуальных прав, включая авторские, смежные, патентные и т. д., лежит баланс интересов создателей результатов интеллектуальной деятельности, обладателей прав такие результаты и на средства индивидуализации (правообладателей) и общества. В противном случае государство не имело бы заинтересованности вводить правовые институты и тратить ресурсы для защиты таких прав (в том числе с привлечением судебных и правоохранительных органов). У автора возникает интерес в раскрытии своего произведения общественности в обмен на предоставляемое право. Изготовитель базы данных осуществляет/организует трудоемкую или затратную работу по поиску и систематизации (обработке) информации. Предоставляя право изготовителю, государство исходит не только из того, что после прекращения срока действия исключительного права база данных перейдет в общественное достояние, но вводит систему ограничений и исключений из исключительного права, позволяющих использовать такой объект в научных, образовательных и иных, указанных в законе целях. Но главное, посредством базы данных создается источник информации, собирая и систематизируя информацию, изготовитель, в конечном итоге, способствует ее распространению среди общественности и тем самым способствует развитию науки и культуры. То же самое касается и пресс-публикаций.

Обладатели смежных прав дают возможность ознакомиться с произведениями и иными информационными объектами большему количеству заинтересованных представителей общественности. Их деятельность, как и деятельность авторов, способствует повышению информированности и культурному развитию общества. В этой связи представляется, что функциональный подход следует рассматривать как наиболее аргументированный.

Но не все специалисты поддерживают такой подход. Некоторые исследователи как основание для предоставления правовой охраны объектам смежных прав больше склоняются к идее «вклада» в создание объекта, направленного на доведение произведений до публики¹⁹, в том числе Б. Гугенхольц, с той лишь разницей, что он говорит о «технологическом инвестировании» в звукозаписи и вещание (Hugenholtz, 2019:1007). В качестве существенной проблемы такой идеи о защите инвестиций в технологии Б. Гугенхольц видит отсутствие минимальных критериев предоставления смежных прав в отношении указанных объектов (Hugenholtz, 2019: 1008). При таком подходе минимальными критериями для

¹⁹ The recasting of copyright & related rights for the knowledge economy. Executive Summary of final report. (2006). Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2018238 [Accessed 4th July 2020].

оценки инвестиций для предоставления охраны фактически будут выступать технические затраты на запись и вещание. Что же касается более поздних смежных прав, то скорее всего речь идет уже не о «технологических инвестициях», а об инвестициях в агрегацию контента (Hugenholtz, 2019:1010). На организационный и финансовый вклад издателей в выпуск публикаций для прессы указывается, в частности, в пункте 55 преамбулы Директивы (ЕС) 2019/790 Европейского Парламента и Совета от 17 апреля 2019 г. об авторском праве и смежных правах на едином цифровом рынке и поправках к директивам 96/9/ЕС и 2001/29/ЕС²⁰.

Вместе с тем представляется, что предлагаемые исследователями подходы не являются абсолютно ошибочными. Институт смежных прав динамично развивающийся. Если провести анализ положений о смежных правах не в отдельно взятой стране, а в более глобальном масштабе, то можно предположить, что этот институт эволюционирует, и подходы, применяемые к этому институту, меняются. Обратившись к истокам формирования института смежных прав (примерами могут служить указанные выше законы Австрии и Италии), можно заметить, что в тот исторический период представители многих государств искали правовые возможности для охраны объектов, в полной мере не удовлетворяющих критериям авторско-правовой охраны. Это в определенной степени объясняет обширный перечень охраняемых смежными правами объектов в Австрии и Италии.

Следующим этапом развития института смежных прав является функциональный подход, при котором основное назначение объектов рассматривается как решающий критерий предоставления охраны. Не все объекты, которые не удовлетворяли критерию авторско-правовой охраны, подпадали под применение института смежных прав, а только те, которые способствовали ознакомлению общественности с произведениями и иными информационными объектами.

В настоящее время имеются предпосылки перехода на следующий этап эволюционного развития института смежных прав, при котором на первое место выходят организационные характеристики (предыдущие, указанные выше, два фактора сохраняются, но не рассматриваются как решающие). Например, Суд по интеллектуальным правам при признании за лицом (ООО «ВКонтакте») правового статуса изготовителя базы данных акцентировал внимание на создании изготовителем условий для наполнения базы данных с осуществлением последующей обработки, а не самостоятельном заполнении базы данных и указал нижестоящим судам на необходимость оценки существенности затрат на создание базы данных²¹. В другом споре между общественными организациями «Мир тесен» и «Чемодан добрых дел» суду на основе представленных доказательств предстояло установить, является ли элемент социальной сети («группа») базой

²⁰ Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC. Official Journal of the European Union. L 130, 17.05.2019, pp. 92–125.

²¹ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 24 июля 2017 г. по делу № А40-18827/2017 // СПС «Консультант Плюс».

данных, охраняемой смежным правом, или данный элемент был сгенерирован автоматически системой сайта²².

По той же причине в будущем могут возникнуть предпосылки для признания смежных прав за организаторами создания результатов (нематериальных объектов) при помощи высокотехнологичных решений, в том числе технологий искусственного интеллекта. Поскольку в целях поддержания правопорядка будет необходимо определить не только то лицо, которое будет получать преимущества материального и иного характера от использования результатов, созданных при помощи технологии искусственного интеллекта, но и нести ответственность за действия по неправомерному использованию, осуществленные такой технологией. Уже сейчас в процессе правоприменения возникают вопросы, следует ли рассматривать действия в отношении охраняемого объекта (в частности, извлечение или копирование данных, в том числе в большом объеме), которые осуществляет не человек, а технология, например, технология искусственного интеллекта, как использование результата интеллектуальной деятельности (например, базы данных), как это имело место при рассмотрении иска о защите исключительного права на базу данных «HeadHunter»²³.

Развитие института смежных прав происходит в разных странах не одновременно. Ряд государств изначально поощряли организационную деятельность и предоставляли таким субъектам смежные права. Другие страны пока изучают возможность предоставления смежных прав за организационный вклад в создание результата интеллектуальной деятельности, например, как это происходит в отношении баз данных (в части охраны ее содержания от неправомерного копирования или извлечения ее существенной части). По этой же причине обсуждение вопроса о международной охране таких баз данных в рамках Постоянного комитета ВОИС по авторскому праву и смежным правам в настоящее время приостановлено.

Краткий анализ концептуальных подходов показывает, что касательно смежных прав в законодательстве однозначно определены субъекты, объекты, в отношении которых предоставляются смежные права, учитывается функциональное назначение таких объектов, а также экономический и организационный вклад субъектов, в отношении которых могут признаваться соответствующие права. Данную информацию следует учесть при рассмотрении понятия и основных характеристик смежных прав.

Понятие и основные характеристики смежных прав

В настоящей статье смежные права рассматриваются и как правовой институт, входящий в право интеллектуальной собственности (в объективном смысле), и как права, признаваемые в отношении результатов интеллектуальной деятельности за лицами, содействующими распространению произведений и

²² Решение Арбитражного суда г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 31 августа 2015 г. Available at: http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/9da17e68-9e4c-41b7-8865-aa738759387e/1ecb9753-4aa5-47ad-81d3-15ebc4114f1a/A56-58781-2012_20150831_Reshenie.pdf. [Accessed 10th October 2020].

²³ Решение Московского городского суда от 27 апреля 2018 г. по делу № 3-91/2018 // СПС «Консультант Плюс».

иной информации (в субъективном смысле). Формирование в России института смежных прав связывают с Основами гражданского законодательства СССР и республик 1991 г., вступившими в силу в России в 1992 г., в которых нашли отражение положения о смежных правах, признаваемых за исполнителями, создателями звуко- и видеозаписей, организациями эфирного вещания (ст. 141—143). Понятие «смежные права» использовалось в названии ст. 141 в качестве обобщающего понятия, охватывающего права исполнителей, создателей звуко- и видеозаписей, организаций эфирного вещания. В Законе Российской Федерации от 9 июля 1993 г. № 5351-I «Об авторском праве и смежных правах» смежным правам был посвящен раздел III данного закона. В сменившей упомянутый закон части четвертой ГК РФ глава 71 именуется «Права, смежные с авторскими». Исходя из положений ст. 1303 ГК РФ понятия «права, смежные с авторскими» и «смежные права» рассматриваются как синонимы.

В п. 1 ст. 1303 ГК РФ указывается, что интеллектуальные права на результаты исполнительской деятельности (исполнения), на фонограммы, на сообщение в эфир или по кабелю радио- и телепередач (вещание организаций эфирного и кабельного вещания), на содержание баз данных, а также на произведения науки, литературы и искусства, впервые обнародованные после их перехода в общественное достояние, являются смежными с авторскими правами. Если в Основах гражданского законодательства 1991 г. акцент был смещен в сторону субъектов, и смежными правами объединялись права исполнителей, создателей звуко- и видеозаписей и организаций эфирного вещания, то ГК РФ категория «смежные права» объединяет права в отношении поименованных в п. 1 ст. 1303 ГК РФ объектов. Представляется, что положения п. 1 ст. 1303 ГК РФ не раскрывают сущности смежных прав, а только перечисляют объекты, охраняемые смежными правами.

Понятию и основным характеристикам смежных прав в юридической литературе уделяется внимание российскими специалистами в области права, в том числе в работах И.А. Близнеца и К.Б. Леонтьева (Bliznets & Leont'ev, 2015), И.А. Зенина (Zenin, 2013; 2019), Э.П. Гаврилова (Gavrilov, 2003), В.Л. Энтина (Entin, 2018) и других. Одним из первых в советской юридической литературе понятие «смежные права» упомянул В.И. Серебровский. Рассуждая о правах артистов-исполнителей, он указал, что устанавливая охрану прав указанных субъектов, «правильней было бы говорить правах <смежных> или <родственных> с авторским правом» (Serebrovskiy, 1956:87).

Говоря о смежных правах как о правовом институте, И.А. Зенин отмечает, что «смежные права представляют собой совокупность норм гражданского права, регулирующих отношения по охране исполнений, постановок, фонограмм, передач организаций эфирного и кабельного вещания, установлению режима их использования, наделению исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций личными неимущественными и имущественными правами и защите этих прав» (Suhanov (ed.), 2015:752). Тождественное определение можно найти и в работах других специалистов (Kost'kova, 2005).

Е.С. Гринь, раскрывая понятие «смежные права» в объективном смысле, дает более широкое определение, говоря уже не только о нормах гражданского права, но и о совокупности «правовых норм, регулирующих общественные отношения, связанные с созданием и использованием объектов смежных прав, осуществлением данных прав и их защитой» (Novoselova (ed.), 2017:100). Несколько дискуссионным аспектом в данном определении представляется указание на регулирование отношений, связанных с созданием объектов смежных прав. Например, если говорить о сообщениях в эфир организаций вещания, то вопросы создания именно сообщений в большей степени относятся к получению лицензий на вещание, выполнению технических регламентов и иных норм публичного права. Возможно, предлагаемая Е.С. Гринь конструкция направлена на то, чтобы показать, что признание смежных прав в случае использования при создании соответствующих объектов смежных прав произведений или иных объектов смежных прав независимо от правомерности использования указанных объектов, и создание таких объектов предваряет работа по урегулированию отношений, направленных на правомерное использование объектов авторского права и смежных прав для создания новых объектов смежных прав.

Помимо определений понятия «смежные права» в объективном смысле, некоторые специалисты предлагают формулировки термина «смежные права» в субъективном смысле, в понимании права (прав), признаваемого за лицом, которое наделяется дополнительными правовыми привилегиями.

Например, В.А. Белов рассматривает смежные права как «исключительные права на оригинальные результаты творческой деятельности, соединенной с применением технических навыков» (Belov, 2012:470). В определении, представленном В.А. Беловым, основные акценты сделаны на категорию прав, к которой относятся смежные права, охраняемые результаты и указание на применение технических навыков. Следует отметить, что, во-первых, В.А. Белов исследует смежные права только с точки зрения российского права, так как в законодательных актах других стран, в частности европейских стран, применительно смежным правам говорят и об исключительном праве (правах), и о таком имущественном праве как право, на вознаграждение (без указания на то, что оно рассматривается как исключительное). Кроме того, даже применительно к Российской Федерации в соответствии с п. 2 ст. 1303 ГК РФ помимо исключительного права, к смежным правам в случаях, предусмотренных ГК РФ, относятся также личные неимущественные права.

Во-вторых, объекты смежных прав могут быть созданы и без использования произведений, охраняемых авторским правом, например, исполнение произведений, перешедших в общественное достояние, произведений народного творчества, автор которых не известен, сообщение в эфир или по кабелю новостей, фонограмма звуков природы. Справедлива и критика данного определения Э.П. Гавриловым, который указывает на то, что результатом творческой деятельности среди объектов смежных прав рассматривается только исполнение. При этом некоторые субъекты смежных прав, например, исполнители

и публикаторы, технические навыки при создании результатов не используют (Gavrilov, 2015:271).

В зарубежных источниках можно встретить определение, согласно которому смежные права — это права, связанные с авторским правом, которые гарантируют, что определенные категории физических лиц или организаций, вносящих вклад в культурный акт, могут получать доход от своей деятельности²⁴. В представленном определении акцент смещен с характеристик смежного права в сторону основания предоставления такого права, подчеркивая внесение вклада в осуществление некоего культурного процесса.

Для того чтобы дать определение смежным правам, представляется целесообразным рассмотреть основные характеристики смежных прав, выделив среди них те, которые относятся именно к данной категории.

Смежные права, как и иные права, относящиеся к категории интеллектуальных прав, признаются в отношении объектов, носящих нематериальный характер. Смежные права не следуют за вещью, в которой выражен нематериальный объект, в отношении которого признается соответствующее право. Их наличие не зависит от права собственности на вещь, в которой может быть зафиксирован результат интеллектуальной деятельности, относящийся к объектам смежных прав. Прекращение права собственности на такую вещь (материальный носитель записи) также не влечет прекращения смежного права. Проблемы реализации исключительного права и его защиты возможны в случае, если исполнение не было записано во время исполнения или было записано, но единственный материальный носитель утерян, поврежден и т. д.

Законодательно установлен принцип исчерпания исключительного права в случае правомерного введения оригинала или экземпляра фонограммы в гражданский оборот на территории Российской Федерации путем их продажи или иного отчуждения (ст. 1325 ГК РФ). Исключительное право не может быть далее реализовано в отношении распространения конкретного оригинала или экземпляра фонограммы, но не иных правомочий правообладателями фонограммы как охраняемого результата интеллектуальной деятельности.

Смежные права применительно к исключительным правам в Российской Федерации оборотоспособны и могут предоставляться и отчуждаться в полном объеме. В некоторых странах смежные права могут предоставляться как право использования третьим лицам, но не могут отчуждаться в полном объеме, или предоставление права использования может касаться отдельного(-ых) правомочия(-й) (способа использования) (например, в Германии).

В законодательных актах некоторых стран предусмотрена презумпция передачи или предоставления прав, связанных с отдельными способами использования исполнений в отношении записи на фонограмму или в связи с созданием аудиовизуального произведения (в частности, п. 4 ст. 1317 ГК РФ, ст. L. 212-4

²⁴ The emergence of Community-wide protection for creativity. Copyright and neighbouring rights in the European Community. 9/1991. Available at: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/85c9f31e-ec61-4aaa-a809-adb9ce2c4455/language-en/format-PDFA1B> [Accessed 5th July 2020].

Кодекса интеллектуальной собственности Франции²⁵), в которое включается соответствующее исполнение.

Смежные права, как и иные исключительные права, относятся к абсолютным правам, и их следует рассматривать как некую монополию на использование объекта смежных прав. Иные лица обязаны воздержаться от использования определенного объекта, за исключением случаев, установленных законом, в частности, в России ГК РФ. В то же время, вступая в договорные правоотношения, например, заключая лицензионный договор, договор залога и т. д., исключительное смежное право в рамках этих отношений меняет свой характер. Оно становится предметом обязательственных (договорных) отношений. И для защиты нарушенного исключительного смежного права применяются способы, определенные ГК РФ, в том числе положения ст. 1252 ГК РФ. Однако эти положения неприменимы, если нарушение следует из исполнения обязательств по договору, за исключением случаев выхода сторон договора за его пределы (например, изготовление тиража фонограмм количеством большим, чем это предусмотрено договором и последующее распространение таких экземпляров без разрешения правообладателя).

Поскольку смежные права относят к интеллектуальным правам, им свойственны все те характеристики, которые могут считаться универсальными для прав, относящихся к этой категории.

Во-первых, результаты интеллектуальной деятельности, в отношении которых признаются смежные права, определены законодательными актами, и, перечень объектов смежных прав носит закрытый характер. Однако перечень охраняемых результатов в государствах отличается. В качестве объектов смежных прав рассматриваются критические и научные издания произведений, которые не охраняются авторским правом (в частности, в Германии), фотографии и объекты, изготовленные способами, аналогичными фотографии, которые не являются охраняемыми произведениями, поскольку в создание таких объектов не был вложен личный творческий вклад автора (например, в Австрии, Германии, Дании, Италии), исполнения исполнителей, устройство исполнений, осуществленное организацией (например, концертной организацией) (в Германии), фонограммы, передачи организаций вещания (в России — сообщения в эфир или по кабелю), базы данных, являющиеся результатами существенной инвестиционной деятельности (в том числе в России, Германии, Дании, Норвегии), личная корреспонденция (в Австрии, Италии), инженерные проекты и портреты (в Италии), каталоги (в частности, в Дании, Финляндии), таблицы (например, в Дании), видеogramмы (в частности, в Финляндии, Франции, Хорватии, Швейцарии), пресс-релизы (например, в Дании, Финляндии).

Во-вторых, смежные права, как и иные права, относящиеся к категории интеллектуальных прав, признаются в отношении объектов, носящих нематериальный характер. Данные права признаются за субъектами, осуществляющими

²⁵ France. Code de la propriété intellectuelle (version consolidée au 15 novembre 2019). Available at: <https://wipo.lex.wipo.int/en/text/540561> [Accessed 10th October 2020].

деятельность, результат которой обладает некой нематериальной самостоятельной формой, отличной от той, в которой существует авторское произведение, используемое для создания объекта смежных прав. Субъекты смежных прав, как и авторы произведений, сохраняют связь с созданными ими результатами интеллектуальной деятельности.

В-третьих, смежные права ограничены по территории, сроку действия, содержанию. То есть права на объекты смежных прав признаются только в той стране, либо где создан соответствующий объект, либо где он зафиксирован (для исполнений), либо гражданином (юридическим лицом) которой является субъект смежных прав, либо где опубликован или обнародован объект (для фонограмм), либо на территории страны, где организация имеет место нахождения или где расположены передатчики, с помощью которых осуществляется сообщение (для вещательных организаций). В других странах, кроме обозначенных выше случаев, объект смежных прав может охраняться только в соответствии с международным договором либо на основании принципа взаимности (например, в отношении баз данных).

Срок действия смежных прав зафиксирован в законе, он не может быть продлен или изменен по желанию правообладателя. Процедура досрочного прекращения смежных прав или отказа от них законодательством не предусмотрена. Объем предоставляемых смежным правом правомочий зависит от объекта смежных прав и в каждой конкретной стране может отличаться. Даже в тех случаях, когда правомочия правообладателей определены международным договором, такой объем охраны является минимальным, и это не препятствует государству признавать за правообладателями права в большем объеме.

А.Г. Матвеев, как и некоторые другие исследователи, отмечает, что исходя из международных договоров и актов Европейского Союза, смежные права являются исключительными (Matveev, 2019 a:56). Такое утверждение не в полной мере отражает существующее положение.

Во-первых, хотя права исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций закреплены в специальном международном договоре — Римской конвенции, непосредственно понятие «смежные права» не нашло отражение в указанном международном акте, и конвенция, соответственно, не относит предусмотренные права к смежным. Также как не упоминается данный термин в ряде заключенных после 1961 г. международных договорах, в том числе Конвенции об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм (Женева, 29 октября 1971 г.), Конвенции о распространении несущих программы сигналов, передаваемых через спутники (Брюссель, 21 мая 1974 г.), Договоре ВОИС по исполнениям и фонограммам (Женева, 20 декабря 1996 г., далее — ДИФ), Пекинском договоре по аудиовизуальным исполнениям (Пекин, 24 июня 2012 г., далее — Пекинский договор), посвященных отдельным видам результатов интеллектуальной деятельности, которые принято относить к объектам смежных прав. Понятие «смежные права» упоминается в Соглашении о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности (ВТО, Уругвайский раунд многосторонних торговых переговоров, Марракеш, 15 апреля 1994 г., далее — Соглашение ТРИПС) и ряде

международных договоров, носящих региональный характер, но в них не дается определение и не раскрывается сущность этих прав.

Во-вторых, что касается природы прав, относящихся к смежным, то помимо исключительного права, международные договоры предусматривают личные неимущественные права для исполнителей (например, ст. 5 ДИФ, ст. 5 Пекинского договора) и право на вознаграждение (в частности, ст.12 Римской конвенции, ст. 15 ДИФ). Следует учесть, что если в соответствии с ГК РФ право на вознаграждение рассматривается как составная часть исключительного права, в том числе при взимании вознаграждения (платы) с оборудования и чистых носителей за свободное воспроизведение фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях, то в международных договорах и европейских актах право на вознаграждение рассматривается как самостоятельное имущественное право. Кроме того, в международных актах имеет место и «ограниченное» право — право запрещать неправомерное использование (например, ст. 7 Римской конвенции, Соглашение ТРИПС), предоставляющее государствам возможность устанавливать на национальном уровне различные меры правовой защиты, включая и публично-правовые. Применение подхода, когда смежное право как единое право субъекта рассматривается как состоящее из компонентов, например, смежное право исполнителя, состоящее из личных неимущественных прав, исключительного права и т. д., возможно только в рамках национальных исследований, но такой подход не будет приемлем в глобальном масштабе.

При этом, действительно, смежные права в основном носят имущественный характер (исключение составляют личные неимущественные права исполнителей (государствах континентального права) или так называемые моральные права (например, в Соединенном Королевстве), и наибольшее экономическое значение имеют исключительные смежные права.

Вместе с тем имеются характеристики, которые применимы, в основном, к смежным правам:

— деятельность субъектов смежных прав носит, как правило, организационно-технический и экономический характер. Смежными правами охраняется не личный, творческий вклад (к исключениям можно отнести исполнения) в создание результата интеллектуальной деятельности, а вклад, носящий организационно-технический и экономический характер. В этой связи от создателя результата интеллектуальной деятельности, относящегося к объектам смежных прав, не требуется проявления творчества и достижения оригинальности результата;

— целью предоставления смежных прав является поощрение деятельности, связанной с сообщением публике или предоставлением доступа к произведениям или информационным объектам. Предоставляемая охрана направлена, в конечном счете, на удовлетворение культурных, научных и образовательных потребностей общественности.

Таким образом, если говорить о смежных правах как о правовом институте (в объективном смысле), то они представляют собой систему правовых норм, регулирующих имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения в связи с использованием результатов интеллектуальной

деятельности творческой организационно-технической или инвестиционной направленности, целью которой является сообщение общественности или предоставления ей доступа к произведениям или иным информационным объектам.

В субъективном смысле смежное право является признанной государством за лицом, создавшим результат интеллектуальной деятельности, направленный на сообщение общественности или предоставления ей доступа к произведениям или иным информационным объектам, либо осуществившим контроль и несущим ответственность за его создание, исключительной возможностью использовать такой результат по своему усмотрению или удовлетворять за его счет иные имущественные и/или личные неимущественные интересы способами, определенными законодательством.

Заключение

Анализ законодательных актов в сфере авторского права и смежных прав свидетельствует об эволюционном развитии института смежных прав, который изначально аккумулировал положения о правах на результаты интеллектуальной деятельности в сфере культуры, не в полной мере удовлетворяющие критериям, характерным для авторского права. Развитие, как и зарождение института смежных прав, связывают с совершенствованием технологий, позволяющих доводить произведения и иные информационные материалы для представителей публики. На современном этапе институт смежных прав расширяется в связи с экономической и социальной потребностью поощрения деятельности лиц, вносящих организационный, финансовый или иной вклад в сбор, обработку и распространение произведений и информации, и интенсификацией применения информационно-телекоммуникационных сетей, которые создают дополнительные предпосылки активного использования результатов интеллектуальной деятельности без учета интересов лиц, создавших такие результаты или инициировавших их создание и несущих ответственность за их правомерное использование. Имеются основания предполагать, что признание смежных прав за издателями прессы и информационными агентствами в Европейском Союзе не является завершающим звеном совершенствования института смежных прав, и в будущем возможно появление новых смежных прав в отношении субъектов, содействующих повышению информированности и культурному развитию общества.

С появлением цифровой среды и информационно-телекоммуникационных сетей, в частности, расширяются возможности представления творческих произведений представителям общественности. Виртуальная и дополненная реальности начинают стирать грани между исполнением и иными видами использования результатов интеллектуальной деятельности и созданием новых объектов. Например, погружаясь в мир иммерсивных объектов, пассивный зритель меняет свою роль на активного исполнителя. Либо наоборот, записав фрагмент звучания голоса исполнителя, вокалоид синтезирует данный голос применительно к исполнению различных произведений без участия человека, голос которого взят за основу. В связи с этим возникают вопросы, являются ли действия

активного зрителя в иммерсивных представлениях или пение вокалоида исполнениями, и целесообразно ли предоставление охраны таким исполнениям. Правоприменительная практика в России по вопросам использования объектов смежных прав в цифровой среде до настоящего времени еще находится на стадии формирования. Представляется, что основные характеристики смежных прав и объектов таких прав, концептуальные подходы в признании за определенными лицами смежных прав могли бы содействовать выработке правовой позиции, в том числе при разрешении споров, связанных с использованием в цифровой среде результатов интеллектуальной деятельности.

References / Список литературы

- Belov, V.A. (2012) *Civil law. Common part. Introduction to civil law*. 2nd ed. Moscow, Yurayt Publ. (in Russian).
Белов В.А. Гражданское право. Т. 1. Общая часть. Введение в гражданское право: учебник. 2-е изд. перераб. и доп. М.: Юрайт, 2012. 512 с.
- Bliznets, I.A. & Leont'ev, K.B. (2015) *Copyright and related rights*. 2nd ed. Moscow, Prospekt Publ. (in Russian).
Близнец И.А., Леонтьев К.Б. Авторское право и смежные права. 2-е изд. М.: Проспект, 2015. 452 с.
- Dozortsev, V.A. (2005) *Intellectual rights. Concept. System. Codification tasks*. Moscow, Statut Publ. (in Russian).
Дозорцев В.А. Интеллектуальные права. Понятие. Система. Задачи кодификации. Сборник статей. М.: Статут, 2005. 416 с.
- Dworkin, G. & Taylor, R.D. (1989) *Blackstone's Guide to the copyright, designs and patents act 1988*. London, Blackstone Press.
- Ficsor, M. (ed.) (2004) *Guide to the copyright and related rights treaties administered by WIPO and glossary of copyright and related rights terms*. WIPO Publication No. 891(E), Geneva, Switzerland.
- Frolova, O. (2007) Concept and legal nature of subjective related rights. *Business and Law Journal*. (7), 93—100. (in Russian).
Фролова О. Понятие и правовая природа субъективных смежных прав // *Хозяйство и право*. 2007. № 7. С. 93—100.
- Gavrilov, E.P. (2003) *Commentary on the Law on Copyright and Related Rights*. Moscow, Ekzamen Publ. (in Russian).
Гаврилов Э.П. Комментарий к Закону об авторском праве и смежных правах. М.: Экзамен, 2003. 352 с.
- Gavrilov, E.P. (2015) *Intellectual Property Law. General provisions. XXI century*. Moscow, Yurservitum Publ. (in Russian).
Гаврилов Э.П. Право интеллектуальной собственности. Общие положения. XXI век. М.: Юрсервитум, 2015. 492 с.
- Hugenholtz, V.P. (2019) Neighbouring Rights are Obsolete. *IIC. International Review of Intellectual Property and Competition Law*. 50 (8), October. 1006—1011.
- Entin, V.L. (2018) *Intellectual property in European Union law*. Moscow, Statut Publ. (in Russian).
Энтин В.Л. Интеллектуальная собственность в праве Европейского Союза. М.: Статут, 2018. 173 с.
- Karanda, M. (2001) Functional features of the institute of related rights. *Intellectual property. Copyright and related rights*. (2), 30—41. (in Russian).

- Каранда М. Функциональные особенности института смежных прав // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2001. № 2. С. 30—41.
- Korshunov, N.M. & Jeriashvili, N.D. (eds.) (2017) *Intellectual property right*. 2nd ed. Moscow, JUNITI-DANA: Zakon i pravo Publ. (in Russian).
- Право интеллектуальной собственности: учебное пособие. Под ред. Н.М. Коршунова, Н.Д. Эриашвили, 2-е изд. перераб. и доп. М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2017. 271 с.
- Korshunov, N.M. & Haritonova, Ju.S. (eds.) (2017) *Intellectual property (Rights to the results of intellectual activity and means of individualization)*. Moscow, Norma: INFRA M Publ. (in Russian).
- Интеллектуальная собственность (Права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации): учебное пособие / под общ. ред. Н.М. Коршунова, Ю.С. Харитоновой. 2-е изд., перераб. М.: Норма: ИНФРА М, 2017. 384 с.
- Kost'kova, O.V. (2005) Article-by-article commentary to the Federal Law "On Copyright and Related Rights". Moscow, Novaya pravovaya kul'tura Publ. (in Russian).
- Костыкова О.В. Постатейный комментарий к ФЗ «Об авторском праве и смежных правах». М.: Новая правовая культура, 2005 // Справочно-правовая система «Гарант».
- Kuznetsov, M.N. (1986) *Protection of Copyright in Private International Law*. Moscow, UDN Publ. (in Russian).
- Кузнецов М.Н. Охрана авторских прав в международном частном праве: Учебное пособие. М.: Изд-во УДН, 1986. 107 с.
- Lipszyc, D. (2002) *Copyright Law and Neighboring Rights*. Moscow, Ladomir Publ. (In Russian).
- Луцик Д. Авторское право и смежные права. М.: Ладомир, 2002. 788 с.
- Matveev, A.G. (2019 a) The idea of related rights and their varieties. *Journal of the Intellectual Property Court*. (24), 54—60. (in Russian).
- Матвеев А.Г. Идея смежных прав и их разновидности // Журнал суда по интеллектуальным правам. 2019. № 24. С. 54—60.
- Matveev, A.G. (2019 b) Continental and Anglo-American traditions of protection of related rights: general and different. *Humanities, socio-economic and social sciences*. (8), 126—129. (in Russian).
- Матвеев А.Г. Континентальная и англо-американская традиции охраны смежных прав: общее и различное // Гуманитарные, социально-экономические и общественные науки. 2019. № 8. С. 126—129.
- Novoselova, L.A. (ed.) (2017) *Intellectual Property Rights*. Т. 2. Copyright. Textbook. Moscow, Statut Publ. (in Russian).
- Право интеллектуальной собственности. Т. 2. Авторское право: учебник / Под общ. ред. Л.А. Новоселовой. М.: Статут, 2017. 367 с.
- Ogawa, M. (2006) *Protection of Broadcasters' Rights*. Leiden/Boston. Martinus Nijhoff Publishers. The Netherlands.
- Schack, H. (2001) *Urheber- und Urhebervertragsrecht*. 2. Aufl., Tübingen. Mohr Siebeck. Deutschland. (in German).
- Serebrovskiy, V.I. (1956) *Issues of Soviet Copyright Law*. Moscow, AN SSSR Publ. (in Russian).
- Серебровский В. Е. Вопросы советского авторского права. М.: АН СССР, 1956. 283 с.
- Stolz, F. (1986) Die Rechte der Sendeunternehmen nach Inkrafttreten der Urheberrechtsnovelle von 1985. *GRUR*. (12), 859—864. (in German).
- Suhanov, E.A. (ed.) (2015) *Russian civil law: General part. Property law. Inheritance law. Intellectual rights. Personal non-property rights*. 4th ed. Moscow, Statut Publ. (in Russian).
- Российское гражданское право: учебник: в 2 т. Т. I: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / Отв. ред. Е.А. Суханов. 4-е изд., стер. М.: Статут, 2015. 958 с.

- Zenin, I.A. (2019) *Intellectual property law*. 10th ed. Moscow, Yurayt Publ. (in Russian).
Зенин И.А. Право интеллектуальной собственности: учебник: в 2 ч. Ч. 1. 10-е изд., перераб. и доп. М.: Издательство Юрайт, 2019. 318 с.
- Zenin, I.A. (2013) Origin and development of the Institute of related rights in the Russian Federation. *Intellectual property law*. (1). 3—11. (in Russian).
Зенин И.А. Зарождение и развитие института смежных прав в Российской Федерации // Право интеллектуальной собственности. 2013. № 1. С. 3—11.

Об авторе:

Бузова Наталья Владимировна — кандидат юридических наук, ведущий научный сотрудник Центра исследования проблем правосудия, Российский государственный университет правосудия; 117418, Российская Федерация, г. Москва, ул. Новочеремушкинская, д. 69
e-mail: nbuzova@yandex.ru

About the author:

Natalia V. Buzova — Candidate of Legal Sciences, Leading Researcher, Center for the Study of Justice Problems, Russian State University of Justice; 69 Novocheremushkinskaya str., Moscow, 117418, Russian Federation
e-mail: nbuzova@yandex.ru

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-562-581

Научная статья

Национальный стандарт зеленых финансов в России 2020 г. — прорыв в сфере нормативного регулирования «зеленого» финансирования?

Е.П. Ермакова

Российский университет дружбы народов,
г. Москва, Российская Федерация,
ermakova_ep@rudn.ru

Аннотация. Статья посвящена анализу «Методических рекомендаций по зеленому финансированию» ВЭБ.РФ, опубликованных 13 июля 2020 г., названных многими российскими специалистами Национальным стандартом зеленых финансов России. Этот документ был призван определить критерии «зеленых» проектов и финансовых инструментов для предприятий и банков и, в конечном итоге, описать архитектуру национальной системы такого финансирования. Аналогичный документ — «Регламент таксономии» был принят в Европейском Союзе 18 июня 2020 г. В связи с этим сравнительный анализ указанных выше вопросов приобретает особое значение. *Цель:* сформировать представление о национальном стандарте «зеленых» финансов в России на основе анализа нормативных актов и научных источников. *Методы:* эмпирические методы сравнения, описания, интерпретации; теоретические методы формальной и диалектической логики. Применялись частнонаучные методы: юридико-догматический и метод толкования правовых норм. *Результаты:* проведенное исследование показало, главным финансовым регулятором в России является Банк России, и именно нормативные документы Банка России должны создавать национальный стандарт зеленого финансирования. Без одобрения Центрального банка Российской Федерации Методические рекомендации ВЭБ.РФ превращаются лишь в еще одну методику рейтингового агентства.

Ключевые слова: право Европейского Союза, Регламент таксономии, нулевые выбросы, зеленое финансирование, Парижское соглашение 2015 г., Национальный стандарт зеленого финансирования

Конфликт интересов: Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Информация о финансировании. Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 20-011-00270 «а».

Дата поступления в редакцию: 10 марта 2021 г.

Дата принятия к печати: 15 апреля 2021 г.

Для цитирования:

Ермакова Е.П. Национальный стандарт зеленых финансов в России 2020 г. — прорыв в сфере нормативного регулирования «зеленого» финансирования? // *RUDN Journal of Law*. 2021. Т. 25. № 2. С. 562—581. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-562-581

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-562-581

Research Article

National Green Finance Standard in Russia 2020 — a Breakthrough in Green Finance Regulations?

Elena P. Ermakova

Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University),
Moscow, Russian Federation,
ermakova_ep@rudn.ru

Abstract. The article is devoted to the analysis of VEB.RF's "Methodological Recommendations for Green Finance" published on July 13, 2020, named by many Russian experts as the National Green Finance Standard of Russia. This document was intended to define the criteria for "green" projects and financial instruments for enterprises and banks and, ultimately, describe the architecture of the national system of such financing. A similar document — "Taxonomy Regulation" — was adopted in the European Union on June 18, 2020. In this regard, a comparative analysis of the above issues is of particular importance. The purpose of the article is to form the idea of the national standard of "green" finance in Russia based on the analysis of regulations and scientific sources. The applied methods are empirical methods of comparison, description, interpretation, and theoretical methods of formal and dialectical logic. The following private scientific methods were used: legal-dogmatic and the method of interpretation of legal norms. The study showed that the main financial regulator in Russia is the Central Bank, and it is the regulatory documents of the Central Bank of the Russian Federation that should create a national standard for green financing. Without the approval of the Central Bank, VEB.RF's guidelines are turning into just another methodology of the rating agency.

Key words: European Union law, Taxonomy Regulation, zero emissions, green financing, Paris Agreement 2015, National Green Finance Standard

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

Information on financing. The reported study was funded by RFBR, project number 20-011-00270 "a".

Article received 10th March 2021

Article accepted 15th April 2021

For citation:

Ermakova, E.P. (2021) National Green Finance Standard in Russia 2020 — a Breakthrough in Green Finance Regulations? *RUDN Journal of Law*. 25 (2), 562—581. (in Russian). DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-562-581

Введение

11—13 ноября 2020 г. состоялся третий «Парижский форум мира», который начал глобальную дискуссию о формировании нового консенсуса в мире после COVID-19. Россию на форуме представил Игорь Шувалов, председатель

ВЭБ.РФ. В своем выступлении он отметил, что «для России охрана окружающей среды считается важнейшим вопросом. Россия вступила в Парижское соглашение и привержена выполнению его положений¹. Поскольку Россия является высокоразвитой промышленно развитой страной, она имеет высокие показатели загрязнения, и зеленые проекты имеют для нее особое значение². В России в рамках 12 национальных программ, установленных в 2018 г., экологической отрасли выделена сумма в 4,0 трлн рублей (около 50 млрд евро). Лишь пятая часть этой суммы приходится на бюджет, а четыре пятых должны финансироваться частным сектором, как внутренним, так и иностранным (Moisio et al., 2020).

Отметим, что Россия постепенно включается в контуры современной глобальной экосистемы в области устойчивого финансирования и ответственной инвестиционной практики³. В годовом докладе НАКДИ «Зеленые финансы в России-2020» отмечалось, что «голос России в экофинансовой сфере важен еще и для того, чтобы развернуть мировой финансовый рынок. Если экономика страны близка к десятке крупнейших, то российский финансовый рынок не входит даже в первую сотню. По Всемирному индексу конкурентоспособности российский финансовый рынок ниже туркменского. Развитие экофинансового сектора исправит ситуацию, даст дополнительные источники менее дорогих, чем в России, денег для отечественных зеленых проектов»⁴.

Эту мысль подтверждает также главный финансовый регулятор страны — Банк России. В декабре 2020 г. зампред Банка России Сергей Швецов отметил, что «и в национальном плане до 2030 г., и в плане регулятора развитие так называемых социальных и «зеленых» облигаций — это новое направление, когда инвестор не просто берет на себя функцию кредитора, он еще участвует в изменении экономики, в повороте ее в сторону меньшего воздействия на окружающую среду или в социальных проектах, которые реализуются как бизнесом, так и регионами. Этот рынок имеет потенциал. Во всем мире сейчас формируется инфраструктура «зеленого» и социального финансирования, и Россия не находится в стороне. Вместе с участниками рынка, вместе с Внешэкономбанком, Министерством экономики, Минфином создается таксономия, создаются

¹ Правительство России утвердило обязательства по выполнению Парижского соглашения по климату 23 сентября 2019 г.: было опубликовано постановление Правительства России от 21 сентября 2019 г. № 1228, в соответствии с которым принято решение о выполнении Россией обязательств Парижского соглашения по климату.

² Shuvalov, I. Green Finance Architecture in Russia // Paris Peace Forum. Nov 3, 2020. Available at: <https://parispeaceforum.medium.com/green-finance-architecture-in-russia-add3d18c13b1> [Accessed 20th January 2021].

³ Правительство России утвердило национальный план мероприятий первого этапа адаптации к изменениям климата на период до 2022 г. — 4 января 2020 г. опубликовано распоряжение Правительства России от 25 декабря 2019 г. № 3183-р, которым утвержден национальный план мероприятий первого этапа адаптации к изменениям климата на период до 2022 г.

⁴ Бик С. Действительно ли РЖД выпустили зеленые облигации. Они не соответствуют требованиям Центробанка. 20.10.2020. Официальный сайт: VTtimes. Режим доступа: <https://www.vtimes.io/2020/10/09/dejstvitelno-li-rzhd-vypustili-zelenye-obligacii-a238> (дата обращения: 23.02.2021).

верификаторы». Сергей Швецов полагает, что к концу 2021 г. этот рынок должен заработать «в полный рост»⁵.

Климатические риски для России

В отчете Счетной палаты России за январь 2020 г. говорится, что 38,6 % населения России дышит загрязненным воздухом, а 88 % воды, используемой в сельском хозяйстве и промышленности, не соответствует экологическим стандартам. Рост объема твердых коммунальных отходов в 2010-х гг. привел к почти разрушению инфраструктуры утилизации мусора в России, спроектированной и построенной за десятилетия до сегодняшней культуры потребления. Незаконные свалки начали расти по всей Центральной России, что привело к массовым протестам. Российское правительство осознает необходимость кардинального улучшения качества жизни своих граждан и намерено внести существенный вклад в борьбу с изменением климата⁶.

Потепление в регионах многолетней мерзлоты

В аналитической записке Банка «Morgan Stanley» по российским сырьевым рынкам 2019 г. отмечалось, что с 1960 г. темп роста среднегодовой температуры в районах многолетней мерзлоты в России превышает мировой в 2,5 раза⁷. Потепление в регионах многолетней мерзлоты становится одной из главных угроз для финансовых показателей крупнейших российских корпораций: «Газпрома», «Новатэка», «Норникеля» и «Алросы». В документе подчеркивалось, что «Газпром» добывает более 90 % газа в регионах многолетней мерзлоты, у «Новатэка» добыча сосредоточена на Ямале, у «Норникеля» и «Алросы» более 90% ЕВИТДА формируется в регионах «вечной мерзлоты». Кроме того, разлив дизельного топлива в Норильске у компании «Норникель» летом 2020 г. актуализировал вопрос климатических рисков⁸.

Влияние ухудшения климата на инвестиционную политику

В докладе «Климатическая повестка России: реагируя на международные вызовы», подготовленном Фондом «ЦСР» совместно с Аналитическим центром ТЭК РЭА Минэнерго России и ООО «Ситуационный центр» в январе 2021 г.,

⁵ Швецов С. Выступление Сергея Швецова на заседании Совета по развитию финансового рынка при Совете Федерации // Банк России. 08.12.2020. Режим доступа: <https://www.cbr.ru/press/event/?id=8349> (дата обращения: 20.02.2021).

⁶ Мирошниченко А. Экологическое финансирование в России для будущего после COVID // ВЭБ.РФ. 16 апреля 2020 г. Режим доступа: <https://veb.ru/en/press-center/43504/> (дата обращения: 24.01.2021).

⁷ Официальный сайт: Ведомости. Режим доступа: https://www.vedomosti.ru/business/news/2020/07/23/835207-morgan-stanley-rossiiskie?fbclid=IwAR0lcXFW-MZWEGDaAJAyVAsxTZ8iPGK DhjftW-xK8rzQjxVWdqwfZ_jnEes (дата обращения: 25.01.2021).

⁸ Pismennaya E., Quinn A. Oil Spill Taints Kremlin Plan to Sell \$4 Billion of Green Bonds // 14.06.2020. Available at: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-06-14/oil-spill-taints-kremlin-plan-to-sell-4-billion-of-green-bonds> [Accessed 20th January 2021].

подчеркивалось, что Россия принимает участие в формировании международной климатической политики, являясь стороной Рамочной конвенции ООН об изменении климата, Киотского протокола к ней, Парижского соглашения и международных договоров по охране озонового слоя⁹. На национальном уровне приняты и разрабатываются стратегические документы в области противодействия и адаптации к климатическим изменениям, действуют меры, направленные на сокращение выбросов ПГ, и установлена цель по их сокращению на 2030 г.

В указанном выше докладе обращалось внимание на то, что инвесторы и рынки капитала активно реагируют на усилия стран по борьбе с изменением климата, на смещение потребительского спроса в сторону более экологически «чистых» товаров и технологий, формируя тренд по приоритетной финансовой поддержке «зеленых» проектов и отказу от финансирования проектов в сфере добычи, переработки и транспортировки нефти, газа и угля. В качестве одного из последних примеров была названа компания Уоррена Баффета — Berkshire Hathaway (крупнейший американский инвестор), предупредившая своих акционеров, что будущие изменения в климатическом и экологическом регулировании могут оказать существенное неблагоприятное влияние на финансовые результаты компании, имеющей в управлении энергетические активы.

Однако ограничения по кредитованию не являются единственным источником «финансового давления» на неэкологичные компании. Наличие крупных пакетов акций и облигаций нефтегазовых, угольных и металлургических компаний в портфелях различных инвестиционных фондов являются еще одним каналом давления. Например, один из крупнейших мировых инвесторов — Норвежский нефтяной фонд (Government Pension Fund Global, управляется Банком Норвегии) — с 2012 г. сокращает долю своих вложений в нефтегазовые активы и инвестирует в климатические решения.

В начале декабря 2020 г. Пенсионный фонд штата Нью-Йорк, третий по величине пенсионный фонд США с активами на 226 млрд долл., объявил, что предъявит экологические требования нефтяным и газовым компаниям. Если в ближайшие четыре года они не будут выполнены, фонд избавится от их ценных бумаг. В его портфеле, по данным на 31 марта 2020 г., находились расписки «Новатэка», «Роснефти», «Сургутнефтегаза» и «Татнефти».

11 декабря 2020 г. 30 международных компаний, представляющих более 9 трлн долл. США активов под управлением (assets under management — AUM), объявили о запуске инициативы «Net Zero Asset Managers initiative»¹⁰. Это ведущая группа глобальных управляющих активами, которые обязуются поддержать цель чистых нулевых выбросов парниковых газов к 2050 г. или ранее, в соответствии с глобальными усилиями по ограничению потепления до 1,5 градусов по

⁹ Официальный сайт: Дипломатическая академия МИД России. Режим доступа: http://www.dipacademy.ru/documents/2267/2021_1_%D0%94%D0%BE%D0%BA%D0%BB%D0%B0%D0%B4_%D0%9A%D0%BB%D0%B8%D0%BC%D0%B0%D1%82_%D0%A6%D0%A1%D0%A0_%D0%90%D0%A6_%D0%A0%D0%AD%D0%90_%D0%A1%D0%A6.pdf (дата обращения: 18.01.2021).

¹⁰ Официальный сайт: Net Zero Asset Managers initiative. Режим доступа: <https://www.netzeroassetmanagers.org/#> (дата обращения: 20.01.2021).

Цельсию. Инициатива также включает в себя приоритеты достижения реального сокращения выбросов в экономике в секторах и компаниях, в которые инвестируют управляющие активами. Инициативу подписали такие компании, как AXA Investment Managers, BMO Global Asset Management, Calvert Research and Management, CCLA Investment Management, Clean Energy Ventures, DWS, FAMA Investimentos, Fidelity International, Generation Investment Management LLP, Gulf International Bank Asset Management, Handelsbanken Fonder AB, IFM Investors, Inherent Group LP, Kempen Capital Management, Legal & General Investment Management, M&G plc, New Forests Pty Ltd, Nordea Asset Management, и др.

Ужесточение климатического регулирования теперь можно рассматривать как один из основных инвестиционных рисков проектов в угольной и нефтегазовой отрасли. Российские нефтегазовые компании являются активными участниками мировых финансовых рынков. Их акции и еврооблигации торгуются на большинстве крупнейших фондовых бирж мира, в них инвестируют крупные инвестиционные фонды, компании привлекают иностранные кредиты и займы на финансирование новых проектов (табл. 1).

Таблица 1. Доля иностранных кредитов и займов в заемном капитале отдельных нефтегазовых компаний России по итогам 2019 г. (Анализ ЦСР)

Table 1. The share of foreign loans and borrowings in the borrowed capital of individual oil and gas companies in Russia at the end of 2019 (CSR analysis)

Компания	Российские кредиты и займы, %	Евро-облигации, %	Иностранные кредиты и займы, %	Еврооблигации и иностранные кредиты и займы (всего), %
Газпром	33,8	36,8	29,5	66,2
Лукойл	4,2	64,9	30,9	95,8
Новатэк	5,2	67,1	27,7	94,8
Роснефть	56,8	7,5	35,7	43,2
Татнефть	88,9	—	11,1	11,1
В целом по индустрии	45,4	26,2	28,5	54,6

Основная привлекательность использования иностранных кредитов в финансировании проектов состоит в их низкой стоимости. По итогам 2019 г. стоимость привлечения иностранного финансирования составляла: а) Еврооблигации — 5,1 %; б) иностранные кредиты — 2,4 %; иные источники финансирования — 6,5 %.

Таким образом, «финансовое давление» на российские «неэкологичные» компании со стороны различных инвестиционных фондов, в том числе пенсионных, может иметь существенное значение для российских нефтегазовых компаний, в заемном капитале которых доля иностранных кредитов иногда достигает 94—95 %. Это обстоятельство не может не учитываться при развитии «зеленого» финансирования в России, и, в частности, национального стандарта зеленого финансирования (или таксономии).

Формирование стандартов зеленого финансирования

Мы писали ранее, что «зеленое» финансирование относится к финансовым операциям, которые поддерживают переход к экономике с низким уровнем выбросов углерода в окружающую среду и борьбу с изменением климата (Ermakova, 2020:336). На смену концепции «устойчивого развития экономики» уверенно пришла концепция «зеленой экономики» — экономики, ставящей приоритетами улучшение здоровья и социальной справедливости населения, снижение опасных воздействий на окружающую среду и экологического дефицита (Dudin, Frolova, et al., 2016; Dudin, Frolova, et al., 2019).

Однако понятие «зеленых» финансов понимается по-разному, многие инвесторы критикуют инвестиционную индустрию и компании за то, что они рекламируют себя как «зеленые» или «устойчивые» без какого-либо согласованного определения того, что это значит (Kemfert & Schmalz, 2019). Отсутствие надежности и стандартизации привело к необходимости нормативного закрепления понятия и критериев «зеленых финансов».

Европейский Союз

Впервые такое определение было сформировано в Европейском Союзе: на вебсайте Европейской Комиссии было дано понятие «зеленого финансирования» как финансирования, учитывающего экологические (environmental) и социальные (social) соображения при принятии инвестиционных решений. Было разъяснено, что экологические соображения относятся к смягчению последствий изменения климата и адаптации к ним; социальные соображения могут относиться к вопросам неравенства, инклюзивности, трудовых отношений, инвестиций в человеческий капитал и сообщества, а также к вопросам прав человека (Gargaro, et al., 2019); управление (governance) государственными и частными учреждениями играет основную роль в обеспечении включения социальных и экологических соображений в процесс принятия решений. Эти три компонента — экологический, социальный и управленческий (environmental, social and governance) стали кратко именоваться «ESG»¹¹.

Но одного понятия «зеленого» финансирования было недостаточно: требовался подробный перечень, касающийся различных категорий экономической деятельности. Так впервые появился термин «**таксономия**» — своеобразный глоссарий, который определяет согласованные с Парижским соглашением критерии эффективности в отношении ряда видов экономической деятельности (Piticchio, 2020). Таксономия — это классификационная структура, в соответствии с которой можно оценивать виды деятельности, чтобы определить, являются ли они экологически устойчивыми (Townsend, 2019).

¹¹ Официальный сайт Европейской Комиссии. Зеленое финансирование. Режим доступа: https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/green-finance_en (дата обращения: 24.01.2021).

В конце 2019 г. Совет и Европейский парламент достигли соглашения по нормативному акту — «Регламенту таксономии». 9 марта 2020 г. группа экспертов опубликовала свой «Окончательный отчет по таксономии ЕС», который содержал рекомендации, касающиеся всеобъемлющей структуры таксономии ЕС¹². «Регламент таксономии» был принят 18 июня 2020 г. и вступил в силу 12 июля 2020 г.¹³

Большинство положений о таксономии будет влиять на управляющих акциями, которые предоставляют «финансовый продукт», который: а) либо имеет экологическую устойчивость в качестве своей цели, либо б) способствует экологическим характеристикам. Цель Регламента таксономии заключается в предоставлении общего языка для выявления экологически устойчивой деятельности и финансовых инструментов, которые будут использоваться инвесторами, финансовыми учреждениями, компаниями и эмитентами (Schiappacasse et al, 2020).

Таксономия ЕС состоит из 70 секторов промышленности. Распространенным заблуждением является то, что таксономия содержит только «зеленые» или «хорошие» отрасли, и поэтому все, что выходит за рамки документа, является «плохим». Это неправда, отмечала аналитик Bloomberg Надя Хамфрис (Humphreys, 2020). Отраслевые критерии были изначально определены на основе профилей выбросов парниковых газов, где для них существуют «более зеленые» альтернативные методы. В некоторых отраслях, таких как авиация, ядерная энергетика, подобных критериев еще не существует, — подчеркивала партнер фирмы «Linklaters» Ванесса Хавард-Уильямс¹⁴.

Однако, в Регламенте таксономии ЕС 2020 г. учитываются только экологические факторы. Ожидается, что инвестиции в социальную сферу и управление будут регулироваться отдельными законодательными предложениями. В связи с этим Стэн Дюпре, бывший член экспертной группы Европейской комиссии (HLEG) по устойчивому финансированию, писал: «чтобы соответствовать цели, таксономия должна учитывать три важных вопроса. К сожалению, одномерный подход ЕС игнорирует два из трех, что может привести к разрушительным последствиям»¹⁵.

¹² Ramel E., Michaelsen J. EU Commission launches consultation on Taxonomy criteria. Open Insights by Nordea. 30 Nov, 2020. Available at: <https://insights.nordea.com/en/sustainability/eu-commission-launches-consultation-on-taxonomy-criteria/> [Accessed 10th January 2021].

¹³ Официальный сайт Европейской Комиссии. Regulation (EU) 2020/852 of the European Parliament and of the Council of 18 June 2020 on the establishment of a framework to facilitate sustainable investment, and amending Regulation (EU) 2019/2088. Режим доступа: <http://data.europa.eu/eli/reg/2020/852/oj> (дата обращения: 24.01.2021).

¹⁴ Havard-Williams V. EU Taxonomy Regulation: what does it do and what happens next? Linklaters. 22 September 2020. Available at: <https://www.linklaters.com/en/insights/blogs/linkingesg/2020/september/eu-taxonomy-regulation-what-does-it-do-and-what-happens-next> [Accessed 20th January 2021].

¹⁵ Dupré S. The EU's Risky Green Taxonomy. EABW NEWS (East African Business Week). 31st January 2020. Available at: <https://www.busiweek.com/the-eus-risky-green-taxonomy/> [Accessed 31st January 2021].

Россия

Конец 2018 г., 2019 и 2020 гг. стали годами активного осознания финансовым рынком и правительством России необходимости внедрения принципов устойчивого развития и ответственного инвестирования. «Зеленая тема звучала на правительственных и экспертных площадках, появились новые эмитенты зеленых облигаций»¹⁶. Однако, в 2019 — начале 2020 г. в России сложилась ситуация с полным отсутствием государственных ориентиров в сфере «зеленого» финансирования (Frolova, 2019; Frolova, 2020:676). В феврале 2020 г. российские аналитики отмечали, что в стране наблюдается острая проблема с недостатком структурированной и максимально полной информации, касающейся «зеленого» финансирования, что является одним из основных факторов торможения рынка¹⁷. Полноценное развитие любого рынка невозможно без доступа его участников к подтвержденной, достоверной и выверенной информации.

Главный финансовый регулятор России — Банк России ответил на вызовы современной экономики принятием «Положения о стандартах эмиссии ценных бумаг» № 706-П от 19 декабря 2019 г., зарегистрированного Минюстом РФ 20 апреля 2020 г.¹⁸ Документом предусмотрена возможность выпуска «зеленых» и социальных облигаций.

В марте 2020 г. с целью ускорения переход российской экономики к зеленым технологиям Госкорпорация ВЭБ.РФ (бывший Банк развития «Внешэкономбанк»)¹⁹ совместно с министерствами, ведомствами и Центральным банком Российской Федерации начали разрабатывать «Национальный стандарт зеленых финансов в России». В работе над стандартом Госкорпорация ВЭБ РФ опиралась на международные критерии ISMA (Международная ассоциация рынков капитала), CBI (Climate Bond Initiative — Инициатива климатических облигаций) и задачи национального проекта «Экология»²⁰.

13 июля 2020 г. ВЭБ.РФ опубликовал «Методические рекомендации по зеленому финансированию»²¹ и описание проектов, которые могут его получить. По мнению экспертов, по сути, *Методические рекомендации и есть*

¹⁶ Stambler M. Russia Takes Baby Steps in Climate Mitigation. Climate Scorecard. 24th November 2020. Available at: <https://www.climatescorecard.org/2020/11/russia-takes-baby-steps-in-climate-mitigation/> [Accessed 27th January 2021].

¹⁷ Официальный сайт: Investinfra.ru. Режим доступа: <https://investinfra.ru/novosti/v-moskve-proshla-konferenciya-po-otvetstvennoj-finansovo-investicijnoj-praktike-v-rossii.html> (дата обращения: 18.01.2021).

¹⁸ Официальный сайт: Банк России. Режим доступа: <http://www.cbr.ru/press/event/?id=9549> (дата обращения: 20.01.21).

¹⁹ Официальный сайт: ВЭБ.РФ. Режим доступа: <https://veb.ru/ustojchivoe-razvitie/zeljonoe-finansirovanie/> (дата обращения: 22.01.2021).

²⁰ Киберов В. Российский национальный стандарт зеленых финансов в интересах ЕС? // ИА REGNUM. 31 марта 2020. Режим доступа: <https://regnum.ru/news/polit/2901050.html> (дата обращения: 14.07.2020).

²¹ Методические рекомендации по развитию инвестиционной деятельности в сфере зеленого финансирования в Российской Федерации. Согласованы решением Комитета ВЭБ.РФ по «зеленому» финансированию ВЭБ.РФ от 08.07.2020 // ВЭБ.РФ. 13.07.2020. Режим доступа: <https://veb.ru/ustojchivoe-razvitie/zeljonoe-finansirovanie/> (дата обращения: 20.01.2021).

Национальный стандарт в этой области, призванный описать для предприятий и банков, что такое зеленые проекты и финансовые инструменты, и определить архитектуру национальной системы такого финансирования²². В п. 1.1. Национального стандарта закреплено понятие «таксономии» для РФ как основных направлений реализации зеленых проектов в РФ.

Характеристика национального стандарта зеленого финансирования в РФ

Методические рекомендации по развитию инвестиционной деятельности в сфере зеленого финансирования в Российской Федерации 2020 г. (далее — Национальный стандарт) были подготовлены для привлечения частных инвестиций в проекты, направленные на реализацию национальных целей «зеленого» финансирования в РФ согласно целям устойчивого развития ООН и Парижского соглашения, другим международным актам в этой области.

Национальный стандарт РФ 2020 г. основан на ряде документов: 1) Паспорте национального проекта «Экология» (2018 г.), 2) Стратегии развития промышленности по переработке, утилизации и обезвреживанию отходов производства и потребления на период до 2030 г. (2018 г.), 3) Стратегии развития лесного комплекса РФ до 2030 г. (2018 г.), 4) Энергетической стратегии РФ на период до 2035 г. (2020 г.), 5) Национальном плане мероприятий первого этапа адаптации к изменениям климата на период до 2022 г. (2019 г.), 6) «Концепции организации в России методологической системы по развитию зеленых финансовых инструментов и проектов ответственного инвестирования» Банка России (2019 г.)

Национальный стандарт 2020 г. определяет: 1) основные направления реализации зеленых проектов в РФ; 2) порядок определения соответствия финансовых инструментов Национальному стандарту, в том числе порядок включения компаний в перечень верификаторов.

В п. 1.1. Национального стандарта закреплено определение «зеленого проекта». Зеленый проект — проект, одновременно удовлетворяющий следующим критериям: а) соответствующий основным направлениям реализации зеленых проектов в РФ (далее — таксономии); б) направленный на достижение целей Парижского соглашения или одной из целей устойчивого развития ООН (цели №№ 6—9, 11—15); в) способствующий достижению одной из приоритетных целей РФ: улучшение состояния окружающей среды; снижение выбросов и сбросов загрязняющих веществ; сокращение выбросов парниковых газов; энергосбережение; адаптация экономики к изменению климата.

Основные направления реализации зеленых проектов в РФ (ТАКСОНОМИЯ)

Итак, к категории зеленых проектов относятся проекты, целью которых является улучшение состояния окружающей среды, снижение выбросов и сбросов

²² Официальный сайт: Финмаркет. Режим доступа: <http://www.finmarket.ru/news/5274005> (дата обращения: 11.02.2021).

загрязняющих веществ, сокращение выбросов парниковых газов, энергосбережение и повышение эффективности использования природных ресурсов, адаптация экономики к изменению климата:

1. Утилизация и переработка отходов (создание инфраструктуры обращения с твердыми коммунальными отходами (далее — ТКО), в т. ч. отдельного сбора и сортировки ТКО; строительство объектов утилизации ТКО (использования ТКО для производства продукции, выполнения работ и оказания услуг); строительство объектов энергетической утилизации отходов (в т. ч. электростанций на свалочном газе) и пр.).

2. Электроэнергетика (повышение эффективности тепловой энергетики, снижение объемов вредных выбросов; модернизация и перевод на более экологичные источники энергии городских и муниципальных систем теплоснабжения; строительство, функционирующих на основе ВИЭ, в том числе энергии солнца, энергии ветра, энергии вод, и пр.).

3. Строительство (зеленые здания и сооружения: строительство зданий с низким потреблением энергии, внедрение технологий и производство строительных материалов и конструкций, обеспечивающих повышение энергоэффективности зданий и сооружений; применение в оснащении зданий установок, использующих возобновляемую энергию (солнечные коллекторы для горячего водоснабжения и пр.).

4. Промышленность (экологическое машиностроение: производство техники, в том числе коммунальной и сельскохозяйственной, на электрической тяге и газомоторном топливе; производство оборудования для сортировки, отдельного сбора и транспортировки ТКО и вторичных ресурсов, и пр.).

5. Транспорт (перевод городского общественного транспорта на электрический транспорт и транспорт на газомоторном топливе; перевод железнодорожного транспорта на электрическую тягу; и пр.).

6. Водоснабжение и водоотведение (расчистка рек и водоемов от мусора, канализационных сбросов и других загрязнений; строительство и модернизация водопропускных и гидротехнических сооружений; модернизация объектов питьевого водоснабжения; строительство объектов инфраструктуры очистки воды и пр.).

7. Лесное хозяйство (восстановление и разведение лесов с полным уходом за лесными насаждениями; создание лесных насаждений, устойчивых к пожарам, патогенным организмам и климатическим изменениям, обводнение осушенных торфяников с целью сокращения выбросов парниковых газов и рисков возникновения пожаров).

8. Сохранение природных ландшафтов и биоразнообразия (восстановление природных ландшафтов: разработка и внедрение природоподобных технологий для восстановления отдельных типов экосистем и природных комплексов; ликвидация свалок; и пр.).

9. Информационно-коммуникационные технологии (развитие телекоммуникационных сетей и широкополосного Интернета (Khabrieva & Kurbanova (eds.), 2019); строительство центров обработки и хранения данных

экологического обследования, мониторинга и контроля, интеллектуальные транспортные системы с применением энергосберегающих технологий).

По мнению российских финансовых аналитиков, появление Национального стандарта не только запускает в РФ рынок льготного финансирования экологически ориентированных проектов, но и открывает российским игрокам потенциальный доступ к международному рынку зеленых облигаций. Впрочем, некоторые направления национального стандарта международными инвесторами экологичными не считаются, что может осложнить привлечение средств²³. Так, российская таксономия допускает к зеленому финансированию проекты перевода котельных с угля на газ и энергетического сжигания отходов, которые не допускаются таксономией ЕС.

Некоторые специалисты высказываются более жестко, подчеркивая тот факт, что «в таксономии для стран ЕС технологии сжигания отходов зелеными не являются, то есть эмиссия зеленых облигаций для финансирования строительства мусоросжигательных заводов (МСЗ) на территории стран Европейского Союза запрещена, а за пределами ЕС, в развивающихся странах и России — разрешена. Недавно из-за откровенно колониального подхода ЕС в продвижении своих устаревших и грязных технологий мусоросжигания под видом «зеленых» на рынки развивающихся стран из рабочей группы Еврокомиссии по разработке таксономии зеленых технологий со скандалом вышло европейское отделение международной экологической организации «За нулевые отходы» (ZeroWaste Europe). Это означает, что Россия добровольно «гармонизирует» свой национальный зеленый стандарт с двойными стандартами ЕС и становится отстойником для грязных западных технологий»²⁴.

Высказывание В. Киберова достаточно резкое, но доля истины в нем есть. Нас должен насторожить тот факт, что первым выпуском зеленых облигаций, зарегистрированным в 2019 г. в международных реестрах зеленых фондов, стал выпуск зеленых облигаций компании «Ресурсосбережение ХМАО», направленный на строительство полигона для переработки твердых коммунальных отходов в Ханты-Мансийске. То есть зарубежные инвесторы готовы вложить свои средства в строительство мусоросжигающих заводов на территории России. Подчеркнем еще раз, что строительство таких заводов на территории Европейского Союза не входит в «зеленое» финансирование, предусмотренное Регламентом таксономии ЕС 2020 г.

Применение Национального стандарта 2020 г. на практике

ВЭБ.РФ опубликовал Перечень рейтинговых агентств, одобренных им в качестве независимых верификаторов. В настоящее время их всего два: Агентство «Эксперт РА» и Агентство АКРА. Кроме того, на вебсайте ВЭБ.РФ в разделе «Выпуски облигаций, верифицированные по методологии ВЭБ.РФ»

²³ Шаповалов А. Россия открывает для себя зеленые финансы. ВЭБ.РФ опубликовал их национальный стандарт // Газета «Коммерсантъ» № 122 от 14.07.2020, стр. 2.

²⁴ Киберов В. Российский национальный стандарт зеленых финансов в интересах ЕС? // ИА REGNUM. 31 марта 2020. Режим доступа: <https://regnum.ru/news/polit/2901050.html> (дата обращения: 14.07.2020).

на 1 марта 2021 г. значился только один выпуск облигаций, планируемых эмитентом ОАО «Российские железные дороги» (РЖД). Мы уже упоминали об этом ранее (Ермакова, 2020:340). Информационное сообщение об этом выпуске облигаций было опубликовано ВЭБ.РФ 21 сентября 2020 г.

Однако у российских специалистов возник вопрос: соблюдены ли стандарты зеленого финансирования в случае с выпуском зеленых облигаций ОАО «РЖД»? «Неразбериха со стандартами зеленого финансирования в России прекрасно видна на примере бессрочных зеленых облигаций ОАО «Российские железные дороги», — отмечала Светлана Бик, руководитель экспертно-аналитической платформы «Инфраструктура и финансы устойчивого развития», в своей публикации от 20 октября 2020 г.²⁵ Автор подчеркивала, что указанные облигации «не соответствуют стандартам Центрального банка Российской Федерации. В Стандартах эмиссии ценных бумаг Банка России, которые вступили в действие 11 мая 2020 г., закреплено, что выпуск может быть дополнительно идентифицирован как зеленые облигации, если у владельцев облигаций есть право требовать досрочного погашения, когда деньги используются нецелевым образом. В случае с бессрочными облигациями РЖД это невозможно, поскольку они непогашаемые в принципе. А потому и не могут быть, в соответствии со стандартами Банка России, идентифицированы как зеленые».

Мнение С. Бик о неразберихе с критериями зеленого финансирования в России и в мире совпадает и с позициями многих зарубежных авторов, в частности, с выводами относительно таксономии в ЕС эксперта медиаорганизации «Argus» Питера Гардетта, который отмечал, что учет зеленых облигаций — это сложная задача, зависящая от различных методов учета²⁶. Автор настоящей статьи целиком и полностью разделяет и позицию С. Бик, и позицию П. Гардетта. В России еще не сформирована архитектура «зеленых» финансов, различные финансовые регуляторы определяют «зеленое финансирование и «зеленые» облигации по-разному. Кроме того, нет четких определений «экологических» облигаций, «устойчивых» облигаций, «социальных» облигаций. Следует также провести различие между облигациями, которые считаются «зелеными» в России, и теми, которые определены как «зеленые» в таксономии Европейского Союза (Duwe, et al. 2020).

Несомненно, что главным финансовым регулятором в России является Центральный банк Российской Федерации, и именно его нормативные документы должны создавать национальный стандарт зеленого финансирования. Без одобрения Банка России Методические рекомендации ВЭБ.РФ превращаются лишь в еще одну методику рейтингового агентства. На момент публикации указанных Методических рекомендаций «уже четыре рейтинговых агентства

²⁵ Бик С. Действительно ли РЖД выпустили зеленые облигации. Они не соответствуют требованиям Центробанка. 20.10.2020. Официальный сайт: VTtimes. Режим доступа: <https://www.vtimes.io/2020/10/09/dejstvitelno-li-rzhd-vypustili-zelenye-obligacii-a238> (дата обращения: 20.01.2021).

²⁶ Gardett P. Green bond issuance surges in 2020. Argus media. 19 January 2021. Available at: <https://www.argusmedia.com/en/news/2178514-green-bond-issuance-surges-in-2020> [Accessed 12nd January 2021].

разработали добротные методики «второго мнения», то есть независимой оценки зеленого качества облигаций», — отмечала С. Бик (Bik, 2020).

«Зеленые» финансы в мире и в России: статистика

По мнению Б. Ариса, редактора «IntelliNews», феномен «зеленых финансов» во всем мире все еще находится в зачаточном состоянии. Институт международных финансов (Institute of International Finance (IIF) сообщил в примечании, что ESG-совместимые или «зеленые облигации» по-прежнему занимают только 1 % рынка облигаций, хотя их доля быстро растет (Aris, 2019).

В конце 2019 г. рейтинговое агентство «Fitch Ratings» опубликовало более 75 000 индивидуальных баллов ESG (три компонента — экологический, социальный и управленческий) для более чем 5000 организаций по всему миру, охватывающих компании, банки и правительства. В этот список вошли 50 ведущих российских фирм от государственной авиакомпания «Аэрофлот» до розничного гиганта «X5 Retail Group»²⁷. Большинство компаний получили среднюю оценку, то есть оценки ESG «минимально соответствуют» кредитному рейтингу группы.

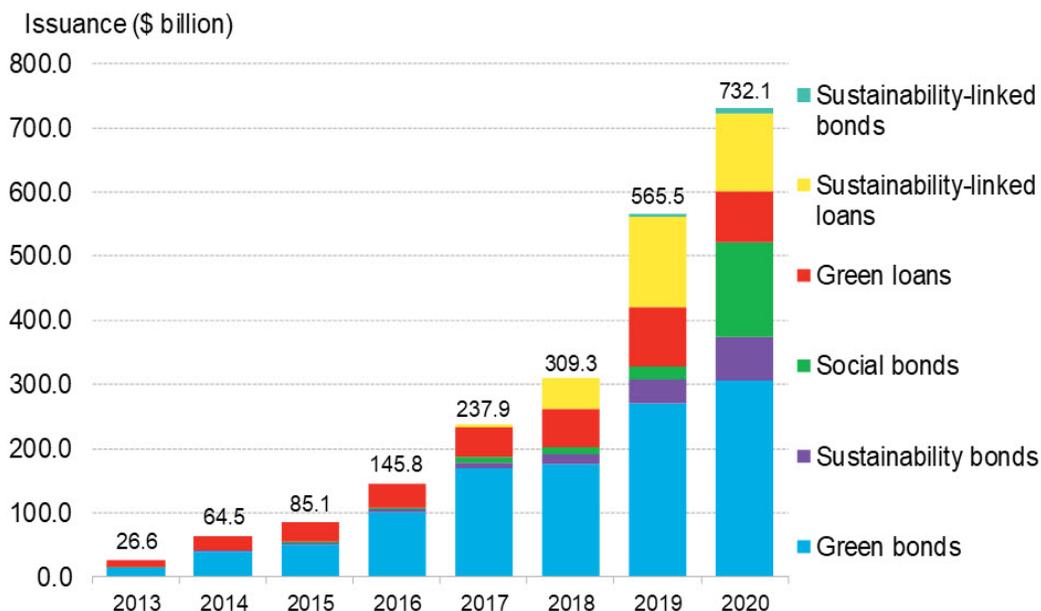
По данным исследовательской компании BloombergNEF (BNEF) общий объем устойчивых инвестиций в 2020 г. составил 732 млрд долл., что на 29 % больше, чем в 2019 г.²⁸ При этом социальные облигации и облигации устойчивого развития показали впечатляющий рост в течение всего года, а зеленые облигации резко выросли в конце года. Инициатором роста стала категория социальных облигаций, которые выпускаются для сбора средств на социальные цели, такие как занятость, здравоохранение и образование. Выпуск этих инструментов в 2020 г. подскочил в семь раз до 147,7 млрд долл. Общий объем зеленых облигаций в 2020 г. составил 305,3 млрд долл., что на 13 % выше, чем в 2019 г. Совокупный выпуск зеленых облигаций с 2007 по 2020 гг. перешагнул цифру 1 трлн долл. (рис. 1).

Учет зеленых облигаций в качестве отдельного класса от устойчивых облигаций (sustainable), климатических (climate-specific) облигаций или других экологических (broad environmental), социальных (social) и управленческих (governance) инвестиционных продуктов остается сложной задачей, и различные итоги будут исходить от различных методов. Цифры BNEF опираются на определения, сформулированные Международной ассоциацией рынков капитала (International Capital Markets Association) и Ассоциацией кредитных рынков (Loan Markets Association)²⁹.

²⁷ «X5 Retail Group» — российская рознично-торговая компания, управляющаяся продуктовыми торговыми сетями «Пятерочка», «Перекресток», «Карусель» и «Чижик».

²⁸ Henze V. Sustainable Debt Breaks Annual Record Despite Covid-19 Challenges. Bloomberg BNEF. 11 January 2021. Available at: <https://about.bnef.com/blog/sustainable-debt-breaks-annual-record-despite-covid-19-challenges/> [Accessed 20th January 2021].

²⁹ Gardett P. Green bond issuance surges in 2020. Argus media. 19 January 2021. Available at: <https://www.argusmedia.com/en/news/2178514-green-bond-issuance-surges-in-2020> [Accessed 12nd January 2021].



Source: BloombergNEF, Bloomberg L.P.

Рис. 1. Мировой рост устойчивых инвестиций в 2013—2020 гг.
Fig. 1. Global Growth of Sustainable Investment 2013—2020

Россия

Первый в России выпуск зеленых облигаций был осуществлен 19 декабря 2018 г. компанией «Ресурсосбережение ХМАО» (облигаций серии 01 в количестве 1,1 млн штук общей номинальной стоимостью 1,1 млрд руб). Компания реализует концессионный проект по строительству и эксплуатации комплексного межмуниципального полигона для размещения, обезвреживания и обработки твердых коммунальных отходов для городов Ханты-Мансийского автономного округа. Объем инвестиций составит более 1 млрд руб. Выпуск облигаций, согласно «Независимому заключению о выпуске зеленых облигаций» (Green Bond Second Opinion) от рейтингового агентства «Rating-Agentur Expert RA GmbH», полностью соответствует Принципам зеленых облигаций 2018 г. (Green Bond Principles 2018). 15 марта 2019 г. первый в России выпуск зеленых облигаций компании «Ресурсосбережение ХМАО» включен в международный реестр зеленых бондов — базу данных Environmental Finance Bond Database. Кроме того, в вышедшем годовом отчете зеленых, социальных и устойчивых облигаций Environmental Finance Bond Database Россия впервые значится в числе стран, выпустивших зеленые бонды.

В мае 2019 г. ОАО «РЖД» разместило на Ирландской Бирже зеленые евро-облигации объемом 500 млн евро, ставкой купона 2,2 % и сроком погашения 8 лет. Организаторы размещения — JP Morgan, ВТБ Капитал, UniCredit. Цель размещения — финансирование и рефинансирование кредитов, привлеченных на покупку пассажирских поездов «Ласточка» и электропоездов.

Согласно данным годового доклада НАКДИ «Зеленые финансы в России-2020» по состоянию на 14 февраля 2020 г. 5 эмитентов разместили 7 выпусков зеленых облигаций на сумму 7,55 млрд руб. и 500 млн евро. Эмитенты привлекли финансирование для реализации проектов в сферах ЖКХ и энергетики, в транспортной сфере и сфере недвижимости. 4 эмитента разместили облигации на Московской Бирже, один — на Ирландской Бирже. Все эмитенты получили подтверждение от внешних верификаторов о соответствии выпусков принципам зеленых облигаций ICMA. Рейтинговое агентство RAEX-Eurore выдало подтверждение для 3 эмитентов. 3 выпуска облигаций включены в реестры и международные базы данных зеленых облигаций³⁰.

Сектор устойчивого развития Московской биржи

Московская биржа — основная российская платформа для привлечения и торговли капиталом в сфере фиксированного дохода, акций, деривативов, валютных и денежных рынков — в 2019 г. присоединилась к глобальному буму зеленых облигаций. В начале апреля 2019 г. Биржа поддержала международную инициативу «Биржи за устойчивое развитие», а в июле 2019 г. — создала «Сектор устойчивого развития для финансирования проектов по экологической и социальной устойчивости»³¹. Задача биржи — маркировать тех эмитентов и их инструменты, которые позиционируют себя как компании, реализующие зеленые проекты. Для включения в данный сектор Московской биржи компании должны заявить в эмиссионных документах о своем проекте как о зеленом проекте, и в последующем должны отчитываться о целевом использовании средств.

Сектор устойчивого развития на Московской бирже состоит из трех различных сегментов: 1) Зеленые облигации, 2) Социальные облигации и 3) Национальные проекты. Облигации, выпущенные российскими или иностранными эмитентами, могут быть включены в Сектор устойчивого развития при условии соблюдения набора требований, как описано в новой редакции Правил листинга Московской биржи.

Ключевые требования включают соответствие определенным стандартам/принципам или цели финансирования и подтверждение такого согласования, а также раскрытие информации. Кроме того, предполагаемое использование поступлений должно быть указано в документах о выдаче сертификата рейтингового агентства. Чтобы быть допущенным, эмитент должен установить конкретную цель своего предложения в проспекте, сообщать о добросовестном использовании средств на ежегодной основе и предоставлять внешний обзор, подтверждающий, что облигация соответствует стандартам для «зеленого» или социального выпуска. Облигации будут выпущены в соответствии

³⁰ Бик С. Действительно ли РЖД выпустили зеленые облигации. Они не соответствуют требованиям Центробанка. 20.10.2020. Официальный сайт: VTtimes. Режим доступа: <https://www.vtimes.io/2020/10/09/dejstvitelno-li-rzhd-vypustili-zelenye-obligacii-a238> (дата обращения: 20.01.21).

³¹ Официальный сайт: Московская биржа. Режим доступа: <https://www.moex.com/s3019> (дата обращения: 21.01.2021).

с Принципами Международной ассоциации рынков капитала (ICMA) и проверены независимой экспертной фирмой, базирующейся за пределами России³².

На 26 февраля 2021 г. в «Секторе устойчивого развития» было зарегистрировано 11 выпусков «зеленых» облигаций и 3 выпуска «социальных» облигаций (табл. 2).

**Таблица 2. Перечень ценных бумаг, включенных
в Сектор устойчивого развития на 26.02.2021
Table 2. List of securities included
in the Sustainable Development Sector as of 26.02.2021**

Эмитент	Сегмент сектора	Объем выпуска, шт.	Валюта номинала	Дата размещения	Дата погашения
ФПК «Гарант-Инвест»	Зеленые	500 000	RUB	17.12.2019	13.12.2022
ФПК «Гарант-Инвест»	Зеленые	500 000	RUB	28.12.2020	25.12.2023
ООО «СФО Русол 1»	Зеленые	4 700 000	RUB	12.02.2020	15.02.2031
ООО «СФО Русол 1»	Зеленые	900 000	RUB	12.02.2020	15.02.2031
ООО «СФО Русол 1»	Зеленые	100 000	RUB	12.02.2020	15.02.2031
СФО Социального развия	социальные	3 216 086	RUB	30.06.2020	08.01.2027
СФО Социального развия	социальные	1 798 530	RUB	30.06.2020	08.01.2027
ООО «Транспортная концессионная компания»	Зеленые	1 241 000	RUB	27.09.2016	23.09.2033
ООО «Транспортная концессионная компания»	Зеленые	3 533 000	RUB	09.11.2017	31.12.2033
ООО «Транспортная концессионная компания»	Зеленые	1 374 000	RUB	27.09.2019	31.12.2033
ООО «Транспортная концессионная компания»	Зеленые	3 752 000	RUB	12.12.2018	31.12.2033
ООО «Транспортная концессионная компания»	Зеленые	2 013 083	RUB	27.09.2016	20.09.2046
ПАО КБ «Центр-инвест»	Зеленые	300 000	RUB	09.12.2020	08.12.2021
SovCom Capital	социальные	300 000	USD	01.02.2021	26.01.2025

Отметим, что ни одного выпуска облигаций, включенных в перечень Сектора устойчивого развития Московской биржи, нельзя найти на сайте ВЭБ.РФ³³. Хотя все без исключения выпуски облигаций, включенных в таблицу, проверены независимой экспертной фирмой, базирующейся за пределами России и имеют соответствующий сертификат, выданный Агентством «Эксперт РА». Как мы помним, Агентство «Эксперт РА» входит в Перечень рейтинговых агентств, одобренных ВЭБ.РФ в качестве независимых верификаторов.

³² Yuri Denisov, Chief Executive Officer, Moscow Exchange. Dec 2019. Green finance comes to Russia. World Federation of Exchanges. Available at: <https://focus.world-exchanges.org/articles/green-finance-comes-russia> [Accessed 20th January 2021].

³³ Официальный сайт: ВЭБ.РФ. Режим доступа: <https://veb.ru/ustojchivoe-razvitie/zeljonoe-finansirovanie/> (дата обращения: 15.01.2021).

Заключение

Проведенное исследование показало, главным финансовым регулятором в России является Банк России, и именно нормативные документы Центрального банка Российской Федерации должны создавать национальный стандарт зеленого финансирования. Без одобрения Банка России Методические рекомендации ВЭБ.РФ превращаются лишь в еще одну методику рейтингового агентства.

В заключение автор пришел к следующим выводам:

1) Создание Национального стандарта зеленых финансов (таксономии) должно помочь участникам финансового рынка гарантировать, что они инвестируют в действительно зеленые возможности, которые соответствуют Парижскому соглашению о выбросах парниковых газов и не допускают попыток «зеленого «камуфляжа».

2) Основной целью разработки Национального стандарта зеленых финансов в России было привлечение частных средств для нацпроекта «Экология». Поэтому изначально национальный стандарт России должен быть близок к международным стандартам, в том числе к стандарту ЕС. Однако некоторые направления Национального стандарта (напр., строительство мусоросжигательных заводов (МСЗ)) международными инвесторами экологичными не считаются.

3) Национальный стандарт зеленых финансов в России должен либо быть подтвержденным Центральным банком Российской Федерации, либо полностью соответствовать нормативным актам Банка России относительно определения «зеленых» облигаций и иных «зеленых» финансовых инструментов. Расхождение и различные толкования здесь недопустимы.

4) Сам по себе стандарт зеленых финансов ЕС — Регламент таксономии ЕС — не свободен от недостатков: регламент учитывает только экологические факторы; инвестиции в социальную сферу и управление будут урегулированы позднее.

References / Список литературы

- Dudin, M.N., Frolova, E.E., Protopopova, O.V., Mamedov, A.A. & Odintsov, S.V. (2019) Study of innovative technologies in the energy industry: nontraditional and renewable energy sources. *Entrepreneurship and Sustainability Issues*. 6 (4), 1704—1713.
- Dudin, M.N. Frolova, E.E., Artemeva, Yu.A., Bezbakh, V.V. & Kirsanov, A.N. (2016) Problems and perspectives of BRICS countries transfer to «green economy» and low-carbon energy industry. *International Journal of Energy Economics and Policy*. 6 (4). 714—720.
- 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.
- Duwe, M. et al. (2020) Climate Laws in Europe. Good Practices in Net-Zero Management. *European Climate Foundation*. Available at: <https://europeanclimate.org/content/uploads/2020/02/04-02-2020-climate-laws-in-europefull-report.pdf> [Accessed 30th January 2020].

- Ermakova, E. P. (2020) The development of the legal framework for “green” finance in Russia, the EU and China: a comparative legal analysis. *RUDN Journal of Law*. 24 (2), 335—352. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-2-335-352 (in Russian).
Ермакова Е.П. Развитие правовых основ «зеленого» финансирования в России, ЕС и Китае: сравнительно-правовой анализ // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2020. Т. 24. № 2. С. 335—352. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-2-335-352.
- Frolova, E.E. (2020) The new European union financial market ecosystem: digitalization and sustainability. *RUDN Journal of Law*. 24(3), 673—694. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-3-673-694 (in Russian).
Фролова Е.Е. Новая экосистема финансового рынка Европейского Союза: цифровизация и устойчивость // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2020. Т. 24. № 3. С. 673—694. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-3-673-694.
- Frolova, E.E. (2019) Legal regulation of green finance in China: successes and development challenges. *Eurasian Law Journal*. (7), 103—108. (in Russian).
Фролова Е.Е. Правовое регулирование зеленого финансирования в Китае: успехи и проблемы развития // Евразийский юридический журнал. 2019. № 7. С. 103—108.
- Gargaro, C. et al. (2019) EU Sustainable Finance Regulation. *White & Case LLP*. Available at: <https://www.whitecase.com/sites/default/files/2019-06/eu-sustainable-finance-regulation.pdf> [Accessed 20th January 2021].
- Humphreys, N. (2020) The EU Taxonomy for sustainable finance: FAQs for financial market participants 2020. *Bloomberg Finance L.P.* Available at: <https://www.bloomberg.com/professional/blog/the-eu-taxonomy-for-sustainable-finance-faqs-for-financial-market-participants/> [Accessed 30th June 2020].
- Khabrieva, T.Ya. & Kurbanova, R.A. (eds.) (2019) *Legal framework for countering corruption: international and national standards and initiatives*. Т. 1. Moscow, Prospekt Publ. (in Russian).
Правовые основы противодействия коррупции: международные и национальные стандарты и инициативы: монография: в 2 т. Т. 1 / под общ. ред. Т.Я. Хабриевой, Р.А. Курбанова. М.: Проспект, 2019. 528 с.
- Kemfert, C. & Schmalz, S. (2019) Sustainable finance: political challenges of development and implementation of framework conditions. *Green Finance*. 1(3), 237—248. DOI: 10.3934/GF.2019.3.237
- Moisio, M. et al (2020) Overview of recently adopted mitigation policies and climate-relevant policy responses to COVID-19: 2020 update. *NewClimate Institute, PBL Netherlands Environmental Assessment Agency, International Institute for Applied Systems Analysis*. Available at: https://newclimate.org/wp-content/uploads/2020/10/NewClimate_PBL-CLIMA_2020OctUpdate.pdf [Accessed 20th January 2021].
- Peng, H., Lu, X. & Zhou, Ch. (2018) Introduction to China’s Green Finance System. *Journal of Service Science and Management*. 11(01), 94—100. DOI: 10.4236/jssm.2018.111009
- Piticchio, T. (2020) The integration and disclosure obligations on sustainability risks and factors in the UCITS and AIFs regulatory frameworks. *European law blog*. Available at: <https://europeanlawblog.eu/2020/01/31/the-integration-and-disclosure-obligations-on-sustainability-risks-and-factors-in-the-ucits-and-aifs-regulatory-frameworks/> [Accessed 2nd February 2021].
- Schiappacasse, M. et al. (2020) Overview of the EU Taxonomy Regulation. *Dechert LLP*. Available at: <https://www.dechert.com/knowledge/onpoint/2020/4/-overview-of-the-eu-taxonomy-regulation.html> [Accessed 10th January 2021].
- Townsend, M. (2019) Sustainable finance: the EU taxonomy. *Allen & Overy LLP*. Available at: <https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/publications/sustainablefinance-the-eu-taxonomy> [Accessed 28th January 2021].

Об авторе:

Ермакова Елена Петровна — кандидат юридических наук, 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: 0000-0001-5722-3641; SCOPUS ID: 57194130098

e-mail: ermakova_ep@rudn.ru

About the author:

Elena P. Ermakova — Candidate of Legal Science, Associate Professor of Civil Procedural Law of Department of Civil Law and Civil Procedure and Private International Law, Law Institute, Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University); 6 Miklukho-Maklaya str., Moscow, 117198, Russia Federation

ORCID ID: 0000-0001-5722-3641; SCOPUS ID: 57194130098

e-mail: ermakova_ep@rudn.ru

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-582-600

Research Article

Critical evaluation of English and Saudi insurance law: A case for reform

Khalaf M. Albalawi

Tabuk University,
Tabuk, Saudi Arabia,
km.albalawi@ut.edu.sa

Abstract. The global significance of English law continues, particularly in Saudi as it is the most frequently chosen insurance policy law. Both jurisdictions provide consumer protections in insurance markets including the Consumer Insurance (Disclosure and...) Act and the 2015 Insurance Act and the Insurance Consumer Protection Principles 2014 in Saudi Arabia. This study aims to analyse the current reform impact on the interpretation of these doctrines between the UK and Saudi jurisdictions. In the last few years British insurance law has been significantly reviewed and modified and the most recent amendments, as per the Insurance Act 2015, are of the greatest significance and will be given due consideration within this paper. However, both the rationale for the reforms and the reform process will be reviewed as well as the UK perspective of the increasing rivalries between countries on account of legal business.

Key words: English, Saudi, insurance, law reform, non-disclosure, misrepresentation, warranty

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

Article received 6th September 2020

Article accepted 15th April 2021

For citation:

Albalawi, K.M. (2021) Critical evaluation of English and Saudi insurance law: A case for reform. *RUDN Journal of Law*. 25 (2), 582—600. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-582-600

Критическая оценка английского и саудовского законодательства о страховании: аргументы в пользу реформы

Х.М. Альбалави

Университет Табука,
г. Табук, Саудовская Аравия,
km.albalawi@ut.edu.sa

Аннотация. Мировое значение термина «English Law» сохраняется, особенно в Саудовской Аравии, поскольку это наиболее часто выбираемый закон о страховых полисах, обе юрисдикции обеспечивают защиту потребителей на страховых рынках, включая Закон о страховании потребителей (раскрытие информации и заверения) и Закон о страховании 2015 г. в Великобритании от 2012 г., а также страхование. Принципы защиты прав потребителей 2014 г. В Саудовской Аравии. Это исследование направлено на анализ влияния нынешней реформы на интерпретацию этих доктрин между юрисдикциями Великобритании и Саудовской Аравии.

Ключевые слова: английский, саудовский, страхование, законодательная реформа, неразглашение, введение в заблуждение, гарантия

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 6 сентября 2020 г.

Дата принятия к печати: 15 января 2021 г.

Для цитирования:

Albalawi K.M. Critical evaluation of English and Saudi insurance law: A case for reform // RUDN Journal of Law. 2021. Т. 25. № 2. С. 582—600. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-582-600

Introduction

There is no doubt that insurance law is vital and as Benjamin Franklin once opined, “nothing is certain in life except for death and taxes”. In the modern context, insurance could be added to what Franklin said as all modern projects, plans, initiatives, and businesses often require a range of insurance policies to be in place. Yet with that, English insurance law, which for years held a preeminent position in the world, is far from perfect although it is the choice of many international insurance contracts. Both practitioners and academics are required to possess a thorough understanding of English insurance law and where Lloyd’s contracts are subject to English law. Therefore, its imperfections are evident in certain aspects and this article intends to outline the most significant and relevant reforms which have recently occurred. These reforms will revolve largely around the principles of pre-contractual utmost good faith and the regulations related to warranties.

The Process of Insurance Reform in the United Kingdom

A wide-ranging review of English insurance law has been under way for several years and according to the Law Commission there was room for reform. English insurance law is world renowned and has been the benchmark for insurance across the globe with international contracts opting for English law as the choice of law. However, up until very recently, English insurance law was based on principles developed in the 18th and 19th centuries and codified in the Marine Insurance Act of 1906, which applied to both marine and non-marine insurance. However, the Marine Insurance Act was insurer-focused and was designed to protect the insurer against exploitation. This law a hundred years later was not deemed as reflecting modern business transactions and the ways in which people communicate, store, or assess information. Due to this, and since the 1980s when its first report was issued, the Law Commission decided that the outdated principles, precepts, and rules embodied in the Marine Insurance Act 1906 required updating, modernising, and reviewing for the contemporary insurance landscape. There was no immediate legislative change in insurance after the Law Commission's report in the 1980s although it reported breaches of warranty, non-disclosure, and misrepresentation (Merkin & Lowry, 2008; Lowry, 2009). In the year after the publication of the report both the Ombudsman Scheme for Financial Services and the Insurance Ombudsman Bureau was established (McGee, 2015:76). The Law Commission's work also involved equalising between both insurer and the insured from a neutral perspective. This was to redress a relationship that was regarded by many commentators, legal experts and consumer insurance experts as being unfair.

Consumer and non-consumer transactions

A further point worthy of consideration is the emergence of a separation of rules governing commercial transactions and those governing consumer transactions (which can also be referred to as 'non-commercial transactions'); this article will use both terms.

In general terms, commercial transactions are where both parties come to an agreement to exchange items of value and such transactions cover business, whereas in consumer transactions this is true only for one party. The Unfair Contract Terms Act 1977 and the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 are two examples of rules which differentiate between the two. Furthermore, recent reviews and reforms to the Law of Sale of Goods, as seen with the addition of a passage from the Consumer Rights Act 2015, which states that it is only applicable to contracts of a consumer nature and permits the right to reject goods in forms which do not apply to the Commercial Goods Act 1979.

As will be further investigated below, this differentiation is considered valid as consumers are collectively seen as being in weak bargaining positions when juxtaposed to businesses. Consumers are also viewed as having a weaker grasp of the governing rules. Thirdly, consumers require greater assistance when agreeing contractual terms. The emergence of this differentiation in rules demonstrates a clear departure from

Victorian notions of ‘freedom of contract’ which cases such as *L’estrage v Graucob* could be said to represent¹.

Utmost Good Faith

The doctrine of ‘utmost good faith’ is clearly defined in Section 17 of the Marine Insurance Act 1906 (the MIA), wherein it is relayed as follows:

A contract of maritime insurance is a contract based on the utmost good faith, and, if the utmost good faith be not observed by either party, the contract may be avoided by the other party.

The same rule is known to be in place for non-marine insurance. The strictures of the Act, and in particular Section 18, which comprehensively outlines the duty of pre-contractual disclosure, place the burden on the proposer².

According to s33(3) the above definition of a warranty provides a condition to be adhered to regardless of its degree of relevance to the risk. Were the condition to be broken, then following the provisions granted by the policy, the insurer’s liability is removed from the date of the violation of the warranty, but without prejudice to any legal obligation from him incurred before that date.

It is evident that the test is unquestionable, a warranty breach immediately removes the insurer’s liability regardless of intention, recklessness, or negligence. As stated below, the second sentence has been revoked. Once more, the same rules hold for non-marine insurance. The rule’s impact can be very severe. Any accidental violation, even if the insured is oblivious to it, can result in the insured being left essentially without cover, even without an obvious causal link between the breach and loss³.

The Consumer Insurance (Disclosure and Representations) Act 2012 demonstrates how insurance law has followed the trend towards differentiating commercial and consumer transactions. The Consumer Insurance (Disclosure and Representations) Act 2012⁴ applies, as may be expected, solely to consumer insurance.

The provisions of section 2, regarding duty of disclosure, are vital. This section states that the consumer’s disclosure stipulations and representations to an insurer in the period prior to a consumer insurance contract being made. The consumer is required to be reasonably careful to avoid a false statement to the insurer. Should the consumer fail to comply with the insurer’s requirement for confirmation or amendment of any previously given particulars, at this point this may constitute a misrepresentation as per the Act. The responsibilities outlined in Section 2(2) supersede any responsibilities concerning consumer disclosure or representations to an insurer, which occurred prior

¹ *L’estrage v Graucob* (1934) 2K.B. 394.

² See: *Monde Petroleum SA v Western Zagros Ltd* (2016) EWHC 1472 (Comm). No implied duty of good faith in termination clause. 16 September 2016.

³ See *Yam Seng Pre Ltd v International Trade Corp Ltd* (2013) EWHC 111 (QB); *Monde Petroleum SA v Western Zagros Ltd* (2016) EWHC 1472 (Comm); and *National Private Air Transport Services Co (National Air Services) v Creditrade LLP* (2016) EWHC 2144 (Comm).

⁴ Insurance Act 2012, Schedule 2, Paragraph 1.

to the application of the Act. This may be seen as the key element of Section 2. The previous wide-ranging MIA duty of disclosure is invalidated in consumer insurance, being supplanted by this new, more streamlined duty.

Any rule of law stating that a consumer insurance contract is one of utmost good faith is modified to the degree mandated by the requirements of this Act. Additionally, the administration of Section 17 of the Marine Insurance Act 1906 (that marine insurance contracts are of utmost good faith) in relation to a marine insurance contract that it is consumer insurance and must comply with the provisions of this Act⁵. The phrasing of this section implies that Section 17 has merely undergone modification alone. While it is true that Section 17 has not been repealed, the impact of section 2 of the 2012 Act is dramatic. The preceding stringent disclosure rules have been minimised to a far less burdensome duty, to take reasonable care to avoid a misrepresentation. Thus, there is no longer a pro-active duty of disclosure. Providing no deliberate misrepresentation takes place, the consumer is seen to have met the requirements of the duty, even if material omissions are present (Merkin & Gürses, 2015; Birds, 2016:20—21).

As a result, most key cases on non-disclosure or misrepresentation in consumer insurance become invalid, both policyholders and insurers move into uncharted waters. These impacts are considered next.

Section 6 of the 2012 Act is of critical importance for warranties as this section deals with consumer representations in relation to a planned consumer insurance contract, or planned adaptation to a consumer insurance contract (Lowry & Rowling, 2012; Merkin, 2016). Such representations cannot be transformed into a warranty by a provision of the consumer insurance contract or any other contract or by announcing the representation to be the contract basis. Thus, no consumer insurance warranty may stem from the proposal form, yet this does not mean that no warranties may exist in the policy. Any misrepresentations arising, including any occurring on the proposal form, may cause the remedies in Schedule 1, Part 1 to the 2012 Act, which are fundamentally comparable to those in the 2015 Act, to be put into practice (Tyldesley, 2013:51).

The Insurance Act 2015

The Insurance Act 2015 came into force on the 12th August 2016 and was based on a draft bill produced by the Law Commission. It introduced significant changes to the MIA 1906.

Section 2 of the Act, Duty of Fair Presentation, applies to non-consumer contracts; it provides that the insured must make a *fair presentation of the risk*. This term is familiar to English insurance litigators and was invented in the early 1980s by Lord Justice Carr. The Insurance Act 2015 notes that the fair presentation of risk makes the required disclosure, in a manner which is reasonably clear and accessible to a prudent insurer in which every material presentation to a matter of fact is substantially correct and every material representation to a matter of expectational belief is made in good faith.

⁵ Insurance Act 2012, Schedule 2, Paragraph 5.

This is very close to what was enshrined in the 1906 Marine Insurance Act; however, a new stipulation is that the disclosure has to be made in a manner which is “reasonably clear and accessible”. This wording, however, did not feature ‘fair presentation’ in the law up until this point. It was formulated to reflect the principle, which has been developed in UK law recently; it means that the crucial details and information of material fact are hidden in documentation, which an insurer will not read. In this way, the Insurance Act 2015 21(2) repeals Sections 18—20 of the MIA 1906 by dispensing with *utmost good faith* in the context of the assured’s pre-contractual duties and replaces it with the notion of *fair presentation*, mentioned in English legal cases before 1906, e.g., *Bates v Hewitt* (1866—1867) and *Morrison v The Universal Marine Insurance Company* (1872—1873). This was regarded by the Law Commission as a better formula of the proviso (Noussia, 2019:583—584).

Our focus in this article applies to non-consumer insurance contracts alone, that is, contracts where the insured acts in the interests of his/her own business. Therefore, the 2015 Act can be viewed as the complement to the 2012 Act. Similarly, it deals with non-disclosure, warranties, and misrepresentation provisions, however, these are less beneficial than the 2012 Act.

Disclosure

The IA 2015 includes new provisions regarding the duty of disclosure and like the MIA includes waiver provisions. It also explains how information must be disclosed and by whom, and the new duty reflects the dissemination of IT in gathering information in large companies and organisations (Noussia, 2019:586).

Regarding disclosure, Section 3 outlines the terms of *duty of fair presentation*. This requires every material circumstance known to the insured, or those which the insured might be expected to know, to be revealed. Should this not occur, disclosure providing the insured with adequate information to warn an insurer that further investigations into those material circumstances is needed (Merkin, 2016). Should no enquiry take place, there is no obligation to reveal a circumstance if it lessens the risk; the insurer is, ought to be or is assumed, to be aware of it.

It is evident that this interpretation is an alteration of the disclosure rules of Section 18 of the MIA, yet it also plainly centered on that interpretation and does not seek to be or deemed to be known to the insured. In other words, it ceases to be a stringent prerequisite as under S18. The new requirement of warning the insurer of the need to make further enquiries is likely to provide the insured with some ability to avoid the penalties of non-disclosure.⁶ Therefore, previous disclosure cases under S18 may retain some relevance under the new law, while cases related to what the insurer is assumed to know, should still be deemed important. Noussia (Noussia, 2019:585) discusses the matter of *knowledge* and that it is a marked departure from the MIA, although the later Act is consistent with the earlier in that S3(4) highlights that the assured has to disclose only what is known or ought to be known in usual business dealings.

⁶ Insurance Act 2015, Schedule 3, paragraph 4.

Regarding the penalties of non-disclosure, S17's outwardly comprehensible phrasing was diluted by the 1995 verdict of the House of Lords (Lords Templeman, Goff, Mustill, Slynn and Lloyd) in *Pine Top v Pan Atlantic*⁷. That case demonstrated that a theoretical rational of insurer would be affected by the undisclosed issue, i.e., if the issue had been disclosed the insurer would have come to a different conclusion. This obligation is now an explicit part of the new law, which exceeds the Pine Top ruling, by providing a variety of potential remedies in cases where lower cover or more expensive premiums might have been offered. With this in mind, the closing words of the MIA S17 are also altered by S8 of the 2015 Act by providing the insurer with a remedy against the insured for violations of the duty of fair presentation. Should the insurer demonstrate that, were it not for the violation, the insurer would not have been party to the insurance contract in any way, or had they done so would have demanded different terms⁸.

In the case of a deliberate or reckless qualifying violation, it is possible for the insurer to escape the contract, reject all claims, and withhold from any premiums paid. In the absence of a qualifying violation, the insurer would not be party to a contract on any terms, and thus may escape the contract and reject all claims. However, in this situation, they must return the premiums paid. Were the insurer to have become party to the contract, but on other terms (other than premium related terms) the contract should be treated as though it had been contracted on other terms if required by the insurer. Moreover, had the insurer become party to the contract (regardless of whether the terms relating to issues apart from the premium differed or not), and charged a higher premium, the insurer may decide to make proportionate reductions to the amount to be compensated on a claim⁹.

Warranties

In insurance law contracts a *warranty* is a fundamental term in contract to general law wherein it carries a lesser significance and wherein a breach of warranty gives rise to damages but not to a right of discharge, and breach of a condition gives rise to both damages and a right of discharge. In insurance law it is largely reversed as an insurance warranty is a pre-contractual promise by the insured that a given fact is true, will remain true or that s/he will do, or not do, certain actions. A warranty must be complied with regardless of whether it is material to the risk or not. A warranty was defined by the MIA S33(1) as a promissory warranty, that is to say, a warranty by which the assured undertakes that some particular thing shall or shall not be done or that some condition shall be fulfilled, or whereby he affirms or negates the existence of a particular state of facts.

Based on this, a *warranty* enshrines a promise by the insured to do or not do certain actions and/or promise that a certain situation is true. If a warranty is broken it can result in harsh consequences for the insured such as avoidance of the policy by the

⁷ *Pan Atlantic Insurance Co. Ltd v Pine Top Insurance Co.* (1995) 1 AC 501 (dealing with the statutory test of materiality in respect of non-disclosures and misrepresentations inducing insurance contracts).

⁸ Insurance Act 2015, Schedule 6, paragraph 2.

⁹ Insurance Act 2015, Schedule 8, paragraph 2.

insurer. In order to identify a warranty no particular formula of words is required; it can be created by a clear statement or implied expression of terms (i.e., in a motor insurance policy that the car is roadworthy at all times) and is the basis of contract clauses which convert pre-contact representations into warranties.

Promissory warranties in marine insurance law are of more importance than in contract law wherein *warranty* can be regarded as just a term in a contract, which if breached is remedied in damages (Hodges, 1999:269). Section 35(1) notes that *an express warranty may be in any form of words*. What can be inferred from this is that as long as intention to warrant is present, a promissory warranty may be in a standard form in whichever manner the contracting parties wish to frame it so long as both parties agree.

According to the MIA a warranty has the following characteristics: it must be exactly complied with; it does not have to be material to the risk; there is no remedy to the breach; there is no defence of the breach and it is a promissory condition precedent. Firstly, the warranty being *exactly complied with* as per S33(3) of the MIA was evident as early court cases noted that there was a requirement to differentiate between what is amounted to compliance with a warranty and compliance with a representation. This came to light in *Pawson v Watson (1778)* where the court summed up that *a warranty inserted in a policy of insurance must be literally and strictly complied with. A representation to the underwriter needs only be substantially performed*.

Herein, during the American War of Independence, the British vessel *Julius Caesar* was insured with the defendants for a voyage from England to Halifax, Nova Scotia. Under the insurance policy (the case has been discussed at length by Hodges, 1999:270), the ship had 12 guns and 20 men. Yet, the ship was captured by American privateers who had on board around 19 guns, 16 men and 9 boys. The insurers refused to indemnify the assured. The court ruled that the condition only amounted to a representation and not a warranty, because the condition was not a written part of the policy. While in *De Hahn v Hartley (1786)* a policy was underwritten on the basis of the crew of a vessel, the *Juno*, being 50 men strong or more when in reality it was 46 men. When the ship *Juno* was captured the insurers were held not liable for the loss because there had been a breach of the warranty to supply a sufficient crew. While in the case of *Overseas Commodities Ltd v Style (1958)* the plaintiffs shipped two consignments of tinned pork from France to London under an all-risks policy of insurance underwritten by the defendants. The policy contained a clause that all the tins should be marked with the date of manufacture *for verification*. However, most of the tins, upon arrival, were damaged, rusty, and not sellable. The plaintiffs claimed on their policy of insurance; however, the insurers did not accept the claim as most tins did not have the date of manufacture on them. So, the plaintiffs were deemed as having been in breach of the warranty. The words *for verification* in the clause were held by the court to mean that the tins must have the date clearly written on them. As most tins did not have dates clearly demarcated this was taken as a breach of warranty. The defendants therefore were not liable.

Warranties have a variety of meanings and can be divided into present warranties and continual warranties. This has been outlined by Colinvaux (2010) in his *Law of Insurance*. He asserted that an insurance condition is “either an obligation on the

assured to act in a particular way, or a contingency — which may be outside the control of the assured — upon which the validity of the policy or of any claim may depend”.

One of the outcomes of the Law Commission’s reforms was to do away with the *basis of contract* clauses for consumer insurance contracts with the Consumer Insurance (Disclosure and Representation) Act 2012 and for non-consumer contracts as per the Insurance Act 2015. Within both, a representation cannot be converted into a warranty by means of any provision of the insurance contract or any other contract.

Section 10 of the Insurance Act 2015 discusses warranties in non-consumer contracts and that breach of a warranty will not discharge the insurer’s liability if the breach of warranty has been remedied before the loss. The remedy of a breach of promissory warranty is to regard warranties as suspensive conditions where cover is restored if the breach of the warranty has been duly remedied. Nevertheless, although this change deals with the matter of how to remedy a breach of the warranty it still falls short in a number of issues such as no causal link between breach and loss, instant suspension of the cover and strict compliance. Wang notes (Wang, 2017:170) that there are two distinct weaknesses with the 2015 Act when it comes to warranties. Firstly, that it requires *strict compliance* with the warranty and secondly that regardless of how trivial any illegal breaches of the warranty are, the losses are rendered unrecoverable.

A similar sense to that of S6 of the 2012 Act can be seen in the Warranties S9 of the 2015 Act. It is not possible to transform a proposed non-consumer insurance contract, nor a proposed alteration to a non-consumer insurance contract, to a warranty by using any form of non-consumer insurance contract provision, or of any other type of contract (regardless of whether the representation is seen to be the foundation of the contract or not). This sense is maintained in S10 of the 2015 Act by stating that if an insurance contract warranty (be it implied or express) is violated by a rule of law, then the insurer’s liability under the contract is ended¹⁰.

The new rule states that an insurer is not liable under an insurance contract regarding losses that may occur, or be attributed to an event taking place, after a contract warranty (implied or express) has been violated but prior to the violation being resolved. However, should there be a change in the conditions the warranty becomes invalid as regards the conditions of the contract, or compliance with the warranty; it becomes unlawful due to the imposition of any subsequent law or violation of the warranty is waived by the insurer¹¹.

Additionally, under sub-section (2) the liability of the insurer in respect of losses taking place or being attributable to something taking place prior to the warranty violation, or if violation can be resolved, following the resolution remaining unaffected. The insured is awarded additional safety regarding the policy terms (as opposed to terms, which specify the risk as a whole) where compliance may be likely to lessen the risk of a number of different kinds of loss, such as specific location, or specific time. In the event of a loss, where the terms have not been met, the insurer may not depend on this non-compliance to dismiss, restrict, or discharge their contract obligations for the loss. This is also the case when the insured demonstrates that the non-compliance

¹⁰ Insurance Act 2015, Schedule 8, paragraph 2.

¹¹ Insurance Act 2015, Schedule 10, paragraph 4.

term does not amplify the risk of loss. As a result, violations, which may be demonstrated (and the burden to demonstrate it lies with the insured), do not add to the risk occurred, so cannot burden the insurer¹².

General Comments

There is no doubt that English insurance law needed reform and hence since 2006 the Law Commission invested enormous resources into the project, including the two statutes discussed in the article, which are unquestionably significant. However, more time and experience are needed to assess the impact of these reforms and for this a substantial body of case law is necessary. As the acid test of effectiveness of commercial law is its practical effect, its evaluation may be problematic. The aim of this legislation is to differentiate between consumer and non-consumer insurance and to balance more fairly the concerns of insurer and insured. This task is certainly very challenging.

Certainly, the balance to some degree now favours the insured, especially in consumer over non-consumer insurance, as would be expected with the thinking given above. Consideration of the degree of disclosure necessary involves the question of what information insurers need. Insurers believe that it is necessary to have every possible detail about a risk. While this is understandable it is neither necessarily correct nor practical. In insurance some uncertainty is inevitable. Loss rate data, which can be analysed in various ways, is always to hand. A practicable rating schedule is viable without having to hand the large amount of information, which insurers claim to need, meaning that deciding a commercially workable premium, while achieving a profit, or at worst a small loss, can be achieved.

The result of this may, however, be that a larger number of poor risks are taken. Consequently, premiums may rise although this proposition has yet to be proven. Insurance economies are different areas in relation to insurance law and is neglected in academic study in England. As for the matter of warranties, then all kinds of different arguments prevail and are given. It is clear that warranties can cover issues, which are pertinent to the risk, and that compliance with such warranties is something insurers are entitled to insist on, yet, the history of insurance law is awash with instances where S33 of the MIA has deprived the insured of cover, as a consequence of seemingly trivial or irrelevant violations. Warranties remain permissible in policies, but statements on the proposal may not be transformed into warranties (Merkin & Gürses, 2016:8—9). Section 11 of the 2015 Act offers added protection for the non-consumer insured, and the rules on remedies for misrepresentations offer some small limitations on the freedom of insurers to sidestep.

It is possible to suggest that certain issues remain with this area of reform. One may hope that reliance on such warranties will diminish, but opportunity remains for insurers to sidestep the Act's intention by merely broadening the variety of warranties in a policy, without considering them in the proposal form. However, greater issues are still to be solved in insurance law, and the Law Commission continues its diligent work

¹² Insurance Act 2015, Schedule 10, paragraph 4.

in this area. For instance, insurable interest requires an amount of re-consideration. It is fair to say that progress has been made to fit the insurance law into the purposes relevant in the 21st century. The hope is that, as a result, England will be able to maintain its place as a world leader in insurance services, in addition to managing the careful balance of interests between insurers and particularly the consumer insured.

Insurance Reform in the Kingdom of Saudi Arabia

According to Saudi Basic Law of Governance, the highest law in Saudi Arabia and the bedrock of its constitution is the *Shariah* (Divine Islamic Legislation) under which all other regulations and laws must fall and if there is any contradiction the said new legislation must be abolished. Until 2003, the Kingdom of Saudi Arabia did not have its own applicable insurance law and it was in that year that the first Law on Supervision of Cooperative Insurance Companies (2003) was passed. It stipulated that all insurance companies operating within the KSA must do so in a cooperative manner or in tandem with the *Shariah* (Divine Islamic Legislation).

Nevertheless, this law does not meet some fundamental facets of insurance contracts, including insurance principles and party obligations as it focuses on overseeing the market itself. As a result, several statutory disparities remain, not to mention the fact that the Islamic jurists within the KSA are still particularly averse to its institution. Indeed, in other research I have noted that Islamic jurists regard an insurance contract as falling within the remit of *Bay' ul-Gharar* (the uncertain transaction). The *Gharar* (uncertain risk) within insurance is not slight whatsoever, it is either major or median and the most accurate view is that it is major *Gharar*. This is because an insurance contract has to involve '*khatar*' (risk or danger) and this refers to a probable accident that occurs despite the wishes of either party. Insurance cannot be paid unless there is a future accident which is unanticipated, so *Gharar* is a binding factor for insurance contracts and is one of the distinguishing features of insurance contracts. This therefore renders it a type of *Gharar* which is forbidden in *Shariah*.

Despite the Commercial Court Law 1931113 (CCL) being identified as the oldest example of national commercial law, covering terms for marine insurance in articles 324—289, the CCL is ineligible in practice since the Commercial Court was not established until 2017 and its terms are deemed *too unclear*. Furthermore, the CCL may be used only as a guidance in cases for arbitration. It was the Ministry of Finance that issues the first declaration in this area (No. 1/596 dated 21/04/2004) namely the Implementing Regulation of the Law on Supervision of Cooperative Insurance Companies 2004 (IRLSCIC). It covers several fundamental principles of insurance and in art meets a number of needs, formerly revealed by the LSCIC. Saudi Arabian Monetary Authority's regulations (SAMA) is answerable for issues arising in the insurance sector. Appropriately, as part of its remit, SAMA has created several regulations related to key insurance procedures.

The key regulations cover the Insurance Market Code of Conduct Regulation 2008 (IMCCR), the Anti-Fraud Regulation 2008 (AFR) and Online Insurance Activities Regulations 2011 (OJAR). Of key importance is the fact that SAMA has now put the Insurance Consumer Protection Principles 2014 (ICPP) into practice. Further

regulations covering particular insurance types, including the Unified Compulsory Motor Insurance Policy 2011 (UCMIP), Cooperative Health Insurance Law 1999 (CHIL) and Implementing Regulation of Cooperative Health Insurance Law 2014 (IRCHIL). While Saudi Arabia has processes and laws to administer insurance in KSA, a number of important omissions remain, including comprehensive guidelines and limits on legal principles, obligations, legal remedies and, most importantly, the principle of good faith.

Utmost Good Faith

While the principle of *utmost good faith* is not applied in Saudi law and regulation in theory, it is, in practice, recognised and therefore given credence as a general principle in Islamic contract provisions.

Oddly, neither of the Saudi insurance laws and regulations (whether the LSCIC 2003 or the IMCCR 2008) have not provided any details at all on the effect of breaching the duty of good faith on the insurance contract. The LSCIC 2003 provides that a person will face a penalty of no more than one million Saudi Riyals and/or a prison term no longer than four years for violation of the law or enforcement regulations¹³. It also provides disciplinary measures to be applied by SAMA, and SAMA can also request termination if a company continues to violate the law despite such measures¹⁴.

The IMCCR 2008 stipulates that any violation of the regulation will be deemed a breach to the licensing conditions and may subject the insurance company to an enforcement action.¹⁵ The LSCIC 2003 and the IMCCR 2008 therefore can both consider the breach of good faith a breach of a *statutory duty*, however this will only result in actions against the insurer, or any relevant intermediaries, and no benefits are derived for the assured.¹⁶

Key Islamic legal sources accept a high level of good faith without limitations. Yet the Islamic jurisprudential tradition and most of its corpus does not accept *utmost good faith* and provide any requirements to differentiate between the two principles. This is in direct opposition to the views and practice of UK jurisdiction (Aldiyabi, 2014:15, 32).

In the narrow sense of insurance contracts, the principle of utmost good faith is to reveal and offer pertinent material facts. This encourages the insurer to partake in the contract on particular terms and premiums, before and during the contract's duration. In the wider sense, it necessitates honest fair dealing in addition to the requirement to reveal and be clear and succinct in all contracts, including insurance contracts. A few Islamic scholars of law have given attention to the principle of *utmost good faith* and clarified it to be similar to the *principle of good faith*, i.e., to offer the necessary facts accurately and truthfully, to their contracted party (Abu Orabi, 2011:254).

Abu Orabi states that the key importance of the principle of *utmost good faith* within insurance contracts is due to the variation in the severity of remedies in

¹³ Art.21 LSCIC2003.

¹⁴ Art.19 LSCIC2003.

¹⁵ Art.9 IMCOCR2008.

¹⁶ Art.9 IMCOCR2008.

comparison to other types of contracts, such as contracts of insurance termination, termination of insurance contract, the loss of the right to insurance over claims, and insurance contract avoidance. Abu Orabi differentiates between legal remedies associated with insurance contracts and other types of contract necessitating recognition of the difference between the principle of *good faith* and the *principle of utmost good faith* (Abu Orabi, 2011:183).

This type of legal remedy is already available and applicable in Islamic contracts for violation of the principle of *good faith*. However, it is worth noting that the principle of *utmost good faith*, the difference between the *principle of good faith* and *utmost good faith* are not recognised in the Saudi Arabian Monetary Authority's regulations (SAMA). Insurance principles, utmost good faith, and its consumer information function among them, can be found outlined on SAMA's website. However, SAMA states no difference between the principles of *utmost good faith* and *good faith*, nor does it use any insurance regulations to identify and explain these principles.

Consequently, SAMA seems to be adopting other jurisdictions' interpretation. However, the Islamic perspective on the principle of *good faith* is more fitting as it does not acknowledge any distinctions between *utmost good faith* and *good faith*. Most Islamic legal scholars do not state the principle of utmost good to be distinct from good faith, and therefore they are likely to adopt only the principle of *good faith*, since they do not see a specific need to implement such a distinction. Sharia law does not recognise the principle of *utmost good faith*, but, importantly, the principle of *good faith* encompasses *utmost good faith*. The Islamic Research Journal states that insurance contracts are based on the principle of *good faith*, seeing it as an essential element with faith, and reliability in this type of contact and consensual contracts (Thanasegaran, 2016:28).

Ordinarily, *bad faith* is considered a violation of the principle of *good faith* in Islamic contract law. Situations of bad faith, which arise when a violation of the duty of good faith occurs, are well-provided for under Sharia. Were the bad faith to have taken place before the contract's end and the claimant had proven this, as is their responsibility, it is possible for the contract to be declared void. If, however, the bad faith had taken place at a point during the contract, and was this proven, it would be possible to end the contract. As Saudi laws and regulations make no mention of legal remedy details, especially in cases of bad faith, universal Islamic contract requirements and principles will resolve this issue (Hasson, 1969).

In contrast, the approach of the General Secretariat of the Committees for Resolution of Insurance Disputes and Violations (CRIDV) to the issue in Saudi Arabia is to administer the principle of *utmost good faith*, but with further responsibilities¹⁷. This is applicable since the principle of utmost good faith may be administered in other ways, for instance, to enact the duty to notify in addition to the duty of the insured to clarify the policy exceptions. Additionally, the Law Commissions observed the *judicial flexibility* of good faith to resolve unusual and challenging difficulties. This *perceived*

¹⁷ An official insurance dispute resolution and violation body is established in the Kingdom of Saudi Arabia; its website, which details reports and analyses. Available at: <https://www.idc.gov.sa/en-us/Pages/default.aspx> [Accessed 03th September 2020].

flexibility may be a factor in the expansion of this principle. For instance, it has been deemed unreliable in balancing party relationships where the insurer may depend on their right to avoid paying a claim, when exercising of this right is unreasonable. Likewise, a CRIDV decision aimed to rebalance the contracting parties' situations based on utmost good faith. The Committee concluded that a strict reliance on the terms of the policy would injure the insured unjustly. Consequently, the Committee concluded the term to be arbitrary, and as a result, annulled it (Hasson, 1969).

Additionally, as the exchange of information should occur in good faith, the understanding of duty of fair presentation should be viewed with consideration of the principle of *utmost good faith*. A relevant example of this was offered by the Law Commissions. They note that if a court were to find that some material facts had been deliberately concealed by the insured, and there were not expected to be any additional queries about these facts and details, this would be seen as violation of the duty of fair presentation since the reading of this duty covers the need to act in good faith when offering information.

A resemblance can clearly be seen between the UK jurisdiction's duty of fair presentation and Saudi Arabia's duty of disclosure since both contain components of disclosure and the requirement to avoid misrepresentation. Considering this, many decisions have been viewed as violations of the duty of disclosure by CRIDV, constructed on this reading of the principle of *utmost good faith*. Examples of this will be given shortly. It is also important to note that if violation was not detrimental, or did not escalate the loss, it is not considered a violation.

By considering these three potential uses of the 'interpretative principle' of good faith, evidence suggests that good faith is viewed positively by Saudi and the UK jurisdictions. Additionally, the reading of these three potential uses seems not to applicable beyond those situations. Importantly, good faith is at the core of the duty of fair presentation may also be used to regulate dishonest claims. It is a feature of the regulation of a violation.

Consequently, the differences between the principles of *utmost good faith*, *good faith*, *dishonest claims*, and the *duty of fair presentation of risks* are evaluated largely through investigation of the remedies existing should a violation occur, rather than considering them as the course of the duty of fair presentation of risk or responsibility to make honest claims. Furthermore, although the principle of *utmost good faith* creates terms implicit in an insurance contract, the principle itself cannot be viewed as an implicit term ('Uthaymeen, 2002:65—67).

On the other hand, unlike what is seen in Saudi jurisdiction, the principle of *utmost good faith* influences other responsibilities concerning the use of good faith, as demonstrated previously, and not only in unusual or difficult cases. In all cases the principle of *utmost good faith* is requisite for insurance contracts to allow the collection of damages, if violation takes place, which is comparable to the model used in Australia. It was the opinion of other legal scholars that the *interpretation of the wording* of insurance contracts should include use of the principle of *utmost good faith*. This point of view received support in the form of the Law Commissions' example whereby the principle of *utmost good faith* is seen as a method of interpretation of the duty of fair presentation.

The consequence of this is due to expanding the range of the principle of *utmost good faith*. Consequently, the principle of *utmost good faith* is more supple and useful than with the previous English approach, particularly after ending evasion as a remedy by S14 of IA. Thus, the reading of the duty of fair presentation of risks in business insurance or the duty of reasonable care to avoid misrepresentation in consumer insurance should be undertaken with due consideration of the principle of *utmost good faith* (Shukrī, 2011:721).

Furthermore, using the Law Commissions report as a basis, the first application of the principle of *utmost good faith* to understand the duty of fair presentation of risks, involved *good faith* in the information exchange, as codified in S3(3) of IA 2015. It is for the courts to consider future applications. However, while using the principle of *utmost good faith* as an explanatory principle, it is important to acknowledge two disadvantages. Firstly, both the Saudi and UK jurisdictions should consider the principle with a wider scope. The consequence of this may be a broader application than the current English common law position. Secondly, because of this, contracting parties, and particularly the insured, maybe unclear in their reading of the principle of *utmost good faith*. This is of key importance in consumer insurance and the lack of distinction between *good faith* and *utmost good faith* is being queried by customers and insurance employees. A possibility exists, therefore, for further confusion particularly among those insured parties without a professional knowledge of the topic and only a limited or a total lack of experience in consumer insurance in either jurisdiction (Hasson, 1969). This demonstrates the importance of the recent UK reform. Yet, it remains incomplete due to its focus on the insured alone, instead of offering a balanced view of responsibilities on both insuring and the insured parties (Lowry et al., 2011:128).

Saudi Disclosure

The KSA legal jurisdiction deems the entire market to be consumers and no distinction is made between businesses and consumers. In both cases the pre-contractual duty of the insured is wholly based on the principle of *utmost good faith*¹⁸. Similarities therefore exist between Saudi Arabia's approach and the UK's previous law, which was founded on the now abolished S18-20 of the MIA, covering not only the duty of disclosure and misrepresentation but also the duty of fair presentation of risks. Yet, Saudi jurisdiction upholds the duty of disclosure and misrepresentations; Article 5(1) of ICPP obliges consumers to offer truthful, complete, and exact answers about material facts during the form-filling and proposal process, which can be seen to be comparable to CIDRA but also including the requirement to disclose.

Article 2 of Insurance Consumer Protection Principles (ICPP) obliges consumers to avoid concealment from, and deception of, the insurer. Due to the numerous

¹⁸ Decision No.70/R/1433H, which was upheld by appeal decision No.269/a/1436H (2015) of the Committees for Resolution of Insurance Disputes and Violations in Riyadh; decision No.128/R/1435H (2014), which was upheld by appeal decision No.704/a/1436H (2015) of the Committees for Resolution of Insurance Disputes and Violations in Riyadh; and decision No.38/J/1429 H (2008) of the Committees for Resolution of Insurance Disputes and Violations in Jeddah.

differences between individual, corporate, and professional insurance, there is a clear need for acknowledgement of the market as the term *consumers* include both business and the individual insured in a similar manner in the UK context. It is vital that the Saudi jurisdiction adopts the duty of reasonable care not to make misrepresentation since individual consumers and businesses may have different degrees of understanding, experience, and knowledge (Shukrī, 2011:721).

The Saudi jurisdiction offers further consumer protection in the process of applying for insurance policies online. Articles 36 and 37 of OIAR oblige insurers to offer the insured their proposals, cover limits, terms and conditions and endorsements when online insurance policies are issued in Saudi Arabia. The insured must be emailed a comprehensive copy of the policy as stated in Article 36 of OIAR. The regulation obliges insurers to make sure that the insured can review, print, and download their copy of the insurance policy, as required in Article 37 of OIAR. Consumers without a solid understanding of which forms of information are needed would therefore be awarded genuine protection. A further protection would be offered by requiring insurers to send this information after the policy has issued. This would avoid the serious problems seen in *Southern Rock Insurance Co. Ltd v Hafeez*, where no insurance proposal was offered (Shukrī, 2011:721).

All things considered, irresponsible or intentional misrepresentation allows the insurer the right to circumvent the insurance policy, though, this right is limited by obliging it to be applied in good faith and it is the duty of the insurer to prove such irresponsibility or deliberate misrepresentation. Additionally, if the insurer fails to demonstrate irresponsible or deliberate misrepresentation, the situation will be found in the consumer's favour. No law exists that is comparable to the duty of fair presentation of risks in Saudi insurance law due to the lack of separation between the pre-contractual duties of the insured and the principle of *utmost good faith*, which, as we have seen, is similar to the previous UK law.

The matter of the burden of proof being on the insurer to show innocent misrepresentation is demonstrated in a number of CRIDV decisions. Such as decision No.38/J/1429 H (2008) of the CRIDV in Jeddah. While in decision No 38/D/1429H (2008) in Dammam, the insurer claimed to avoid the insurance policy on the basis that the insured had breached the doctrine of good faith by making a misrepresentation of material facts regarding their medical history. Herein, the insurer enquired about the insured's medical history, but the insured denied having any prior health issues whatsoever, thus prompting the insurer to enter into the contract.

The Committee found that the insured did not misrepresent material facts as the insurer could not specifically prove that the insured had known these facts prior to the conclusion of the policy. There are similar cases of this kind in Saudi such as decision No.73/D/1435 H (2014), which was upheld by appeal decision No.391/a/1436 H (2015) of the CRIDV in Dammam and decision No.167/R/1435 H (2014) of the CRIDV in Riyadh.

In another case the insurer refused to pay indemnities to the insured because the insurer was able to prove that the insured misrepresented their medical history, and the CRIDV accepted the insurer's refusal in decision No. 35/R/1435 H (2014) in Riyadh.

The CRIDV found that the insured had breached the doctrine of utmost good faith (Aljallal, 2014).

However, it may be seen that Saudi jurisdiction has the duty of disclosure enshrined within it. The following section will critique and evaluate the duty of disclosure in the UK and Saudi Arabia, in its retained business insurance roles (Mahat, 2015:3).

Under Articles 2 and 5.1 of the ICPP, the duty of disclosure requires not only the provision of information to be accurate, honest, and clear with integrity and transparency, but also to abstain from concealing or dealing ambiguously with any important, inadequate, or inaccurate information to both the insurer and the insured. Importantly, this is a more effective definition of the duty of disclosure compared to its previous definition in Article 55 of IRCICCL as a requirement to reveal any information that is pertinent to an insurance policy proposal. Furthermore, the said proposal should be comprehensively considered in the event of any disagreements regarding any information provided.

As the situation currently stands, the duty of disclosure is particularly thorough since it is a duty on both parties. The proposal mirrors Article 42 of IMCCR, stating that the amount of information to be released to the insurer should be restricted to information what a *reasonable person* believes important to reveal (Mahat, 2015:8). One issue of the reasonable person assessment in Article 4 of ICPP requires *special care* to be offered by insurers to customers with learning impairments, the elderly and those with an incomplete education. This special care should cover offering advice, explaining, and simplifying the differences between policies, and guarantee full comprehension of terms and conditions.

As a result, it is clear that while the ICPP acknowledges differences between types of consumer, it does not define how a *reasonable person* is to be interpreted when considering these differences. Consequently, the issue to be resolved is to decide whether these given special consumer classes should be seen as a limitation to the reasonable person test, or an exemption to it. Of key importance to the issue is that it is the insurer's duty to provide the burden of proof that the insured has behaved in a manner different from a reasonable consumer, therefore demonstrating violation of the duty of disclosure (Mahat, 2015:12).

Misrepresentation

In the Saudi jurisdiction, the important difference between misrepresentation and non-disclosure is the deliberate intention to act dishonestly and in bad faith by falsifying the material facts. It is the duty of the insurer to demonstrate the burden of proof that the insured has deliberate intention to deceive and misrepresent. If this deliberate intention is not proven, then good faith should be presumed. This requirement of intent creates another condition in establishing fraud, namely that the insured intends to injure the insurer or influence the insurer's decision to participate in the policy of the specific terms or the level of premium (Mahat, 2015:3).

Conclusion

This article has critiqued Saudi insurance regulations from two core aspects. First, the duty of disclosure is based on a number of legal regulations under Saudi jurisdiction. It is thought that this could result in consumer difficulties understanding requirements about pre-contractual duties. The article finds it preferable to cover these pre-contractual duties in one comprehensive regulation rather than several of them. Secondly, thorough terms of the insured's pre-contractual duties may be overlooked, for instance, provisions regarding the two parties' understanding of waivers, remedies, renewals and differences — all of which involve additional regulatory attention.

Moreover, in Saudi insurance law the remedies for breaching post-contractual duty of good faith are quite vague whereas within English insurance law there is a clear emphasis on *avoidance ab initio*. We must mention however, that there are some remedies provided for by the CRIDV for breaches of the pre-contractual duty.

The urgency of appropriate legal remedies cannot be overstated since the ICPP offers no remedies in cases of consumer duty violations. Consumer needs can only be met with clear-cut and detailed regulation. However, it must not be overlooked that Islamic contract law comprehensively covers several legal remedies including the concept of deprecation. The research therefore strongly endorses application of these theories within Saudi insurance regulation.

References

- Abu Orabi, G. (2011) *Insurance Contracts: a Comparative Study*. Dār Waa'il. (in Arabic).
- Aljallal, A.I.A. (2014) *The duty of good faith in insurance law: a study of Saudi law compared to English law*. T. 2. University of Southampton, School of Law, Doctoral Thesis.
- Birds, J. (2016) *Birds' Modern Insurance Law*. Sweet & Maxwell.
- Hasson, R.A. (1969) The Doctrine of Uberrima Fides in Insurance Law: a critical evaluation. *The Modern Law Review*. 32 (6), 615—637.
- Hodges, S. (1999) *Cases and Materials on Marine Insurance Law*. London, Cavendish Publishing Ltd.
- Lowry, J. (2009) Whither the Duty of Good Faith in UK Insurance Contracts Whither the Duty of Good Faith in UK Insurance Contracts?" *Connecticut Insurance Law Journal*. 16 (1), 97—156.
- Lowry, J., Rawlings, P. & Merkin, R. (2011) *Insurance Law: Doctrines and Principles*. Edition 3rd. Hart Publ.
- Lowry, J. & Rowling, P. (2012) That Wicked Rule, that Evil Doctrine: Reforming the Law on Disclosure in Insurance Contracts. *Modern Law Review*. 75(6), 1099—1122.
- Mahat, M.A.A. (2015) *The Doctrine of Khiyar al-'Ayb as proposed by Muslim Jurists and its Maqāsid in Islamic Transactions*. In: International Conference on Maqasid al-Shari'ah in Public Policy and Governance. Malaysia, International Institute of Advanced Islamic Studies (IAIS).
- McGee, A. (2014) The Reform of English Insurance Law: Attracting Business in the 21st Century. *The Asian Business Lawyer*. (16), 73—85.
- Merkin, R. & Lowry, J. (2008) Reconstructing Insurance Law: The Law Commissions' Consultation Paper. *Modern Law Review*. 71 (1), 95—113.
- Merkin, R. (2016) What Does an Assured 'Know' for the Purpose of Pre-Contractual Disclosure? *27 Insurance Law Journal*.
- Merkin, R.M. (2010) *Colinvaux's Law of Insurance*. London, Sweet and Maxwell.

- Merkin, R. & Gürses, O. (2015) The Insurance Act 2015: Rebalancing the Interests of Insurer and Assured. *Modern Law Review*, 78 (6), 1004—1027.
- Merkin, R. & Gürses, O. (2016) Insurance Contracts after the Insurance Act 2015. *Law Quarterly Review*. 132 (3), 445—469.
- Noussia, K (2019) Transparency in the Insurance Contract Law of England. In: Pierpaolo Marano & Kyriaki Noussia (eds.) *Transparency in Insurance Contract Law*. Cham, Switzerland, Springer. pp. 573—590.
- Thanasegaran, H. (2016) *Good Faith in Insurance and Takaful Contracts in Malaysia: A Comparative Perspective*. Singapore, Springer Science and Business Media.
- Tyldesley, P. (2013) Reform at Last. In: Tyldesley P. (ed.) *Consumer Insurance Law: Disclosure, Representation, and the Basis of Contract Clauses*. Bloomsbury.
- Shukrī, B. (2011) *At-Ta'meen fi't-Tatbeeq al-Qadā' wa'l-Qānūn*. Dār uth-Thaqāfah. (in Arabic).
- 'Uthaymeen, M. (2002) *Ash-Sharh Al-Mumti' Ala Zad Al-Mustaqni'*. Т. 11. Dār Ibn ul-Jawzī. (in Arabic).
- Wang, F. (2017) *Illegality in Marine Insurance Law*. Abingdon, Oxon, Routledge.

About the author:

Khalaf Albalawi — Doctor, Assistant Professor of Commercial Law and Insurance Law, Law School, Tabuk University; University City, Staff Campus, Tabuk 47512, Saudi Arabia
e-mail: km.albalawi@ut.edu.sa

Об авторе:

Альбалави Халаф — доктор, доцент коммерческого права, страхового права, юридический факультет, Университет Табук; 47512, Саудовская Аравия, г. Табук, Университетский городок, кампус персонала
e-mail: km.albalawi@ut.edu.sa

ПРАВО И ЦИФРОВЫЕ ТЕХНОЛОГИИ

LAW AND DIGITAL TECHNOLOGY

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-601-619

Научная статья

Цифровизация государственного экологического управления: правовые аспекты

В.Н. Власенко^{*}, А.С. Ширококов

Российский государственный университет правосудия,

*г. Москва, Российская Федерация,***kafzem@rsuj.ru*

Аннотация. Рассмотрены особенности цифровой трансформации следующих государственных функций: информационное обеспечение в сфере охраны окружающей среды; государственный учет объектов негативного воздействия на окружающую среду; нормирование в сфере охраны окружающей среды (в части применения наилучших доступных технологий); государственный экологический надзор; администрирование платы за негативное воздействие на окружающую среду (НВОС). Обосновывается, что сведения государственного реестра объектов негативного воздействия, формируемые в результате государственного учета объектов, оказывающих негативное воздействие на окружающую среду, данные об осуществлении государственного экологического надзора и администрирования платы за НВОС, должны стать основой для принятия экологически значимых решений. Для расширения сфер использования этих сведений предлагается обеспечить интероперабельность данных государственного реестра. Кроме того, авторы приходят к выводу, что, во-первых, цифровизация технологического нормирования на основе наилучших доступных технологий (далее также НДТ) связана с применением таких технологий, как регулирование оборота данных, экспериментальные правовые режимы (регуляторные песочницы) и оценка соответствия применяемой технологии наилучшей доступной технологии, во-вторых, при осуществлении государственного экологического надзора планировать проверки следует исходя из категории опасности объектов негативного воздействия, при проведении проверок использовать по возможности дистанционные способы контроля, внедрить электронные проверочные листы для самопроверки предприятий. Наконец, цифровизация исчисления и взимания платы за НВОС должна обеспечить бесперебойное функционирование расчета платы плательщиком в цифровом формате и контроля за правильностью исчисления и взимания со стороны контролирующего органа.

Ключевые слова: цифровизация, государство, экологическое управление, государственный учет, интероперабельность данных, экологическое нормирование, экологический надзор

Конфликт интересов. Авторы заявляют об отсутствии конфликта интересов.

Информация о вкладе авторов: Власенко В.Н. — общий обзор, анализ и подборка научного материала (юридической доктрины), копирайтинг; Ширококов А.С. — анализ и подборка правовых актов, научного материала, заключение.

© Власенко В.Н., Ширококов А.С., 2021

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 января 2021 г.

Дата принятия к печати: 15 апреля 2021 г.

Для цитирования:

Власенко В.Н., Широбоков А.С. Цифровизация государственного экологического управления: правовые аспекты // RUDN Journal of Law. 2021. Т. 25. № 2. С. 601—619. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-601-619

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-601-619

Research Article

Digitalization of state environmental management: Legal aspects

Valery N. Vlasenko^{*}, Alexey S. Shirobokov

Russian State University of Justice,
Moscow, Russian Federation,
^{*}kafzem@rsuj.ru

Abstract. This article discusses the features of the digital transformation of the following state functions: information support in the field of environmental protection, state accounting in the field of environmental protection, regulation in the field of environmental protection (in terms of the use of the best available technologies), state environmental supervision, and administration of fees for negative environmental impact (NVOS). It is proved that the data of the state register of objects of negative impact, formed as a result of the state accounting of objects that have a negative impact on the environment, the implementation of state environmental supervision, and the administration of fees for NWOS should become the basis for making environmentally significant decisions. To expand the scope of use of this information, it is proposed to ensure the interoperability of the state register data. In addition, the authors come to the conclusion that digitalization of technological rationing based on the best available technologies (hereinafter also BAT) is associated with the use of such technologies as data turnover regulation, experimental legal regimes (regulatory sandboxes) and assessment of the compliance of the applied technology with the best available technology. Moreover, when implementing state environmental supervision, inspections should be planned based on the hazard category of objects of negative impact and when conducting inspections, remote control methods should be used. It is also essential to introduce electronic test sheets for self-checking enterprises. Finally, the digitalization of calculating and collecting fees for NVOS should ensure the smooth functioning of calculating fees by the payer in digital format and control over the correctness of calculation and collection by the supervisory authority.

Key words: digitalization, government, environmental management, government accounting, data interoperability, environmental regulation, environmental supervision

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

The participation of the authors: Vlasenko V.N. — general review, analysis and selection of scientific material (legal doctrine), copywriting; Shirobokov A.S. — analysis and selection of legal acts, scientific material, conclusion.

Article received 10th January 2021

Article accepted 15th April 2021

For citation:

Vlasenko, V.N., Shirobokov, A.S. (2021) Digitalization of state environmental management: Legal aspects. *RUDN Journal of Law*. 25 (2), 601—619. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-601-619

**Правовое регулирование цифровизации
в сфере охраны окружающей среды**

Цифровая экономика как система экономических отношений, в которой данные в цифровой форме являются ключевым фактором производства во всех ее сферах (Vaipan, 2018:12), обуславливает значительный экономический рост, и ее влияние в настоящее время распространяется не только на информационные товары или услуги в других сферах экономики, но и на жизнь в более общем смысле (Belikova, 2018:26). В этой связи согласимся с Шатковской Т.В., что «формируемые сегодня институты цифрового права не могут быть нацелены исключительно на приоритет рынка и экономических законов, обеспечение права сильнейшего победителя в конкурентной борьбе... Ценностным ориентиром цифровизации необходимо избрать благо человека, общества и государств... формирование условий для совершенствования национальных правовых культур в направлении достижения общечеловеческих ценностей, способствующих единству в многообразии и общему благу» (Shatkovskaya, 2019:30). Конечной целью цифровизации в сфере оказания государственных и муниципальных услуг заключается в повышении качества обслуживания, обеспечении прозрачного и эффективного взаимодействия, повышении уровня доверия населения к институтам публичной власти (Alimova, 2020:250—255).

Термин «цифровизация» активно используется в научном обороте, в том числе применительно к государственному управлению (Zubarev, 2020:23—32; Popova, 2020:48—53; Tikhomirov & Nanba, 2019), несмотря на то, что в официальных нормативных источниках данное понятие не дается. Лишь в Разъяснениях по разработке региональных проектов в рамках федеральных проектов национальной программы «Цифровая экономика Российской Федерации» под цифровизацией предлагается понимать процесс организации выполнения в цифровой среде функций и деятельности (бизнес-процессов), ранее выполнявшихся людьми и организациями без использования цифровых продуктов¹. В широком смысле под цифровизацией понимается современный общемировой тренд развития экономики и общества, который основан на преобразовании информации в цифровую форму и приводит к повышению эффективности экономики и улучшению качества жизни (Khalin & Chernova, 2018:47).

В соответствии с Указом Президента Российской Федерации от 7 мая 2018 г. № 204 «О национальных целях и стратегических задачах развития Российской Федерации на период до 2024 года» сформирована национальная программа «Цифровая экономика Российской Федерации».

¹ Приказ Минкомсвязи России от 01.08.2018 № 428 «Об утверждении Разъяснений (методических рекомендаций) по разработке региональных проектов в рамках федеральных проектов национальной программы «Цифровая экономика Российской Федерации» // СПС «Консультант Плюс».

В качестве одной из задач программы указывается создание системы правового регулирования цифровой экономики, основанной на гибком подходе в каждой сфере. Данная задача реализуется в соответствии с федеральным проектом «Нормативное регулирование цифровой среды», руководство которым осуществляет Министерство экономического развития Российской Федерации.

Путем разработки нормативных актов федеральный проект призван решить следующие задачи: 1) снятие первоочередных барьеров, препятствующих развитию цифровой экономики; 2) регулирование сквозных межотраслевых вопросов в цифровой среде (таких, как идентификация субъектов правоотношений, оборот данных, электронный документооборот).

Помимо этого, задачами правовой трансформации являются:

— создание правовой базы для сбора, хранения и обработки информации, ее защиты от сторонних посягательств, соблюдения интересов участников взаимоотношений в цифровой экономике;

— внедрение результатов интеллектуальных разработок;

— совершенствование антимонопольного законодательства и практики внедрения инноваций;

— адаптация механизма правовой защиты интересов потребителей в соответствии с новыми условиями ведения бизнеса;

— формирование обновленной системы сбора и обработки статистической информации;

— формирование инфраструктуры для интенсивного развития цифровой составляющей в экономике (Plotnikov, 2019:217—224).

Цифровая трансформация затрагивает все стороны жизни современного общества, не является исключением и сфера охраны окружающей среды, обеспечения экологической безопасности и природопользования. Одним из основных свойств цифровых технологий является то, что они являются «сквозными» и универсальными для различных сфер жизни общества. Справедливым в этой связи представляется тезис о том, что используемые цифровые технологии не предлагают готовых способов решений экологических задач, они позволяют существенно облегчить процесс обработки большого объема статистической информации, сделать возможным осуществление ее глубокого и всестороннего анализа в кратчайшие сроки, качественно изменить управленческую деятельность в определенной сфере в целом (Sukhova, Abanina, 2020:17).

Определенные направления цифровизации были закреплены в утвержденных Президентом РФ 30 апреля 2012 г. Основах государственной политики в области экологического развития Российской Федерации на период до 2030 г.² (далее — Основы государственной политики в области экологического развития). В Основах государственной политики в области экологического развития перечислены конкретные механизмы, направленные на автоматизацию системы государственного экологического мониторинга и прогнозирования чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера (оснащение современной

² Основы государственной политики в области экологического развития Российской Федерации на период до 2030 года // СПС «Консультант Плюс».

измерительной, аналитической техникой и информационными средствами, использование инструментальных (автоматизированных) систем, развитие программ обработки данных — п. 18), также механизмы по обеспечению эффективного участия заинтересованной общественности и бизнес-сообщества в решении вопросов, связанных с охраной окружающей среды и обеспечением экологической безопасности (обеспечение открытости и доступности информации о состоянии окружающей среды и мерах по ее охране, обеспечение публичности информации, содержащейся в декларациях и разрешениях на воздействие на окружающую среду, повышение информационной открытости промышленных предприятий в части их негативного воздействия на окружающую среду и предпринимаемых мер по снижению такого воздействия — п. 21 Основ государственной политики в области экологического развития).

Указом Президента РФ от 09.05.2017 № 203 «О Стратегии развития информационного общества в Российской Федерации на 2017—2030 годы» определены цели, задачи и меры по реализации внутренней и внешней политики в сфере применения информационных и коммуникационных технологий, а также указаны приоритеты развития информационного общества, в том числе: формирование информационного пространства с учетом потребностей в получении качественных и достоверных сведений; создание и применение российских информационных и коммуникационных технологий, обеспечение их конкурентоспособности на международном уровне³.

Особенности цифровизации в сфере охраны окружающей среды целесообразно рассматривать по основным функциям экологического управления. Цифровой трансформации в настоящее время наиболее подвержены следующие функции государственного экологического управления: информационное обеспечение в сфере охраны окружающей среды (обеспечение экологической информацией); государственный учет объектов негативного воздействия на окружающую среду; технологическое нормирование на основе применения наилучших доступных технологий; государственный экологический надзор; администрирование платы за негативное воздействие на окружающую среду.

Информационное обеспечение в сфере охраны окружающей среды и государственный учет объектов негативного воздействия на окружающую среду

Основой для выполнения в упомянутых Указах Президента РФ задач по обеспечению полноты и доступности экологической информации является формирование электронных баз данных, связанных с осуществлением природоохранной деятельности. При формировании электронных баз данных (Big data) необходимо такое установление правового режима государственных информационных ресурсов, чтобы была расширена возможность их использования различными субъектами, в том числе представителями заинтересованной общественности в рамках осуществления общественного контроля.

³ Указ Президента РФ от 09.05.2017 № 203 «О Стратегии развития информационного общества в Российской Федерации на 2017—2030 годы» // СЗ РФ. 2017. № 20, ст. 2901.

К указанным государственным информационным ресурсам в области охраны окружающей среды относится *государственный реестр объектов, оказывающих негативное воздействие на окружающую среду*. Правовое регулирование ведения данного реестра осуществляется статьями 69, 69.2 Федерального закона от 10.01.2002 № 7-ФЗ «Об охране окружающей среды»⁴ (далее — Федеральный закон «Об охране окружающей среды»), Постановлением Правительства РФ от 23.06.2016 № 572 «Об утверждении Правил создания и ведения государственного реестра объектов, оказывающих негативное воздействие на окружающую среду» (далее — Правила создания и ведения государственного реестра)⁵.

Государственный реестр объектов негативного воздействия функционирует в электронном виде, что способствует снижению значительных транзакционных издержек на документарную подготовку, оформление, архивирование регистрационных документов для владельцев объектов негативного воздействия и государства в лице его компетентных органов власти, упрощает процедуры и сроки совершения соответствующих регистрационных действий. При этом некоторые регистрационные действия в указанном реестре дублируются в документарном виде (например, выдача свидетельств о постановке данного объекта на государственный учет, актуализации сведений и снятии с учета).

Правила создания и ведения государственного реестра предусматривают бумажную или электронную форму подачи заявительной документации о постановке объекта на учет. Электронная заявка подается с использованием федеральной государственной информационной системы «Единый портал государственных и муниципальных услуг (функций)» или официального сайта Федеральной службы по надзору в сфере природопользования в сети «Интернет» (п. 36 Правил создания и ведения государственного реестра объектов, оказывающих негативное воздействие на окружающую среду, утв. Постановлением Правительства РФ от 23.06.2016 № 572). Приказом Росприроднадзора от 06.02.2020 № 104 «Об утверждении Административного регламента предоставления государственной услуги по государственному учету объектов, оказывающих негативное воздействие на окружающую среду, подлежащих федеральному государственному экологическому надзору»⁶, также закреплено, что заявительные документы могут быть направлены в бумажном виде почтовым отправлением или в электронной форме через личный кабинет в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» по адресу: <https://lk.fsrpn.ru> (п. 20 Административного регламента).

Порядок пользования личным кабинетом природопользователя (далее также ЛКП) в настоящее время установлен в виде инструкций, которые определяют последовательность действий в ЛКП по представлению отчетности в сфере

⁴ Федеральный закон от 10.01.2002 № 7-ФЗ «Об охране окружающей среды» // СЗ РФ. 2002. № 2, ст. 133.

⁵ Постановление Правительства РФ от 23.06.2016 № 572 «Об утверждении Правил создания и ведения государственного реестра объектов, оказывающих негативное воздействие на окружающую среду» // СЗ РФ. 2016. № 27 (часть III), ст. 4474.

⁶ Приказ Росприроднадзора от 06.02.2020 № 104 «Об утверждении Административного регламента предоставления государственной услуги по государственному учету объектов, оказывающих негативное воздействие на окружающую среду, подлежащих федеральному государственному экологическому надзору» // СПС «Консультант Плюс».

охраны окружающей среды и получению разрешительной документации в указанной сфере⁷. Следует констатировать, что правовая природа данных инструкций не определена. По сути, алгоритм, реализованный в данных программах ЭВМ, субъекты ЛКП выполняют добровольно. На их использование отсутствуют административные регламенты, отсутствуют приказы Федеральной службы по надзору в сфере природопользования по описанию общеобязательных XML форматов⁸. Отсутствуют правовые нормы, устанавливающие обязанность органов Росприроднадзора по фиксации приема обращений природопользователей, защиты их от непроизвольного вмешательства со стороны третьих лиц и обязательного реагирования на данные обращения в электронном формате. Технические инструкции по работе с программами ЭВМ и нормы автоматического исполнения (нормы, исполняемые без участия государственных органов и должностных лиц) должны стать составной частью установления цифрового правопорядка. Автоматический режим при этом должен обеспечивать достоверность передаваемой информации, запросов документов и сведений, необходимых для получения государственных услуг; законность осуществления административных процедур автоматического воздействия на природопользователя; добросовестность природопользователей, в отношении которых осуществляется автоматическое исполнение функций; сопоставимость информационных систем и сервисов органов государственной власти всех уровней, участвующих в предоставлении государственной услуги; своевременность осуществления функций органов государственной власти; доступность электронных сервисов, используемых при автоматическом воздействии на природопользователей.

Таким образом, субъектам хозяйственной деятельности предоставлена возможность самостоятельно выбирать способ взаимодействия с государственным органом при формировании данных государственного реестра. Правилами создания и ведения государственного реестра не предусмотрено осуществление проверки достоверности сведений, указанных в заявке. Поскольку при электронном взаимодействии природопользователи самостоятельно участвуют в формировании данных государственного реестра, в целях обеспечения достоверности сведений данного государственного информационного ресурса и отсутствия необходимости их повторной проверки важно в случаях формирования реестра природопользователями предусмотреть надлежащую проверку представляемых

⁷ В частности, через ЛКП можно получить следующие государственные услуги: лицензирование деятельности по сбору, транспортированию, обработке, утилизации, обезвреживанию, размещению отходов I—IV классов опасности; утверждение нормативов образования отходов и лимитов на их размещение; выдача разрешений на выбросы вредных (загрязняющих) веществ в атмосферный воздух (за исключением радиоактивных веществ); выдача разрешений на сбросы веществ (за исключением радиоактивных веществ) и микроорганизмов в водные объекты; проведение государственной экологической экспертизы федерального уровня и др.

⁸ XML (eks em 'el/ англ. *eXtensible Markup Language*) — расширяемый язык разметки. Рекомендован Консорциумом Всемирной паутины (W3C). Спецификация XML описывает XML-документы и частично описывает поведение XML-процессоров (программ, читающих XML-документы и обеспечивающих доступ к их содержимому). XML разрабатывался как язык с простым формальным синтаксисом, удобный для создания и обработки документов программами и одновременно удобный для чтения и создания документов человеком, с подчеркиванием нацеленности на использование в Интернете. Режим доступа: <http://sibacademsoft.ru/xml> (дата обращения: 02.02.2021).

ими в цифровом формате сведений. Для обеспечения достоверности подаваемой в заявке информации следует применять ст. 8.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях⁹ за умышленное искажение представляемой экологической информации.

В соответствии с пунктом 4 статьи 69 Федерального закона «Об охране окружающей среды» государственный реестр объектов, оказывающих негативное воздействие на окружающую среду, включает в себя достаточно широкий круг сведений: о хозяйствующем субъекте и его месте нахождения, о виде хозяйственной и (или) иной деятельности, категории объекта, об объеме производимой продукции (работах, услугах), об имеющихся заключениях экологической экспертизы и экспертизы проектной документации, о стационарных источниках, об объемах негативного воздействия (выбросы, сбросы, размещение отходов), о декларациях о плате за негативное воздействие на окружающую среду, о комплексных экологических разрешениях или декларациях о воздействии на окружающую среду, о программе производственного экологического контроля (ПЭК) и ее результатах, о мероприятиях по снижению негативного воздействия на окружающую среду, о применяемых на объектах I категории технологиях и об их соответствии НДТ, о результатах осуществления государственного экологического надзора, о технических средствах и технологиях по обезвреживанию выбросов, сбросов загрязняющих веществ, отходов производства и потребления и др.

Круг лиц, которые имеют доступ к реестру объектов негативного воздействия, определяется в зависимости от статуса получателя информации. Информация государственного реестра объектов негативного воздействия доступна в разном объеме для трех категорий пользователей: для сотрудников Федеральной службы по надзору в сфере природопользования, для юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, владеющих объектами негативного воздействия, и для физических лиц.

В силу пункта 9 статьи 69 Федерального закона «Об охране окружающей среды» открытой для ознакомления является информация об уровнях и (или) объеме или о массе выбросов загрязняющих веществ, сбросов загрязняющих веществ, о размещении отходов производства и потребления, за исключением информации, отнесенной к сведениям, составляющим государственную или коммерческую тайну.

Обращаясь к данным реестра через единый портал государственных и муниципальных услуг (gosuslugi.ru), видно, что физическим лицам доступна информация о государственном номере объекта, наименовании владельца объекта негативного воздействия, уровне государственного экологического надзора в отношении объекта (федеральный или региональный), категории объекта, категории риска¹⁰, количестве и составе выбросов, фактической массе

⁹ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. 1), ст. 1.

¹⁰ В соответствии с постановлением Правительства РФ от 17.08.2016 № 806 «О применении риск-ориентированного подхода при организации отдельных видов государственного контроля (надзора) и внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации».

сбросов в водные объекты, фактической массе образованных и размещенных отходов, о технических средствах измерения и учета объема сбросов и выбросов. Следует отметить, что данная информация статична и не дает представления о деятельности того или иного субъекта хозяйственной деятельности с точки зрения соблюдения им законодательства в сфере охраны окружающей среды. Полагаем, что допуск физических лиц к данным системы автоматического контроля объектов I категории в реальном времени, к сведениям о результатах контрольно-надзорных мероприятий в отношении объектов негативного воздействия, к отчетности по выполнению планов мероприятий по охране окружающей среды и программ повышения экологической эффективности и другим сведениям о природоохранной деятельности предприятий будет способствовать более оперативному реагированию на экологические правонарушения со стороны общественности.

Важной характеристикой государственного реестра объектов негативного воздействия должны стать принцип совместимости и взаимодействия реестра ОНВ с иными государственными информационными системами и информационно-телекоммуникационными сетями, принцип обеспечения конфиденциальности и безопасности содержащихся в них персональных данных и охраны государственной или коммерческой тайн. Государственный реестр, основанный на данных принципах, обладает таким важным свойством, как интероперабельность данных (на англ.яз. также *data portability*). Интероперабельность представляет собой одно из главных свойств открытых систем, направлена на создание условий свободного оборота данных в условиях развития цифровой экономики и достигается за счет использования согласованных наборов стандартов. Под интероперабельностью в российских нормативных правовых актах аналогично Международному стандарту ISO/IEC 2382-1:1993 *Information technology — Vocabulary — Part 1: Fundamental terms* понимается способность двух или более информационных систем или компонентов к обмену информацией и использованию информации, полученной в результате обмена. Важен такой аспект, как семантическая интероперабельность — способность любых взаимодействующих в процессе коммуникации информационных систем одинаковым образом понимать смысл информации, которой они обмениваются¹¹.

В Федеральной службе по надзору в сфере природопользования наряду с государственным реестром ОНВ (программно-техническое обеспечение учета объектов, оказывающих негативное воздействие на окружающую среду» (<https://onv.fsrpn.ru/#/login>)) действуют следующие, не связанные между собой государственные информационные системы: Единая государственная информационная система учета отходов от использования товаров (<https://uoit.fsrpn.ru>); Эко карта Росприроднадзора (<https://maps.fsrpn.ru>); Кабинет сотрудника ведомства (ksv.fsrpn.ru/#/); Программно-технологический комплекс «Госконтроль» (<https://ksv.rpn.gov.ru/login>); Личный Кабинет природопользователя

¹¹ Отчет об оказании услуг по теме: Разработка концепции комплексного регулирования (правового регулирования) отношений, возникающих в связи с развитием цифровой экономики. Режим доступа: http://www.economy.gov.ru/material/file/bf529854d122ecb01ea9a738cdf47eca/konceptcii_pravovogo_regulirovaniya.docx (дата обращения: 17.07.2020).

(<https://lk.fsrpn.ru/#/unauthorized>); Портал приема отчетности (<https://report.fsrpn.ru>); web-модуль ПТК «Госконтроль» (<https://ptk.fsrpn.ru/Account/Account/LogOn>); ФГИС ПТК «Госконтроль» (<https://edoc.fsrpn.ru>); ПТК «Госконтроль» территориальных органов Росприроднадзора. Данные государственные информационные ресурсы не обладают свойством интероперабельности на сегодняшний день, а многие статистические данные в разных системах представлены в разных электронных форматах (Word, Excel, PDF), что не позволяет корректно и оперативно провести анализ¹². Также к вышеуказанным государственным информационным ресурсам (ГИС) отсутствуют методические рекомендации по применению в работе. Совместимость всех вышеуказанных ГИС и возможность их анализа в одном ресурсе в одинаковом формате обеспечит учет комплексного воздействия на окружающую среду.

Таким образом, формирование общей Big data в части негативного воздействия на окружающую среду и состояния окружающей среды позволит:

— оптимизировать межведомственное электронное взаимодействие между органами государственной власти и органами местного самоуправления в части экологического управления;

— обеспечить оперативный доступ к необходимой экологической информации, не требующей дополнительного исследования на предмет достоверности;

— унифицировать различные информационные системы в органах государственной власти в целях повышения совместимости и устойчивости работы отдельных систем и дальнейшего объединения различных баз данных для использования конечными пользователями технологии «одного окна» (что позволит избежать удвоения информационных ресурсов);

— предоставить удаленный доступ к природоохранной деятельности того или иного хозяйствующего субъекта, к состоянию окружающей среды на конкретной территории;

— реализовать возможность подачи заявлений на оформление разрешительной документации путем заполнения специальных форм на сайтах контрольно-надзорных органов и создание автоматической системы по проверке поступающих документов на предмет их соответствия требованиям законодательства;

— исключить традиционные способы обмена информацией о статусе поданных документов путем направления информации в личный кабинет природопользователя при условии сохранения традиционной письменной формы и возможности отказаться от применения электронных средств связи и использовать традиционные методы извещений;

— детализировать порядок представления, хранения и проверки представленных электронных документов и иной электронной информации;

— использовать там, где это возможно инструменты цифровой экономики такие как смарт-контракты (например, предоставление информации за плату)

¹² Например, статистическая отчетность по форме 2-ТП (отходы) за 2017 год расположена в ПТК «Госконтроль» территориальных органов Росприроднадзора выгружается в формате Excel, за 2018 год на «Портале приема отчетности» выгружается в Word, за 2019 год в «Личном кабинете» выгружается в PDF.

и иные цифровые объекты, в том числе работающие на основе технологии блокчейн или подобных распределенных базах данных;

— использовать цифровые технологии при принятии тех или иных решений (например, автоматизировать принятие решений о выдаче комплексных экологических разрешений, обработку деклараций о воздействии на окружающую среду и деклараций о плате за негативное воздействие и т. д.).

Система технологического нормирования, связанная с применением наилучших доступных технологий

Особой сферой цифровизации является система технологического нормирования, связанная с применением наилучших доступных технологий. Цифровизацию в сфере применения наилучших доступных технологий (далее — НДТ) необходимо развивать в нескольких направлениях: сбор, хранение и управление данными; оценка соответствия применяемой технологии НДТ, представленной в информационно-технических справочниках; применение экспериментальных правовых режимов (регуляторные песочницы).

Правовое регулирование сбора, хранения и управления данными связано с ведением информационно-технических справочников НДТ и технологических показателей НДТ, сбором и хранением показателей выбросов загрязняющих веществ и (или) сбросов загрязняющих веществ при осуществлении автоматического производственного экологического контроля на объектах I категории, иной отчетной информации субъектов хозяйственной и иной деятельности, данных экологического мониторинга и результатов экологического контроля (надзора). Цифровые справочники НДТ, нормативно-техническая и методическая документация по внедрению НДТ признается эффективным способом обеспечения ее сохранности, оперативного внесения изменений и дополнений в нее и возможности ознакомления с ними широкому кругу пользователей. О сборе, хранении показателей системы автоматического контроля субъектов хозяйственной деятельности, результатов и данных экологического контроля (надзора) подробнее говорилось выше.

В качестве одной из проблем, связанных с внедрением наилучших доступных технологий называется отсутствие четкого механизма оценки применяемых (и планируемых к применению) на предприятиях технологий, по отношению к НДТ, представленным в информационно-технических справочниках по НДТ (Zhukov, 2019).

Согласно пункту 11 статьи 28.1 Федерального закона «Об охране окружающей среды» при выдаче комплексного экологического разрешения определяется соответствие применяемых на объекте, оказывающем негативное воздействие на окружающую среду, технологических процессов, оборудования, технических способов и методов наилучшим доступным технологиям.

В настоящее время отсутствует правовое регулирование перевода системы оценки соответствия применяемой технологии НДТ в электронный формат, позволяющее в режиме реального времени проводить процедуры оценки соответствия и получать документы об их результатах, взаимодействовать субъектам

отношений в сфере оценки соответствия, а также взаимно признавать не только документарную, но и электронную форму документов об оценке соответствия.

Полагаем, что оценка соответствия уже применяемой технологии технологическим показателям НДТ в ряде случаев также может быть переведена в цифровую плоскость. Такие критерии применяемой на предприятии технологии, как технологические показатели, объемы осуществляемых выбросов и сбросов загрязняющих веществ, объем отходов производства в расчете на единицу производимой продукции (технологические нормативы), объем потребляемых ресурсов, экономические показатели применяемой технологии, могут выступать критериями оценки их соответствия наилучшей доступной технологии в цифровом формате. Ввод данных показателей с помощью программного обеспечения расчетным путем должен помочь субъектам хозяйственной деятельности проверить соответствие используемой ими технологии показателям наилучшей доступной технологии (хотя бы в целях самопроверки). Перевод оценки соответствия в цифровую форму даже по части указанных критериев позволит исключить субъективизм и коррупциогенный фактор при определении соответствия применяемой на предприятии технологии НДТ в ходе выдачи комплексного экологического разрешения (далее — КЭР).

Электронная оценка соответствия технологических показателей НДТ и технологии конкретного предприятия должна быть добровольной альтернативой, но при этом ее результаты должны приниматься и учитываться в обязательном порядке контрольно-надзорными органами при выдаче КЭР. Добровольный характер объясняется наличием специфики в деятельности различных субъектов хозяйственной и иной деятельности и невозможностью по объективным причинам передачи тех или иных данных деятельности в электронном формате. При электронной оценке соответствия НДТ также следует использовать следующие механизмы передачи данных для проведения оценки, которые уже практикуются при проведении контрольно-надзорных мероприятий: дистанционные средства контроля, средства фото-, аудио- и видеofиксации, видео-конференц-связь¹³.

Экспериментальные правовые режимы при обновлении (пересмотре) НДТ

На этапе формирования системы технологического нормирования и ее совершенствования полезны будут так называемые «регуляторные песочницы». «Песочницы» позволяют отказаться от ряда нормативных требований, мешающих развитию инноваций. За счет этого компании, занимающиеся разработкой новых продуктов и услуг, а также представители органов власти могут тестировать их без риска нарушить действующее законодательство, а впоследствии, если тестирование прошло успешно, — выходить с ними на рынок¹⁴. Согласимся с Залоило М.В. что в условиях цифровизации правотворчества

¹³ Постановление Правительства РФ от 22.04.2020 № 557 «О внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации в части установления особенностей осуществления контрольно-надзорной и разрешительной деятельности в 2020 году» // СЗ РФ. 2020. № 17, ст. 2797.

¹⁴ Официальный сайт Министерства экономического развития Российской Федерации. Режим доступа: https://economy.gov.ru/material/directions/gosudarstvennoe_upravlenie/normativnoe_regulirovanie_cifrovoy_sredy/regulyatornye_pesochnicy/ (дата обращения: 13.07.2020).

создание регуляторных песочниц имеет большой потенциал для апробации новаторских правотворческих решений и выбора наиболее перспективного варианта правового регулирования, в том числе обеспечивает апробацию регулирования искусственного интеллекта (Zaloilo, (ed.), 2021:62).

Признание инновационных природоохранных технологий в качестве возможных будущих наилучших доступных технологий не всегда может укладываться в рамки действующего правового регулирования, как с точки зрения требований к таким технологиям (например, несоответствие по отдельным техническим и(или) экономическим показателям, технологическим нормативам, чем у имеющейся НДТ, но эффективнее с точки зрения ресурсопотребления и суммарного негативного воздействия на окружающую среду), так и к процедуре ее внедрения (длительность внедрения). В этом случае важно на период тестирования таких технологий распространить специальный правовой режим, предотвращающий риск нарушения действующего законодательства (Kichigin, 2018:144—154). Применение таких специальных правовых режимов предусмотрено Федеральным законом от 31.07.2020 № 258-ФЗ «Об экспериментальных правовых режимах в сфере цифровых инноваций в Российской Федерации»¹⁵. Распространение действия подобных экспериментальных режимов (возможно, самостоятельных режимов, ориентированных только на охрану окружающей среды) на природоохранную деятельность хозяйствующих субъектов, связанную с применением и внедрением инновационных природоохранных технологий, будет способствовать увеличению общего количества технологий при пересмотре НДТ в той или иной области. Установление экспериментальных правовых режимов должно упростить внедрение высокотехнологичных цифровых технологий в сфере охраны окружающей среды за счет выведения их из-под действия ограничивающих норм законов. При этом важнейшим условием применения «песочниц» в данной сфере должно быть требование о представлении обоснованной оценки рисков причинения вреда окружающей среде, не превышающих возможные преимущества от новой технологии.

Цифровизация государственного экологического надзора

Одним из направлений цифровизации в сфере охраны окружающей среды является автоматизация системы планирования мероприятий в области государственного экологического надзора.

Постановлением Правительства РФ от 30.06.2010 № 489 «Об утверждении Правил подготовки органами государственного контроля (надзора) и органами муниципального контроля ежегодных планов проведения плановых проверок юридических лиц и индивидуальных предпринимателей»¹⁶ установлен порядок

¹⁵ Федеральный закон от 31.07.2020 № 258-ФЗ «Об экспериментальных правовых режимах в сфере цифровых инноваций в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2020. № 31 (часть I), ст. 5017.

¹⁶ Постановление Правительства РФ от 30.06.2010 № 489 «Об утверждении Правил подготовки органами государственного контроля (надзора) и органами муниципального контроля ежегодных планов проведения плановых проверок юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» // СПС «Консультант Плюс».

подготовки органами государственного контроля (надзора) и органами муниципального контроля ежегодных планов проведения плановых проверок юридических лиц и индивидуальных предпринимателей (далее — ежегодные планы), их согласования и представления в органы прокуратуры, а также их исключения из ежегодного плана, утверждена типовая форма ежегодного плана проверок. Данными Правилами наряду с бумажным вариантом ежегодного плана предусмотрен обмен электронными документами при его формировании.

Система планирования мероприятий по государственному контролю (надзору), в том числе государственному экологическому надзору, предусматривает основания для включения субъекта хозяйственной деятельности в план проверки на соответствующий период.

В связи с введением риск-ориентированного подхода при организации отдельных видов государственного контроля (надзора) одним из наиболее острых вопросов, актуальных для всех контрольно-надзорных органов, стала проблема дублирования юридического лица в планах проверок в случае, если данному юридическому лицу принадлежит несколько объектов, и эти объекты относятся к разным категориям рисков¹⁷.

Для исключения дублирования проверок формирование планов проверок следует увязать с данными государственного реестра объектов негативного воздействия, в котором каждому объекту присвоена определенная категория риска. В результате будет обеспечена прозрачность формирования планов проверок по объектам негативного воздействия, а не по их владельцам. Также такой подход исключит субъективный фактор при формировании планов проверок. Для исключения дублирования контрольно-надзорных мероприятий различными органами в смежных областях следует усовершенствовать межведомственное взаимодействие в электронном виде при осуществлении контрольно-надзорных полномочий органами государственной власти и органами местного самоуправления.

При проведении плановых проверок, осуществлении взаимодействия участников контрольно-надзорных отношений и оформлении результатов мероприятий государственного экологического надзора следует использовать дистанционные технологии, за исключением случаев возникновения риска причинения вреда жизни, здоровью граждан, вреда объектам животного или растительного мира, иным природным объектам и окружающей среде в целом.

Процедуры осуществления контрольно-надзорных мероприятий также должны претерпеть изменения при использовании дистанционных форм контроля (надзора). Этому будут способствовать система автоматического контроля на объектах I категории, а также упоминавшиеся выше дистанционные средства контроля, средства фото-, аудио- и видеофиксации, видеоконференцсвязь.

Для осуществления государственного экологического надзора в отношении именно объектов негативного воздействия требуется усовершенствовать порядок и критерии идентификации объекта контроля, чтобы не допустить

¹⁷ Генеральная прокуратура дала разъяснения по формированию планов проверок. Режим доступа: <https://news.eccoindustry.ru/2018/08/generalnaya-prokuratura/> (дата обращения: 02.02.2021).

осуществления дублирующих проверочных мероприятий в отношении одного и того же объекта.

Проведенные контрольно-надзорные мероприятия и вынесенные по их результатам предписания должны аккумулироваться в государственном реестре применительно к конкретному объекту негативного воздействия, при необходимости обеспечить электронное взаимодействие объекта контроля (надзора) и органа государственного контроля (надзора).

Что касается проверочных листов, то их содержание должно быть привязано к категории риска, классу опасности, к которым отнесен объект государственного контроля (надзора). Проверочные листы предлагается разместить в сети Интернет в качестве средств самоконтроля субъектов хозяйственной деятельности, позволяющие им до назначения проверки органом государственного экологического надзора оценить, насколько они соблюдают установленные обязательные требования, и разработать программу для устранения нарушений указанных требований. Целесообразно разместить проверочный лист в электронной форме в личном кабинете природопользователя с возможностью фиксации ответов и передачи данных контролирующему органу в целях осуществления государственного контроля (надзора).

При поступлении сведений в ходе контрольно-надзорных мероприятий установить порядок их передачи и учета в реестре, обеспечить их достоверность и неизменность, юридическую силу формируемых в них документов, закрепить порядок изменения категории риска (в автоматическом режиме или офлайн на основе сведений реестра) и связанной с этим корректировки соблюдаемых требований в области охраны окружающей среды, порядок применения сведений реестра в качестве доказательства в правоприменительной практике, в том числе в электронной форме.

Цифровизация администрирования платы за негативное воздействие на окружающую среду (платы за НВОС)

Согласно статье 16 Федерального закона «Об охране окружающей среды» плата за негативное воздействие на окружающую среду взимается за следующие его виды:

- выбросы загрязняющих веществ в атмосферный воздух стационарными источниками;
- сбросы загрязняющих веществ в водные объекты;
- хранение, захоронение отходов производства и потребления (размещение отходов).

Администрирование платы — это осуществление в установленном порядке контроля за правильностью исчисления, полнотой и своевременностью уплаты начислений, учета взыскания и принятия решений о возврате, зачете излишне уплаченных (взысканных платежей в бюджет и штрафов по ним в отношении доходов, формируемых от платы за негативное воздействие на окружающую среду) (Kudinova, Zibarev & Rozenberg, 2011:282—286). Контроль за правильностью исчисления платы за НВОС, проверка деклараций о плате за НВОС осуществляется Росприроднадзором и его территориальными органами.

В соответствии с п. 2 ст. 16.1 Федерального закона «Об охране окружающей среды» учет плательщиков платы за НВОС осуществляется при ведении государственного учета объектов, оказывающих негативное воздействие на окружающую среду. Государственный реестр объектов негативного воздействия помимо определения плательщиков платы за НВОС также содержит платежную базу платы за НВОС¹⁸, поскольку в ней отражены данные по объему выбросов и сбросов загрязняющих веществ и объему размещенных отходов производства и потребления. Доступ физических лиц к данным реестра в некоторых случаях может способствовать выявлению объектов негативного воздействия, не прошедших государственный учет (при осуществлении негативного воздействия указанными объектами заинтересованные лица должны иметь возможность проверить информацию о загрязнителе, в случае отсутствия регистрации заявить в контролирующий орган в электронной форме).

Цифровизация и интеграция всех источников информации и потоков данных в единое информационное пространство с последующей автоматизацией ее анализа на основе внедрения современных технологий обработки больших массивов данных, позволят увеличить возможности администрирования экологических платежей.

В помощь природопользователям для расчета платы за НВОС используются соответствующие программные продукты. Приказом Министерства природных ресурсов и экологии Российской Федерации от 9 января 2017 г. № 3 «Об утверждении порядка представления декларации о плате за негативное воздействие на окружающую среду и ее формы» установлено, что декларация о плате формируется путем использования электронных сервисов, в том числе предоставляемых Федеральной службой по надзору в сфере природопользования, и представляется посредством информационно-телекоммуникационных сетей, в том числе сети «Интернет», в форме электронного документа, подписанного электронной подписью через веб-портал приема отчетности Федеральной службы по надзору в сфере природопользования («Личный кабинет»). Представление декларации в электронной форме значительно упрощает процесс администрирования платы за НВОС, способствует оперативной их обработке.

В целях контроля правильности исчисления платы за НВОС применение коэффициентов при расчете платы, зачет/возврат излишне уплаченной платы, определение платежной базы должны быть автоматизированы.

Заключение

Таким образом, отметим, что процесс цифровизации охватывает широкий круг функций государственного экологического управления. В настоящее время цифровой трансформации наиболее подвержены следующие государственные функции: информационное обеспечение в сфере охраны окружающей среды; государственный учет объектов негативного воздействия на окружающую среду;

¹⁸ Платежной базой является объем или масса выбросов загрязняющих веществ, сбросов загрязняющих веществ либо объем или масса размещенных в отчетном периоде отходов (п. 9 постановления Правительства Российской Федерации от 03.03.2017 № 255 «Об исчислении и взимании платы за негативное воздействие на окружающую среду»).

нормирование в сфере охраны окружающей среды (в части применения наилучших доступных технологий); государственный экологический надзор; администрирование платы за негативное воздействие на окружающую среду. Сведения государственного реестра объектов негативного воздействия должны стать основой для принятия экологически значимых решений, при этом важно обеспечить интероперабельность данных государственного реестра.

Цифровизация технологического нормирования связана с применением таких технологий как регулирование оборота данных, экспериментальные правовые режимы и оценка соответствия применяемой технологии, критериям наилучшей доступной технологии, представленной в информационно-технических справочниках. При осуществлении контрольно-надзорных мероприятий следует осуществлять планирование проверок исходя из опасности объектов негативного воздействия, при проведении проверок использовать дистанционные способы контроля, внедрить проверочные листы для самопроверки предприятий. Цифровизация исчисления и взимания платы за НВОС должна обеспечить бесперебойное функционирование расчета платы плательщиком в цифровом формате и контроля за правильностью исчисления и взимания со стороны контролирующего органа. Общим требованием цифровизации экологического управления является установление ответственности за неправильный ввод данных в информационные системы в целях предотвращения искажения ввода данных, которые могут привести к неправильности, искажению информации при принятии экологически значимых решений.

References / Список литературы

- Alimova, D.F. (2020) On the use of digital technologies in the activities of public authorities. In: Pashentseva D.A. (ed.) *Legal values in the light of new paradigms of the development of modern civilization: collection of scientific papers*. Moscow, IZiSP: INFRA-M, 2020. 250—255. (in Russian).
Алимова Д.Ф. К вопросу об использовании цифровых технологий в деятельности органов публичной власти // Правовые ценности в свете новых парадигм развития современной цивилизации: сборник научных трудов / под общ. ред. Д.А. Пашенцева. М.: ИЗИСП: ИНФРА-М, 2020. С. 250—255.
- Belikova, K.M. (2018) Features of the legal regulation of the digital intellectual economy. *Zakon i pravo*. (8), 26—30. (in Russian).
Беликова К.М. Особенности правового регулирования цифровой интеллектуальной экономики // Закон и право. 2018. № 8. С. 26—30.
- 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.
- Kichigin, N.V. (2018) Minimization and prevention of environmental and legal risks. *Journal of Russian Law*. (8), 144—154. (in Russian).
Кичигин Н.В. Минимизация и предупреждение эколого-правовых рисков // Журнал российского права. 2018. № 8. С. 144—154.

- Kudinova, G.E., Zibarev, S.S. & Rozenberg A.G. (2011) Development and application of an automated system for administration of payments for negative environmental impact. *Izvestija Samarskogo nauchnogo centra Rossijskoj akademii nauk.* (5), 282—286. (in Russian).
Кудинова Г.Э., Зибарев С.С., Розенберг А.Г. и др. Разработка и применение автоматизированной системы администрирования платы за негативное воздействие на окружающую среду // *Известия Самарского научного центра Российской академии наук.* 2011. Т. 13, № 5. С. 282—286.
- Plotnikov, A.V. (2019) Problems of legal regulation of the digital economy. *Moscow journal.* (7), 217—224. (in Russian).
Плотников А.В. Проблемы правового регулирования цифровой экономики // *Московский экономический журнал.* 2019. № 7. С. 217—224.
- Popova, N.F. (2020) The need for digitalisation of public administration in the Russian Federation. *Administrative Law and Procedure.* (2), 48—53. (in Russian).
Попова Н.Ф. Необходимость цифровизации государственного управления в РФ // *Административное право и процесс.* 2020. № 2. С. 48—53.
- Sukhova, E.A. & Abanina, E.N. (2020) Legal problems of the digital transformation of the environmental management system as a mechanism to ensure environmental safety. *Russian Judge.* (8), 17—20. (in Russian).
Сухова Е.А., Абанина Е.Н. Правовые проблемы цифровой трансформации системы управления природопользованием как механизма обеспечения экологической безопасности // *Российская юстиция.* 2020. № 8. С. 17—20.
- Shatkovskaya, T.V. (2019) Goals and interests in digital law. In: Pashentsev D.A., Zaloilo, M.V. *Transformation of Legal Reality in the Digital Age: Collection of Scientific Papers.* Moscow, IZiSP: INFRA-M Publ. (in Russian).
Шатковская Т.В. Цели и интересы в праве цифровой эпохи // *Трансформация правовой реальности в цифровую эпоху: сборник научных трудов / под общ. ред. Д.А. Пашенцева, М.В. Залоило. М.: ИЗиСП: ИНФРА-М, 2019. 213 с.*
- Tikhomirov, Yu. A. & Nanba, S.B. (eds.). (2019) *Legal concept of robotization: monograph.* Moscow, Prospekt Publ. (in Russian).
Юридическая концепция роботизации: монография / Н.В. Антонова, С.Б. Бальхаева, Ж.А. Гаунова [и др.]; отв. ред. Ю.А. Тихомиров, С.Б. Нанба. М.: Проспект, 2019. 240 с.
- Vaipan, V.A. (2018) Legal regulation of the digital economy. *Entrepreneurial Law — Application.* (1), 12—17. (in Russian).
Вайпан В.А. Правовое регулирование цифровой экономики // *Предпринимательское право. Приложение «Право и Бизнес».* 2018. № 1. С. 12—17.
- Zaloilo, M.V. (ed). (2021) *Artificial Intelligence in Law: Scientific and Practical Guide*. Moscow, Infotropik Media Publ. (in Russian).
Залоило М.В. Искусственный интеллект в праве: научно-практическое пособие / под ред. д-ра юрид. наук. Проф. Д.А. Пашенцева. М.: Инфотропик Медиа. 2021. 132 с.
- Zhukov, V. (2019) Implementation of the best available technologies: problems and solutions. *Environmental parliamentary bulletin.* Available at: http://ecoparlament.ru/aktsenty-nedeli/article_post/vnedreniye-nailuchshikh-dostupnykh-tekhnologiy-problemy-i-resheniya [Accessed 02 February 2021]. (in Russian).
Жуков В. Внедрение наилучших доступных технологий: проблемы и решения // *Экологический парламентский бюллетень.* Режим доступа: http://ecoparlament.ru/aktsenty-nedeli/article_post/vnedreniye-nailuchshikh-dostupnykh-tekhnologiy-problemy-i-resheniya (дата обращения: 02.02.2021).
- Zubarev, S.M. (2020) Legal risks of digitalization of public administration. *Actual Problems of the Russian Law.* (6), 23—32. (in Russian).
Зубарев С.М. Правовые риски цифровизации государственного управления // *Актуальные проблемы российского права.* 2020. № 6. С. 23—32.

Об авторах:

Власенко Валерий Николаевич — кандидат юридических наук, заместитель заведующего кафедрой земельного и экологического права, Российский государственный университет правосудия; 117418, Российская Федерация, г. Москва, ул. Новочеремушkinsкая, д. 69

ORCID ID: 0000-0001-7479-2774

e-mail: kafzem@rsuj.ru

Широбок Алексей Сергеевич — кандидат юридических наук, доцент кафедры земельного и экологического права, Российский государственный университет правосудия; 117418, Российская Федерация, г. Москва, ул. Новочеремушkinsкая, д. 69

ORCID ID: 0000-0001-5905-8301

e-mail: kafzem@rsuj.ru

About the authors:

Valery N. Vlasenko — Candidate of Legal Sciences, Deputy Head of the Department of Land and Environmental Law, Russian State University of Justice; 69 Novocheremushkinskaya str., Moscow, 117418, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0001-7479-2774

e-mail: kafzem@rsuj.ru

Alexey S. Shirobokov — Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Department of Land and Environmental Law, Russian State University of Justice; 69 Novocheremushkinskaya str., Moscow, 117418, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0001-5905-8301

e-mail: kafzem@rsuj.ru

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-620-633

Research Article

Compiling a jury in Russia in the context of digitalization

Sergey A. Pashin, Nikita V. Bushtets*

National Research University Higher School of Economics (NRU HSE),
Moscow, Russian Federation,

*n.bushtets@mail.ru

Abstract. The purpose of this study is to conduct a comprehensive analysis of the legislation governing social relations that develop in the process of compiling a jury when considering criminal cases with a jury trial. The relevance of the research topic is determined by the expansion of the jurors' competence from June 1, 2018. Currently, one of the main reasons for revocation of court sentences passed with the participation of a jury is violations committed during formation of a jury. In this regard, the authors highlight the main procedural and organizational shortcomings of this process and make relevant suggestions: a) to improve the legislation governing the procedure for compiling a jury; b) to compile general and reserve lists based on information included in the Unified Federal Information Register; c) to perform video recording of the process [screen broadcasting] of a random selection of citizens from the general and reserve lists by a court staff member when compiling a preliminary list of jurors; d) to stipulate the right of citizens to defer the obligation to appear in court as a candidate for jurors to a later date; e) to apply new forms of sending invitations to appear in court to potential jurors.

Key words: trial by jury, expanding the competence of jurors, defense in court of jurors, organization of the court's activities, digitalization

Conflict of interest. The authors declare that there is no conflict of interest.

The participation of the authors: Pashin S.A. — concept of the article, general overview, introduction; Bushtets N.V. — analysis and scientific development of materials, conclusion, copywriting.

Article received 22nd October 2020

Article accepted 15th April 2021

For citation:

Pashin, S.A., Bushtets, N.V. (2021) Compiling a jury in Russia in the context of digitalization. *RUDN Journal of Law*. 25 (2), 620—633. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-620-633

Формирование коллегии присяжных заседателей в условиях цифровизации

С.А. Пашин, Н.В. Буштец*

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»,
г. Москва, Российская Федерация,
*n.bushtets@mail.ru

Аннотация. Цель исследования — провести комплексный анализ законодательства, регулирующего общественные отношения, которые складываются в процессе формирования состава присяжных при рассмотрении уголовных дел с участием присяжных. Актуальность темы исследования обусловлена расширением компетенции присяжных заседателей с 1 июня 2018 г. В настоящее время одной из основных причин отмены приговоров суда, вынесенных с участием присяжных заседателей, являются нарушения, допущенные при формировании коллегии присяжных. В связи с этим авторы выделяют основные процедурные и организационные недостатки этого процесса и вносят соответствующие предложения: а) усовершенствовать законодательство, регулирующее порядок формирования жюри; б) составлять общий и резервный списки на основании сведений, включенных в Единый федеральный реестр информации; в) производить видеозапись процесса [экранный трансляции] произвольного отбора граждан из общего и резервного списков сотрудниками суда при составлении предварительного списка присяжных заседателей; г) закрепить право граждан отложить обязанность явки в суд в качестве кандидата в присяжные заседатели на более поздний срок; д) применять новые формы направления приглашений в суд к потенциальным присяжным заседателям.

Ключевые слова: суд присяжных, расширение компетенции присяжных заседателей, защита в суде присяжных, организация деятельности суда, цифровизация

Конфликт интересов. Авторы заявляют об отсутствии конфликта интересов.

Информация о вкладе авторов: Пашин С.А. — концепция статьи, общий обзор, введение; Буштец Н.В. — анализ и научная разработка материалов, заключение, копирайтинг.

Дата поступления в редакцию: 22 октября 2020 г.

Дата принятия к печати: 15 января 2021 г.

Для цитирования:

Pashin S.A., Bushtets N.V. Compiling a jury in Russia in the context of digitalization // RUDN Journal of Law. 2021. Т. 25. № 2. С. 620—633. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-620-633

Introduction

Expanding the competence of the institute of a jury trial and analysis of its work contribute to the current interest of the topic; of special interest are those of its components that affect the most important aspects of this institute's activity. Compiling a list of jurors is a very important stage in the work of a trial by jury, since without putting together the list it is impossible to ensure a legality of the jury composition and comply with a precondition for a fair trial (Sheremetyev, 2020:117—131).

Compiling the lists of jurors should be considered as a separate organizational element, consisting of a number of procedures designed to facilitate the administration of justice for criminal cases considered by a jury trial.

The shortcomings of this process often lead to the situation when individuals having no right to be jurors get to the jury. The composition of the jury may violate the norms, which subsequently entails the revocation of the sentence¹. In this case, the accused and the victim involved in the legal proceedings are interrogated during the judicial investigation again, thus experiencing a psycho-traumatic situation for the second time. At the same time, the judicial and budgetary systems bear an additional burden due to the procedural violation.

According to the Judicial Department of the Supreme Court of the Russian Federation (hereinafter referred to as the Judicial Department) in 2019, in Russia, a quarter of all sentences (22.9 %) passed by a court of jurors were revoked on appeal due to a significant violation of the criminal procedure law². This includes a number of uncommon cases with invalid trials with a jury.

This trend can also be traced at the present time. Thus, in the first half of 2020, oblast courts and courts equivalent to them revoked 19.5 % of convictions and 87.8 % of acquittals passed by district courts with participation of jurors (Hodzhaeva, 2020).

The previously indicated problem was the subject of discussion in the scientific literature. In particular, E.V. Avdeeva and A.N. Aksenov noted that the most frequent reason for revocation of sentences passed by the courts of jurors was violation associated with the selection and empanelment of jurors. (Avdeeva & Aksenov, 2019:13—18).

These circumstances confirm the authors' opinion on the need to identify and analyze the reasons contributing to compilation of juries subsequently recognized as invalid and develop optimal proposals for improving legal regulation of relations in this area.

Normative Legal Regulation

The overall organization of the activities of federal courts of general jurisdiction is carried out by the Judicial Department and its territorial bodies in the constituent entities of the Russian Federation. Preparation for the consideration of criminal cases by the trials with jury is performed by the apparatus of the relevant court based on the standard procedure and at the expense of the federal budget. In accordance with subparagraphs 3.2 and 4.3.2 of the Regulations on the Apparatus of the Federal Court of General Jurisdiction³, the task of the court is to assist judges in attracting citizens to the administration of justice. The main areas of activity of the Department for provision

¹ Clause 14 of the Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation No 23 of November 22, 2005 On the Application by the Courts of the Norms of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation Governing Legal Proceedings with the Participation of Jurors. Legal Reference Database ConsultantPlus.

² Official website of the Judicial Department of the Supreme Court of the Russian Federation. Available at: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79&item=5258> [Accessed 30th September 2020].

³ Approved by the Order of the Judicial Department No 238 of December 21, 2012. Legal Reference Database ConsultantPlus.

of legal proceedings of criminal cases are the organization and conduct of proceedings on criminal cases with participation of jurors.

The most comprehensive understanding of the organization of work with jurors, including the procedure for compilation of general and reserve lists of jurors, can be obtained from the Criminal Procedure Code of the Russian Federation (hereinafter referred to as the Criminal Procedure Code), Federal Law No 113-FZ of August 20, 2004 On Jurors of Federal Courts of General Jurisdiction of the Russian Federation (hereinafter referred to as the Federal Law on Jurors), Resolutions of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation No 5 of February 13, 2018 On the Application by the Courts of Certain Provisions of the Federal Law On Jurors of Federal Courts of General Jurisdiction of the Russian Federation, Instructions on Judicial Proceedings in Oblast Courts (and courts equivalent to them) and district courts⁴.

Compiling of General and Reserve Lists of Jurors

The supreme executive body of the state power of the constituent territories of the Russian Federation compiles general and reserve lists of candidates for jurors. Compiling of such lists takes place on the basis of information provided by the executive and administrative bodies of municipalities⁵. Future jurors are identified by random selection from GAS “Vybory” [*the State Automatic System “Elections”*] database. Monitoring of the approved lists is carried out annually (or more often, upon separate request by the chief judge of the court) by the bodies that compiled them.

Following the expansion of competences of jury trials in district courts, the procedure for compiling lists of candidates for jurors has undergone changes; now the lists are sent to district courts and procedure for their approval is clarified. In order to ensure the correct and uniform application of the new norms by the courts, the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation (hereinafter referred to as the Supreme Court) provided appropriate explanations. However, unfortunately, in its explanations the Supreme Court ignored the issues of monitoring information included in the lists by the authorized bodies⁶.

In our opinion, one of the reasons for the inclusion of individuals who cannot be jurors is, first of all, the improper compilation by the authorized bodies of the general and reserve lists from which a staff member of the court selects candidates for jurors.

The problem noted by us is widely discussed by the scholars. For example, V.P. Lukin (Lukin, 2004:241), M.A. Dzhabrailov (Dzhabrailov, 2012:41—45), O.N. Tisen (2008), N.P. Vedishhev (Vedishhev, 2011:19—28) referred to low quality of the lists compiled by the executive authorities and pointed out that the authorized bodies, in contradiction with the legislative provisions, did not update or correct them.

⁴ Approved by Orders of the Judicial Department of the Supreme Court of the Russian Federation No 36 of April 29, 2003 (as amended on October 21, 2019) and No 161 of December 15, 2004 (as amended on October 28, 2019).

⁵ Part 7 of Article 5 of the Federal Law No 113-FZ of 20.08.2004 (as amended on 01.10.2019) On Jurors of the Federal Courts of General Jurisdiction of the Russian Federation. Legal Reference Database Consultant Plus.

⁶ Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation No 5 of 13.02.2018 On the Application by the Courts of Certain Provisions of the Federal Law On Jurors of the Federal Courts of General Jurisdiction of the Russian Federation. Legal Reference Database Consultant Plus.

As noted above, the inclusion of individuals having no right to serve as jurors in the preliminary list of candidates and their subsequent inclusion in the jury leads to revocation of the sentence and occurrence of other adverse consequences for both the parties and the state⁷.

In order to minimize the above risk, we believe it necessary to analyze the mechanism for implementing Articles 5 and 7 of the Federal Law on Jurors, which regulate the procedure for compiling lists of candidates for jurors and suggest new organizational and legal approaches to the solution of the indicated problem, taking into account the revision of the current legislation and digital technologies available today.

The first factor to pay attention to is the database from which the selection of candidates for jurors is carried out. Currently, the selection is performed by random sampling, using GAS “Vybory” system on the basis of personal data about voters contained in this information resource. This database contains information about individuals with active suffrage. However, the requirements for jury candidates differ significantly from the requirements for citizens with active suffrage. For example, citizens of the Russian Federation have the right to vote from the age of 18, while a citizen can be a juror from the age of 25. N.P. Vedishchev points out that GAS “Vybory” database includes information about individuals with limited legal capacity, without indicating this legal circumstance (Vedishchev, 2011:19—28). For this reason, O.N. Tisen proposes to create a unified database of citizens with limited legal capacity and incapacitated that would be accessible to bodies performing screening of candidates for jury (Tisen, 2008:7—9).

We should agree with the opinion of T.A. Vladykina, indicating that from the proposal of O.N. Tisen it is not entirely clear who would compile and update such a database (Vladykina, 2018: 212). The question of processing the personal data of citizens included in this database also remains open.

In addition, we draw attention to the fact that the maintenance of a separate information system would require allocation of significant financial resources, while functionality of this database is limited to just one task: assistance in compiling the lists of jurors. This leads to the idea of implementing this function on the basis of existing information systems, which could reduce the financial and time resources needed to create a new information system, allowing for data processing on one platform.

In our opinion, the Unified Federal Information Register (created in 2020) containing information about the population of the Russian Federation (hereinafter referred to as the Register)⁸, could serve as a database for compiling the lists of jurors, since it includes much more information about the population than GAS “Vybory”.

Thus, for the purpose of a random selection of candidates to jurors from the Register, it would only be necessary to develop an appropriate application algorithm.

⁷ Clause 14 of the Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation No 23 of November 22, 2005 (as amended on May 15, 2018) On the Application by Courts of the Norms of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation Regulating Legal Proceedings with the Participation of Jurors. Bulletin of the Supreme Court of the Russian Federation, No 1. 2006.

⁸ Federal Law No 168-FZ of 08.06.2020 On the Unified Federal Information Register Containing Information on the Population of the Russian Federation. SZ RF, 15.06.2020, No 24, Art. 3742.

However, this does not exclude the responsibility of the executive authorities of the Russian regions and local self-government bodies to conduct an additional verification in order to exclude individuals having no right to be a juror from the lists right before the transfer of the corresponding lists to the courts.

Compiling a Preliminary List of Jurors

The procedure for compiling a preliminary list of jurors directly by employees of the court apparatus on the basis of the general and reserve lists is regulated by article 326 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation.

This norm establishes four stages of work, each of which is of an important organizational and legal significance:

- selection by the secretary (or judge's assistant) of candidates for jurors from the general and reserve lists,
- verification by the secretary (or judge's assistant) of the circumstances that prevent an individual from participating as a juror in a criminal case,
- compiling a preliminary list of candidate jurors,
- sending notices to the candidate jurors.

Selection of candidates for jury service from the general and reserve lists

The preliminary list of jurors is initiated by the judge presiding at the trial after the issuance of the order regarding the court session. A copy of this order shall be sent to the court clerk office for selection of candidates for jurors from the general and reserve lists based on random sampling by the authorized member of the court staff⁹.

The process for jurors' selection is often justifiably criticized in the scientific literature. So, I.L. Petrukhin, among the disadvantages of this process quite fairly noted that the law determined neither the procedure for compiling a preliminary list of jurors nor who and in what capacity should be present in this process. In order to avoid abuse and bias, he suggested stipulating a provision for participation of the parties or at least the public prosecutor and defense attorney during selection and empanelment of jurors for the trial (Petruhin, 2003:192). Although, the participation of the parties in compiling a preliminary list of jurors could slightly delay the process of considering a criminal case, at the same time, the current situation cannot be ignored, since it is a question of securing the right of the accused to a fair trial within a reasonable time.

The actual lack of transparency in the compilation of the preliminary list of jurors leads to the inclusion of individuals who are not eligible to serve as jurors. These are dubious cases impossible with fair use of a computer selection system that assumes a random number generator, for example, appearance on the list of candidates in alphabetical order or residents of one neighborhood. Lawyers working in courts of jurors have repeatedly expressed suspicion about database manipulation, when certain social groups, whose participation in the processes is difficult to secure and requires additional costs (in particular, farmers) are excluded from the selection in advance. The

⁹ Part 1 of Article 326 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation No 174-FZ of 18.12.2001 (as amended on 31.07.2020). SZ RF, 24.12.2001, No 52, Art. 4921.

practice of preliminary consultation with the potential jurors about the time convenient for their appearance in court (they are invited in accordance with their preferences), is also impossible with a full-fledged random selection of candidates from the general list. The latter approach does not seem to be absolutely inappropriate when the general list of candidates includes several thousand names, provided that the candidates are selected not for a specific trial, but for a certain period of time. But in any case, the procedure for coordinating working time with potential jurors should be legalized to avoid doubts about objectivity/impartiality of the jury, honesty of judges and court staff.

A.V. Gabov, N.M. Khromova argue that the problem of the procedure for compiling a jury rests in the implementation of the entire complex of procedural actions that ensure legality of the future composition of the jury not by a judge or in the form of a trial, but by the court secretary or the judge's assistant, outside of the framework of the judicial procedure, and when selection of candidates is performed by using a computer program (Gabov & Hromova, 2016:4—11).

It should be noted that T.A. Vladykina proposes to supplement Part 1 of Article 326 of the Criminal Procedure Code with a provision on keeping the protocol of a random selection of candidates for jurors attached to the criminal case files (Vladykina, 2018:208).

However, this does not exclude the possibility of abuse during compiling the preliminary list of jurors. The question is what information should be included in the specified protocol, who keeps it, and whether the parties are present.

It is advisable to consider amending Article 326 of the Criminal Procedure Code with a provision for a video recording of the process of compiling the list of jurors [screen broadcasting] and adding it to the criminal case file. This procedure will allow the parties to freely familiarize themselves with the video and, if any violations are identified, appeal to a higher court. Adoption of this proposal would reduce the risks of unlawful actions by officials, without complicating the trial and delaying the hearing of a criminal case. At the same time, in case of implementation of the proposed changes, the financial costs will be minimal, since the function of recording the screen broadcasting is often provided in the computer's operating system by default.

Verification of the circumstances that prevent an individual from participating as a juror in a criminal case

In accordance with Part 2 of Article 326 of the Criminal Procedure Code, the secretary of the court session or the judge's assistant verifies whether there are circumstances stipulated by the federal law that prevent an individual from participating as a juror in a criminal case.

At the same time, neither the Instruction on Judicial Proceedings nor other regulations, specify the mechanism for verification of the reliability of the information provided by the candidates for jurors by the court staff (Tarasov, 2016:15—17).

As noted by V.N. Tarasov, there are cases when candidates withhold information about their short-term work at law enforcement agencies, their previous convictions, and / or cases of administrative responsibility (Tarasov, 2016:15—19).

The interviewing of the candidates for jurors by the presiding judge to reveal circumstances preventing from performing the duties¹⁰ is not a guarantee that juror candidates have provided reliable information either.

As noted by A.L. Osipov, the candidates for jurors do not bear any other than procedural legal responsibility for the reliability of their answers. At the same time, the inaccuracy of the information provided by them becomes known after the sentence is passed, that is, at the stage when the jurors can no longer be brought to procedural responsibility (Osipov, 2016:29—32).

Moreover, there are reasons to believe that in a number of cases, individuals not meeting the requirements for jurors are deliberately included in the jury. This creates future opportunities for the parties to get the unwanted, in their opinion, sentence and verdict revoked.

In the scientific literature, there is a discussion about how a court staff member should verify the reliability of the information provided by the candidates for jurors (Fadeeva, 2019:46—49) in the absence of a relevant mechanism stipulated by regulations.

It should be taken into account that in this case we are talking about disclosing of the confidential information that constitutes privacy of a citizen, protected by law. The procedure and conditions for disclosing information, dissemination of which limits the rights and freedoms of an individual, should be exclusively stipulated at the level of the federal law¹¹ level (Part 3 of Article 55 of the Constitution of the Russian Federation). This is confirmed by provision of Part 1 of Article 152.2 of the Civil Code of the Russian Federation according to which collection, storage, distribution and use of any information about the private life of a citizen is not allowed without his/her consent, unless it is otherwise *directly* stipulated by law.

In addition, in accordance with Part 1 of Article 10 of the Federal Law on Jurors, citizens can be called up to serve as jurors once a year. Meanwhile, the current legislation does not establish any procedure for monitoring the implementation of this provision¹².

In this regard, it is very important not only to stipulate a proper form of control, but also to stipulate the responsibility of officials for failure to comply with the requirements for calling citizens to justice more often than once a year. The issue of the procedural consequences of attracting to jury service “regular” jurors should be discussed separately.

¹⁰ Resolutions of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation No 23 of November 22, 2005 On the Application by the Courts of the Norms of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation Governing Legal Proceedings with the Participation of Jurors. Legal Reference Database ConsultantPlus.

¹¹ Human and civil rights and freedoms may be limited by the federal law only to the extent necessary for protection of the foundations of the constitutional order, morality, health, rights and legitimate interests of others, to ensure the country’s defense and security of the state.

¹² In the past, the absence of such control significantly distorted functioning of the institution of people’s assessors. We are talking about those cases when people’s assessors actually became staff members of the corresponding court, working for years with the same judge. As a result, the idea of this institution of people’s participation in administering justice was lost, and the assessors naturally received the nickname “those who are nodding”. The requirement of the law to involve people’s assessors to the work at court for no more than two weeks was simply ignored. See: (Bushtets, 2019).

As one can see, many issues concerning jurors are not covered in a sufficient detail by the federal legislation. This is proved by the fact of issuance of various “methodological recommendations for working with juries”¹³ by the courts to make up for the imperfection of the regulatory framework. The content of these recommendations shows that a uniform approach to regulating the same issues related to work with jurors has not been developed so far, which entails a contradictory law enforcement practice of administration of trials at different courts.

In this regard, it seems relevant to refer to the opinion of the Constitutional Court of the Russian Federation, established in the Resolution No 6-P of January 21, 2019, according to which the principle of legal equality (Part 1 of Article 19 of the Russian Constitution) necessitates formal certainty, accuracy, clarity, unambiguousness of legal norms and their consistency in the system of existing legal regulation, since legal equality can be ensured only under the condition of a uniform understanding and interpretation of the legal norm. Legal provisions that do not meet the specified criteria entail a contradictory law enforcement practice, create a possibility of an ambiguous interpretation and arbitrary application, and thus lead to the violation of citizens’ rights to judicial protection¹⁴.

Thus, the unresolved issues of administering jury trials should be resolved at the level of federal laws and by-laws, providing a uniform approach to regulating legal relationship in this area.

Based on the above, we believe it necessary to amend Part 2 of Article 326 of the Criminal Procedure Code in order to clarify the procedure and conditions for providing a secretary of the court or judge’s assistant with the information about juror candidates that may prevent them from participating in the criminal case as provided for by the federal law. At the same time, it should be taken into account, that criminal jury trial must begin no later than 30 days from the date of the judge’s decision. It should also be noted that the proposed innovations may entail the need to introduce relevant amendments to Part 1 of Article 12 of the Federal Law On Police in terms of obliging the police to provide information on the presence (absence) of a criminal record and/or the fact of criminal prosecution at the request of the court staff member.

In fact, on June 23, 2020, the State Duma of the Federal Assembly of the Russian Federation considered and adopted in the first reading the draft Federal Law No 706820-7 On Amendments to Articles 12 and 17 of the Federal Law On the Police obliging the police to provide information on whether an individual has an outstanding or unexpunged conviction, as well as information on individuals suspected and accused of committing a crime to the supreme executive body of the state power of the Russian Federation constituent and the executive and administrative body of municipality to

¹³ For example: Methodological Recommendations on the Organization of Court Proceeding on Criminal Cases with Participation of Jurors, approved by the Resolution of the Presidium of the Yamalo-Nenets Autonomous District on May 17, 2017; Methodological Recommendations for Consideration of Criminal Cases with Participation of Jurors adopted by the Supreme Court of the Republic of Tatarstan.

¹⁴ Resolution of the Constitutional Court of the Russian Federation No 6-P of 21.01.2019, On the Case of Verification of Constitutionality of Article 112 of the Code of Administrative Procedure of the Russian Federation in Connection with the Complaint of Citizens N.A. Balanyuk, N.V. Lavrentieva, I.V. Popov and V.A. Chernyshev. Bulletin of the Constitutional Court of the Russian Federation, No. 2, 2019.

exercise the assigned authority of compiling general and reserve lists of candidates for jurors¹⁵.

At the same time, the draft law does not provide for possibility of a prompt receipt of the specified information by a court staff member who directly selects candidate jurors from the general and reserve lists held at court and verifies them for circumstances that may prevent an individual from participating in a criminal case as provided for by the federal law. Neither the draft law takes into account the fact that the status of information on a citizen's criminal record, as well as information on individuals suspected and accused of committing a crime, may change since the lists have been submitted to the court.

Thus, the amendments proposed by the draft law do not contain a comprehensive mechanism for verification of information about the candidates for jurors when the jury is being compiled.

Compiling a preliminary list of candidates for jurors and sending summons

After the selection of potential jurors is completed by the court staff member, a preliminary list is compiled. The list includes individuals who have the right to serve as jurors in accordance with the law. Citizens on the list are sent summons indicating the date of arrival at the court no later than 7 days before the trial starts. At the same time, the summons usually sets up the time of appearance in court one hour prior to the court session.

In the scientific literature this stage is characterized as one of the most difficult for the reason that the citizens do not often appear in court because they are not willing to conflict with their employer, do not understand the process and consequences of their jury service. Analysis of academic literature shows that the appearance of empaneled jurors in court by /summons comprises two to six percent (Kolokolov, 2015:3—9; Gurskaya, 2016:37—40; Venev, 2016:50—52).

Therefore, it seems very important to pay attention to legal education of the population including a trial by jury, explaining not only the goals and objectives of such a trial, but also the rights of citizens acting as jurors, as well as their protection.

In this regard, we consider it useful to refer to the experience of the Kingdom of Spain, where the secretariat of the court sends to candidate jurors notifications to fulfill the jury duty and attaches a brochure about the jury trial by mail (Jurishina, 2020:87—98). Such was the practice in the early years of the juries in post-Soviet Russia. We believe it is possible to borrow this useful experience by providing jurors with general information about the jury service, the rights and obligations of citizens involved in the administration of justice in a specially designed brochure. To reduce the cost of mailing the brochures, it is advisable to send them by e-mail (to those candidates who have-mail addresses). In the absence of such opportunity, the summons should include a link to the website (and/or QR code) where the brochure is posted; also, such information should be presented to the citizens at the court upon their arrival.

¹⁵ E. Korobka. Municipal Bodies will be Able to Get a Guaranteed Access to Information on Convictions of Candidates for Jurors. *Advocacy Gazette* June 29, 2020. Available at: <https://www.advgazeta.ru/novosti/munitsipalnye-organy-smogut-poluchit-garantirovannyi-dostup-k-svedeniyam-o-sudimosti-kandidatov-v-prisyazhnie/> [Accessed 20th October 2020].

In addition, one of the negative trends complicating the organization of a jury trial is that often the citizens do not inform the court about the reasons for their failure to appear in court, which makes the work of the court more difficult. In this regard, it is necessary to raise the legal awareness of citizens, drawing their attention to the negative consequences of their non-appearance.

The Use of Digital Technologies in Organizing Jury Trials: the US Experience

The COVID-19 pandemic has introduced its own adjustments to the work of courts around the world. Meanwhile, a number of innovations can be successfully applied after the sanitary and epidemiological situation has stabilized. In this regard, the experience of the state of Alaska (USA) in compiling a jury during the pandemic is quite interesting. The Jury Service calls potential jurors to perform their duties by e-mail, thus eliminating the presence of a large number of people in waiting rooms. At the same time, a memo with the information about coronavirus infection symptoms, and an action algorithm in case the symptoms are identified is attached to the invitation.

Every citizen who has received juror summons can verify online if he/she is indeed called to court by the number indicated in the summons and the date of his/her birth at the official website of the court; they can also specify the time of appearance and contacts for communication with the Jury Service. Using this service helps to exclude cases of fraud and convince a citizen of the accuracy of the information received. Also, a citizen can use a free service designed to remind a candidate juror of the obligation to arrive at court at the due date and time. To do this, he/she needs to log in to the official website of the court, add his/her mobile phone number and agree to receive a reminding message.

The jury is compiled prior to the arrival of a potential juror in court. A staff member of the Jury Service will email the juror a questionnaire to determine if the candidate meets the formal requirements of the state law for jurors. Then the parties, using online video communication technologies, ask potential jurors questions to determine whether a citizen needs to come to the court for further participation in the selection¹⁶.

In case it is inconvenient for an individual to perform the juror's duties on the days scheduled, the candidate may ask to postpone the service to a later date within the next 10 months¹⁷.

Thus, establishing the right of citizens to postpone the jury duty and sending summons via e-mail (with the consent of the citizen) or his/her personal account at the Unified Portal of State and Municipal Services, may optimize the process of jury compilation, making it more convenient both for the Russian citizens and court staff.

¹⁶ See: Jury Service Alaska Court System. Available at: <http://www.courts.alaska.gov/jury/index.htm> [Accessed 22nd October 2020].

¹⁷A similar rule applies on the territory of other states. For example, in the state of Massachusetts a possibility of a citizen to apply for a postponement of the day of service is also provided for. In other words, citizens can determine the most convenient days to participate in the trial as a juror in advance. This procedure is supported by the American lawyers, since it facilitates the compilation of a jury when considering other cases. See: (Astafiev, 2019).

Conclusion

To summarize, we have worked out the key suggestions aimed at improving efficiency of managing the relations arising during a jury compilation.

It is proposed to use the database of the Unified Federal Information Register created in 2020 that contain current information about the population of the Russian, as opposed to the GAS Vybory, when compiling the general and reserve lists of jurors.

At the same time it is necessary to stipulate in the federal law the procedure for providing a secretary of the court or judge's assistant with the information about candidate jurors for verification of circumstances preventing an individual from participating in a criminal case as a juror as provided for by the Federal Law amending Article 326 of the Russian Criminal Procedure Code and Part 1 of Article 12 of the Federal Law On Police in terms of obliging the police to provide information on the presence (absence) of a criminal record and/or the fact of criminal prosecution at the request of the court staff member.

Provision should be made for a video recording of the process [screen broadcast] of a random selection of citizens from the general and reserve lists by the court staff member on a personal computer. The video file should be added to the criminal case file.

Also, it is necessary to consider the use of new forms of summoning potential jurors via e-mail and/or a citizen's personal account at the Unified Portal of State and Municipal Services.

It would be appropriate to stipulate the right of citizens to defer the duties of a candidate juror to a later date than it was originally intended, for example, within 12 months from the date of receipt of the first call to appear in court as a candidate for juror.

References / Список литературы

- Avdeeva, E.V. & Aksenov, A. N. (2019) Revocation of Sentences with the Participation of Jurors: Current Issues of the Criminal Procedure Regulation. *Russian judge*. (10), 13—18. (in Russian).
Авдеева Е.В., Аксенов А.Н. Отмена приговоров с участием присяжных заседателей: актуальные вопросы уголовно-процессуального регулирования // *Российский судья*. 2019. № 10. С. 13—18.
- Astafiev, A.Yu. (2019) Where does a Jury Start? *Russian Judge*. (4), 40—43. (in Russian).
Астафьев А.Ю. С чего начинается суд присяжных? // *Российский судья*. 2019. № 4. С. 40—43.
- Astafiev, A.Yu. (2018) Socio-Legal Foundations of the Implementation of Justice on Criminal Cases with the Participation of Jurors. *Administrator of the Court*. (1), 26—29. (in Russian).
Астафьев А.Ю. Социально-правовые основы осуществления правосудия по уголовным делам с участием присяжных заседателей // *Администратор суда*. 2018. № 1. С. 26—29.
- Dzhabrailov, M.A. (2012) Issues of Improving the Mechanism for Jury Compilation. *Russian Investigator*. (22), 41—45. (in Russian).
Джабраилов М.А. Проблемы совершенствования механизма формирования коллегии присяжных заседателей // *Российский следователь*. 2012. № 22. С. 41—45.

- Gabov, A.V. & Hromova, N.M. (2016) Jury Trial in Russia: A New Reform. *Judge*. (5), 4—11. (in Russian).
Габов А.В., Хромова Н.М. Суд присяжных в России: новая реформа // Судья. 2016. № 5. С. 4—11.
- Gurskaya, S.N. (2016) Trends of the Development of the Legal Institution of Jurisdiction of Criminal Cases to the Court with the Participation of Jurors in the Criminal Process of Russia. *Russian Justice*. (4), 37—40. (in Russian).
Гурская С.Н. Направления развития правового института подсудности уголовных дел суду с участием присяжных заседателей в уголовном процессе России // Российская юстиция. 2016. № 4. С. 37—40.
- Jurishina, E.A. (2020) Jury Trial in Spain: Historical Retrospective, Prerequisites for Revival and Some Distinctive Features. *Questions of Russian and International Law*. 10(3A), 87—98. (in Russian).
Юришина Е.А. Суд присяжных в Испании: историческая ретроспектива, предпосылки возрождения и некоторые отличительные особенности // Вопросы российского и международного права. 2020. Т. 10. № 3А. С. 87—98.
- Kolokolov, N.A. (2015) The Future of the Jury in Russia: The President of the Russian Federation — Asked, the Society Answered. *Criminal Proceedings*. (2), 3—9. (in Russian).
Колоколов Н.А. Будущее суда присяжных в России: Президенту РФ — спросил, общество ответило // Уголовное судопроизводство. 2015. № 2. С. 3—9.
- Lukin, V. P. (2004) Problems of Improving the Activity of the Jury in Modern Russia. *Security of Eurasia*. 4 (18), 229—243. (in Russian).
Лукин В.П. Проблемы совершенствования деятельности суда присяжных в современной России // Безопасность Евразии. 2004. № 4 (18). С. 229—243.
- Osipov, A.L. (2016) Issues of the Jury Compilation. *Judge*. (5), 29—32. (in Russian).
Осипов А.Л. Вопросы формирования коллегии присяжных заседателей // Судья. 2016. № 5. С. 29—32.
- Pashin, S.A. (2008) Procedural Problems of the Russian Courts with Jurors' Participation. *Bulletin of the Jury Club*. (1), 43—49. (in Russian).
Пашин С.А. Процессуальные проблемы российского суда с участием присяжных заседателей // Вестник клуба суда присяжных. 2008. № 1. С. 43—49.
- Petruhin, I.L. (2009) *The Acquittal and the Right for Rehabilitation: Monograph*. Moscow, Prospect Publ. (in Russian).
Петрухин И.Л. Оправдательный приговор и право на реабилитацию: монография. М.: Проспект, 2009. 192 с.
- Tarasov, V.N. (2016) Trends and Problems of the Development of the Institution of the Jury Trial in Russia. *Judge*. (5), 15—19. (in Russian).
Тарасов В.Н. Тенденции и проблемы развития института суда присяжных в России // Судья. 2016. № 5. С. 15—19.
- Tisen, O.N. (2008) On the Problem of the Need for Additional Verification of Information about Candidates for Jury. *Administrator of the Court*. (4), 7—9. (in Russian).
Тисен О.Н. К проблеме о необходимости дополнительной проверки сведений о кандидатах в присяжные заседатели // Администратор суда. 2008. № 4. С. 7—9.
- Fadeeva, E.I. (2019) Problems of Ensuring the Legal Composition of the Jury When Considering Criminal Cases. *Advocate Practice*. (6), 46—49. (in Russian).
Фадеева Е.И. Проблемы обеспечения законного состава коллегии присяжных заседателей при рассмотрении уголовных дел // Адвокатская практика. 2019. № 6. С. 46—49.
- Sheremetuev, I.I. (2019) The Use of Digital Technologies in the Consideration of Criminal Cases in Court: Reality and Prospects. *Lex russica*. (5), 117—131. (in Russian).
Шереметьев И.И. Использование цифровых технологий при рассмотрении уголовных дел в суде: реальность и перспективы // Lex russica. 2019. № 5. С. 117—131.

- Vedishhev, N.P. (2011) Compiling a Preliminary List of Jurors. *Advocate*. (1), 19—28. (in Russian).
Ведущев Н.П. Составление предварительного списка присяжных заседателей // Адвокат. 2011. № 1. С. 19—28.
- Venev, D.A. (2016) Jurisdiction of the Court with the Participation of Jurors in the Criminal Process of Russia — Issues and Prospects. *Russian Justice*. (10), 50—52. (in Russian).
Венев Д.А. Подсудность суда с участием присяжных заседателей в уголовном процессе России — вопросы и перспективы // Российская юстиция. 2016. № 10. С. 50—52.
- Vladykina, T.A. (2018) *Theoretical Model of Criminal Proceedings Considered by the Court with the Participation of a Jury*. Dis. Doctor of Law. Ekaterinburg. (in Russian).
Владыкина Т.А. Теоретическая модель производства по уголовным делам, рассматриваемым судом с участием присяжных заседателей: дисс. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург. 2018. 442 с.

About the authors:

Sergey A. Pashin — Honored lawyer of the Russian Federation, retired Federal judge, Candidate of Legal Sciences, Professor of the Department of Judicial Systems and Criminal law, National Research University Higher School of Economics (NRU HSE); 20 Myasnitskaya str., Moscow, 101000, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0003-3193-6496

e-mail: os-spos@yandex.ru

Nikita V. Bushtets — Chief Specialist of the Center for Notary Research Foundation; post-graduate student of the Department of Judicial Systems and Criminal Law, National Research University Higher School of Economics (NRU HSE); 20 Myasnitskaya str., Moscow, 101000, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0002-7019-1389

e-mail: n.bushtets@mail.ru

Об авторах:

Пашин Сергей Анатольевич – кандидат юридических наук, профессор Департамента систем судопроизводства и уголовного права факультета права НИУ «Высшая школа экономики», заслуженный юрист Российской Федерации, федеральный судья в отставке; 101000, Российская Федерация, г. Москва, Мясницкая ул., д. 20

ORCID ID: 0000-0003-3193-6496

e-mail: os-spos@yandex.ru

Бушетец Никита Владимирович – аспирант Департамента систем судопроизводства и уголовного права факультета права НИУ «Высшая школа экономики», главный специалист Фонда «Центр нотариальных исследований»; 101000, Российская Федерация, г. Москва, Мясницкая ул., д. 20

ORCID ID: 0000-0002-7019-1389

e-mail: n.bushtets@mail.ru

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-634-662

Научная статья

Тенденции и уроки антикризисного правового регулирования в период пандемии COVID-19

Я.В. Гайворонская¹, О.И. Мирошниченко^{1,*}, С.Ш. Шакиров²

¹ Дальневосточный федеральный университет,

г. Владивосток, Российская Федерация,

² Российский университет дружбы народов,

г. Москва, Российская Федерация,

*olga-star.05@mail.ru

Аннотация. Предпринята попытка структурировать то влияние, которое оказала пандемия коронавируса на социально-политическую организацию общества и правовое регулирование. Авторы предлагают свое видение наиболее значимых изменений, происшедших в различных сферах жизнедеятельности общества. Пандемия продемонстрировала противоположные эффекты цифровизации (как сугубо позитивные с точки зрения социального прогресса и устойчивого развития, так и крайне негативные). Кроме этого, в период «противовирусного регулирования» спонтанным образом были заложены определенные тенденции и шаблоны правового регулирования, которые могут привести к принципиальным и критическим изменениям в правовой системе. В заключении формулируются тенденции, намеченные пандемией, и авторские предложения, которые позволили бы учесть экстремальный опыт выживания в условиях вирусной угрозы и выйти в постпандемический мир с минимальными потерями.

Ключевые слова: пандемия, Covid-19, цифровизация, цифровая трансформация, демократия, электронная демократия, правовое регулирование, право, права человека

Конфликт интересов. Авторы заявляют об отсутствии конфликта интересов.

Информация о вкладе авторов: Мирошниченко О.И. — анализ и научная проработка материалов; Гайворонская Я.В. — общий обзор и заключение; Шакиров С.Ш. — общий обзор, введение и копирайтинг.

Информация о финансировании. Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 20-111-50508 Экспансия.

Дата поступления в редакцию: 14 марта 2021 г.

Дата принятия к печати: 15 января 2021 г.

Для цитирования:

Гайворонская Я.В., Мирошниченко О.И., Шакиров С.Ш. Тенденции и уроки антикризисного правового регулирования в период пандемии COVID-19 // RUDN Journal of Law. 2021. Т. 25. № 2. С. 634—662. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-634-662

© Гайворонская Я.В., Мирошниченко О.И., Шакиров С.Ш., 2021



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

Trends and lessons of anti-crisis legal regulation in the period of the COVID-19 pandemic

Yana V. Gaivoronskaya¹, Olga I. Miroshnichenko^{1*}, Sergey Sh. Shakirov²

¹ Far Eastern Federal University,
Vladivostok, Russian Federation,

² Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University),
Moscow, Russian Federation,

*olga-star.05@mail.ru

Abstract. The article attempts to structure the impact of the coronavirus pandemic on the sociopolitical organization of society and legal regulation. The authors offer their own vision of the most significant changes that have occurred in various spheres of society in this specific period. The pandemic has demonstrated the diverse effects of digitalization (both highly positive in terms of social progress and sustainable development, and extremely negative). In addition, during the period of “antiviral regulation”, certain trends and patterns of legal regulation were spontaneously laid down; they can lead to fundamental and critical changes in the legal system. The article features the trends outlined by the pandemic and formulates proposals, allowing to take into account the extreme experience of survival in the conditions of the viral threat and to enter the post-pandemic world with minimal losses.

Key words: pandemic, COVID-19, digitalization, digital transformation, democracy, e-democracy, legal regulation, law, human rights

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

The participation of the authors: Miroshnichenko O.I. — analysis and scientific study of materials; Gaivoronskaya Ya.V. — general overview and conclusion; Shakirov S.Sh. — introduction and copywriting.

Funding information. The reported study was funded by RFBR, project number 20-111-50508 Ekspansiya.

Article received 14th March 2021

Article accepted 15th April 2021

For citation:

Gaivoronskaya Ya.V., Miroshnichenko O.I., Shakirov S.Sh. (2021) Trends and lessons of anti-crisis legal regulation in the period of the COVID-19 pandemic. *RUDN Journal of Law*. 25 (2), 634—662. (in Russian). DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-634-662

Введение. «Опрокинутый» мир

Победное шествие «коронованного» вируса по планете «вскрыло» мифы и слабые места современной социально-политической организации, а также проблемные аспекты моделей экономического и политического прогресса, провозглашаемых в качестве перспективных целей развития. Мы говорим о цифровой трансформации общества, глобализации, демократии и либерализме.

Кроме этого, пандемия девальвировала серьезный пласт политической риторики, касающийся уважения и защиты прав граждан, легитимности власти, пропаганды демократических ценностей, глобализационного переустройства политической арены мира.

Вирус «нахально» игнорировал общепризнанные ценности человеческой цивилизации и принципы международного права, демонстрируя, что жесткие политические режимы справляются с безответственной угрозой быстрее и эффективнее, в то время как демократии терпели крах (пока не внедрили жестко-централизованные и карательные меры). Очевидно (теперь уже очевидно) переоцененное smart-регулирование в современном исполнении также не оправдало ожиданий, продемонстрировав массовые нарушения прав людей, отказ от традиционных постулатов системности и полноты регулирования, непродуманные процедуры, необеспеченные ответственностью предписания и привлечение к ответственности без вины и без соблюдения законной процедуры. Средства массовой информации являли миру недостатки журналистики в формате клипового мышления и беспомощность реальной свободы слова.

Но общая картина вряд ли выглядела бы такой катастрофичной, если бы кризис, как изначально предполагалось, оказался кратковременным. Однако, анализируя опыт правового регулирования и государственного управления в условиях пандемии, мы имеем все основания говорить о появлении и закреплении определенных тенденций регулирования, зарождающихся на стыке пандемии и цифровизации и грозящих стать «мейнстримом» постпандемического мира.

Пандемия и государственное управление

Со второй половины XX в. демократия считалась наиболее перспективным политическим сюжетом, а «гражданское общество стало восприниматься как некий высший уровень социального развития, достигнутый странами Запада, на который всем остальным надо равняться» (Verzhinin, 2014).

Развитие информационно-коммуникационных технологий изначально очевидным образом способствовало наиболее полной реализации основных либерально-демократических ценностей. Так, например, в резолюции Совета по правам человека ООН от 3 июня 2011 г. на основании авторитетного доклада спецпредставителя ООН Франка Ла Рю¹ право на доступ в Интернет было отнесено к числу базовых и неотъемлемых прав человека в современном мире (в дальнейшем были приняты и другие документы по поводу свободы слова и защиты информации в Интернете²). Идеи о том, что что «интернет способствует размыванию существовавших границ и иерархий...», «процесс получения информации сократился до нескольких кликов на странице браузера...» (Asnagulova & Zamanov, 2019), «социальные медиа способствуют росту уровня гражданского самосознания» (Lozinskaya & Zubareva, 2020) и т. п., прочно закрепились в общественном сознании. Гражданское общество получило возможность обсуждения наиболее актуальных проблем в режимах видеочатов, мессенджеров, онлайн-переводчиков, уже без всякой привязки не только к месту нахождения лиц, но даже к языку, и к конкретному государству. Всеобщий безлимитный и практически

¹ ООН признала право на доступ в Интернет неотъемлемым. Российская газета. 7 июня 2011 г. Режим доступа: <https://rg.ru/2011/06/07/oon-site-anons.html> (дата обращения: 01.02.2021).

² Как Россия предлагает ООН обезопасить интернет. ТАСС. 1 ноября 2017 г. Режим доступа: <https://tass.ru/ekonomika/4672302> (дата обращения: 02.02.2021).

нерегулируемый доступ к информации, как и обмен этой информацией, стали настолько общедоступными явлениями, что казалось, действительно наступил предсказанный Лоуренсом Гроссманом «момент истины» — великая эпоха цифровой демократии, электронная республика (Grossman, 1995).

В результате оптимисты уверились в том, что момент реальной «прозрачности» государственного управления и, как следствие, потенциального полного контроля общества над деятельностью государственных органов действительно близок; пессимисты замолчали, допустив мысль о возможности воцарения реальной демократии благодаря технологиям цифровизации.

Однако Уханьская эпидемия коронавируса (декабрь 2019 г.), быстро распространившись за пределы Китая, изменила все. Тоталитарный Китай справился ожидаемо легко, с помощью жестко централизованных мер. Южная Корея и Япония обошлись «полумерами»: это была «настоятельная просьба» публичной власти к гражданам не выходить из дома, сопровождаемая введением штрафов, которые по размеру несопоставимы с теми, которые позже были введены в Европе («восточные» штрафы, как ни странно, были гораздо ниже). А в западных государствах случился реальный политико-правовой коллапс, вызванный неспособностью развитых демократических государственных структур справиться с кризисной ситуацией. Причем кризисная ситуация была серьезно катализирована описанными выше весьма демократическими «цифровыми нововведениями». Пьедестал западной демократии — свобода слова и выражения собственного мнения — стал «подрывной бомбой» в сложившихся условиях. Вирус, который на Востоке, благодаря жесткой дисциплине и ментальной уверенности граждан в необходимости следовать властным велениям, какими бы неразумными они ни казались, остался лишь медико-биологическим, на Западе превратился в реальную медиаугрозу (Miroshnichenko & Mamyshev, 2020).

Пандемия реально изменила все. Нельзя не согласиться с профессором Грили, который, открывая спецвыпуск авторитетного западного журнала *Journal of Law and the Biosciences*, посвященный специально коронавирусу и его «урокам», иронично констатирует: «Да, пандемия несправедлива. Общества должны выучить уроки и изменить что-то, возможно, произвести серьезные изменения» (Greely, 2020). При этом профессор подчеркивает, что вопрос о качестве и содержании таких изменений остается открытым и их пока нельзя охарактеризовать однозначно.

Действительно, мы пока не «выучили свой урок» и не можем толком проанализировать последствия той катастрофы, которая настигла мир почти год назад; возможно потому, что процесс еще идет; но мы уже можем сделать некоторые выводы о произошедшем.

Если проанализировать статистические данные по количеству зараженных коронавирусом в разных странах³, то можно увидеть, что первые места в этом антирейтинге занимают государства с демократическим политическим режимом (будь то развивающаяся или давно окрепшая демократия), в то время как страны с повышенным уровнем контроля со стороны государства располагаются в

³ Заражение коронавирусом по разным странам на 27.01.2021. Режим доступа: <https://index.minfin.com.ua/reference/coronavirus/geography/> (дата обращения: 27.01.2020).

списке гораздо ниже. Введение жестких регулятивно-управленческих режимов оказывается единственной эффективной практикой, продемонстрированной западными демократиями в ходе борьбы с пандемией. По данным на январь 2020 г., первые строчки Индекса демократии занимают Норвегия, Исландия, Швеция⁴. В ноябре 2020 г. в Швеции вступили в силу жесткие коронавирусные ограничения (Kovaleva, 2020). Эта же практика коснулась и Норвегии, где в январе 2021 г. тоже ужесточили введенные из-за коронавируса ограничения⁵. Причем под жестким регулированием понимается в первую очередь отказ от либеральных прав и свобод человека. При этом «ни одна западная демократия даже отдаленно не приблизилась по успехам в борьбе с эпидемией к Китаю»⁶.

Не будем анализировать меры, предпринятые автократиями и тем более жесткими тоталитарными государствами. Интерес представляют тенденции «антиковидной» политики 2020 г. в развитых демократиях. Отношение к пандемии и необходимости ограничений было различным: от твердого «мы не можем позволить, чтобы последствия «лечения» были тяжелее самой заразы» (Дональд Трамп)⁷; через анализ на всех уровнях — от массмедиа до научных статей — экономических убытков и умаления права человека; до издания законов против «инфодемии», серьезно ограничивающих основную ценность западного общества — свободу слова (Radu, 2020).

Ковидные ограничения вызвали цунами недовольства. Согласно социологическим опросам и публикациям в СМИ население оценивало принимаемые меры как чрезмерные⁸, формально-бюрократические (Loktionova, 2020), несвоевременные и подрывающие экономическое благосостояние граждан⁹.

Российская ситуация по типу реакции населения ближе к европейской. К тому же нужно понимать, что подрастающее поколение в России традиционно отличается низким уровнем доверия к публичным политическим институтам, а потому смотрит на управление через призму повсеместного ограничения прав. Молодежь действительно обеспокоена зарождающейся тенденцией цифрового тоталитаризма. В социальных сетях и до пандемии поднимались темы ограничения политической конкуренции и свободы СМИ, блокировки неудобных сайтов, развития суверенного Интернета, вмешательства государства в личную жизнь граждан посредством контроля различных мессенджеров. Активно обсуждались

⁴ Индекс демократии стран мира (The Democracy Index). Режим доступа: <https://gtmarket.ru/ratings/democracy-index> (дата обращения: 27.01.2020).

⁵ Норвегия ужесточит введенные из-за коронавируса ограничения. Режим доступа: <https://www.rbc.ru/society/03/01/2021/5ff202629a7947d7604564f9> (дата обращения: 27.01.2020).

⁶ Бовт Г. «Русский тоталитаризм» куда-то делся. Режим доступа: <https://www.vedomosti.ru/opinion/articles/2020/10/13/843152-russkii-totalitarizm> (дата обращения: 07.02.2020).

⁷ Singer, P., Plant, M. (2020) When Will the Pandemic Cure Be Worse Than the Disease? Project Syndicate: The world's opinion pages. Apr 6, 2020. Available at: <https://www.project-syndicate.org/commentary/when-will-lockdowns-be-worse-than-covid19-by-peter-singer-and-michael-plant-2020-04?barrier=accesspaylog> [Accessed 12th February 2021].

⁸ Треть россиян считают чрезмерными ограничения в связи с коронавирусом. — Информационный бизнес-портал РБК. Режим доступа: <https://www.rbc.ru/society/29/04/2020/5ea863599a794749aa07be3f> (дата обращения: 09.02.2021).

⁹ Аренина К. Жизнь на карантине: работы больше, доходов меньше. Исследование The Bell и «Левада-центра» / К. Аренина, А. Стогней, Гончаров С., Караева О. Режим доступа: <https://thebell.io/zhizn-na-karantine-raboty-bolshe-dohodov-menshe-issledovanie-the-bell-i-levada-tsentra> (дата обращения: 09.02.2021).

дела о государственной измене с обвинительными приговорами за высказывания в Интернете и мессенджерах, часто высказывались мнения о вменении ложных обвинений.

Боязнь цифрового контроля не является надуманной проблемой. Клаус Шwab видел два ключевых направления воздействия четвертой промышленной революции на правительства: а) технологии будут все более наделять граждан полномочиями, давая им новые способы выражать свои мнения, координировать усилия и, возможно, находить пути для обхода государственного надзора; б) новые технологии наблюдения приведут к усилению надзора и чрезмерной власти государственных органов (Schwab, 2016:56). Пандемия добавила проблеме актуальности, показав реальность применения технологий. Мнения авторитетных экспертов от цифровизации достаточно откровенны. «Максимального эффекта можно достичь только благодаря максимальной прозрачности: дать государству доступ к банковскому аккаунту, превратить учетную запись на портале госуслуг в целый цифровой профиль, чтобы государство могло проактивно реагировать на возникшие жизненные ситуации» — говорит Борис Глазков, президент по стратегическим инициативам «Ростелекома» (Sukharevskaya, 2019).

Однако возникает устойчивое ощущение, что технология работает в одну сторону: речь идет о прозрачности только со стороны граждан, а это, как известно, недопустимо в демократическом государстве. Предполагалось, что цифровые технологии должны укреплять и развивать основы демократии. Но практика их использования, особенно в условиях «антивирусного» регулирования, больше похожа на незаметное преобразование демократии в совершенно иной политический режим — цифровой тоталитаризм. Разница между ними лишь в том, что в «тоталитарном» цифровом мире государство с помощью информационных технологий может видеть гражданина насквозь, а в «демократическом» — наоборот, гражданин видит насквозь прозрачное государство (Turov, 2019).

«В масштабах страны контроль на уровне гаджетов впервые применил именно Китай, — рассуждает профессор Школы востоковедения НИУ ВШЭ Алексей Маслов, — там есть все возможности, чтобы сделать цифровой тоталитаризм реальностью» (Maslov, 2020). Однако, по мнению эксперта, разница менталитетов делает этот путь неприемлемым для России, где население желает, чтобы власть, которая вводит эту систему, должна быть точно также ей же и подчинена, как и все люди, без исключения.

Проблемой цифрового тоталитаризма озабочены не только в России. В Европе тоже многие убеждены, что под соусом пандемии COVID-19, будь она искусственной или естественной, многие правительства устанавливают самый настоящий тоталитаризм (Kennedy, 2020). Пандемия легитимизировала практику слежки за собственными гражданами (Kucherena, 2020).

Еще один демократический концепт, получивший неожиданное прочтение российской властью в период пандемии, — это федерализм. Незаметный в обычное «мирное» время, он вдруг был извлечен на повестку дня с указанием губернаторам действовать с учетом специфики региона. Причем, хотя

разумность идеи очевидна, в российских реалиях выглядело это больше как самоустранение федеральной власти, которая не желала ассоциировать себя с неизбежными непопулярными мерами.

Пандемия и этика

Формирование цифровой среды сопровождается достаточно широким и быстрым распространением новой системы ценностей (Pashentsev, 2020) — этот факт сам по себе делает цифровую трансформацию общественных отношений болезненной для многих групп населения и сложной в плане реализации для многих сфер деятельности. Пандемия обострила противоречие между либеральными ценностями, воспринятыми последними двумя-тремя поколениями россиян, и иными, причем как теми, которые уже ушли с актуальной повестки дня последних десятилетий, так и теми, которые только начинают на этой повестке появляться. В зарубежной прессе отмечалось, что недовольство действиями правительств связано с тем, что население ощутило резкий контраст между ограничительными мерами и свободой. Франческа Беллацци и Конрад В. Бойнебург утверждают, что этот контраст является «ложным восприятием» (Bellazzi & Boynenburgk, 2020). Дело в том, что мы рассматриваем этот вопрос через нашу современную моральную философию утилитаризма и понимание свободы как отсутствия ограничений. Однако это всего лишь две из возможных идеологий, и теоретически такое восприятие может быть заменено более сложными альтернативами, а именно этикой добродетели и понятием свободы воли. Они дают другую картину морали и позволяют гармонично сосуществовать с вводимыми ограничениями, сознательно выбирая их соблюдение вместо того, чтобы воспринимать их как драконовские и аморальные. Этика добродетели позволяет решать практические вопросы о том, как человек должен вести себя во время пандемии, как относиться к изоляции и другим ограничительным мерам.

Последние века мы живем в обществе, где перманентно враждуют две этих основных концепции этики: утилитаризм либо свобода как отсутствие всякого принуждения.

Утилитаризм как разновидность концептуализма (Mill, 2015) предполагает правильными только такие действия, которые максимизирует общий вес блага для каждого из живущих в обществе. Большая часть наших действий так или иначе подчиняется этому правилу, и именно из этой концепции исходило большинство парламентов и правительств, реагируя на вызовы пандемии. Даже те, кто пропагандировал отсутствие сверхопасности коронавируса, стояли на тех же этических основаниях, утверждая, что ущерб от ограничительных мероприятий для экономики в целом будет слишком большим, поэтому лучше пожертвовать стариками, чтобы молодые и сильные могли спокойно жить дальше так, как привыкли. Исая Берлин называл концепцию, в которой свобода определяется как абсолют, отсутствие внешних ограничений и принуждения, негативной свободой (Berlin, 2006).

Альтернативная моральная концепция добродетельной этики предлагалась еще Аристотелем (Aristotle & Irwin, 1999) и развивалась в дальнейшем Гертрудой Э.М. Энскомб (Anscombe, 1958), Филиппой Фут (Foot, 2002) и Аласдером

С. Макинтайром (MacIntyre, 2007). Все они исходят из двух постулатов. Во-первых, моральные характеристики признаются фундаментально необходимыми для достижения счастья, понимаемого как полная реализация каждой индивидуальной человеческой жизни. В таком понимании счастье не зависит от возраста или относительной слабости. Во-вторых, эта теория ориентируется на добродетель, которая понимается как предрасположенность, позволяющая человеку воспринимать, чувствовать, хотеть и действовать определенным образом. Правильно проявлять добродетель — это значит иметь нравственную установку, которая заставляет человека вести себя адекватно обстоятельствам, в которых он находится. Например, если меры изоляции подразумевают систематическую дискриминацию слабой категории, такой как инвалиды или психически больные люди, то в этическом плане это означает, что от людей требуется мужество.

В аристотелевской концепции присутствовал концепт двупорядковой этики: первый уровень — хочу чего-то сейчас; второй уровень — я сейчас этого не получу (локдаун) для того, чтобы получить это в будущем в том варианте, в котором захочу. Настоящая свобода подразумевалась на втором уровне, предполагая свободу управлять своей жизнью. Это — осознанная свобода, интеллектуальная (Frankfurt, 1971).

Таким образом, в условиях пандемии и морально, и разумно было бы использовать не утилитарно-простейшую концепцию немедленной свободы, а реализовывать ее через аристотелевский подход к ценности — ценность собственной свободы через общественное благо и свободу второго уровня (интеллектуальную).

Однако и здесь все не так просто. На сцене политико-правовой риторики появляется новая идеология — *гуманитаризм*. В таком прочтении гуманизм не опирается на свободу как на высшую ценность, а наоборот, противопоставляется ей. Ценность человеческой жизни тут оправдывает любые ограничения свободы и возможностей отдельного человека (Gromov, 2020). Ситуация с пандемией обострила до крайности конфликт либеральных ценностей свободы (слова, мысли, передвижения) и самовыражения, с одной стороны, и ценностей безопасности и выживания — с другой.

Как считает Е. Шульман, торговля угрозами и их предотвращение становятся одними из главных методов на административном рынке России, вся окружающая реальность рассматривается как комплекс реальных или потенциальных вызовов (Shulman, 2020). Причем это касается не только России. Как пишет А. Громов, власть узнала волшебные слова — «ценность человеческой жизни». ««Слезинка ребенка», «жизнь рядового Райана», «смерть старика, сидящего в ожидании у костра», в отрыве от базовых ценностей гуманизма становятся очень опасной даже не идеологией, а технологией подавления и контроля»¹⁰.

Лейтмотив политической риторики России последних лет можно выразить так: «...чем вы готовы пожертвовать, чтобы сохранить безопасность, на какие ограничения готовы пойти, чтобы сделать нашу жизнь еще дольше и комфортнее?» (Shulman, 2020).

¹⁰ Андрей Громов. О неприятном, сложном и непolitкорректном. Режим доступа: <https://www.facebook.com/igor.averkiev.perm/posts/159539495568729> (дата обращения: 12.02.2021).

По словам Роберта Кеннеди-младшего, «правительства любят пандемии», так как они дают возможность устанавливать контроль над населением, который бы иначе население никогда не приняло (Kennedy, 2020).

Причем нужно понимать, что «ковидно-цифровая» трансформация ценностей не может проходить гладко, так как внутри процесса заложено еще одно противоречие взаимоисключающих векторов развития. С одной стороны, ситуация с пандемией требовала приоритета безопасности и связанных с ней ценностей выживания и традиционных ценностей типа почтения и покорности власти, готовности принять авторитаризм, социального конформизма, веры во всемогущество науки и техники. С другой стороны, в основе цифровой трансформации лежит цифровая экономика, которая представляет собой развитие рыночной экономики в информационном обществе, следовательно, должна ориентироваться на соответствующие ценности самовыражения типа высоких оценок личности, свободы личности, высокой роли личности в обществе, прав человека, материальных благ, личного экономического успеха индивида.

С этих позиций выглядит логичным то, сколько негатива и критики в Интернете вызывали ограничительные меры и действия властей.

Пандемия и правовое регулирование

Тезис об отставании правового регулирования от темпов цифровой трансформации общества за последние пару лет стал трюизмом в соответствующих публикациях (Mikheeva & Boyarintseva, 2019). Проблема усугубляется тем, что под влиянием цифровизации процессы в обществе многократно ускоряются (Zaloilo & Pashentsev, 2019: 200).

Пандемия подтвердила опасения ученых, говоривших о том, что в условиях цифровизации господство закона может стать фактором, тормозящим развитие новых отношений в цифровой среде и снижающим эффективность правового регулирования (Zaloilo & Pashentsev, 2019: 201). Особенности закона таковы, что не предполагают его оперативного изменения в случае трансформации предмета регулирования (Khabrieva, 2018).

С другой стороны, такое положение дел нивелирует авторитет и потенциал закона как средства защиты прав и свобод человека и гражданина — ценности, к которой человечество столь долго шло и так недолго ею наслаждалось.

С точки зрения общественного мнения российский опыт правового регулирования в условиях борьбы с пандемией нельзя признать удачным (несмотря на итоговую эффективность противоэпидемиологических мер). «Антивирусное» законодательство в научной среде именовали «вируспруденцией» (Chernogor & Zaloilo, 2020), за регулятивным режимом закрепился термин «пандемия неравенства» (Gryaznov, 2020; Sheremet, 2020), а в интернет-публицистике часто мелькали характеристики «электронный концлагерь» и «недокарантин».

Весной 2020-го г. для юристов казалось очевидным, что, когда шок спадет, миру явится шквал юридических разбирательств «задним числом» и постфактум, касающихся нарушаемых прав, игнорирования положений закона, оспаривания документов. В Сети появлялась информация о попытках оспорить решения глав

субъектов Федерации о введении режима самоизоляции¹¹. Коллективный иск к мэрии Москвы подали в начале апреля оппозиционные политики (включая муниципального депутата)¹². Далее был подан второй иск, в котором оспаривалось введение цифровых пропусков на передвижение по городу (в части компетенции мэра, нарушения законодательства о персональных данных и процедуры введения ограничений), потом — еще несколько. В исках подчеркивалось, что указ мэра незаконно ограничивает право на передвижение, а это возможно сделать только федеральным законом, а в случае угрожающей эпидемиологической обстановки — только при введении карантина по решению главных государственных санитарных врачей и их заместителей, а также при введении чрезвычайного или военного положения¹³. С юридической точки зрения перспективы казались очевидными (Kononov, 2020).

Однако все оказалось сложнее.

28 апреля 2020 г. Московский городской суд отклонил сразу все шесть исков к мэру Сергею Собянину об отмене введенных в связи с эпидемией коронавируса ограничений¹⁴. Очевидно, что доводы истцов выглядят гораздо более убедительными с юридической точки зрения, чем возражения мэрии. Кроме этого, истцы справедливо указывали на спешку при рассмотрении дел и процессуальные нарушения (Yagodkina, 2020).

21 апреля 2020 г. Верховный Суд РФ утвердил Обзор по отдельным вопросам судебной практики, связанным с применением законодательства и мер по противодействию распространению на территории Российской Федерации новой коронавирусной инфекции (COVID-19) N 1, которым, среди прочего, были урегулированы вопросы привлечения к административной ответственности за нарушения правил поведения в условиях режима повышенной готовности¹⁵. Уже 30 апреля 2020 г. появился второй «коронавирусный» обзор практики. В итоге сложилась необычная для нашей правовой системы ситуация, когда не обзоры были написаны со ссылкой на практику, а практика начала формироваться со ссылкой на обзор¹⁶. Формально обзоры сняли многие процедурные и прикладные вопросы правоприменения в условиях ограничительных мер (признание ограничений форс-мажором, определение гражданско-правовых и процессуальных

¹¹ Соколова Д. Адвокат подал иск к Евгению Куйвашеву из-за всеобщей самоизоляции // Коммерсант: Урал. Режим доступа: <https://www.kommersant.ru/doc/4314906> (дата обращения: 12.02.2021).

¹² Сторонники Гудкова решили подать иск к Собянину из-за режима самоизоляции. РБК. 02.04.2020 г. Режим доступа: <https://www.rbc.ru/rbcfreenews/5e8628f09a79471ff59aeb39> (дата обращения: 02.02.2021).

¹³ Против правительства Москвы подан иск в суд из-за введения режима всеобщей самоизоляции. — Информационное агентство «Знак». 02.04.2020 г. Режим доступа: https://www.znak.com/2020-04-02/protiv_pravitelstva_moskvy_podan_isk_v_sud_iz_za_vvedeniya_rezhima_vseobchey_samoizolyacii (дата обращения: 02.02.2021).

¹⁴ Корня А. Мосгорсуд отказал во всех исках об отмене указов мэра о самоизоляции. Ведомости. 28.04.2020 г. Режим доступа: <https://www.vedomosti.ru/society/articles/2020/04/28/829225-mosgorsud-otkazal> (дата обращения: 02.02.2021).

¹⁵ Обзор по отдельным вопросам судебной практики, связанным с применением законодательства и мер по противодействию распространению на территории Российской Федерации новой коронавирусной инфекции (COVID-19) N 1 (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 21 апреля 2020 г.) // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. Май 2020 г. № 5.

¹⁶ Два «коронавирусных» обзора Верховного суда: как их применяют на практике. Право.ру. 21 мая 2020 г. Режим доступа: <https://pravo.ru/story/221892/> (дата обращения: 03.02.2021).

сроков, статус нерабочих дней и многое другое). В том числе разрешили коллизию с привлечением к административной ответственности по ст. 20.6.1 («Невыполнение правил поведения при чрезвычайной ситуации или угрозе ее возникновения») и ст. 6.3 («Нарушение законодательства в области обеспечения санитарно-эпидемиологического благополучия населения») КоАП РФ, практика по которым была не единообразной и порождала множество жалоб. Введенная с 1 апреля 2020 г. для обеспечения противопандемических мер статья 20.6.1 содержала очень высокие штрафные санкции и очень обобщенные формулировки (Moshkovich, 2020).

При всем этом Верховный Суд обошел вниманием все спорные моменты, касающиеся конституционности, правомерности и легитимности введения ограничительных мер; компетенции глав субъектов федерации на их установление; ограничений конституционной свободы передвижения, введения дополнительных, не установленных федеральными законами, обязанностей граждан; избыточности требуемых с граждан персональных данных и небезопасности их обработки; резкого снижения уровня правовых гарантий и защищенности населения; неопределенного и беспрецедентного статуса рекомендательных и информационных документов Роспотребнадзора, которые использовались в качестве нормативного обоснования любых действий властей, — то есть все то, что вызывало массовое недовольство в Сети, протестные акции, растерянность населения и апокалиптические фейки на тему цифрового тоталитаризма.

Точку в борьбе политики, медицины и юриспруденции поставил Конституционный Суд РФ. Постановление Конституционного суда от 25 декабря 2020 г. № 49-П¹⁷ создало прецедент, перевернувший «с ног на голову» принципы российской правовой системы. Протвинский городской суд Московской области попросил проверить конституционность подп. 3 п. 5 постановления губернатора Московской области от 12 марта № 108-ПГ «О введении в Московской области режима повышенной готовности для органов управления и сил Московской области системы предупреждения и ликвидации чрезвычайных ситуаций и некоторых мерах по предотвращению распространения новой коронавирусной инфекции (COVID-2019) на территории Московской области», ограничивающих, по мнению суда, право граждан на свободу передвижения¹⁸.

Логика Постановления КС неоднозначна. В документе Суд подробно излагает нормы Конституции и федеральных законов, исходя из которых ограничение свободы передвижения и иных конституционных прав граждан должно

¹⁷ Постановление Конституционного Суда РФ от 25 декабря 2020 г. № 49-П «По делу о проверке конституционности подпункта 3 пункта 5 постановления Губернатора Московской области «О введении в Московской области режима повышенной готовности для органов управления и сил Московской областной системы предупреждения и ликвидации чрезвычайных ситуаций и некоторых мерах по предотвращению распространения новой коронавирусной инфекции (COVID-2019) на территории Московской области» в связи с запросом Протвинского городского суда Московской области».

¹⁸ Нагорная М. КС признал конституционным положение постановления губернатора МО об ограничении передвижения в период пандемии // Адвокатская газета. Орган Федеральной Палаты адвокатов РФ. Режим доступа: <https://www.advgazeta.ru/diskussii/pravovaya-storona-pandemii/> (дата обращения: 12.12.2020).

производиться законодательными актами федерального уровня, а также положения о том, что законы и иные нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации не могут противоречить федеральным законам, принятым по предметам ведения Российской Федерации и предметам совместного ведения Российской Федерации и ее субъектов, — то есть фактически повторяет доводы, кто считает противопандемические ограничения в России процедурно и содержательно неконституционными. Однако после этого Суд приходит к парадоксальному выводу о том, что оспариваемое положение Постановления Губернатора Московской области не противоречит Конституции Российской Федерации. Доводы следующие: а) введение ограничений по своему конституционно значимому предназначению и сути было продиктовано объективной необходимостью оперативного реагирования на экстраординарную (беспрецедентную) опасность распространения коронавирусной инфекции (COVID-2019); б) вводимые меры не носили характера абсолютного запрета, допуская возможность перемещения граждан при наличии уважительных обстоятельств; в) вводимые меры были кратковременными, а возможность их установления получила своевременное подтверждение в федеральном законодательстве¹⁹.

Постановление использует весьма непривычную для легистски ориентированной правовой системы России аргументацию, например, говорит об *общих федеральных правовых ориентиров* (курсив наш), содержащихся в законодательстве о чрезвычайных ситуациях; соразмерности ограничений свободы передвижения; оперативном (опережающем) правовое регулирование субъекта Федерации²⁰, которое не может быть признано «в конкретно-исторической ситуации противоправным и противоречащим положениям Конституции Российской Федерации» (п. 3.2).

Возвращаясь к вопросу об обжаловании правовых актов глав регионов в части ограничительных мер, нужно указать, что в настоящее время еще рассматривается иск юриста А. Рыбина, который был подан еще в апреле 2020 г. (полгода дело отказывались принять к рассмотрению, истец добился рассмотрения через апелляционную инстанцию)²¹. Но уже очевидно, что решения судов имеют политический, а не юридический характер.

Мнение Конституционного Суда фактически легитимировало «опережающее правовое регулирование» периода вируспруденции, отодвинув на задний план классический правовой принцип недопустимости противопоставления законности и целесообразности. Это противопоставление, разрешаемое «антивирусным» законодательством в пользу целесообразности, очень негативно

¹⁹ Обзор практики Конституционного Суда РФ за 2020 год. Система Гарант. Режим доступа: <https://internet.garant.ru/#/document/400275156/paragraph/1/doclist/4826/showentries/0/highlight/Постановление%20конституционного%20суда%20№%2049-П:1> (дата обращения: 03.02.2021).

²⁰ Оспариваемое Постановление Губернатора Московской области было принято 12 марта 2020 г., то есть до издания и введения в действие федерального закона от 1 апреля 2020 года N 98-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам предупреждения и ликвидации чрезвычайных ситуаций», которым были расширены полномочия глав субъектов и понятие чрезвычайной ситуации.

²¹ В суде будет рассмотрен иск жителя Москвы к Сергею Собянину. ИА FederalCity. 12.02.2021 г. Режим доступа: <https://federalcity.ru/index.php?newsid=9827> (дата обращения: 14.02.2021).

оценивается как юристами, так и населением (не будем забывать, что сейчас на пике социальной и профессиональной активности преобладают 30—40-летние юристы, воспитанные на активно пропагандируемых принципах законности, конституционности и либеральных ценностях). Ситуация усугубляется еще и тем, что в отечественной юриспруденции закрепились установки, в соответствии с которыми целесообразность понимается в отрицательном значении: как противопоставление законности, усмотрение или даже произвол, привнесенные из право-реализационной практики (Zaloilo, 2020).

На метауровне ученые спокойно воспринимают обострение конфликта законности и целесообразности в правовом регулировании, рассматривая это как естественную характеристику периода смены правовых циклов. С такой точки зрения противовирусное законодательство является циклическим правовым массивом и имеет свою логику развития и свои пределы допустимого (Khabrieva, 2019). Однако на уровне обыденного правосознания резкое изменение модели и аксиологической базы правового регулирования воспринимается критично. Пандемия и здесь сыграла роль катализатора, спровоцировав болезненное ускорение изменений.

На уровне мнений экспертного сообщества и научного анализа уже оформилась и начала приживаться новая модель правового регулирования в обществе постмодерна, меняющая привычные представления о жесткой обязательности и формальной определенности законов. Эта новая модель предполагает, среди прочего, активное использование правового эксперимента в формате регуляторных песочниц, увеличение роли актов мягкого права (за счет их большей гибкости и динамичности), изменения места и роли закона в системе источников права (Zaloilo, 2020). Такая трансформация правового регулирования, сопровождаемая сменой и аксиологических, и формальных характеристик права, сама по себе является болезненным для общества и противоречивым процессом. К тому же в рамках такой трансформации крайне важны технологии научного прогнозирования и моделирования, так как на фазе смены циклов правового регулирования очень легко допустить ошибки, принимая временное и случайное за проявление новых закономерностей. Эволюционность изменений, порождаемых цифровой трансформацией, необходимо искусственно конструировать, в том числе за счет искусственного замедления и поэтапности реформ²².

Однако пандемия разрушила надежды на эволюционность процесса трансформации. В ход пошли «сырые» технологии и скороспелые решения. Высокотехнологичная инфраструктура, необходимая для цифровой экономики и информационного общества постмодерна, была подменена коммерческими сервисами (типа What'sApp), совершенно не предназначенными для передачи официальных персональных данных и конфиденциальной информации. Цифровые пропуска требовали распечатывать на бумаге, соблюдение карантина

²² Как справедливо указывают Д.А. Пашенцев и М.В. Залоило, правопорядок — сконструированное состояние, недаром методологию конструктивизма эксперты рассматривают как наиболее подходящую для изучения последствий цифровой трансформации общества. Подробнее: (Zaloilo & Pashentsev, 2019:200).

приходилось подтверждать отправкой по обычным мессенджерам селфи с паспортом²³, а властные административные решения о необходимости соблюдать самоизоляцию, запрете посещения школы или использования транспорта принимались неизвестными субъектами («системой») и доводились до сведения путем рассылки смс-сообщений (к тому же решения ошибочные, на базе недостоверной информации и без возможности обжалования)²⁴.

Все это дискредитировало цифровизацию в глазах населения, порождая хлесткие публицистические штампы типа электронного концлагеря или цифрового тоталитаризма.

Пандемия и цифровизация

Некая «двоичность» современной цифровизации выразилась в противоположных эффектах, продемонстрированных во время пандемии. С одной стороны, удаленная работа, дистанционное обучение, получение госуслуг в цифровой форме и онлайн-коммуникация для управленческих, профессиональных и бытовых нужд позволяли воспринимать цифровизацию как панацею, хотя бы временную, и давали надежду, что современное smart-общество способно противостоять любой угрозе, сохраняя базовые ценности и привычные формы взаимодействия. В период пандемии начали активно проявляться прогнозируемые плюсы цифровизации: цифровизация может комплексно решать жизненные ситуации граждан на базе автоматизированных бизнес-процессов («суперсервисов»), минимизировать участие чиновников в принятии решений по оказанию услуг, исключить бумажные документы как в процессе оказания услуг, так и между ведомствами (Mikheeva, Boyarintseva, 2019). Всемирная организация здравоохранения отметила положительную роль цифровых технологий в борьбе с пандемией: «Цифровизация позволила в условиях пандемии коронавируса восполнить вынужденные разрывы в предоставлении медицинской помощи при ряде заболеваний»²⁵.

С другой стороны, стало очевидным, что ни уровень технологий, ни развитость соответствующей инфраструктуры, ни направленность использования цифровых технологий властью, ни доступность технологий и коммуникаций населению, ни другие параметры информационного общества и социально-экономического киберпространства не до конца соответствуют декларируемым до этого показателям и целям использования. Цифровизация разочаровала, причем не только в сфере госуправления. Пандемия перезагрузила тестово-

²³ Москвичей с коронавирусом обяжали присылать селфи — чтобы подтвердить, что они дома. Настоящее время. 05.05.2020 г. Режим доступа: <https://www.currenttime.tv/a/selfie-moscow-covid-19/30594340.html> (дата обращения: 08.02.2021).

²⁴ Калугин Д. «Если попал в «ковидную» базу, можешь «влететь» на штраф»: юрист объяснила, стоит ли игнорировать предупреждения о самоизоляции. — Московская газета. 25.11.2020 г. Режим доступа: <https://mskgazeta.ru/obshchestvo/esli-popal-v-kovidnuyu-bazu-mozhesh-vletet-na-shtraf-yurist-ob-yasnila-stoit-li-ignorirovat-preduprezhdeniya-o-samoizolyacii-6452.html> (дата обращения: 12.02.2021).

²⁵ В ВОЗ заявили, что цифровизация сыграла важную роль в борьбе с пандемией. ТАСС. 02.01. 2021 г. Режим доступа: <https://tass.ru/obshchestvo/10398705> (дата обращения: 08.02.2021).

развлекательный режим применения цифровых технологий, и в условиях действительно реальной эксплуатации цифровизация оказалась не столь привлекательной.

Например, в Приморье в апреле 2020 г. система выдачи электронных пропусков в первый же день не справилась с нагрузкой, оставив необработанными 90 тысяч заявок. О том, что это был не просто разовый сбой, а именно недоработанная технология, свидетельствует тот факт, что от цифровых пропусков власти отказались, а министр цифрового развития и связи Приморского края был отправлен в отставку²⁶. В мае 2020 г. Правительство Сахалинской области известило о начале работы сервиса по выдаче электронных пропусков, их обязаны оформлять все путешественники без регистрации по месту жительства на Сахалине и Курилах²⁷, а туристы могли оформить въезд в составе организованной группы у туроператоров, входящих в единый федеральный реестр. Но разумная идея по снижению туристопотока столкнулась с российской действительностью и стала основой для пусть недолговечного, но весьма прибыльного «цифрового» бизнеса по продаже пропусков через турфирмы, а также для нового всплеска бюрократии в виде ничем не урегулированных процедур подтверждения родства²⁸.

Ярким примером вреда сырых технологий является приложение «Социальный мониторинг», на которое поступали сотни жалоб. За полмесяца работы приложение выписало 54 тысячи штрафов на сумму более 200 млн рублей. При этом москвичи сообщали, что не нарушали карантина, загружали селфи или вообще не получали предписания находиться на самоизоляции, но все регулярные сбои программы и нестыковки баз данных оказывались проблемой самих людей²⁹.

Ускоренное и массированное внедрение цифровых сервисов стало причиной колоссального роста киберпреступности. Согласно исследованиям, за две недели после начала ограничительных мер количество сервисов в сети Интернет выросло почти в шесть раз, в то время как число мошеннических сайтов российского сегмента всемирной паутины составило 70 %, а Сбербанк сообщил, что 75 % ресурсов в доменной зоне.ru, посвященных коронавирусу, являются мошенническими (Petrishcheva, 2020).

²⁶ В Приморье уволили отвечающего за электронные пропуска министра. РБК. 17 апреля 2020 г. Режим доступа: <https://www.rbc.ru/society/17/04/2020/5e993f469a79473c24a17206> (дата обращения 05.08.2020).

²⁷ Цифровой концлагерь на Сахалине — электронные пропуска уже можно оформить. Vostok.Today. 15.05.2020. Режим доступа: <https://zen.yandex.ru/media/vostoktoday/cifrovoi-konclager-na-sahaline-elektronnye-propuska-uje-mojno-oformit-5ebde56441ff1b01f54141fc> (дата обращения: 05.02.2021).

²⁸ Как получить цифровой пропуск на Сахалин, если нет регистрации. Область на островах: Сахалин и Курилы: события, история, творчество. 19.11.2020 г. Режим доступа: <https://область-на-островах.pf/2020/11/19/kak-poluchit-tsifrovoj-propusk-na-sahalin-esli-net-registratsii/> (дата обращения: 05.02.2021).

²⁹ Васильчук Т. Антисоциальный мониторинг. Москвичей продолжают штрафовать за плохие селфи и поездки в больницу. Новая газета. 01.06.2020 г. Режим доступа: <https://novayagazeta.ru/articles/2020/05/31/85630-antisotsialnyu-monitoring> (дата обращения: 01.02.2021).

По изначальной логике политико-программных актов, посвященных информационному обществу³⁰, правовое обеспечение информационной безопасности должно было стать ведущей подотраслью информационного права, причем с обязательным выделением личности как особого субъекта информационной безопасности (Chebotareva, 2020). Однако опыт пандемического правового регулирования демонстрирует, что о защите персональных данных граждан, информационной гигиене и этике думали в последнюю очередь. Яркое и пугающее доказательство — это прошедшая в декабре 2020 г. информация об утечке персональных данных почти трехсот тысяч москвичей, переболевших ковидом. В Сеть попал архив из 362 файлов Word, Excel, PDF, JPG, в которых содержались такие данные, как ФИО, место проживания, номер телефона, полис ОМС, дата рождения, диагноз и другая информация³¹.

Эта утечка продемонстрировала сразу несколько весьма неприятных фактов. Во-первых, стало очевидно, что никакого «продвинутого» программного обеспечения для создания баз данных и обработки огромных массивов информации у мэрии Москвы нет. Иначе зачем бы понадобились таблицы в форматах Word и Excel (обычных офисных приложениях, по определению не предназначенных для обработки конфиденциальной информации и хранения персональных данных)? Во-вторых, стали очевидными недостоверность «цифровых данных» и возможности манипулирования ими, о чем неоднократно писали скептики цифровизации (в попавших в Сеть базах содержалось несовпадающие данные в разных файлах о количестве заболевших на одну и ту же дату)³². В-третьих, утечка продемонстрировала цинично-равнодушное отношение власти и к вопросам защиты персональных данных, и к безопасности граждан. В официальных комментариях был сделан упор на «успокаивающую» информацию о том, что утечка данных не связана с целенаправленными хакерскими атаками, а является всего лишь следствием человеческого фактора³³. По мнению экспертов Forbes, такой объем попавших в сеть данных дает беспрецедентное количество сценариев мошенничества³⁴.

³⁰ Указ Президента РФ от 9 мая 2017 г. № 203 «О Стратегии развития информационного общества в Российской Федерации на 2017 — 2030 годы» // Собрание законодательства РФ. 15 мая 2017 г. № 20. Ст. 2901; Указ Президента РФ от 5 декабря 2016 г. № 646 «Об утверждении Доктрины информационной безопасности Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 12 декабря 2016 г. № 50. Ст. 7074.

³¹ Чаусов А., Перла А. 300 тысяч жертв: Утечка из московской мэрии вскрыла правду о цифровизации. Информационный портал «ЦАРЬГРАД. ТВ. ПЕРВЫЙ РУССКИЙ». Режим доступа: https://tsargrad-tv.turbopages.org/tsargrad.tv/s/articles/300-tysjach-zhertv-utechka-iz-moskovskoj-mjerii-vskrala-pravdu-o-cifrovizacii_305745 (дата обращения: 03.02.2021).

³² Зглавуца Е. Болезненная утечка. Что показала публикация данных о москвичах, перенесших COVID-19 // BFM.RU. Режим доступа: <https://www.bfm.ru/news/460135> (дата обращения: 05.02.2021).

³³ Власти Москвы нашли виновного в утечке личных данных сотен тысяч переболевших Covid-19. Информационный портал «ЦАРЬГРАД. ТВ. ПЕРВЫЙ РУССКИЙ». Режим доступа: https://tsargrad.tv/news/vlasti-moskvy-nashli-vinovno-v-utechke-lichnyh-dannyh-soten-tysjach-perebolevshih-covid-19_305038 (дата обращения: 03.02.2021).

³⁴ Жукова К. «Ситуация критическая»: чем грозит крупнейшая утечка данных заболевших коронавирусом // Forbes. Режим доступа: <https://www.forbes.ru/tehnologii/415857-situaciya-vesma-kritichna-chem-grozit-krupneyshaya-utechka-dannyh-zabolevshih>

Кстати, изначально сообщалось о временном хранении данных, собираемых с граждан в рамках оформления цифровых пропусков и иных карантинных мероприятий. Однако данные не были удалены ни в августе (по информации РБК), ни, как выяснилось, в декабре. Департамент информационных технологий Москвы объяснял хранение этой информации тем, что «пока не были завершены процедуры обжалования выписанных штрафов за нарушение режима самоизоляции»³⁵.

Пандемия продемонстрировала крайне низкий уровень «цифровой гигиены» в России. По данным зарубежных экспертов в первом полугодии 2020 г. было зафиксировано 72 инцидента, связанных с лицами, переболевшими коронавирусной инфекцией, из них 25 — в РФ [данные InfoWatch]³⁶. При этом нужно учесть, что по последним данным минимум половины случаев утечки персональных данных не передают гласности³⁷. Одним из факторов, провоцирующих большое число нарушений в работе с персональными данными, эксперты называют удаленный формат работы учреждений в условиях пандемии.

С одной стороны, личность в условиях глобального информационного общества обладает такими уникальными свойствами, как свобода, автономия, социально-деятельностная сущность (Chebotareva, 2016). С другой стороны, ускоренная цифровизация с усеченным правовым регулированием посягают именно на эти характеристики личности, закладывая внутреннее противоречие в саму концепцию формирования информационного общества. Например, приложение для смартфона «Социальный мониторинг», внедренное мэрией Москвы для слежки за лицами с подозрением на коронавирус, многократно критиковалось в Сети за то, что принудительно собирает с телефона большой объем личных данных пользователя. В частности, сообщалось, что приложение по умолчанию получало доступ ко всей информации на телефоне (GPS, камере, местоположению, телефонной книге, к датчикам о состоянии организма, а также к просмотру любых данных); кроме этого, данные передавались на серверы мэрии в открытом виде без какого-либо шифрования, а для распознавания лиц использовался эстонский сервис *identix.one*, то есть фотографии передавались в эстонскую юрисдикцию и на серверы, расположенные в Германии³⁸. Конечно, неспециалисту трудно оценить достоверность такой информации и отличить фейковые страшилки от реальных угроз. Но последующий инцидент с утечкой персональных данных больных коронавирусом подтверждает безответственное отношение властей к цифровой безопасности своего населения.

³⁵ Инфекция с персональными осложнениями. Газета РБК. Газета № 110 (3277). 09 декабря 2020. Режим доступа: <https://www.rbc.ru/newspaper/2020/12/10/5fd0c9fb9a7947576ce3936b> (дата обращения: 04.02.2021).

³⁶ Гаврилюк А. Кто нас знает: треть утечек данных пациентов с COVID-19 прилась на Россию. Известия. 4 августа 2020. Режим доступа: <https://iz.ru/1043482/anastasiia-gavriliuk/kto-nas-znaet-tret-utechek-dannykh-pacientov-s-covid-19-prishlas-na-rossiiu> (дата обращения: 03.02.2021).

³⁷ Кильдюшкин Р. Приоткрытая информация: российские компании скрывают 57% утечек данных. Известия. 14 февраля 2021 г. Режим доступа: <https://iz.ru/1121170/roman-kildiushkin/priotkrytaia-informatsiia-rossiiskie-kompanii-skrivaiut-57-utechek-dannykh> (дата обращения: 15.02.2021).

³⁸ Приложение для слежки за больными коронавирусом в Москве требует доступ ко всем данным в телефоне, но мэрия это отрицает. Режим доступа: <https://www.currenttime.tv/a/slezhka-moscow-app-scandal/30521728.html> (дата обращения: 08.02.2021).

Пандемия ускоряет цифровизацию экономики. По прогнозам экспертов, одним из вероятных сценариев развития глобальной сферы услуг (на которую приходится 60—80 % мирового ВВП) станет широкое использование цифровых технологий при взаимодействии с клиентами, а в секторе услуг и нематериальном производстве ИТ-коммуникации станут доминирующей формой взаимодействия, поскольку имеют преимущества с точки зрения расширения охвата аудитории, сокращения издержек, экономичности и эффективности³⁹. В перспективе взрывной рост спроса на цифровые решения, порожденный пандемией, станет катализатором развития «бесконтактной экономики» — новой экономической модели, в основе которой будут такие развивающиеся технологии, как 5G, искусственный интеллект, облачные сервисы (Wu, 2020).

Однако ускоренные темпы цифровизации нарушают баланс между возможными рисками и ожидаемой выгодой (Мамычев и др., 2020), провоцируют серьезные угрозы в ближайшем будущем, связанные с девальвацией социогуманитарных ценностей и потерей управляемости в обществе.

Пандемия и СМИ

Очень важный момент — это разъяснительная работа власти с населением и качество информации в СМИ. Думается, значительный пласт негатива в отношении ограничительных действий властей можно было предотвратить, изменив направленность политической риторики и сделав упор на качество пропагандистской работы. Стилистика новостных сообщений в духе правил клипового мышления оказала властям медвежью услугу: краткие новости-сообщения, одинаковые во всех источниках и на всех ресурсах, были максимально неинформативны, не давая ни нужного объема сведений для анализа, ни определенного нравственного и эмоционального посыла для формирования мотивации. Осовремененные и «демократизированные» новостные каналы на телевидении являли собой сюрреалистические коллажи, состоящие из зачитывания фрагментов официальной информации (исключительно об ограничениях и прогнозируемых карах) и демонстрации присланных телезрителями домашних видео, показывающих, что происходит в таком-то дворе или на таком-то перекрестке. Корреспонденты, стоя в разных точках пустынных (и не очень) улиц, описывали происходящее вокруг них и брали краткие интервью у случайных прохожих, интересуясь их субъективным мнением о происходящем. Такая странная информационная смесь естественным образом не могла вызвать никакой иной реакции, кроме тревоги и растерянности. И продемонстрировала она, в том числе, растерянность и беспомощность СМИ, явно отрезанных от свободного общения с властью и ощущающих нехватку информации для последующей трансляции. В «мирное» время такой формат новостей, при котором дикторы взаимодействуют со зрителями и любой может дать новость в эфир, воспринимался актуально и, пусть и

³⁹ Беденков Д. Пандемия ускорит цифровизацию экономики. Финам. 16.10.2020 г. Режим доступа: <https://www.finam.ru/analysis/newsitem/pandemiya-uskorit-cifrovizaciyu-ekonomiki-20201016-120239/> (дата обращения: 09.02.2021).

не блистал интеллектуальным анализом, но был злободневен и вполне соответствовал «молодежно-цифровым» представлениям о демократичной свободе слова. Но для кризисных периодов, когда население ждет от власти уверенных действий и внятных указаний, а власть как никогда нуждается в доверии и послушании населения (ресурс нужен для медицины, а не для карательных операций), — для таких периодов описанный формат категорически не подходил.

Интернет-пространство оказалось не лучше в плане информационной насыщенности и качества информации. В отсутствие достаточного количества достоверной информации сеть наполнилась слухами, сплетнями, страшилками и критическими мнениями сомнительных экспертов. Эта информационная жвачка была остро необходима населению для снятия страха и тревоги. Власть отстранилась от общения с населением, а пустота естественным образом стала заполняться новыми «лидерами мнений».

На этом фоне даже кампания власти по борьбе с фейковой информацией в Интернете и соцсетях (в общем-то, разумная и необходимая в условиях кризиса) не возымела должного эффекта, так как была воспринята многими негативно, как очередное усиление цензуры со стороны государства⁴⁰.

Информационная работа властей с населением в период пандемии (точнее, ее организация и содержание) нанесла значительный урон легитимности российской власти. Работающая политическая аксиома: «Единственное, что нужно делать правительству, чтобы превращать людей в рабов, — это сеять чувство страха»⁴¹. Но именно потому, что эта аксиома столь известна и очевидна, пандемия тревожности и страха вызывает недоверие и протест, причем наряду с опасениями за свою жизнь и здоровье.

Особо огорчают в связи с этим два фактора. Во-первых, в начале пандемии, на фоне первого испуга и потрясения, значительная часть населения прислушивалась к убеждающим призывам и была готова добровольно следовать ограничениям, принимая их разумность и не настаивая на детальной законности. Но этот ресурс, мощный ресурс ценностной рациональности⁴² и архетипической склонности к авторитарному правлению, не был использован. Во-вторых, проблема состоит не в том, что в России власть вообще не использовала пропаганду и не пыталась строить коммуникацию с населением, а в том, что эта коммуникация не получилась. То есть власть выбрала не тот формат, не тот стиль, не те аргументы. Не нашла слов. Обращения к народу выпускали все, от президента до мэра. Однако их эффективность начала быстро падать, когда стало понятно,

⁴⁰ Замахина Т. Вводится наказание за распространение фейков о коронавирусе // Российская газета. Режим доступа: <https://rg.ru/2020/03/31/vvoditsia-nakazanie-za-rasprostranenie-fejkov-o-koronaviruse.html> (дата обращения: 04.12.2020).

⁴¹ Kennedy, Robert F. (2020) Robert Kennedy, Jr.: “Under the guise of a pandemic, we are being sold totalitarianism”. The BUSINESS Online. Available at: <https://www.business-gazeta.ru/article/479980> [Accessed 05th December 2020].

⁴² На карте культурных ориентаций социолога Рональда Инглхарта Россия гораздо ближе к германской рациональности, чем к традиционным ценностям социального конформизма. Подробнее: Локшин И. Карта культурных ценностей Рональда Инглхарта. Ассоциация ИД «ПостНаука». Режим доступа: <https://postnauka.ru/wtf/154916> (дата обращения: 04.12.2020).

что противопандемические ограничения затянутся не на дни и даже не на недели, а на месяцы.

Проводя постфактум «работу над ошибками», можно выделить следующие объяснения неэффективной коммуникации «власть — общество» в условиях первой и второй волны пандемии. Представляется, что власть проявила излишнее недоверие и неуважение к собственному обществу. В официальных обращениях игнорировались те темы и вопросы, которые поднимались в интернет-обсуждениях: незаконность ограничений свободы передвижения, необходимость введения карантина и режима чрезвычайной ситуации (ЧС) или чрезвычайного положения (ЧП) вместо самоизоляции и режима повышенной готовности, незаконность штрафов и произвол силовых структур в части применения ограничений и санкций. Потом выяснится, что большая часть юридической информации по поводу карантина, заполонившей сеть в начале весны, окажется недостоверной. Что режимы ЧС и ЧП не решат возникших проблем и предназначены законом для других обстоятельств. Что режим ЧС и некий «всеобщий карантин» (отсутствующий как понятие в законе), за который так ратовали «сетевые эксперты», вовсе не означают, что государство должно покрыть все долги и расходы населения (именно такая позиция почему-то доминировала в Интернете), а, наоборот, предполагают значительно большие ограничения и снижение гарантий в части трудовых прав и социального обеспечения⁴³. Что никаких четких процедур для подобных ситуаций в законе не прописано, так как не было прецедентов, поэтому рассуждения о незаконности принимаемых решений юридически весьма спорны: ведь «неурегулированный» не значит «незаконный». Например, в Докладе Совета при Президенте РФ по развитию гражданского общества и правам человека (раздел I «Правовая основа режима самоизоляции») введение в субъектах РФ режима повышенной готовности на основании решений высших должностных лиц субъектов РФ признано моделью регулирования, «адекватной возникшим угрозам, поскольку она обладает меньшим негативным воздействием на экономику, чем режим ЧС»⁴⁴. В Докладе были проанализированы три возможных с точки зрения закона модели: режим ЧС, режим повышенной готовности и режим ограничительных и санитарно-противоэпидемических мероприятий, вводимых на основе законодательства о санитарно-эпидемиологическом благополучии населения.

Но, во-первых, вся эта информация появится позже, в конце весны и летом, а не тогда, когда она была столь необходима для правильного настроения общественного мнения. А, во-вторых, такая информация содержится не в «массовых» источниках и остается неизвестной и не воспринятой для значительной части

⁴³ Денисов А. Что на самом деле значит режим ЧС для бизнеса и обычных граждан? // Т — Ж: журнал про ваши деньги (издание АО «Тинькофф Банк»). 18.04.2020. Режим доступа: <https://journal.tinkoff.ru/ask/rezhim-chs/> (дата обращения: 07.02.2021).

⁴⁴ Доклад Совета при Президенте РФ по развитию гражданского общества и правам человека от 3 июля 2020 г. Уроки эпидемии с точки зрения соблюдения прав и свобод человека и гражданина. Доступ из справ. прав. сист. «Гарант». Режим доступа: <https://internet.garant.ru/#/document/74394569/paragraph/1/doclist/2550/showentries/0/highlight/пандемия%20совет%20по%20правам%20человека:0>

населения. Среднестатистический пользователь сети вряд ли читает информационные обзоры справочно-правовых систем⁴⁵, информационный журнал Тинькофф-банка⁴⁶ или хотя бы сайты и блоги серьезных юристов.

Подчеркнем: все сказанное не означает бесспорной законности проводимых мероприятий и изданных актов. Вопросы остаются и в части юридической силы изданных актов, и в части полномочий издавших их органов, и в части содержания и особенно процедуры введения ограничений. А в отношении штрафов за нарушение самоизоляции Совет по правам человека при Президенте рекомендовал произвести их отмену в досудебном порядке в связи с многочисленными нестыковками с административным законодательством и техническими сбоями (раздел XII Доклада «Оценка адекватности ограничительных мер»). Но, с другой стороны, многие ограничительные меры, которые в массовом сознании и по мнению оппозиционно настроенной части интернет-сообщества считаются незаконными, на самом деле таковыми не являются. Регулирование во многом создавалось в условиях правового вакуума или, во всяком случае, в условиях правовой неопределенности. Такие меры являются очевидно непопулярными, жесткими, беспрецедентными для российской правовой системы, но их нельзя назвать незаконными в точном смысле слова.

Вот эту информацию и следовало популярно разъяснять населению. Власть не учла общий уровень правовой осведомленности населения и недооценила собственную же работу прошлых лет по пропаганде идей правовой государственности. Вопросы кризисного регулирования, как стало очевидным, сложны даже для юристов. Но идеи приоритета прав человека и связанности власти своими же законами население России усвоило хорошо. Для достаточно большой части интернет-аудитории официальные правовые комментарии власти и разъяснения нормативной обоснованности принимаемых мер были бы очень востребованной информацией, которая могла обеспечить большую лояльность власти и уменьшение критических настроений. Кроме этого, информационная политика власти совершенно игнорировала высокообразованную часть аудитории, на которую стратегия откровенного разговора, с разъяснением правовых оснований происходящего и имеющихся трудностей (в том числе и юридического плана) оказала бы лучшее воздействие в части формирования мотивации на осознанное следование ограничениям и доверия к власти.

Избранная властью модель разъяснительной работы базировалась на запугиваниях медицинскими и юридическими последствиями вперемешку с моральными сентенциями об ответственности за окружающих и призывами

⁴⁵ Например, упоминавшийся выше Доклад Совета при Президенте РФ по развитию гражданского общества и правам человека от 3 июля 2020 г. "Уроки эпидемии с точки зрения соблюдения прав и свобод человека и гражданина". А также: *Ключевская Н.* Защита прав человека в период пандемии: повышенная стипендия, отмена штрафов за нарушение самоизоляции, дистанционна (обзор) // Справочная правовая система «Гарант». Режим доступа: <https://internet.garant.ru/#/document/77375063/paragraph/2/doclist/2550/showentries/0/highlight/пандемия%20совет%20по%20правам%20человека:3>

⁴⁶ Денисов А. Что на самом деле значит режим ЧС для бизнеса и обычных граждан? // Т — Ж: журнал про ваши деньги (издание АО «Тинькофф Банк»). 18.04.2020. Режим доступа: <https://journal.tinkoff.ru/ask/rezhim-chs/> (обращения: 07.02.2021).

к разумному поведению. Пропорции этого информационного коктейля, как можно констатировать сегодня, были подобраны неудачно, так как разумность действий самой власти по итогу оценивалась скептически.

Представляется, что именно воспитательная и разъяснительная работа с населением могла и должна была спасти ситуацию в условиях неопределенности правового регулирования. Кризис мог быть прекрасным ресурсом для повышения доверия к власти и сплочения общества, а мог быть и фактором дестабилизации и снижения уровня легитимности власти.

Заключение.

Перспективы развития постпандемического мира (некоторые выводы)

Сбросив «розовый флер» футуристических прогнозов, коронавирус обнажил безальтернативность и усеченность регулирования; очевидную склонность власти использовать цифровые технологии в первую очередь для тотального контроля населения и применения карательных санкций; критичную бюрократизированность и формализированность работы ведомств, ответственных за цифровизацию различных сфер и, как следствие, несоответствие позитивно окрашенных отчетов фактическому уровню внедрения технологий и готовности инфраструктуры; явные проблемы с качеством информации в СМИ и интернет-пространстве (нехватка полной и достоверной информации, тиражирование однотипных усеченных фрагментов публичных заявлений и официальных документов, отсутствие разъяснительной работы с населением и т. д.).

Еще один важный аспект делегитимации, на наш взгляд, — это действия власти на «второй волне» пандемии. Принимаемые весной меры можно было воспринять как временное экстренное реагирование, чем они и были на самом деле. Думается, население в большинстве своем простило и забыло бы «проколы» власти в этот период достаточно быстро, переключившись на восстановление собственной жизни в посткризисный период. Но осень показала, что многие регулятивно-ограничительные новеллы весны-2020 власть решила сделать постоянной практикой. Хотя времени на создание процедурно и содержательно выверенного с точки зрения закона регулирования было достаточно.

Голландский психоаналитик, ученый-экономист в сфере менеджмента, профессор Манфред Кетс Де Вриес отмечает, что после пандемии социальное поведение человека изменится: преобладание электронной коммерции (все меньше покупок в обычных магазинах и все больше — через сеть), исчезновение офисных помещений, акцент на онлайн-обучении и играх, а также удаленный просмотр спортивных и развлекательных программ приведет к снижению чувства общности людей⁴⁷. А разобщенными людьми легче управлять. В целом прогноз неутешителен: чувство беспомощности, по словам эксперта, усиливает

⁴⁷ Алпаутов Рамазан. Распад, Hi-Tech-тоталитаризм, маргинализация или федерализация? 04 мая 2020 г. Режим доступа: <https://www.idelreal.org/a/30585297.html> (дата обращения: 08.02.2021).

привлекательность политики национальной идентичности, возврат к национальному государству, а этот сценарий вполне вписывается в видение будущего в виде тоталитарного контроля⁴⁸.

Обобщая, можно сформулировать определенные тенденции социально-политического и правового развития, заложенные или обострившиеся в период вирусной угрозы. Именно эти тенденции, если дать им закрепиться, будут определять векторы развития постпандемического мира.

К позитивным тенденциям в сфере цифровизации общественно-политических отношений можно отнести: а) активное использование телекоммуникационных и информационных технологий в сфере политических отношений, правотворчества и издания властных велений; б) использование цифровизации как инструмента для разрешения социально-экономических проблем (дистанционное образование, удаленная работа, расширение спектра льгот, доступ к которым осуществляется в цифровой форме).

К негативным тенденциям в сфере цифровизации общественно-политических отношений относятся: а) форсированная политика цифровизации, проводимая государством без учета готовности региональной инфраструктуры и уровня компьютерной грамотности населения; б) коммерческое использование персональных данных индивидов без их согласия и без эффективных механизмов защиты персональных данных граждан; в) приоритет целей контроля и слежения за населением при использовании цифровых технологий; г) смешение юридических, идеологических, информационных и воспитательных механизмов в рамках коммуникации в системе «власть—общество»; д) снижение стандартов качества правотворческих процедур и подмена законодательного регулирования властными административными решениями (в части нормативного регулирования использования цифровых технологий и обязанностей населения в связи с таким использованием); е) снижение стандартов качества официальной и публицистической информации (ее полноты, достоверности, плюралистичности, аналитичности, разнообразия), тиражируемой в сети Интернет и в традиционных СМИ.

Для постпандемического мира есть и оптимистический сценарий. Сейчас есть возможность критически оценить имеющийся опыт регулирования и принять меры, чтобы не позволить негативным тенденциям закрепиться. Легитимность власти будет переоценена во многих странах, а ожидания, адресованные власти, изменятся. В поствирусном мире придется задуматься о степени ответственности, жизнеспособности и перспективности многих моделей политического и экономического развития, провозглашаемых как образец в современных документах стратегического планирования.

⁴⁸ Kets de Vries, Manfred F. R. What will life be like after the pandemic? INSEAD Knowledge. 23 April 2020. Available at: <https://knowledge.insead.edu/blog/insead-blog/what-will-life-be-like-after-the-pandemic-13886> [Accessed 12th February 2021].

References / Список литературы

- Alpaut, R. (04 May 2020) Disintegration, Hi-Tech-totalitarianism, marginalization or federalization? *The Idel.real*. Available at: <https://www.idelreal.org/a/30585297.html> [Accessed 27th January 2021].
Алпаутов Р. Распад, Hi-Tech-тоталитаризм, маргинализация или федерализация? // *Idel.Реалии*. Режим доступа: <https://www.idelreal.org/a/30585297.html> (дата обращения: 27.02.2021).
- Anscombe, G.E.M. (1958) Modern Moral Philosophy. *Philosophy*. 33 (124), 1—19.
- Arenina, K. (2020) Life in quarantine: more work, less income. Research of the Bell and the Levada Center. K. Arenina, A. Stogney, S. Goncharov, O. Karaeva. Available at: <https://thebell.io/zhizn-na-karantine-raboty-bolshe-dohodov-menshe-issledovanie-the-bell-i-levada-tsentra> [Accessed 9th February 2021].
Аренина К. Жизнь на карантине: работы больше, доходов меньше. Исследование The Bell и «Левада-центра» // К. Аренина, А. Стогней, Гончаров С., Караева О. The Bell. Режим доступа: <https://thebell.io/zhizn-na-karantine-raboty-bolshe-dohodov-menshe-issledovanie-the-bell-i-levada-tsentra> (дата обращения: 09.02.2021).
- Aristotle & Irwin T. (1999) *Nicomachean Ethics*. 2nd ed.
- Asnagulova, G.M. & Zamanov, R.A. (2019) The Impact of Internet technologies on the development of civil society in modern Russia. *Alley of science*. 1 (5(32)), 596—600. (in Russian).
Азнагулова Г.М., Заманов А.Р. Влияние интернет-технологий на развитие гражданского общества в современной России // *Аллея науки*. 2019. Т. 1. № 5 (32). С. 596—600.
- Bedenkov, D. (2020) The pandemic will accelerate the digitalization of the economy. *The Finam*. Available at: <https://www.finam.ru/analysis/newsitem/pandemiya-uskorit-cifrovizaciyu-ekonomiki-20201016-120239/> [Accessed 9th February 2021].
Беденков Д. Пандемия ускорит цифровизацию экономики // *Финам*. Режим доступа: <https://www.finam.ru/analysis/newsitem/pandemiya-uskorit-cifrovizaciyu-ekonomiki-20201016-120239/> (дата обращения: 09.02.2021).
- Bellazzi, F. & Boyneburgk, K.V. (2020) COVID-19 calls for virtue ethics. *Journal of Law and the Biosciences*, 7 (1), Isaa056. DOI:10.1093/jlb/Isaa056. Available at: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/32908673/> [Accessed 12th February 2021].
- Berlin, I. (2006) Two Concepts of Liberty. In: Miller, D. (ed.). *The Liberty Reader*. 1st ed. Routledge. DOI: <https://doi.org/10.4324/9781315091822> pp. 33—57. [Accessed 18th March 2020].
- Bovt, G. (13 October 2020) “Russian totalitarianism” has disappeared somewhere. *Vedomosti*. Available at: <https://www.vedomosti.ru/opinion/articles/2020/10/13/843152-russkii-totalitarizm> [Accessed 7th February 2021].
Бовт Г. «Русский тоталитаризм» куда-то делся // *Ведомости*. Режим доступа: <https://www.vedomosti.ru/opinion/articles/2020/10/13/843152-russkii-totalitarizm> (дата обращения: 07.02.2021).
- Chebotareva, A.A. (2016) Legal support of information security of the individual in the global information society. *Juridical World*. (8), 63—66. (in Russian).
Чеботарева А.А. Правовое обеспечение информационной безопасности личности в глобальном информационном обществе // *Юридический мир*. 2016. № 8. С. 63—66.
- Chernogor, N.N. & Zaloilo, M.V. (2020) Metamorphoses of law and challenges to legal science in the context of the coronavirus pandemic. *Journal of Russian Law*. (7), 5—26. (in Russian).
Черногор Н.Н., Залоило М.В. Метаморфозы права и вызовы юридической науке в условиях пандемии коронавируса // *Журнал российского права*. 2020. № 7. С. 5—26.
- Foot, Ph. (2002) *Virtues and Vices: and other essays in moral philosophy*. Oxford, Published to Oxford Scholarship.

- Frankfurt, H.G. (1971) Freedom of the Will and the Concept of a Person. *The Journal of Philosophy*. 68(1), 5—20.
- Gavrilyuk, A. (4 August 2020) Who knows: a third of the data leaks of patients with COVID-19 occurred in Russia. *Izvestia*. Available at: <https://iz.ru/1043482/anastasiia-gavriliuk/kto-nas-znaet-tret-utechek-dannykh-patsientov-s-covid-19-prishlas-na-rossiiu> [Accessed 3rd February 2021].
Гаврилюк А. Кто нас знает: треть утечек данных пациентов с COVID-19 прихлалась на Россию // Известия. Режим доступа: <https://iz.ru/1043482/anastasiia-gavriliuk/kto-nas-znaet-tret-utechek-dannykh-patsientov-s-covid-19-prishlas-na-rossiiu> (дата обращения: 03.02.2021).
- Greely, H.T. (2020) Pandemic fairness and academia. *Journal of Law and the Biosciences*. (1), 1—3. DOI:10.1093/jlb/ljaa030
- Grossman, L.K. (1995) *The Electronic Republic: Reshaping Democracy in the Information Age*. N.Y., Viking Penguin. 290.
- Gryaznov, S.A. (2020) The pandemic of inequality. *Modern Science*. (12—4), 69—72. (in Russian).
Грязнов С. А. Пандемия неравенства // Modern Science. 2020. № 12—4. С. 69—72.
- Kennedy, R.F. (2020) Robert Kennedy, Jr.: Under the guise of a pandemic, we are being sold totalitarianism. *The BUSINESS Online*. Available at: <https://www.business-gazeta.ru/article/479980> [Accessed 5th December 2020].
- Kets de Vries & Manfred, F.R. (2020) What will life be like after the pandemic? // *INSEAD Knowledge*. Available at: <https://knowledge.insead.edu/blog/insead-blog/what-will-life-be-like-after-the-pandemic-13886> [Accessed 12th February 2021].
- Khabrieva, T.Ya. (2018) Law before the Challenges of digital reality. *Journal of Russian Law*. (9), 5—16. (in Russian).
Хабриева Т.Я. Право перед вызовами цифровой реальности // Журнал российского права. 2018. № 9. С. 5—16.
- Khabrieva, T.Ya. (2019) Cyclical normative arrays in law. *Journal of Russian Law*. (12), 5—18. (in Russian).
Хабриева Т.Я. Циклические нормативные массивы в праве // Журнал российского права. 2019. № 12. С. 5—18.
- Klyuchevskaya, N. (2020) *Protection of human rights during the pandemic: increased scholarship, cancellation of fines for violation of self-isolation, remote (review)*. Reference legal system “Garant”. Available at: <https://internet.garant.ru/#/document/77375063/paragraph/2/doclist/2550/showentries/0/highlight/пандемия%20совет%20по%20правам%20человека:3>
Ключевская Н. Защита прав человека в период пандемии: повышенная стипендия, отмена штрафов за нарушение самоизоляции, дистанционна (обзор) // Справочная правовая система «Гарант». Режим доступа: <https://internet.garant.ru/#/document/77375063/paragraph/2/doclist/2550/showentries/0/highlight/пандемия%20совет%20по%20правам%20человека:3>
- Kononov, A.M. (2020) Is it legal to introduce a high-alert regime and subsequent restrictions on rights and freedoms in the territories of the subjects of the Russian Federation? *State power and local self-government*. (7), 32—34. DOI: 10.18572/1813-1247-2020-7-32-34 (in Russian).
Кононов А.М. Законно ли введены режим повышенной готовности и последовавшие за ним ограничения прав и свобод на территориях субъектов Российской Федерации? // Государственная власть и местное самоуправление. 2020. № 7. С. 32—34. DOI: 10.18572/1813-1247-2020-7-32-34.
- Lokshin, I. (2020) Map of cultural values of Ronald Inglehart. *Association of the PostNauka Publishing House*. Available at: <https://postnauka.ru/wtf/154916> [Accessed 22nd February 2021].

- Локишин И. Карта культурных ценностей Рональда Инглхарта // Ассоциация ИД «Пост-Наука». Режим доступа: <https://postnauka.ru/wtf/154916> (дата обращения: 22.02.2021).
- Loktionova, M. (2020) Ban on Wi-Fi and partner births: what restrictions are imposed by the regions. *Gazeta.ru*. Available at: <https://www.gazeta.ru/social/2020/11/02/13343587.shtml> [Accessed 22th February 2021].
- Локтионова М. Запрет на Wi-Fi и партнерские роды: какие ограничения вводят регионы // Газета.ру. Режим доступа: <https://www.gazeta.ru/social/2020/11/02/13343587.shtml> (дата обращения: 22.02.2021).
- Lozinskaya, E.V. & Zubareva E.G. (2020) Internet communication as a tool of political struggle and the development of civil society in the XXI century // *Socio-economic Sciences and Humanities: a collection of selected articles on materials of the International scientific conference (St. Petersburg, December 2019)*. Saint-Petersburg, GNII “Necrasota”, pp. 54—60. (in Russian).
- Лозинская Е.В., Зубарева Е. Г. Интернет коммуникации как инструмент политической борьбы и развития гражданского общества в XXI веке // Социально-экономические и гуманитарные науки: сборник избранных статей по материалам Международной научной конференции (Санкт-Петербург, Декабрь 2019). СПб.: ГНИИ «Нацразвитие», 2020. С. 54—60.
- MacIntyre, A.C. (2007) *After virtue: A Study in Moral Theory*. 3rd edn. University of Notre Dame Press.
- Mamychev, A.Yu., Kim A.A. & Frolova E.E. (2020) The future as an attractor of modern political-legal and socio-economic transformations: an overview of the main problems and approaches. *Advances in Law Studies*. 2020. 8 (5), 3—17. DOI: 10.29039/2409-5087-2020-8-5-3-17 (in Russian).
- Мамычев А.Ю., Ким А.А., Фролова Е.Е. Будущее как аттрактор современных политико-правовых и социально-экономических трансформаций: обзор основных проблем и подходов // *Advances in Law Studies*. 2020. Т. 8. № 5. С. 3—17. DOI: 10.29039/2409-5087-2020-8-5-3-17
- Mikheeva, T.N. & Boyarintseva, I.A. (2019) On some conceptual and legal aspects of digitalization. *Bulletin of the Mari State University. A series of “Historical science. Legal sciences”*. 5 (3), 289—297. doi: 10.30914/2411-3522 (in Russian).
- Михеева Т.Н., Бояринцева И.А. О некоторых понятийных и правовых аспектах цифровизации // Вестник Марийского государственного университета. Серия «Исторические науки. Юридические науки». 2019. Т. 5. № 3. С. 289—297. DOI: 10.30914/2411-3522
- Mill, J.S. (2015) *Utilitarianism. On Liberty, Utilitarianism and Other Essays*. In: Philp M. & Rosen Fr. (eds.). Oxford University Press. Pp. 113—178.
- Miroshnichenko, O.I. & Mamychev, A.Yu. (2020) Digital democracy in the context of a pandemic: ethical, legal and political aspects. Part 1. *Advances in Law Studies*. 8 (5), 94—99. DOI: 10.29039/2409-5087-2020-8-5-94-99 (in Russian).
- Мирошниченко О.И., Мамычев А.Ю. Цифровая демократия в условиях пандемии: этико-правовые и политические аспекты. Часть 1 // *Advances in Law Studies*. 2020. Т. 8. S5. С. 94—99. DOI: 10.29039/2409-5087-2020-8-5-94-99
- Moshkovich, M.G. (2020) Virus single — punitive articles of the administrative code for the citizens of the two: The Supreme Court clarifies (comment to the Review on certain issues of judicial practice... N 1, approved. By the Presidium of the Supreme Court on 21.04.2020). *Main Book*. (11), 84—87. (in Russian).
- Мошкович М.Г. Вирус один — штрафных статей КоАП для граждан две: ВС разъясняет (комментарий к Обзору по отдельным вопросам судебной практики... N 1, утв. Президиумом ВС 21.04.2020) // Главная книга. 2020. № 11. С. 84—87.

- Pashentsev, D.A. (2020) Features of law enforcement in the conditions of digitalization of public relations. *Vestnik SPbU. Right*. 11 (1), 35—49. DOI: <https://doi.org/10.21638/spbu14.2020.103> (in Russian).
Пашентцев Д.А. Особенности правоприменения в условиях цифровизации общественных отношений // Вестник СПбГУ. Право. 2020. Т. 11. № 1. С. 35—49. DOI: <https://doi.org/10.21638/spbu14.2020.103>
- Petrishcheva, E.G. (2020) Consequences of accelerated development of digitalization against the background of a pandemic. *Russian science and education today: problems and prospects*. 5 (36), 34—37. (in Russian).
Петрищева Е. Г. Последствия ускоренного развития цифровизации на фоне пандемии // Российская наука и образование сегодня: проблемы и перспективы. 2020. № 5 (36). С. 34—37.
- Radu, R. (2020) Fighting the ‘Infodemic’: Legal Responses to COVID-19 Disinformation. *Social Media + Society*. 6 (3), 1—4. DOI: <https://doi.org/10.1177/2056305120948190>
- Schwab, K. (2016) *The Fourth Industrial Revolution*. Moscow, Eksmo Publ. (in Russian).
Шваб К. Четвертая промышленная революция. М.: Эксмо, 2016. 136 с.
- Sheremet, A.N. (2020) Pandemiya inequality. Socio-economic aspects and consequences of COVID-19. *Medicine. Sociology. Philosophy. Applied Research*. (4), 136—141. (in Russian).
Шеремет А.Н. Пандемия неравенства. Социально-экономические аспекты и последствия COVID-19 // Медицина. Социология. Философия. Прикладные Исследования. 2020. № 4. С. 136—141.
- Shulman, E. (2019) Words and Music of freedom by Ekaterina Shulman. *Time and money*. Available at: <https://www.e-vid.ru/obschestvo/041219/slova-i-muzyka-svobody-ot-ekateriny-shulman> [Accessed 5th May 2020]. (in Russian).
Шульман Е. Слова и музыка свободы от Екатерины Шульман // Время и деньги. Режим доступа: <https://www.e-vid.ru/obschestvo/041219/slova-i-muzyka-svobody-ot-ekateriny-shulman> (дата обращения: 05.05.2020)
- Singer, P. & Plant, M. (6 April 2020) When Will the Pandemic Cure Be Worse Than the Disease? *Project Syndicate: The world’s opinion pages*. Available at: <https://www.project-syndicate.org/commentary/when-will-lockdowns-be-worse-than-covid19-by-peter-singer-and-michael-plant-2020-04?barrier=accesspaylog> [Accessed 12th February 2021].
- Sukharevskaya, A. (2019) Imperceptible state. *Vedomosti&*. Available at: <https://www.vedomosti.ru/partner/articles/2019/12/19/819009-nezametnoe-gosudarstvo> [Accessed 5th May 2020]. (in Russian).
Сухаревская А. Незаметное государство. [Электронный ресурс] // Ведомости&. Режим доступа: <https://www.vedomosti.ru/partner/articles/2019/12/19/819009-nezametnoe-gosudarstvo> (дата обращения: 05.05.2020).
- Turov, F. (2019) Why aren't Russian cities getting smarter? *Ksonline.ru* Available at: <https://ksonline.ru/364644/pochemu-goroda-rossii-ne-umneyut/> [Accessed 5th May 2020]. (in Russian).
Туров Ф. Почему города России не умнеют? [Электронный ресурс] // *Ksonline.ru*. Режим доступа: <https://ksonline.ru/364644/pochemu-goroda-rossii-ne-umneyut/> (дата обращения: 05.05.2020).
- Vasilchuk, T. (2020) Antisocial monitoring. Muscovites continue to be fined for bad selfies and trips to the hospital. *Novaya Gazeta*. Available at: <https://novyagazeta.ru/articles/2020/05/31/85630-antisotsialnyu-monitoring>. [Accessed 3rd February 2021]. (in Russian).
Васильчук Т. Антисоциальный мониторинг. Москвичей продолжают штрафовать за плохие селфи и поездки в больницу. [Электронный ресурс] // Новая газета. Режим доступа: <https://novyagazeta.ru/articles/2020/05/31/85630-antisotsialnyu-monitoring> (дата обращения: 03.02.2021)

- Vershinin, A.A. (2014) Formation of civil Society in the West: history and Understanding. *Contours of global transformations: politics, economics, law*. (2), 51—60. (in Russian).
Вершинин А.А. Становление гражданского общества на западе: история и осмысление // *Контуры глобальных трансформаций: политика, экономика, право*. 2014. № 2. С. 51—60.
- Wu, A. (2020) The pandemic has given a new impetus to the digitalization of society. *RIA Novosti*. Available at: <https://ria-ru.turbopages.org/ria.ru/s/20200430/1570815748.html> [Accessed 2nd February 2021].
- Yagodkina, M. (2020) How the Moscow City Hall won all the lawsuits against the self-isolation regime: The losing side notes the haste of the court in making a decision and procedural violations. *News.ru*. Available at: <https://news-ru.turbopages.org/news.ru/s/investigations/kak-meriya-moskvy-vyigrala-po-vsem-iskam-protiv-rezhima-samoizolyacii/> [Accessed 2nd February 2021].
Ягодкина М. Как мэрия Москвы выиграла все иски против режима самоизоляции: Проигравшая сторона отмечает спешку суда в принятии решения и процессуальные нарушения // *News.ru*. Режим доступа: <https://news-ru.turbopages.org/news.ru/s/investigations/kak-meriya-moskvy-vyigrala-po-vsem-iskam-protiv-rezhima-samoizolyacii/> (дата обращения: 02.02.2021).
- Zaloilo, M.V. (2020) Legality and appropriateness in postmodern society: a revision of the existing classical model. *Journal of Russian law*. (6), 22—37. DOI: 10.12737/issn.1605-6590 (in Russian).
Залоило М.В. Законность и целесообразность в обществе постмодерна: пересмотр сложившейся классической модели // *Журнал российского права*. 2020. № 6. С. 22—37. DOI: 10.12737/issn.1605-6590
- Zaloilo, M.V. & Pashentsev, D.A. (2019) National law and order of Russia in the conditions of digitalization. *Vestnik SPbU. Right*. 10 (2), 196—209. doi: <https://doi.org/10.21638/spbu14.2019.201> (in Russian).
Залоило М.В., Пашенцев Д.А. Национальный правовой порядок России в условиях цифровизации // *Вестник СПбГУ. Право*. 2019. Т. 10. № 2. С. 196—209. DOI: <https://doi.org/10.21638/spbu14.2019.201>

Об авторах:

Гайворонская Яна Владимировна — кандидат юридических наук, доцент, кафедра теории и истории государства и права, Юридическая школа, Дальневосточный федеральный университет; 690922, Российская Федерация, г. Владивосток, о. Русский, п. Аякс, 10

ORCID ID: 0000-0002-7606-4444

e-mail: yanavl@yandex.ru

Миросниченко Ольга Игоревна — кандидат юридических наук, доцент, кафедра теории и истории государства и права, Юридическая школа, Дальневосточный федеральный университет; 690922, Российская Федерация, г. Владивосток, о. Русский, п. Аякс, 10

ORCID ID: 0000-0002-8248-6782

e-mail: olga-star.05@mail.ru

Шакиров Сергей Шамильевич — старший преподаватель, кафедра 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: 0000-0002-4468-2723

e-mail: shakirov-ssh@rudn.ru

About the authors:

Yana V. Gaivoronskaya — Candidate of Law, Associate Professor, Department of Theory and History of State and Law, Law School, Far Eastern Federal University; 690922, Russian Federation, Vladivostok, Russky Island, Ajax, 10

ORCID ID: 0000-0002-7606-4444

e-mail: yanavl@yandex.ru

Olga I. Miroschnichenko — Candidate of Law, Associate Professor, Department of Theory and History of State and Law, Law School, Far Eastern Federal University; 690922, Russian Federation, Vladivostok, Russky Island, Ajax, 10

ORCID ID: 0000-0002-8248-6782

e-mail: olga-star.05@mail.ru

Sergey Shakirov — Senior Lecturer, Department of Civil Law and Procedure and International Private Law, Law Institute, Peoples ' Friendship University of Russia; 6 Miklukho-Maklaya str., Moscow, 117198, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0002-4468-2723

e-mail: shakirov-ssh@rudn.ru

УГОЛОВНОЕ ПРАВО И КРИМИНОЛОГИЯ

CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-663-684

Научная статья

Уголовно-правовые средства противодействия транснациональной коррупционной преступности

О.А. Кузнецова

Российский университет дружбы народов,
г. Москва, Российская Федерация,
o715575@mail.ru

Аннотация. Одной из наиболее серьезных проблем в сфере противодействия преступности является борьба с транснациональной коррупционной преступностью. Этот вид преступлений уже (де-факто и де-юре) образует преступления международного характера, которые обладают специфическим субъектным составом, географией совершения и сложной объективной стороной. Ядром транснациональной коррупционной преступности является взяточничество, которое используется транснациональными корпорациями все чаще и чаще для достижения своих корпоративных целей. Борьба с такими преступлениями средствами уголовного права ведется на нескольких уровнях: международном, межрегиональном, региональном, субрегиональном, двустороннем и национальном. Целью статьи является характеристика транснациональной коррупции, которая представляет собой одну из форм самодетерминации преступности. Дается всеобъемлющая классификация коррупционных преступлений на основе различных уголовно-правовых и криминологических критериев. Особое внимание автор обращает на то, что все транснациональные коррупционные преступления можно разделить на основные и вспомогательные. В то же время эти два вида деяний существуют в неразрывном единстве. Автор предлагает основные направления уголовно-правового воздействия на транснациональную коррупционную преступность, которые затрагивают и Общую и Особенную части уголовного права. Методологией исследования выступали законы материалистической диалектики. При написании статьи автор использовала широкий круг российских и зарубежных источников научно-правовой, статистической, социологической и иной информации. Автор применял такие методы исследования, как анализ, синтез, дедукция, индукция, системно-структурный метод, логико-юридический, сравнительно-правовой.

Ключевые слова: коррупция, борьба с коррупцией, взяточничество, активный подкуп, пассивный подкуп, транснациональная корпорация, виды коррупционных преступлений

Конфликт интересов: Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 16 января 2021 г.

Дата принятия к печати: 15 апреля 2021 г.

© Кузнецова О.А., 2021



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

Для цитирования:

Кузнецова О.А. Уголовно-правовые средства противодействия транснациональной коррупционной преступности // RUDN Journal of Law. 2021. Т. 25. № 2. С. 663—684. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-663-684

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-663-684

Research Article

Criminal law tools of combatting transnational corruptive criminality

Olga A. Kuznetsova

Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University),
Moscow, Russian Federation,
o715575@mail.ru

Abstract. One of the most serious problems in the field of combating crime is the fight against transnational corruption crime. This type of crime already (de facto and de jure) exists as international crime and has a specific subject composition, geography of commission and complex objective reasons. The core of transnational corruption crime is bribery widely used by transnational corporations for achieving their corporate purposes. Combatting such crimes by means of criminal law is carried out at various levels: international, interregional, regional, subregional, bilateral, and domestic. The purpose of this article is to characterize transnational corruption, which is one of the forms of self-determination of crime. The article provides a comprehensive classification of corruption crimes based on various criminal law and criminological criteria. The author pays special attention to the fact that all transnational corruption crimes can be divided into main and auxiliary. At the same time, these two types of offences are often inseparable. The author proposes the main directions of criminal law impact on transnational corruption crime, which could be used in both the General part and Special part of criminal law. The methodology of the article is based on the laws of materialist dialectics. The article rests on a wide range of Russian and foreign sources of scientific, legal, statistical, sociological, and other nature. The author applied the following research methods: analysis, synthesis, deduction, induction, systemic-structural method, logicallegal, and comparativelegal.

Key words: corruption, combatting corruption, bribery, active bribery, passive bribery, transnational corporation, types of corruptive crimes

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

Article received 16th January 2021

Article accepted 15th April 2021

For citation:

Kuznetsova, O.A. (2021) Criminal law tools of combatting transnational corruptive criminality. *RUDN Journal of Law*. 25 (2), 663—684. (in Russian). DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-663-684

Введение

Среди насущных глобальных проблем, стоящих сегодня перед мировым сообществом, особо выделяется борьба с преступностью и ее наиболее опасными видами (террористической преступностью, организованной преступностью,

экономической преступностью, киберпреступностью и т. д.). Ответом на появление «новых» и усугубление «старых» глобальных криминальных угроз стал, в частности, очередной этап интернационализации (транснационализации) уголовного права.

Как отмечает Н.С. Кордини, «новое уголовное право («продукт» этого очередного этапа. — *О.К.*), являющееся результатом интернационализации — это право, ориентированное на решение практических вопросов» (Cordini, 2018). Задача такого права ясна и понятна — борьба с наиболее опасными видами трансграничных преступлений (*treaty crimes*) посредством усилий многих государств через заключение международных соглашений, нормы которых будут имплементированы (инкорпорированы) в национальное уголовное законодательство. Конечная цель — с помощью международных соглашений гармонизировать национальное уголовное законодательство таким образом, чтобы «таргетировать» тот или иной вид опасного поведения в большинстве стран мира (в идеале — по всему миру) и не оставить места для «криминальных гаваней» (“*criminal havens*”), в которых могли бы укрыться и сами преступники, и полученные преступным путем капиталы. Важность решения этой проблемы такова, что некоторые зарубежные специалисты даже предлагают ввести специальные международные уголовные суды с тем, чтобы рассматривать дела о наиболее опасных конвенционных преступлениях — понятное дело, что речь идет не о международных преступлениях, дела о которых относятся к подсудности Международного уголовного суда (*international crimes*), а о преступлениях международного характера (Каррес, 1979). Процесс интернационализации (транснационализации) уголовного права в отношении таких преступлений начался уже в третьей декаде прошлого века: Первая Международная конференция по унификации уголовного права 1927 г. причислила к международным те преступления, ответственность за которые предусматривается международными конвенциями (Borzenkov & Komissarov (eds.), 2002).

Совершенно очевидно, что в числе наиболее опасных видов преступности находится преступность коррупционная. Изучение этой проблематики должно выходить на новый уровень, когда в фокусе внимания научных работ будет решение злободневных практических вопросов, а опираться эти исследования будут на фактические реалии, а не на популистские лозунги, типа «искоренения коррупции», «окончательной победы над коррупцией» и т. д. Как верно указывает А.В. Сумачев, идея победы над преступностью (а коррупционная преступность является ее неотъемлемой частью. — *О.К.*) относится к лженаучным уголовно-правовым теориям (Sumachev, 2017:93), а потому не может являться ориентиром для уголовной политики. Коррупция на международном (транснациональном) уровне представляется особо опасным негативным социально-правовым явлением, так как подрывает эффективность управления не только на местном, региональном или национальном уровне, но и в глобальном масштабе, искажая условия международной конкуренции¹. Транснациональная коррупция

¹ Кокорин А.М., Шкарупин А.Г. Конфликт интересов транснациональных корпораций и национальных государств — основа международной коррупции. Режим доступа: <http://sdo.rea.ru/cde/conference/12/file.php?fileId=9> (дата обращения: 01.03.2018).

уже давно (и де-факто и де-юре) стала преступлением международного характера, противодействие которому должно быть основано и на всестороннем изучении и анализе криминогенной обстановки, и на совместных усилиях всех субъектов профилактики коррупционной преступности.

Транснациональная коррупционная преступность: понятие, признаки и виды

Сам термин «коррупционная транснациональная преступность» требует дефиниции, основанной на всестороннем толковании его «составных» частей. Совершенно очевидно, что речь идет об *уголовно наказуемых деяниях коррупционной направленности, имеющих транснациональный характер*.

В литературе было достаточно много дискуссий о том, что считать *коррупцией и какие ее проявления должны быть криминализованы*. Например, в соответствии с определением организации Transparency International², коррупция понималась как «злоупотребление предоставленными полномочиями для достижения личной выгоды». Такое определение нуждалось в дополнении, поскольку необходимо уточнить: это коррупция, которая нарушает действующий закон (“against the rule”), либо же это коррупция, которая соответствует действующим в стране практикам (“according to rule”). Как подчеркивает в этой связи З. Момох, коррупция “against the rule” включает коррупционные деяния, которые запрещены законом страны, тогда как коррупция “according to rule” означает коррупционные практики, допускаемые законом страны (Момох, 2015). Последнее может показаться nonsensом, однако законодательство некоторых стран, действительно, разрешает такое поведение. Например, в Нигерии закон разрешает правительственным подрядчикам (contractors to government) требовать и получать определенный процент от цены контракта. К таким же «сомнительным» (а, по сути, коррупционным) практикам относится вознаграждение (обычно в сумме 10 % от цены контракта) для публичного служащего, который действует от имени правительства (Момох, 2015). Интересно, что подобная практика встречает одобрение и со стороны правительств тех западных стран, чьи компании действуют таким нечисто-плотным образом на внешних рынках. Например, после так называемого «коррупционного скандала Лафайет» (“Lafayette Corruption Scandal”), начавшегося в 90-х гг. прошлого века, когда французская компания Thomson продала Тайваню по коррупционной схеме шесть фрегатов, обойдя своего конкурента — компанию из Южной Кореи, выяснилось, что практика подкупа иностранных должностных лиц была весьма распространена у французских компаний. И эту практику одобряло само французское правительство. Государство лишь требовало, чтобы о таких комиссионных, выплачиваемых гражданам и должностным лицам за рубежом при проведении деловых операций, компании сообщали в министерство финансов (Hung-En Sung, 2009).

² Автономная некоммерческая организация «Центр антикоррупционных исследований и инициатив «Трансперенси Интернешнл-Р» внесена Министерством юстиции Российской Федерации в реестр некоммерческих организаций, выполняющих функции иностранного агента.

Такие видные западные исследователи коррупции, как Vito Tanzi, Susan Rose-Ackerman и Daniel Kaufman, также соглашаются с тем, что коррупция — это злоупотребление представленными полномочиями в личных целях. Фактически такое же определение дает и Мировой Банк (World Bank) (Fayed, 2018).

Особенностью практически всех существующих международных соглашений является то, что понятие коррупции дается через перечисление деяний, которые относятся к коррупции: например, статьи 16-26 Конвенции ООН против коррупции от 31 октября 2003 г., статья 4 Конвенции Африканского союза о предупреждении коррупции и борьбе с ней 11 июля 2003 г., статья 3 Протокола против коррупции Сообщества развития юга Африки от 14 августа 2001 г. Российское законодательство о противодействии коррупции, по большому счету, поступает также: статья 1 Федерального закона «О противодействии коррупции» от 25.12.2008 № 273-ФЗ³ в действующей редакции также перечисляет коррупционные деяния, не давая общего определения коррупции.

Анализ действующих актов международного и национального уголовного права, материалов судебной практики и монографической научной литературы, посвященной борьбе с коррупцией, позволяет разбить все коррупционные преступления, в зависимости от тех или иных, критериев на несколько групп:

— *в зависимости от особенностей объективной и субъективной стороны* все коррупционные преступления можно разделить на следующие группы:

а) преступления, связанные с подкупом (получение и дача взятки, получение и передача предмета коммерческого подкупа вне зависимости от размера предмета взятки или коммерческого подкупа; посредничество во взяточничестве и коммерческом подкупе); б) преступления, связанные с хищением имущества (присвоение или растрата, мошенничество с использованием служебного положения и т. д.); в) иные коррупционные преступления (превышение должностных полномочий, злоупотребление полномочиями, служебный подлог, торговля влиянием, незаконное обогащение, незаконное участие в предпринимательской деятельности и т. д.). В некоторых случаях иные коррупционные преступления совершаются после деяний, входящих в первые две группы: например, незаконное обогащение является следствием получения взяток или хищения имущества.

— *в зависимости от субъекта* все коррупционные преступления можно разделить на следующие группы:

а) преступления, совершаемые общим субъектом (дача взятки или передача предмета коммерческого подкупа); б) преступления, совершаемые специальным субъектом (получение взятки, превышение полномочий, злоупотребление полномочиями, незаконное обогащение); в) преступления, совершаемые специальным субъектом с дополнительными признаками (коррупционные преступления, совершаемые судьями, представителями конкретных правоохранительных органов — например УК Республики Анголы содержит статью 346 «Пассивный подкуп судьи или судьи-арбитра», устанавливающую ответственность за получение взятки этими лицами⁴).

³ Федерального закона «О противодействии коррупции» от 25.12.2008 № 273-ФЗ // Российская газета. № 266. 30.12.2008.

⁴ Anteproyecto de Código Penal. Available at: <http://www.pensamientopenal.com.ar/etiquetas/anteproyecto-codigo-penal> [Accessed 19th March 2021].

— в зависимости от основного объекта посягательства этих преступлений: а) интересы государственной власти, государственной службы и службы в органах местного самоуправления (ст. ст. 285, 286, 290, 291 УК РФ); б) интересы службы в коммерческих и иных организациях (ст. ст. 201, 204 УК РФ); в) отношения собственности (ст. ст. 160, 159 (ч.3), 164 УК РФ); г) отношения в сфере экономической деятельности (ст. ст. 183, 184 УК РФ); д) интересы правосудия (ст. ст. 304, 309 УК РФ) и т. д.

В уголовно-правовой литературе встречаются и другие классификации коррупционных преступлений: например, их разделяют на публичные и непубличные (Maksimov, 2017). В зарубежной литературе можно встретить следующую классификацию коррупционных преступлений: 1) взяточничество; 2) кража и растрата; 3) мошенничество; 4) фаворитизм и nepотизм; 5) вымогательство и шантаж (Fayed, 2018).

Следующим признаком, требующим исследования, является *транснациональный характер этой коррупционной преступности*. Как отмечает в этой связи И.В. Годунов, «под транснациональными преступлениями следует понимать преступления, которые посягают на общественные отношения, интересы или блага, охраняемые уголовным законодательством двух или более государств, и субъектами которых являются иностранные граждане, имеющие целью, как правило, получение финансовой прибыли или приобретение власти» (Godunov, 2002). Во многом это определение коррелирует с понятием транснационального преступления, которое содержится в статье 3 Конвенции ООН против транснациональной организованной преступности от 15 ноября 2000 г.: преступление совершено более чем в одном государстве; совершено в одном государстве, но его приготовление либо соучастие в нем имело место в другом государстве; существенные последствия от этого преступления имеют место в другом государстве; совершено в одном государстве, но при участии транснациональной организованной группы, осуществляющей свою деятельность более чем в одном государстве⁵. Иными словами, мы видим наличие так называемого иностранного элемента, который характеризует эти преступления.

Междисциплинарная группа против коррупции, учрежденная Комитетом министров Совета Европы в 1994 г., определила четыре параметра, наиболее важных для квалификации коррупционных деяний: *участующие лица; услуги, предоставляемые взяточполучателем; предлагаемые неправомерные преимущества; и обстоятельства, в которых предлагаются указанные преимущества* (курсив мой. — О.К.). Каждый из названных четырех параметров может включать иностранный элемент, что позволит квалифицировать такое деяние как транснациональное⁶.

Исходя из вышеизложенного, мы можем заметить, что отличительной чертой транснациональных коррупционных преступлений является наличие особого состава корруптеров, коррумпантов и предмета подкупа. К числу коррумпантов

⁵ Конвенции ООН против транснациональной организованной преступности от 15 ноября 2000 года // Собрание законодательства РФ. 04.10.2004. № 40. ст. 3882.

⁶ Jaeger, M. Action internationale contre la corruption — Le groupe multidisciplinaire sur la corruption du Conseil de l'Europe (GMC). Corruption de fonctionnaires et fraude européenne. Antwerp, Maklu. 1998. 163. (in French).

относятся, прежде всего, публичные должностные лица иностранного государства, под которыми в западной литературе чаще всего понимается любое лицо, занимающее должность в законодательном, исполнительном или судебном органе иностранного государства, вне зависимости от того, является ли эта должность выборной, или предполагает назначение; любое лицо, исполняющее публичную функцию в интересах иностранного государства, включая исполнение такой функции на государственных предприятиях; и любое должностное лицо или агента публичной международной организации⁷. Также, как мы знаем, к числу корруппантов относятся должностные лица международных публичных организаций.

К числу корруптеров относим иностранных граждан или подданных (вне зависимости от гражданства, профессии, занимаемой должности и т. д.); лиц, имеющих вид на жительство в другом государстве; лиц, действующих от имени любой международной организации (правительственной или неправительственной); лиц, действующих от имени транснациональных корпораций (ТНК). О последнем корруптере хотелось бы сказать подробнее.

В современном мире насчитывается около 60 000 ТНК, имеющих около 500 тысяч отделений и филиалов по всему миру. Как отмечают специалисты, ТНК сегодня являются работодателями для 4 процентов всего занятого населения в развитых странах и для 12 процентов в развивающихся странах. Многие ТНК сегодня разрослись до гигантских размеров, а их ежегодный оборот превышает валовой внутренний продукт большинства стран мира. Например, только в General Motors на 2015 г. трудилось 708 000 работников (Kordoš & Vojtovič, 2016:152). История развития и деятельности ТНК постоянно сопровождается коррупционными скандалами, когда корпорации подкупают местные власти, чтобы добиться каких-либо преференций для себя. Широко известен случай, когда авиастроительная компания *Lockheed Aircraft* в 1975 г. заплатила 22 млн долларов США в виде взяток иностранным правительствам с тем, чтобы обеспечить себе контракты на поставку самолетов. Среди получателей взяток были премьер-министр Японии Танака и принц Нидерландов Бернард (Braithwaite, 1979:125). Именно распространенность коррупционных практик в отношениях американских корпораций с иностранными правительствами привели к принятию в США в 1977 г. Закона о коррупции за рубежом (Foreign Corrupt Practice Act). Этот закон имеет экстратерриториальное действие и призван предотвращать и наказывать коррупционные практики корпораций за рубежом. Он применяется не только к американским компаниям, но и к их дочерним компаниям и филиалам, действующим в иностранных государствах, к совместным предприятиям, и даже к иностранным компаниям, которые действуют в США либо только зарегистрированы в США. Применяется этот закон и к тем иностранным компаниям, акции которых торгуются на нью-йоркской Фондовой бирже (New York Stock Exchange) (Ferreira & Morosini, 2013).

В тех же африканских странах широко распространена коррупционная практика, направленная на подкуп правительственных чиновников иностранцами, чтобы получить выгодные контракты. Так, журнал *New Africa Magazine*

⁷ Joseph Mase. Fighting transnational corruption. Available at: <http://sas-space.sas.ac.uk/3537/1/1559-1907-1-SM.pdf> [Accessed 10th March 2021].

сообщил о том, что 25 сентября 2009 г. компания *Mabe & Johnson*, собственником которой была Великобритания, и чьим бизнесом было строительство мостов в некоторых африканских странах (например, Гана, Мадагаскар, Ангола, Мозамбик), была признана виновной одним из лондонских судов в том, что давала взятки правительственным чиновникам с тем, чтобы обеспечить получение подрядов на строительство. В том же самом ключе выдвигались обвинения в подкупе, который совершали оружейные компании при совершении самой крупной сделки в Южной Африке на поставки зенитно-ракетных комплексов Hawk и боевых самолетов Gripen. В Нигерии, в период с 1994 по 2002 г. осуществлялось расследование, в ходе которого один из руководителей компании *Halliburton* Альберт Стэнли признался в том, что руководил передачей взяток в размере 180 млн долл. США высшим правительственным чиновникам для получения контрактов (Osumah & Aghedo, 2013). В той же Нигерии в свое время произошел коррупционный скандал с участием нефтяных компаний *Shell* и *Eni*. Как выяснили журналисты компании BuzzFeed News и итальянской газеты *Il Sole 24 Ore*, в 2010—2011 гг. эти нефтяные компании заплатили 1,3 млрд долларов США за получение лицензии на разведку нефтяного блока на шельфе, известного как OPL 245. Деньги были заплачены нигерийскому правительству, однако масс-медиа утверждали, что по документам деньги «отошли» компании *Malabu Oil and Gas*, которая была связана с бывшим министром нефтяной промышленности Нигерии, Даном Этете, о чем руководство *Shell* знало⁸. По утверждениям расследователей *Global Witness*, какая-то часть этой суммы ушла на «отступные» (в российском лексиконе — «откаты») тогдашнему президенту страны Джонатану, о чем топ-менеджмент *Shell* тоже был осведомлен⁹. Представители компаний однако отвергали всяческие обвинения в свой адрес. Как заявил официальный представитель *Eni*, «ни Eni, ни Shell, не платили никаких денег, за исключением тех, что были предусмотрены резолютивным соглашением по нефтяному блоку и не выплачивали никаких сумм ни Malabu, ни господину Этете или иным должностным лицам»¹⁰. Однако Генеральная прокуратура Голландии приняла решение выдвинуть против *Shell* обвинение в совершении уголовно наказуемых деяний. Помимо привлечения к уголовной ответственности за вышеназванный акт коррупции, компании будет предъявлено обвинение за утечку химикатов и за взрыв на химическом заводе в городе Мурдейк (Голландия)¹¹.

Помимо собственно коррупционных преступлений необходимо отметить так называемые «сопутствующие», «ассоциированные» с ними преступления, которые можно отнести к проявлениям самодетерминации коррупционной

⁸ Eni, Shell deny wrongdoing in Nigeria after allegations of improper payment. Available at: <https://www.cnbc.com/2017/04/10/eni-shell-deny-wrongdoing-in-nigeria-after-allegations-of-improper-payment.html> [Accessed 12th March 2021].

⁹ Corruption. Spotlight on corruption. Annual report. 2017. Available at: <https://www.globalwitness.org/en/about-us/annual-reviews/> [Accessed 15 March 2021].

¹⁰ Eni, Shell deny wrongdoing in Nigeria after allegations of improper payment. Available at: <https://www.cnbc.com/2017/04/10/eni-shell-deny-wrongdoing-in-nigeria-after-allegations-of-improper-payment.html> [Accessed 12th March 2021].

¹¹ Taylor C. Shell facing multiple charges over corruption, emissions, and an explosion. Available at: <https://www.cnbc.com/2019/03/01/shell-to-be-prosecuted-with-criminal-charges-over-nigerian-oil-deal.html> [Accessed 18th March 2021].

преступности. В отечественной криминологии процесс самодетерминации преступности определяют как порождение новых антиобщественных (читай преступных. — О.К.) деяний самой преступностью. Одной из форм такой самодетерминации называют совершение вспомогательных, «подсобных» преступлений облегчающих совершение основных преступлений, либо скрывающих их (Kudryavcev & Eminov, 2010). Применительно к коррупционным уголовно наказуемым деяниям в число таких «сопутствующих» и «вспомогательных» преступлений входит, прежде всего, легализация (отмывание) денежных средств или иного имущества, добытого преступным путем. Такая легализация, по понятным причинам, будет иметь, в подавляющем большинстве случаев, транснациональный характер, и особой популярностью для проведения подобных операций служат мировые финансовые центры, расположенные в Нью-Йорке, Лондоне, Сингапуре, либо небольшие юрисдикции, называемые «налоговыми гаванями» (tax havens). Например, по данным организации *Global Witness* некоторые ведущие британские банки (*British High Street Banks*) участвовали в отмывании денег и переводе их из Нигерии в Соединенное Королевство. Также эти банки помогали отмывать деньги бывшего главы Нигерии, генерала Сани Бача и Джошуа Дарье — бывшего губернатора штата Плато в Нигерии (Osumah & Aghedo, 2013).

В отчете по коррупции за 2017 г., опубликованном *Global Witness*, был приведен так называемый «жизненный цикл коррупции» (“corruption life-circle”), который состоял из трех этапов: “steal” (украсть) — “hide” (спрятать) — “spend” (потратить). Сначала деньги добываются преступным путем (получение взяток, хищения, получение прибыли от занятия предпринимательской деятельностью, которая публичным служащим запрещена), затем они прячутся в офшорах, банках, передаются на хранение юристам или финансистам, переводятся в трастовые фонды и т. д. Иными словами, идет первая стадия легализации, а уже затем эти деньги используются для легальных сделок, банковских операций, покупки недвижимости, получения гражданства иностранных государств в обмен на инвестиции¹². В Конвенции по борьбе с подкупом иностранных должностных лиц в международных коммерческих сделках от 21 ноября 1997 г. прямо говорится о том, что подкуп иностранных должностных лиц, вне зависимости от места его совершения, является предикатным преступлением при отмывании денежных средств или иного имущества, полученного преступным путем (статья 7)¹³.

Меры противодействия транснациональной коррупции средствами уголовного права

Учитывая тот факт, что борьба с транснациональной коррупцией напрямую связана с пространственно-временным действием уголовного закона, то особую важность в такой борьбе обретают *принципы действия уголовного закона во*

¹² См.: Corruption. Spotlight on corruption. Annual report. 2017. Available at: <https://www.globalwitness.org/en/about-us/annual-reviews/> [Accessed 19th March 2021].

¹³ Конвенция по борьбе с подкупом иностранных должностных лиц в международных коммерческих сделках от 21 ноября 1997. Режим доступа: http://cikrf.ru/protiv_corrupcii/normativ_docs/conv_1997.html (дата обращения: 18.03.2021).

времени, в пространстве и по кругу лиц. Если взять за основу, в данном случае, УК Российской Федерации, то хотелось бы выделить, прежде всего, территориальный принцип, принцип гражданства и универсальный принцип.

Нет смысла воспроизводить здесь положения статьи 11 УК РФ, однако об ограничении территориального принципа сказать необходимо — оно заключено в части 4 статьи 11 УК РФ и касается лиц, пользующихся иммунитетом в отношении уголовной юрисдикции государства. Речь, в данном случае, идет о дипломатическом иммунитете, консульском иммунитете, иммунитете международных организаций, их персонала и иммунитете специальных миссий (Lukashuk & Naumov, 1999). Это значит, что в числе корруптеров и корруппантов могут оказаться лица, которые пользуются таким иммунитетом, а следовательно, уголовной ответственности по закону государства пребывания они не подлежат.

Принцип гражданства также в этом отношении представляет особый интерес, поскольку он распространяет действие российского уголовного закона на те преступления, которые граждане Российской Федерации и постоянно проживающие в России лица без гражданства совершают вне пределов Российской Федерации. При этом, как следует из содержания части первой статьи 11 УК РФ, ответственность наступает независимо от того, предусмотрена ответственность за это преступление в законе страны пребывания или нет — главное, чтобы это деяние было предусмотрено Уголовным кодексом Российской Федерации. В этой связи напомним, что в некоторых государствах легальными считаются те практики, которые в нашей стране составляют коррупционные преступления. Но наиболее «ярко», на наш взгляд, проявляет себя в деле борьбы с транснациональной коррупцией универсальный принцип — наличие соответствующего международного договора позволяет привлечь к уголовной ответственности по УК РФ иностранных граждан и не проживающих постоянно в нашей стране апатридов за те преступления, которые они совершили вне пределов России. Излишне подробно говорить о том, сколько существует международных договоров о борьбе с коррупцией.

В специальном антикоррупционном нормативном правовом акте ЮАР — Законе 12 «О предупреждении и борьбе с коррупционными деяниями» от 2004 г. — прямо говорится об экстратерриториальном действии данного закона (Bernstein, Shaw, 2014). В соответствии со статьей 35 «Экстратерриториальная юрисдикция», даже если коррупционное преступление, подпадающее под действие Закона, совершено за пределами ЮАР, суд Республики применяет этот Закон независимо от того, является ли это деяние преступлением по закону того места, где оно было совершено, если лицо, которое привлекается к уголовной ответственности:

- является гражданином ЮАР;
- имеет вид на жительство в ЮАР;
- арестовано на территории ЮАР либо в ее территориальных водах, либо на борту морского или воздушного судна, зарегистрированного в Республике, на момент совершения преступления;

— является компанией, которая находится в ЮАР, либо зарегистрирована в ЮАР в соответствии с любым законом¹⁴.

Уголовно-правовые меры противодействия транснациональной коррупции можно разделить на различные группы по следующим основаниям:

- 1) *по виду мер уголовно-правового противодействия;*
- 2) *по охвату территории уголовно-правового противодействия и количеству государств, участвующих в таком противодействии.*

Исходя из *первого критерия*, мы можем выделить следующие меры уголовно-правового противодействия (не путать с мерами уголовно-правового характера!):

Криминализация. Это — формулирование новых составов коррупционных преступлений, что опирается на соответствующее социально-криминологическое обоснование. Относительно криминализации коррупционных преступлений следует сказать, что практически все уголовно наказуемые формы коррупции, отраженные в международных конвенциях, преследуются и по российскому законодательству. За исключением, пожалуй, незаконного обогащения. Статья 20 Конвенции ООН против коррупции от 31 октября 2003 г. предусматривает ответственность за незаконное обогащение, т. е. за значительное увеличение активов публичного должностного лица, превышающее его законные доходы, которое оно не может разумным образом обосновать. Как отмечала в свое время А.А Гравина, установление уголовной ответственности за это деяние была бы реальным шагом в борьбе с коррупцией, поскольку, иначе, требование закона декларировать государственными служащими свои доходы остается полумерой и не может рассматриваться как эффективное средство противодействия коррупции (Gravina, 2015:97). Заслуживает внимания, на наш взгляд, опыт бывших советских республик — Армении и Литвы. В уголовных кодексах этих стран уголовная ответственность за незаконное обогащение установлена (соответственно, в статьях 310.1 и 189.1). Интересно, что норма о незаконном обогащении (статья 8) как о коррупционном преступлении содержится в Конвенция Африканского союза о предупреждении коррупции и борьбе с ней 11 июля 2003 г.

В некоторых странах (например, в той же ЮАР) законодательство устанавливает уголовную ответственность за несообщение об акте коррупции, о котором лицо точно знает либо должно было знать. Также несет уголовную ответственность за несообщение то лицо, которое подозревало о том, что было совершено коррупционное преступление. При этом речь идет об ответственности специального субъекта — того лица, который является представителем власти. Наказание за данное деяние зависит от того, каким судом выносится приговор. Если приговор выносится Верховным Судом либо региональным судом, то виновному грозит денежный штраф либо тюремное заключение на срок не свыше 10 лет. Если же приговор выносится магистратским судом, то виновному грозит денежный штраф либо тюремной заключение на срок не свыше трех лет¹⁵. Одной из

¹⁴ Prevention and Combating of Corrupt Activities Act 12 of 2004. Available at: <https://www.justice.gov.za/legislation/acts/2004-012.pdf> [Accessed 1st March 2021].

¹⁵ Prevention and Combating of Corrupt Activities Act 12 of 2004. Available at: <https://www.justice.gov.za/legislation/acts/2004-012.pdf> [Accessed 1st March 2021].

эффективных форм противодействия транснациональной коррупции в рамках криминализации, безусловно, является конструирование составов преступлений о так называемой «иностранной коррупции» или «зарубежном взяточничестве» (“foreign bribery”). Речь в данном случае о таком взяточничестве, при котором корруппантами являются иностранные должностные лица либо должностные лица международных межправительственных организаций. Подробнее об этом будет сказано чуть позднее.

Пенализация. Речь идет о соответствующих наказаниях, соразмерных характеру и степени общественной опасности коррупционных преступлений. В данном случае особый акцент делается на таких видах наказания, которые применяются к специальным субъектам коррупционных преступлений — должностных лицах и управленцах в коммерческих и иных организациях. В таком случае можно говорить о кратных размеру взятки или коммерческого подкупа штрафах, лишении права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью.

В то же время расхожее мнение о необходимости применения самых строгих наказаний с тем, чтобы эффективно противодействовать коррупции, не подтверждается мировой практикой. Как замечает китайский специалист Jiangnan Zhu, смертная казнь за коррупционные преступления не имеет эффекта несмотря на то, что китайская традиция полагает необходимым именно строгие наказания для предупреждения преступности. Ученый провела сравнительное исследование по ряду стран, используя индекс восприятия коррупции, что позволило ей утверждать: в странах с низким уровнем коррупции наказания за коррупционные преступления отнюдь не являются «драконовскими» (Zhu, 2012). Например, в Сингапуре — стране, где уровень коррупции один из самых низких в мире (4 место среди 183 стран)¹⁶, коррупционные преступления наказываются тюремным заключением на срок не более трех лет либо денежным штрафом в размере, не превышающим 100 000 сингапурских долларов, или применяются оба наказания. В Японии (20 место среди 183 стран)¹⁷, где уровень коррупции в последние годы достаточно низок, смертная казнь за коррупционные преступления не назначается, при этом штраф в размере от 200 000 до 1 миллиона японских иен или пятилетний запрет на участие в выборах применяются гораздо чаще, нежели тюремное заключение¹⁸. Даже в тех случаях, когда назначается тюремное заключение, его сроки варьируются в пределах от двух до пяти лет, а максимальное наказание составляет семь лет (Yuichiro, Tachi (2001)). В западных странах, например, в США, которые занимают 23 место из 180 стран по восприятию коррупции, на федеральном уровне подкуп должностных лиц наказывается штрафом, не превышающим трехкратный размер суммы взятки, либо тюремным заключением на срок до 15 лет, либо применяются оба наказания. Также может быть назначен запрет занимать любую почетную, доверительную или

¹⁶ Corruption Perception Index 2019. Available at: file:///C:/Users/user/Downloads/2019_CPI_Report_EN.pdf [Accessed 19th March 2021].

¹⁷ Corruption Perception Index 2019. Available at: file:///C:/Users/user/Downloads/2019_CPI_Report_EN.pdf [Accessed 19th March 2021].

¹⁸ He Tian, Comparative Study of Asian Anticorruption Legal Systems. (Beijing: Zhongguo renmin gongan daxue). 2009.

оплачиваемую должность в США¹⁹. А в Индонезии, которая занимает 85 место среди 180 стран по этому показателю за коррупционные преступления, установлены достаточно жесткие наказания: максимальный срок лишения свободы за коррупционные преступления — 20 лет лишения свободы, а в случае совершения особо тяжких коррупционных преступлений возможно назначение смертной казни²⁰. Сам же Китай в этом списке занимает 80 место²¹.

Применение так называемых «имущественных» мер уголовно-правового характера (прежде всего, речь идет о конфискации имущества). О применении конфискации имущества в деле борьбы с коррупцией написано и сказано уже очень много. Достаточно сказать, что все Конвенции, направленные на борьбу с коррупцией (и, прежде всего, с транснациональной ее частью), предусматривают эту имущественную меру уголовно-правового характера: статьи 2, 3, 31, 54 Конвенции ООН против коррупции 2003 г.; статьи 13, 19, 23 Конвенции Совета Европы об уголовной ответственности за коррупцию 1999 г.; статья 3 Конвенции по борьбе с подкупом иностранных должностных лиц в международных коммерческих сделках 1997 г.; статья 16 Конвенции Африканского союза о предупреждении коррупции и борьбе с ней 11 июля 2003 г.

Несмотря на обилие правовых норм о конфискации доходов, полученных в результате коррупционных преступлений, а также конфискации легализованного (отмытого) имущества, добытого преступным путем, их практическая реализация оставляет желать лучшего. Например, по данным всемирно известного немецкого Deutsche Bank, значительная часть скрытого притока капитала в Великобритании в объеме 133 млрд фунтов стерлингов связана с Россией, а, согласно оценке агентства Bloomberg, общая стоимость активов, выведенных из России за последние 25 лет, составляет 750 млрд долларов США. Это почти половина российского ВВП²². С другой стороны, западные правоохранители достаточно часто отказывают российским коллегам в помощи о поиске и аресте преступно полученных в России капиталов, пусть и по формальным основаниям. Кроме того, такая гигантская денежная масса уже давно надежно «инфильтрована» в зарубежную экономику в виде самых разных вложений и инвестиций, которые, видимо, удвоились за это время²³. По понятным причинам, изымать эти деньги из собственного бюджета власти иностранных государств никак не горят желанием.

Введение уголовной ответственности юридических лиц. Как справедливо отмечает А.В. Федоров, в большинстве стран мира одной из важнейших составляющих противодействия коррупции является установление уголовной ответственности юридических лиц, поскольку необходимость установления

¹⁹ The U.S. Code online, Title 18, Chapter 11, Section 201, Available at: <http://frwebgate3.access.gpo.gov/cgi-bin/GPOgate.cgi?WAISdocID=KPYllu/2/3/0&WAISaction=retrieve> [Accessed 19th March 2021].

²⁰ He Tian, Comparative Study of Asian Anticorruption Legal Systems. (Beijing: Zhongguo renmin gongan daxue). 2009.

²¹ Corruption Perception Index 2019. Available at: file:///C:/Users/user/Downloads/2019_CPI_Report_EN.pdf [Accessed 19th March 2021].

²² Барова Е. Без конфискации. Почему властям не удастся вернуть сотни миллиардов долларов, вывезенных из России? // Аргументы и Факты. № 3. 2020. С. 20.

²³ Барова Е. Без конфискации. Почему властям не удастся вернуть сотни миллиардов долларов, вывезенных из России? // Аргументы и Факты. № 3. 2020. С. 20.

такой ответственности закрепляется в основных международных антикоррупционных конвенциях (Fedorov, 2014). При этом, как замечает А.В. Федоров, вопрос о характере ответственности юридических лиц решается в международных договорах по-разному (Fedorov, 2014). Например, Конвенция ООН против коррупции 2003 г. требует от государств-участников принять такие меры, какие, с учетом его правовых принципов, могут потребоваться для установления ответственности юридических лиц, которая, в свою очередь, может быть уголовной, административной или гражданско-правовой. В то же время Конвенция по борьбе с подкупом иностранных должностных лиц в международных коммерческих сделках 1997 г., требуя от государств-участников установить ответственность юридических лиц, не конкретизирует вид ответственности, но, согласно сложившейся практике, к странам-кандидатам на вступление в ОЭСР предъявляется требование установить именно уголовную ответственность юридических лиц (Fedorov, 2013). Мировая практика знает немало случаев привлечения юридических лиц к уголовной ответственности именно за совершение транснациональных коррупционных преступлений. Например, власти Германии привлекли к уголовной ответственности концерн Siemens: было установлено, что компания давала взятки в Литве, России и Нигерии в общей сумме на 12 млн евро. Компания была приговорена к штрафу в размере 201 млн долларов США (Andrianov, 2011). В другом случае к уголовной ответственности в США было привлечено российское подразделение компании Hewlett-Packard за дачу взяток российским должностным лицам при заключении контракта на поставку компьютерного оборудования в один из российских официальных органов²⁴. Напомним, что российское уголовное законодательство института ответственности юридических лиц не содержит.

Экстрадиция. Нормы об экстрадиции, которые содержатся и в международном, и в национальном уголовном праве, играют огромную роль в борьбе с транснациональной коррупцией (положения об экстрадиции лиц, совершивших коррупционные и сопутствующие им преступления). Например, нормы об экстрадиции находим, опять же, Конвенции ООН против коррупции 2003 г. (статья 44), Конвенции Совета Европы об уголовной ответственности за коррупцию 1999 г. (статья 27), в Конвенции по борьбе с подкупом иностранных должностных лиц в международных коммерческих сделках 1997 г. (статьи 9, 10), Конвенции Африканского союза о предупреждении коррупции и борьбе с ней 11 июля 2003 г. (статья 15), Протоколе против коррупции Сообщества развития юга Африки от 14 августа 2001 г. (статья 9).

Как мы понимаем, институт выдачи, являясь комплексным международно-правовым, уголовно-правовым и уголовно-процессуальным институтом, имеет важное значение в борьбе с транснациональной коррупцией: он призван «поджечь землю» под ногами коррупционеров, которые должны быть лишены возможности укрыться от правосудия в какой-либо стране. С другой стороны, как известно, пределы экстрадиции тоже существуют — большинство стран прямо налагает запрет на выдачу собственных граждан другому государству, что

²⁴ США заработали на российской коррупции // Новая газета. 14.09.2015.

прописано не только в национальном уголовном законодательстве, но и в конституциях этих стран.

Уточнение положений уголовно-правовых норм об ответственности за коррупционные преступления в разъяснениях высших судебных инстанций. Эта мера теснейшим образом связана со значимостью судебного толкования уголовного закона, поскольку, как всем хорошо известно, уголовный закон наполняется реальным содержанием только через судебную практику по конкретным делам (Naumov, 2005). В этой связи особую важность приобретает полнота и непробельность постановлений Пленума Верховного Суда РФ по делам об уголовной ответственности за коррупционные преступления. К сожалению, недавние изменения и дополнения, внесенные в Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 09.07.2013 № 24 (в ред. от 24.12.2019) «О судебной практике по делам о взяточничестве и об иных коррупционных преступлениях», не только не добавили ясности в отношении некоторых проблемных вопросов, но и усугубили их²⁵.

На основании *второго критерия* мы можем выделить следующие виды мер такого противодействия:

- 1) меры, предусмотренные международным универсальным уголовным правом (первый уровень);
- 2) меры, предусмотренные международным межрегиональным уголовным правом (второй уровень);
- 3) меры, предусмотренные международным региональным уголовным правом (третий уровень);
- 4) меры, предусмотренные международным субрегиональным уголовным правом (четвертый уровень);
- 5) меры, предусмотренные международным уголовным правом в рамках двусторонних соглашений и договоров (пятый уровень).
- 6) меры, предусмотренные национальным уголовным правом (шестой уровень).

К актам *первого уровня* относим, само собой, Конвенцию ООН против коррупции от 31 октября 2003 г., Конвенцию Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности от 29 сентября 2003 г., Конвенцию о борьбе с подкупом иностранных должностных лиц в международных коммерческих сделках, принятую Организацией экономического сотрудничества и развития 21 ноября 1997 г. К актам *второго уровня* можем отнести Межамериканскую конвенцию против коррупции Организации американских государств 1996 г. Участниками этой конвенции являются государства как Южной, так и Северной Америки (например, Аргентина, Бразилия, Канада, Чили, Мексика, США, Уругвай). К актам *третьего уровня* относятся Конвенция Африканского союза о предупреждении коррупции и борьбе с ней 11 июля 2003 г., Конвенция об уголовной ответственности за коррупцию, принятую Комитетом министров Совета Европы от 27 января 1999 г., Конвенция о гражданско-правовой ответственности за коррупцию, принятую Комитетом

²⁵ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 09.07.2013 № 24 (в ред. от 24.12.2019) «О судебной практике по делам о взяточничестве и об иных коррупционных преступлениях» // Российская газета. № 154. 17.07.2013.

министров Совета Европы от 4 ноября 1999 г., Конвенция о борьбе с коррупцией, затрагивающей должностных лиц Европейских сообществ или должностных лиц государств — членов Европейского союза, принятую Советом Европейского Союза 26 мая 1997 г. К актам *четвертого уровня* относится, например, Протокол против коррупции Сообщества развития юга Африки от 14 августа 2001 г. К актам *пятого уровня* можно отнести, например, Соглашение между Правительством Российской Федерации и Республики Беларусь о повышении эффективности сотрудничества в сфере борьбы с коррупцией²⁶.

Что же касается, актов национального уголовного законодательства, то здесь следует отметить, прежде всего, нормы об уголовной ответственности за подкуп иностранных должностных лиц и лиц, выполняющих соответствующие функции, в международных судебных органах и международных публичных организаций. Последний вид коррупционных преступлений именуется в иностранной литературе как “foreign bribery” («иностранное взяточничество»), тогда как подкуп «отечественных» должностных лиц называют “domestic bribery” («местное взяточничество») (Dantas, Alcantara, 2014).

Например, Уголовный кодекс Бразилии к так называемому «местному взяточничеству» относит «пассивную коррупцию» (ст. 317), «активную коррупцию» (ст. 333). Судя по содержанию Раздела XI УК Бразилии «Преступления против публичной власти» и четырех глав, этот Раздел составляющих, термин “bribery” в данном контексте следует толковать шире, нежели только взяточничество, и относить к нему и другие коррупционные преступления: растрату или присвоение (ст. 312), торговлю влиянием (ст. 332), служебное покровительство (ст. 321). Гораздо более интересен бразильский опыт в части установления уголовной ответственности за “foreign bribery” — Глава II-A «Преступления, совершенные частным лицом против иностранной публичной власти». Так, статья 337-B предусматривает уголовную ответственность за активный подкуп в ходе международных коммерческих операций. Наказуемы, согласно данной статье, такие действия, как обещание, предложение или дача, прямо или опосредованно, выгод личного характера иностранному должностному лицу или третьему лицу в целях повлиять на принятие решений этим лицом при совершении международной деловой операции (сделки). Виновному грозит лишение свободы на срок от одного до восьми лет и денежный штраф. Наказание увеличивается на одну треть, если действия иностранного должностного лица, совершенные в обмен на получение таких выгод, сами по себе являются незаконными. По сути дела, здесь наблюдаем тот случай, когда дача взятки, выражаясь языком российского уголовного права, подразделяется на «мздоимство» и «лихоимство»²⁷. Статья 337-C говорит о таком преступлении, как «Торговля влиянием в международных коммерческих операциях». Здесь речь идет уже о специальном субъекте: иностранное должностное лицо. Виновный несет ответственность за то, что просит, требует, взимает или получает какие-либо выгоды для себя или третьих лиц в обмен на совершение каких-либо действий или бездействия в ходе

²⁶ Официальный интернет-портал правовой информации www.pravo.gov.ru

²⁷ Penal Code of Brazil. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm [Accessed 19th March 2021].

международных коммерческих операций. Наказание — от двух до пяти лет лишения свободы и денежный штраф²⁸. Статья 337 D определяет понятие иностранного должностного лица — это любой, кто выполняет должностные функции или занимает должность в компании, которая прямо или опосредованно контролируется государством или публичной международной организацией²⁹.

Подобные нормы есть и в уголовном законодательстве ЮАР. В специальном нормативном акте — Законе 12 «О предупреждении и борьбе с коррупционными деяниями» от 2004 г. — устанавливается ответственность за коррупционные преступления в отношении иностранных должностных лиц (статья 5). Согласно данной статье несет уголовную ответственность любое лицо, которое прямо или опосредованно дает, соглашается дать или предлагает любое незаконное вознаграждение иностранному должностному лицу в пользу самого этого лица, либо в пользу другого лица с тем, чтобы это иностранное должностное лицо само либо посредством влияния на другое лицо совершило деяние, которое является незаконным, бесчестным, несанкционированным, дискриминационным, либо деяние, которое составляет злоупотребление либо продажу информации или имущества, полученных в ходе, в результате, во время выполнения своих служебных обязанностей, полномочий, функций, вытекающих из закона, договора или иных законных оснований. Кроме того, взятка может даваться за злоупотребление властными полномочиями, за нарушение обязанностей или норм закона и т.д.³⁰

Раздел IV «Преступления, совершенные при осуществлении должностных обязанностей» УК Португалии включает в себя 6 глав: Глава 1 «Коррупция», Глава 2 «Растрата должностным лицом денежных средств или имущества», Глава 3 «Злоупотребление властью», Глава 4 «Нарушение тайны», Глава 5 «Отказ от выполнения должностных обязанностей», Глава 6 «Общие положения». В подавляющем большинстве статей содержится указание на специальный субъект преступления — должностное лицо (“officer”), при этом в статье 386 «Понятие должностного лица» (“Concept of officer”).

В данной норме говорится о том, что к понятию должностного лица приравниваются должностные лица Европейского Союза вне зависимости от гражданства и места жительства; должностные лица любого государства-члена ЕС, если преступление было совершено (полностью или частично) на территории Португалии; должностные лица международных публичных организаций, членом которых является Португалия, если преступление было совершено (полностью или частично) на территории Португалии. Правда, следует отметить, что такое правило действует применительно лишь к трем статьям УК Португалии: 372 «Пассивный подкуп за совершение незаконного деяния», 373 «Пассивный подкуп за совершение правомерного деяния», 374 «Активный подкуп»³¹.

²⁸ Penal Code of Brazil. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm [Accessed 19th March 2021].

²⁹ Penal Code of Brazil. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm [Accessed 19th March 2021].

³⁰ Prevention and Combating of Corrupt Activities Act 12 of 2004. Available at: <https://www.justice.gov.za/legislation/acts/2004-012.pdf> [Accessed 3rd March 2021].

³¹ The Portuguese Penal Code. Available at: https://sherloc.unodc.org/cld/document/prt/2007/criminal_code_law_no._592007_of_4_september.html? [Accessed 3rd March 2021].

Похожие нормы содержатся и в антикоррупционном уголовном законодательстве Соединенного Королевства. Так, Закон Великобритании о взяточничестве 2010 г. (Bribery Act 2010) предусматривает уголовную ответственность за подкуп иностранного должностного лица. Этот же Закон говорит о том, кто подпадает под понятие «иностранное должностное лицо». К таким лицам относится, в частности, тот, кто занимает любую должность в законодательных, исполнительных, судебных органах, вне зависимости от того, выборная она или нет, любого государства или территории за пределами Соединенного Королевства. К этим иностранным должностным лицам относятся и служащие публичных международных организаций. Последние включают в себя организации, членами которых являются государства или территории; правительства государств или территорий; другие публичные международные организации; союзы вышеназванных субъектов³².

В российском уголовном законодательстве также есть нормы, набавленные на противодействие транснациональной коррупции. Само собой, что субъектом дачи взятки может быть любое лицо вне зависимости от его гражданства, места работы, принадлежности к тем или иным организациям, в то время как в числе должностных лиц — получателей взятки, указаны иностранные должностные лица или должностные лица публичной международной организации (статья 290 УК РФ).

Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 09.07.2013 N 24 (ред. от 24.12.2019) «О судебной практике по делам о взяточничестве и об иных коррупционных преступлениях» к иностранным должностным лицам относит любое назначаемое или избираемое лицо, занимающее какую-либо должность в законодательном, исполнительном, административном или судебном органе иностранного государства, и любое лицо, выполняющее какую-либо публичную функцию для иностранного государства, в том числе для публичного ведомства или публичного предприятия (например, депутат, министр, мэр). К должностным лицам публичной международной организации относятся, в частности, сотрудники организации, являющиеся международными гражданскими служащими, лица, уполномоченные действовать от имени публичной международной организации, члены парламентских собраний международных организаций, участником которых является Российская Федерация, лица, занимающие судебные должности любого международного суда, юрисдикция которого признана Российской Федерацией³³.

В контексте этого разъяснения необходимо подробнее остановиться на понятии «международная публичная организация». В данном случае речь идет о тех международных организациях, которые являются субъектами международного права — межправительственных (межгосударственных) организациях (Beqyashev, 2004). В современном международном праве эти организации

³² Bribery Act 2010. Available at: https://www.bailii.org/uk/legis/num_act/2010/ukpga_20100023_en_1.html [Accessed 3rd March 2021].

³³ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 09.07.2013 N 24 (ред. от 24.12.2019) «О судебной практике по делам о взяточничестве и об иных коррупционных преступлениях» // Российская газета. № 154. 17.07.2013.

подразделяются по разным критериям: 1) по кругу участников: универсальные, региональные, межрегиональные (Организация Объединенных Наций, Организация Африканских Государств, Организация экономического сотрудничества и развития); 2) по компетенции: общей компетенции и специальной компетенции (ООН, Международная организация гражданской авиации); 3) по порядку приема новых членов: открытые и закрытые (например, НАТО). Что касается лиц, занимающих судебные должности любого международного суда, юрисдикция которого признается Российской Федерацией, то к таким судам можно отнести, например, Международный суд ООН, Международный трибунал по морскому праву, Европейский суд по правам человека, Экономический суд Содружества Независимых Государств. В этом контексте возникает вопрос, что можно считать судебной должностью. Кроме того, как следует квалифицировать подкуп судьи того международного суда, юрисдикцию которого Россия не признает? Эти вопросы требуют своего разрешения.

Заключение

Транснациональная коррупция является преступлением международного характера и представляет собой глобальную криминальную угрозу, бороться с которой необходимо всеми средствами уголовного права, как международного, так и национального. Противодействие транснациональной коррупции должно быть направлено на повсеместное и жесткое «таргетирование» корруптеров, коррумпаторов и имущества, полученного путем коррупционных преступлений. Необходимо исключать возможность для коррупционеров укрываться самим и укрывать преступные капиталы в каких-либо странах. Коррупционные преступления в национальном и международном уголовном праве определяются так называемым перечневым способом, при этом некоторые деяния могут быть уголовно наказуемы в одних юрисдикциях, и не влечь уголовной ответственности в других. Помимо собственно коррупционных преступлений особую опасность представляют сопутствующие и последующие преступления («ассоциированные с коррупционными»). Это, прежде всего, отмывание (легализация) денежных средств или иного имущества, полученного в результате совершения коррупционных преступлений. Уголовно-правовую классификацию коррупционных преступлений можно проводить в зависимости от элементов состава преступления и признаков, их составляющих (например, объективной и субъективной стороны субъекта).

Транснациональную коррупцию характеризует особый состав коррумпантов и корруптеров. Особую опасность представляет такой корруптер, как транснациональные корпорации (ТНК). Как показывает практика, именно они, обладая гигантскими средствами и возможностями, подкупают государственных чиновников иностранных государств в целях обеспечения контрактов на поставку и сбыт соевй продукции (вне зависимости от ее вида и назначения), снижения налогового бремени, получения иных преференций.

Меры уголовно-правового противодействия транснациональной находим содержатся в нормах и Общей и Особенной части уголовного права. К ним

относятся, прежде всего, криминализация, пенализация, применение имущественных мер уголовно-правового характера, институт уголовной ответственности юридических лиц, институт экстрадиции, уточнение положений уголовно-правовых норм об ответственности за коррупционные преступления в разъяснениях высших судебных инстанций. В зависимости от территориального охвата этих мер и количества государств, участвующих в этом противодействии, выделяем шесть уровней таких мер. Меры уголовно-правового противодействия сосредоточены как в кодифицированной уголовном законодательстве, так и в отдельных специальных статутах (законах).

References / Список литературы

- Andrianov, V.D. (2011) *Corruption as a Global Problem: History and Modernity*. Moscow, Ekonomika Publ. (in Russian).
Андреанов В.Д. Коррупция как глобальная проблема: история и современность. М.: Экономика. 2011. 304 с.
- Beqyashev, K.A. (ed.). (2004) *International Public Law*. Textbook. 3rd edition, elaborated and supplemented. Moscow, Velbi Publ., Prospect Publ. (in Russian).
Международное публичное право: учебник / Отв. ред.: Бекашев К.А. 3-е изд., перераб. и доп. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. 928 с.
- Bernstein, D. & Shaw, N. (2014) South Africa. Chapter 18. In: Mendelsohn M.F. (ed.) *The Ant-Bribery and Anti-Corruption Review*. 2nd ed. UK, Law Business Research. pp. 227—242.
- Borzenkov, G.N. & Komissarov, V.S. (eds.). (2002) *Criminal Law Course: Special Part*. Т. 5. Moscow, Zertsalo Publ. (in Russian).
Курс уголовного права: Особенная часть / Под ред. Г.Н. Борзенкова, В.С. Комиссарова. М.: Зерцало, 2002. Т. 5. 512 с.
- Braithwaite, Jo. (1979) Transnational Corporations and Corruption: Towards Some International Solutions. *International Journal of the Sociology of Law*. (7), 125—142.
- Cordini, N.S. (2018) The internationalization of criminal law: transnational criminal law, basis for a regional legal theory of criminal law. *Brazilian journal of public policy*. 8 (1), 262. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v8i1.5163>
- Dantas, A. & Alcantara, L.E. (2014) Brazil. Chapter 3. In: Mendelsohn M.F. (ed.) *The Ant-Bribery and Anti-Corruption Review*. 2nd ed. UK, Law Business Research. pp. 34—41.
- Fayed, A.A. (2018) Researching corruption: understanding its key conceptions. *Rule of law and anticorruption centre journal*. (11). DOI: <https://doi.org/10.5339/rolacc.2018.11>.
- Fedorov, A.V. (2013) Anticorruption OECD convention as a part of Russian Federation legal system: criminal law and criminal politic aspects. *Scientific writings of SPb*. Filial of Russian custom academy. 4 (48). 99—128. (in Russian).
Федоров А.В. Антикоррупционная конвенция ОЭСР как часть правовой системы Российской Федерации: уголовно-правовой и уголовно-политический аспекты // Ученые записки С.-Петерб. им. В.В. Бобкова фил. Российской таможенной академии. 2013. № 4 (48). С. 99—128.
- Fedorov, A.V. (2014) Establishment of legal person crime responsibility as an element of combatting corruption. *Vestnik of Vladimir juridical institute*. 3 (32), 107—112. (in Russian).
Федоров А.В. Введение уголовной ответственности юридических лиц как составляющая противодействия коррупции // Вестник Владимирского юридического института. 2014. № 3 (32). С. 107—112.

- Ferreira, L.V. & Morosini, F.C. (2013) The implementation of international anti-corruption law in business: legal control of corruption directed to transnational corporations. *Austral: Brazilian Journal of Strategy & International Relations*. 2 (3), 246—247.
- Godunov, I.V. (2002) *Transnational Organized Crime in Russia: Ways and Forms of Combatting*. Diss ... doctor Legal of sciences. Ryazan. (in Russian).
Годунов И.В. Транснациональная организованная преступность в России: пути и формы противодействия: дис. ... д-ра юрид. наук. Рязань, 2002. 604 с.
- Gravina, A.A. (2015) Transnational corruption as a body of international crime. *Journal of Russian law*. (12), 87—99. (in Russian).
Гравина А.А. Транснациональная коррупция как состав международного преступления // Журнал российского права. 2015. № 12. С. 87—99.
- Hung-En Sung (2009) Transnational Corruption in Weapons Procurement in East Asia: A Case Analysis. *Sociological focus*. 42(3), 254—261. DOI: <https://doi.org/10.1080/00380237.2009.10571356>
- Karpec, I.I. (1979) Crimes of international character. Moscow, Yuridicheskaya lititeratura Publ. (in Russian).
Карпец И.И. Преступления международного характера. М.: Юридическая литература, 1979. 262 с.
- Kordoš, M., & Vojtovič, S. (2016) Transnational corporations in the global world economic environment. *Procedia — Social and Behavioral Sciences*. (230), 150—158.
- Kudryavcev, V.N. & Eminov, V.E. (2010) Self-determination of crime. Causes of crime. Criminology. Student book. Forth edition, elaborated and supplemented. Moscow, Norma, Infra-M Publ. (in Russian).
Кудрявцев В.Н., Эминов В.Е. Самодетерминация преступности // Причины преступности/ Криминология: учебник / под ред. В.Н. Кудрявцева и В.Е. Эминова. 4-е изд., перераб. и доп. М.: Норма: Инфра-М. 2010. С. 149—150.
- Lukashuk, I.I. & Naumov, A.V. (1999) *International criminal law*. Student book. Moscow, Spark Publ. (in Russian).
Лукашук И.И., Наумов А.В. Международное уголовное право: учебное пособие. М.: Спарк. 1999. 287 с.
- Maksimov, S.V. (2017) *Corruption. Law. Responsibility*. 3rd edition, elaborated and supplemented. Moscow, Institute of State and Law of RAS Publ. (in Russian).
Максимов С.В. Коррупция. Закон. Ответственность. Изд. 3-е, перераб. и доп. М.: Институт государства и права РАН. 2017. 255 с.
- Momoh, Z. (2015) Corruption and governance in Africa. *Proceedings of the International Academic Conference for Sub-Sahara African Transformation & Development*. 3(6). Available at: https://www.researchgate.net/profile/Zekeri-Momoh/publication/308792420_corruption_and_governance_in_africa/links/57f224fa08ae91deaa56229a/corruption-and-governance-in-africa.pdf [Accessed 3rd March 2021].
- Osumah, O. & Aghedo, I. (2013) Challenges and prospects of anti-corruption crusade in Nigeria's fourth republic. *Ilorin Journal of Business and Social Science*. 15 (2), 81—96.
- Sumachev, A.V. (2017) On pseudoscientific criminal law theories. III International penitentiary forum "Crime, punishment, correction". In: Digest of participant's thesis. T. 2. *Materials of International scientific-practice conference "Improvement of criminal and criminal executive legislation norms"*. Ryazan, Academy of the Federal Penitentiary Service of Russia. pp. 92—95. (in Russian).
Сумачев А.В. О лженаучных уголовно-правовых теориях // III Международный пенитенциарный форум «Преступление, наказание, исправление». Сборник тезисов выступлений и докладов участников. Т. 2. Материалы Международной научно-практической конференции «Совершенствование норм уголовного и уголовно-исполнительного законодательства». Рязань, Академия ФСИН России, 2017. С. 92—95.

- Yuichiro, Tachi (2001) An Overview of the Japanese Criminal Justice Legislation against Corruption. In: *Taking Action against Corruption in Asia and the Pacific: Proceedings of the 3rd Regional Anti-Corruption Conference. 3rd Annual Conference of ADB/OECD Anticorruption Initiative for Asia-Pacific*. Tokyo, Japan. Pp. 3—4.
- Zhu, J. (2012) Do severe penalties deter corruption & a game-theoretic analysis of the Chinese case. *The China Review*. 12(2), 1—32.

Об авторе:

Кузнецова Ольга Алексеевна — кандидат юридических наук, доцент 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: 0000-0003-1066-3783; SPIN-код: 8755-2997

e-mail: o715575@mail.ru

About the author:

Olga A. Kuznetsova — Candidate of Legal Sciences, Associate 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, Russia Federation

ORCID ID: 0000-0003-1066-3783; SPIN-code: 8755-2997

e-mail: o715575@mail.ru

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-685-699

Научная статья

Организация работы по противодействию незаконному выводу денежных средств, отмыванию доходов через микрофинансовые организации

В.В. Бегеза, С.В. Свистунов*

Российская академия народного хозяйства и государственной службы
при Президенте Российской Федерации,
г. Москва, Российская Федерация,
**svistunovstar@mail.ru*

Аннотация. Актуальность выбранной темы обуславливается наличием проблем обеспечения защиты прав личности при взаимодействии с микрофинансовыми организациями, защиты персональных данных граждан, мошеннических действий при заключении договора займа с использованием копий документов, персональных данных в информационной телекоммуникационной сети «Интернет», а также краденых, утерянных документов, защиты прав граждан при обработке персональных данных микрофинансовыми организациями для получения потребительского займа. Обеспечение защиты общества и государства путем создания правового механизма противодействия легализации (отмыванию) доходов, и выводу денежных средств за границу. На рынке микрофинансирования имеются организации, которые незаконно ведут свою деятельность, они не состоят ни в одном государственном реестре, как правило, по юридическому адресу таких компаний никогда не находятся ответственные лица, поэтому при причинении вреда возмещение убытков через гражданские механизмы, обращение непосредственно к виновнику или через суд практически невозможны. Рядовой гражданин не в состоянии самостоятельно обеспечить свою экономическую безопасность и финансовую стабильность. В силу юридической неграмотности и специфических особенностей данного вида деятельности, гражданин является слабой (юридически неграмотной) стороной отношений. В обществе наблюдается повышение социальной напряженности в связи с предьявлением со стороны кредиторов в лице микрофинансовых организаций явно завышенных требований по обязательствам договора займа с длительной просрочкой за период неисполнения обязательств, возникших до внесения изменений в законодательные акты, касающихся ограничений по начислению процентов по потребительским кредитам (займам) на срок до одного года. Деятельность микрофинансовых организаций непосредственно связана с финансовыми операциями по переводу, предоставлению денежных средств, что может являться предметом интереса криминальных кругов или иных лиц, осуществляющих отмывание доходов и финансирование терроризма. Необходимость исследования данного вопроса. Отсутствие достаточного объема научных рекомендаций для создания необходимых правовых механизмов и подготовки госорганов, в том числе МВД, прокуратуры и судов, с целью недопущения ущемлений прав граждан при взаимодействии с микрофинансовыми организациями при получении финансовых услуг потребительских кредитов (займов). Отсутствие действенного управления указанными отношениями представляет опасность для соблюдения требований ст. 46 Конституции Российской Федерации на право гарантированной судебной защиты прав и свобод гражданина. Защита прав и свобод человека и гражданина — обязанность государства. Научная новизна

© Бегеза В.В., Свистунов С.В., 2021



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

заключается в том, что в исследовании делается попытка проанализировать деятельность микрофинансовых организаций не с позиции представления указанного вида деятельности как экономического инструмента для предоставления финансовой помощи незащищенным слоям населения, а в качестве потенциальной угрозы для общества, поскольку неконтролируемые денежные отношения приведут к криминализации направления деятельности и еще больше ухудшат материальное положение граждан. Практика зарубежных стран показывает, что данный инструмент реализуется только в странах с низким уровнем экономического развития, в Западной Европе микрофинансирование практически не применяется, там используются иные инструменты, такие как повышение доходов домохозяйств через создание высококвалифицированных рабочих мест, что является противоречивой практикой. Цель исследования — изучение общественных отношений в сфере деятельности микрофинансовых организаций, выявление в рассматриваемой сфере пробелов и противоречий, разработка и обоснование возможных предложений правового характера по их устранению. На основе анализа международных соглашений в области противодействия легализации (отмыванию) доходов и выводу денежных средств, механизмов межведомственного взаимодействия в Российской Федерации целесообразно разработать меры, направленные на совершенствование российского законодательства о микрофинансовой деятельности.

Ключевые слова: заем, микрофинансовые организации, персональные данные, микрофинансовая деятельность, мошенничество, Центральный банк Российской Федерации, отмывание доходов и финансирование терроризма

Конфликт интересов. Авторы заявляют об отсутствии конфликта интересов.

Информация о вкладе авторов: Бегеца В.В. — сбор и обработка материалов, анализ данных, написание текста. Свистунов С.В. — сбор и обработка материалов, анализ данных, написание текста.

Дата поступления в редакцию: 3 декабря 2020 г.

Дата принятия к печати: 15 апреля 2021 г.

Для цитирования:

Бегеца В.В., Свистунов С.В. Организация работы по противодействию незаконному выводу денежных средств, отмыванию доходов через микрофинансовые организации // RUDN Journal of Law. 2021. Т. 25. № 2. С. 685—699. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-685-699

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-685-699

Research Article

Organization of work to counteract illegal withdrawal of funds and money laundering through microfinance organizations

Vitaliy V. Begeza, Stanislav V. Svistunov*

Russian Presidential Academy of National Economy
and Public Administration under the President of the Russian Federation,

Moscow, Russian Federation,

*svistunovstar@mail.ru

Abstract. The relevance of the chosen topic is due to the problems of ensuring the protection of personal rights when interacting with microfinance organizations, protection of personal data of citizens, fraudulent actions when entering into a loan agreement using copies of documents, personal data in the information telecommunications network “Internet”, as well as stolen or lost documents, protection of citizens’ rights when processing personal data by microfinance organizations to obtain a consumer loan.

Ensuring the protection of society and the state by creating a legal mechanism to counteract the legalization (laundering) of income and funds withdrawal abroad. In the microfinance market, there are organizations that operate illegally; they do not belong to any state register, as a rule. You will never find any responsible persons at the legal address of such companies. Therefore, in case of damage, compensation for losses through civil mechanisms or appealing directly to the culprit or to the court is almost impossible. The average citizen is not able to ensure their own economic security and financial stability. Due to legal illiteracy and the specific features of this type of activity, the citizen is the vulnerable party of relationship. A growing social tension in connection with filing by creditors in the face of microfinance institutions is due to obviously overestimated obligations in the loan agreement in case they were not performed during a long period of default. Such practice was quite common prior to the amendments to the legislative acts regarding limitations on the accrual of interest on consumer credits (loans) for up to one year. The activities of microfinance organizations are directly related to financial transactions involving the transfer and provision of funds, which may be of interest to criminal circles or other persons engaged in money laundering and terrorist financing. The relevance of the research is also dictated by the lack of sufficient scientific recommendations to create the necessary legal mechanisms and train government agencies, including the Ministry of Internal Affairs, the Prosecutor's office and the courts, in order to prevent infringement of citizens' rights when they deal with microfinance organizations in obtaining consumer loans. The lack of effective management of such relations is dangerous in terms of requirements set up in article 46 of the Constitution of the Russian Federation on the right to guaranteed judicial protection of the rights and freedoms of citizens. The novelty is related to the attempts to analyze the activities of microfinance organizations not from the position of presenting this type of activity as an economic tool for providing financial assistance to vulnerable segments of the population, but as a potential threat to society, since uncontrolled monetary relations will lead to criminalization of the activity and further worsening of the financial situation of citizens. Practices of foreign countries show that these tools are implemented only in countries with a low level of economic development. In Western Europe, microfinance is practically not used; instead, other tools are applied, such as raising household incomes through the creation of highly qualified jobs, which is a contradictory practice. The purpose of the research is to study public relations in the field of microfinance organizations, identify gaps and contradictions in this area, develop and justify possible legal proposals to eliminate them. Based on the analysis of international agreements in the field of countering the legalization (laundering) of income and withdrawal of funds, mechanisms of interdepartmental interaction in the Russian Federation, it is advisable to develop measures aimed at improving Russian legislation on microfinance activities.

Key words: loan, microfinance organizations, personal data, microfinance activities, fraud, Central Bank of the Russian Federation, money laundering, terrorist financing

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

The participation of the authors: Vitaliy V. Begeza, collection and processing of materials, data analysis, text drafting. Stanislav V. Svistunov — collection and processing of materials, data analysis, text drafting.

Article received 3rd December 2020

Article accepted 15th April 2021

For citation:

Begeza, V.V., Svistunov, S.V. (2021) Organization of work to counteract illegal withdrawal of funds and money laundering through microfinance organizations. *RUDN Journal of Law*. 25 (2), 685—699. (in Russian). DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-685-699

Введение

Все финансовые организации непосредственно связаны с обращением денежных средств, как наличных, так и безналичных. Микрофинансовые организации (МФО) не исключение. По данным Центрального банка Российской Федерации, кейс выдачи займов микрофинансовыми организациями в 2019 г.

увеличился на 29 %, до 212 млрд рублей. В то же время в третьем квартале заметно снизился рост вышеуказанного кейса и поравнялся с ростом банковского потребительского кредитования. Число клиентов по действующим займам за год увеличилось на 29 %, до 11,4 млн лиц. Средняя величина займа PDL (займы до зарплаты на сумму до 30 тыс. рублей и сроком до 31 дня) увеличился за год с 7,4 до 8,2 тыс. руб., а средняя величина займа PL (займы на сумму до 50 тыс. рублей сроком до 18 недель) снизился с 17,9 до 17,4 тыс. рублей¹.

В то же самое время глобализация и повсеместное применение цифровой экономики, информационных технологий в финансовой сфере, развитие и применение системы безналичных расчетов влекут за собой увеличение рисков и образование новых, современных вызовов и угроз экономической, финансовой и национальной безопасности (Butkeeva, 2018:158).

Микрофинансовая деятельность

По сведениям агентства «Эксперт РА», в 2019 г. МФК «МигКредит» получила пальму лидерства согласно общему размеру кредитного портфеля. Согласно данным агентства в исследовании не принимала участие «ОТП Финанс», хотя, по мнению экспертов, имела реальные шансы получить первое место в рейтинге. На втором месте компания «МаниМен». На третьем месте компания «Займер». На четвертом месте ООО МФК «ВЕРИТАС»². Из всех вышеперечисленных организаций согласно сведениям из единого государственного реестра юридических лиц МФК «МигКредит», МФК «МаниМен», МФК «ОТП Финанс», МФК «Веритас» принадлежат иностранным компаниям, зарегистрированным как правило в офшорных зонах, на Кипр или на Мальта. Не сложно сделать выводы о том, что даже если через указанные организации и не будет осуществляться финансирование терроризма или отмывание доходов, то вывод денег за рубеж вполне реален. Ведь, по сути, люди, обратившиеся за услугой, будут отдавать деньги по займам в организацию, собственниками которой являются иностранные юридические или физические лица, и свои дивиденды они будут тратить за границей. Поскольку отдавать придется с учетом начисленных процентов с «кабальными» процентными ставками больше, чем получать, то деньги, которые находились в обороте у населения, постепенно будут «вымываться», что приведет к обнищанию граждан, так как брать будет больше неоткуда. Появлению такого количества микрофинансовых организаций послужило отсутствие специального законодательного регулирования данной деятельности в период зарождения микрофинансирования в Российской Федерации в конце девяностых годов двадцатого века. Только 04 января 2011 г. вступил в силу

¹ Центральный банк Российской Федерации. Информационно-аналитический материал. Обзор ключевых показателей микрофинансовых институтов: http://www.cbr.ru/collection/collection/file/27764/review_mfi_19q4.pdf (дата обращения: 20.10.2020).

² Рейтинговое агентство «Эксперт РА». Итоги исследования деятельности российского рынка МФО по итогам 1 полугодия 2019 года: <https://www.raexpert.ru/releases/2019/oct07?pdf> (дата обращения: 10.09.2020).

Федеральный закон (далее — ФЗ) № 151-ФЗ³ «О микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях», что придало микрофинансовым организациям легальный характер. В статье 2 151-ФЗ дается расплывчатое определение микрофинансовой организации, что позволяет любому Обществу с ограниченной ответственностью заниматься указанным видом деятельности. Тем не менее, спрос на микрофинансовые организации не ограничивается упрощенным образованием таких структур, но и также легкомысленное отношение к потребительским займам в целом, проявлением правового нигилизма, отсутствием финансовой грамотности, осознания того, что заем — не является универсальным способом решения финансовых затруднений и безвозмездного повышения благосостояния граждан, а является только специфическим способом достижения поставленных целей, сопряженным с увеличением и перераспределением в дальнейшем финансовых расходов, что может привести к закредитованности или даже к банкротству. Уход бизнеса в офшорные зоны также обусловлен непродуктивной налоговой, социальной государственной политикой (Normah, Zulaikha & Roshayani, 2014:113).

Существует также рынок «черных кредиторов». По данным председателя комитета по безопасности СРО «МиР», Антона Грунтова, темпы роста теневого рынка могут быть сопоставимы с ростом легального. Деятельность «черных кредиторов» представляет опасность для заемщиков тем, что деятельность таких организаций никем не контролируется и не регулируется и может выражаться как в завуалированных мошеннических действиях, так и в отмывании доходов⁴. Данное положение вещей противоречит курсу государственной политики Российской Федерации, направленной на улучшение жизни граждан. Противодействие отмыванию доходов и незаконному выводу денежных средств является актуальной темой в сложившихся современных условиях жизни. Российская Федерация является активным участником мирового сообщества по борьбе с вышеуказанными угрозами (Peskov, 2014:41).

Для эффективного противостояния отмыванию денег целесообразно задействовать все коммуникативные возможности мирового сообщества, организовать сотрудничество по обмену информацией о денежных переводах, банковских вкладах, инвестициях или недвижимости нелегально добытых преступным путем. Необходимо акцентировать внимание на профилактику и пресечение данного рода преступлений (Gaiduk, 2016:52). Межправительственная организация ФАТФ Financial Action Task Force (FATF) образована в 1989 г., для разработки мировых стандартов в сфере противодействия отмыванию преступных доходов и финансированию терроризма ПОД/ФТ) и осуществления оценки соответствия национальных систем указанным параметрам⁵.

³ Федеральный закон от 02.07.2010 № 151-ФЗ «О микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях» от 02.07.2010 № 151-ФЗ // СПС Консультант плюс, 2021.

⁴ Life российское сетевое издание. Ждите проблем. Как чёрные кредиторы испортят вам жизнь. Режим доступа: <https://life.ru/p/1188123> (дата обращения: 20.10.2020).

⁵ Росфинмониторинг. Группа разработчиков финансовых мер по борьбе с отмывание денег (ФАТФ). Режим доступа: <http://www.fedsfm.ru/activity/fatf> (дата обращения: 14.11.2020).

Образование организации стало противвесом росту объема отмываемых преступным путем денег в мире. В сложившейся сложной обстановке организации работы по выявлению «грязных денег» в глобальной мировой финансовой системе сформировалось понимание необходимости, целесообразности конструирования и реализации мер коллективной безопасности, направленных на защиту от финансовых преступлений. Россия принята в члены ФАТФ в июне 2003 г. (Mambetalieva, 2016:21).

Группа разработки финансовых мер борьбы с отмыванием денег (ФАТФ) создала и предоставила для рассмотрения странам-участницам 40 Рекомендаций по борьбе с отмыванием денег, которые являются конкретными предложениями по совершенствованию странами-участницами своих законодательных систем и финансовых структур. Повышенный надзор отводится контролю за трансграничными переводами наличных денежных средств и денежных инструментов на предъявителя (Lykov, 2019:29).

Исходя из ситуации, сложившейся в Украине в 2013 г., государству и элите в целях своего сохранения необходимо обеспечить контроль за денежными потоками, осуществляющимися как внутри страны, так и поступающими из-за границы (Guseva, 2019:140).

В соответствии с Указанием Банка России от 15 декабря 2014 № 3484-У (ред. от 28.07.2016) «О порядке представления некредитными финансовыми организациями в уполномоченный орган сведений, предусмотренных Федеральным законом «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма» (Окончание действия документа — 22.03.2019), микрофинансовые организации обязывались представлять в Банк России информацию об операциях с денежными средствами или иным имуществом, подлежащих обязательному контролю, а также об операциях, в отношении которых при реализации правил внутреннего контроля возникают подозрения об их осуществлении в целях легализации (отмывания) доходов, полученных преступным путем или финансирования терроризма.

Основополагающим документом в указанной сфере в России является Федеральный закон от 07 августа 2001 № 115-ФЗ⁶ (ред. от 08.12.2020) «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма» (далее — 115 ФЗ). Указанный документ содержит в себе основные требования к субъектам, осуществляющим валютные операции, ориентирован на охрану законных интересов и прав всех участников отношений через формирование юридической конструкции борьбы с отмыванием преступных доходов и финансирования терроризма (Shcherotyev, 2019:310).

Федеральным законом от 28 июня 2013 г. № 134-ФЗ (ред. от 29.07.2017) «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части противодействия незаконным финансовым операциям» в Уголовный кодекс Российской Федерации (далее — УК РФ)⁷ добавлена ст. 200.1, которая

⁶ Федеральный закон от 07.08.2001 № 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма» // СПС Консультант плюс, 2021.

⁷ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ // СПС Консультант плюс, 2021.

вменяет наказание за нелегальный оборот денег (или инструментов). Подготовка и одобрение указанных норм обоснованы потребностью внедрения в отечественное законодательство рекомендаций ФАТФ, и улучшением результативности в борьбе с отмыванием преступных денег и финансирования терроризма, других намерениях, воздействующих на экономику государства и социальную политику (Kravets, 2014:119).

Общественно опасные действия в соответствии с ч. 1 ст. 200.1 УК РФ, выражаются в противоправном движении наличных денег (или инструментов) сквозь ЕврАзЭС через таможенный кордон Таможенного союза. Предметом незаконного перемещения являются: банковские чеки, ценные бумаги, дорожные чеки, иные документарные материалы (Panfilova, 2017:132).

Федеральным законом от 28 июня 2013 № 134-ФЗ⁸ изменилось название ст. 193 УК РФ, с «Невозвращение из-за границы средств в иностранной валюте» на «Уклонение от исполнения обязанностей по репатриации денежных средств в иностранной валюте или валюте Российской Федерации». Таким образом, данная статья обрела корреляцию со ст. 19 «Репатриация резидентами иностранной валюты и валюты Российской Федерации» Федерального закона от 10 декабря 2003 № 173-ФЗ⁹ (ред. от 08.12.2020) «О валютном регулировании и валютном контроле», в соответствии с ней резидент должен гарантировать: 1) прием от нерезидентов на его счета в кредитной организации в аккредитованных кредитных организациях зарубежной валюты или отечественной валюты; 2) возвращение назад финансовых средств, переданных нерезидентам за неполученные товары на территории Российской Федерации, неисполненные работы, услуги. В настоящий момент ст. 193 УК не содержит понятие специального субъекта преступления, таким образом генеральный директор не является единственным субъектом состава преступления (Moliboga, 2017: 86).

Статья 174 Уголовного кодекса Российской Федерации¹⁰, «легализация (отмывание) денежных средств или иного имущества, приобретенных другими лицами преступным путем», является специальной нормой уголовного законодательства, за нарушение которой могут привлекаться специальные субъекты микрофинансовых организаций.

В настоящий момент по закону ответственность за легализацию денежных средств и иного имущества, полученных преступным путем, предусмотрена ст. 174 УК РФ и ст. 174.1. УК РФ. Предметом исследуемого преступления являются деньги (наличные и безналичные) и иное имущество, приобретенные заведомо преступным путем. Согласно Постановлению Пленума Верховного суда РФ от 18 ноября 2004 г. № 23 при постановлении обвинительного приговора по ст. 174 и 174.1 УК РФ следственным органам необходимо подтвердить тот факт, что преступник произвел указанные действия, а именно финансовые

⁸ Федеральный закон от 28.06.2013 № 134-ФЗ г. Москва «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части противодействия незаконным финансовым операциям» // СПС Консультант плюс, 2021.

⁹ Федеральный закон от 10.12.2003 № 173-ФЗ «О валютном регулировании и валютном контроле» // Российская газета. № 253. 17.12.2003.

¹⁰ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ // СПС Консультант плюс, 2021.

сделки и операции с имуществом или деньгами для того, чтобы придать внешний вид владения денежными средствами или вещами, правомерного характера¹¹.

Следовательно, теоретически можно предположить, что через микрофинансовую организацию можно вывести денежные средства за границу. С учетом того, что получение займов и выплата по ним завышенных процентов не вызовет подозрений, а также учитывая тот факт, что большинство собственников МФО — иностранные лица, вывод денежных средств за границу представляется вполне реальным (Fabian, 2019:2).

Имеющаяся практика судов по перемещению (контрабанде) наличных денежных средств через границу дает возможность заключить позицию и получить результат того, что в большинстве своем расследование уголовных дел не связано с противодействием терроризму и легализации денежных средств, что подтверждает факт о низком уровне борьбы с указанными видами преступлений (Panfilova, 2017:134).

Функции валютного контроля после ликвидации Росфиннадзора перешли к таможенным органам, стали частью таможенной деятельности и, соответственно, составляют предмет надзора за исполнением таможенного законодательства, осуществляемого транспортными прокурорами. Приказ Генпрокурора РФ от 15 июля 2011 № 211¹² (ред. от 18.07.2018) «Об организации надзора за исполнением законов на транспорте и в таможенной сфере» прямо предписывает транспортным прокурорам сконцентрировать внимание и усилия на надзоре за законность в области применения таможенных процедур, реализации таможенного и валютного контроля (Artemov, Lagutin, Sitnik, et al., 2016:39).

В части противодействия нарушениям валютного законодательства подразделения Федеральной таможенной службы (далее — ФТС) не одиноки: контрольными функциями в этой сфере обладают также Центральный банк и федеральные органы исполнительной власти, уполномоченные Правительством. Эти — нетаможенные — органы действуют под надзором территориальных прокуроров, вне рамок надзорных полномочий транспортных прокуроров. Тем самым сложность самого механизма валютного контроля обуславливает непростой характер формирования надзора за исполнением законодательства о валютном регулировании и валютном контроле, обрекая транспортных и территориальных прокуроров на необходимость тесной координации своей деятельности. В большинстве случаев нарушители привлекаются к ответственности по ст. 15.25 КоАП¹³ (именно таможенные органы осуществляют также и функцию рассмотрения дел об этих административных правонарушениях) (Korshunova, Lavrov & Nikitin et al., 2019:53—54).

¹¹ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 18 ноября 2004 г. № 23 г. «О судебной практике по делам о незаконном предпринимательстве и легализации (отмывании) денежных средств или иного имущества, приобретенных преступным путем». — п. 21. Утратил силу. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 07.07.2015 № 32.

¹² Приказ Генпрокуратуры России от 15.07.2011 № 211 «Об организации надзора за исполнением законов на транспорте и в таможенной сфере».

¹³ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ // СПС Консультант плюс, 2021.

Существующая система информационного обмена не предусматривает для правоохранительных органов доступ к базе данных уполномоченных банков. Получение от них внешнеторговых контрактов, являющихся основным источником первичной информации о возможных нарушениях закона, допускается только по отдельным запросам.

По этим причинам фискальные и правоохранительные органы в лучшем случае узнают о фиктивности сделки через 6 месяцев после вывода капитала, а в худшем — по истечении 2-летнего срока давности привлечения к административной ответственности (Korshunova, Lavrov & Nikitin et al., 2019:57).

Не случайно в 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма» постоянно вносятся дополнения. В соответствии с изменениями банкам необходимо будет предоставлять сведения по всем манипуляциям с недвижимым имуществом на сумму от 3 миллионов рублей. Будут отслеживаться операции, связанные с лизингом, операции по снятию со счета юридического лица или зачислению на него наличных денежных средств на сумму от 600 000 рублей, независимо от характера деятельности организации¹⁴.

По сведениям С.Г. Хусьяновой и А.А. Воронцова (в 2019 г. опрос прокурорских работников проводился в 15 субъектах РФ), итоги анкетированного исследования, которое проводилось в НИИ Университета прокуратуры РФ, свидетельствуют о том, что более половины опрошенных работников прокуратуры, а именно более 60 %, характеризуют законность деятельности микрофинансовых организаций на удовлетворительном уровне.

Как считают участники опроса непосредственно, недостаточность законодательного регулирования послужила фактором, содействующим реализации преступных действий, правонарушений в указанной сфере, первостепенными трудностями регулирования данного вида деятельности заключаются в отсутствии достаточного комплекса мер, направленного на усовершенствование криминального законодательства против криминальных проступков в микрофинансовой сфере, часть опрошенных работников прокуратуры указали на нехватку контрольно-надзорных полномочий; 240 (31,8 %) — на недостаточный размер ответственности за совершение административных правонарушений в области микрофинансирования и микрофинансовой деятельности (Khusyaynova & Vorontsov, 2019:54).

По мнению М.С. Бижоевой, эффективное развитие микрокредитования и микрофинансовой деятельности в Российской Федерации осложняется большими размерами ставок займов, отсутствием долговременных и доступных ресурсов вложений, присутствие в сфере нечестно относящихся к своим обязанностям участникам, отсутствие понимания среди населения нашего государства, предназначения финансовой помощи в виде кредитов (займов), намерение Центрального банка установить строгий контроль за деятельностью финансовых организаций, а также использование репрессивных мер в указанной области (Bizhоеva, 2018).

¹⁴ Консультант плюс. Новости для юриста 15.07.2020. Коммерческая версия КонсультантПлюс, 21.11.2020.

Одним из самых известных незаконных деяний, которое, можно сказать сплошь окружает микрофинансовую деятельность, является мошенничество, подлог происходит при предъявлении недействительных документов, удостоверяющих личность (краденных или утраченных), в большинстве случаев это паспорт гражданина Российской Федерации. В паспорт вклеивается другая фотография или подбирается лицо, схожее с собственником документа (Skripchenko, 2017:57). В результате чего требования в дальнейшем предъявляются к лицу, утратившему паспорт¹⁵.

Однако микрофинансовые организации не спешат обращаться в правоохранительные органы. На практике преступника удается задержать в большинстве случаев в момент совершения преступления. С учетом того, что размер займа для клиентов, обратившихся впервые, не превышает 5000 рублей, то обращение за возмещением убытков для кредитора в таких размерах нерентабельно.

С учетом того, что микрофинансовые организации имеют обращение наличных и безналичных денежных средств, их могут использовать в качестве криминального инструмента в различных финансовых схемах (February, Edward & Fuad et al., 2019:11).

С.Г. Хусьянова и А.А. Воронцов утверждают, что в правоохранительных органах зафиксированы сведения о том, что с 2010 по 2015 г., отдельными микрофинансовыми организациями осуществлялись мошеннические действия направленные на незаконное обналичивание материнского капитала.

По сведениям Пенсионного фонда РФ, в данный промежуток примерно два миллиона человек потратили материнский капитал на приобретение жилья, доля микрофинансовых организаций составляет 135 000 человек¹⁶.

По данным прокуратуры, за сходный промежуток зафиксировано свыше 4000 преступлений, связанных с противозаконными манипуляциями с денежными средствами, выделенными государством в качестве материнского капитала, указанные средства использовались для погашения задолженности перед микрофинансовыми организациями (950 фактов) (Khusyaynova & Vorontsov, 2019:54).

В статье 140 «Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» от 18 декабря 2001 № 174-ФЗ¹⁷ (ред. от 08.12.2020) (далее — УПК РФ) установлены поводы и основания для возбуждения уголовного дела. Ранее в указанной статье основания к возбуждению уголовного дела за преступления в сфере экономической деятельности отдельно конкретизировались частью 1.1. ст. 140 УПК РФ, в соответствии с которой поводом для начала расследований налоговых

¹⁵ Решение Пресненского районного суда г. Москвы от 13.07.2017 № 2-3843/2016. Режим доступа: <https://mos-gorsud.ru/rs/presnenskij/services/cases/civil/details/ff0c457c-28a3-410e-ab88-a8aee9ca74?participants=%D0%BC%D0%B0%D1%88%D0%BA%D0%BE%D0> (дата обращения: 17.11.2020); Решение Зеленоградского районного суда г. Москвы от 21.02.2017 №02-0359/2017. Режим доступа: <https://www.mos-gorsud.ru/rs/zelenogradskij/services/cases/civil/details/c3923a0d-c5f3-4012-9231-bb5f7312fe67> (дата обращения: 17.11.2020).

¹⁶ Пенсионный фонд Российской Федерации. Открытые данные. Доступн: [http:// pfr.ru/opendata/](http://pfr.ru/opendata/) (дата обращения: 17.11.2020).

¹⁷ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18.12.2001 № 174-ФЗ // СПС Консультант плюс. 2021.

преступлений по статьям 198—199.2 УК РФ восстановились документы, предоставленные только налоговыми органами согласно законодательства о налогах и сборах для решения вопроса о возбуждении уголовного дела, а также ч. 1.2 ст. 140 УПК РФ, поводом для возбуждения уголовного дела о преступлениях, предусмотренных статьями 172.1 Уголовного кодекса Российской Федерации, служат только те материалы, которые направлены Центральным банком Российской Федерации в соответствии с Федеральным законом от 10 июля 2002 г. № 86-ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)», а также конкурсным управляющим (ликвидатором) финансовой организации для решения вопроса о возбуждении уголовного дела» (Vazhanov, 2016:116). В настоящее время части 1.1 и 1.2 ст. 140 УПК РФ утратили силу. Тем не менее, согласно ст. 76.8 Федерального закона от 10 июля 2002 № 86-ФЗ¹⁸ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» (ред. от 20.07.2020) (далее — закон ФЗ-№ 86), при подтвержденном подозрении в деяниях должностного лица некредитной организации следов деяний, содержащихся в статье 172.1 УК РФ, ЦБ РФ необходимо в период 10 рабочих дней с даты обнаружения данных нарушений обратиться в правоохранительные органы для решения вопроса о возбуждении уголовного дела. Кроме того, в соответствии с абзацем вторым ст. 76.6 закона № 86-ФЗ Банк России в соответствии с предусмотренным алгоритмом может затребовать от государственных органов и других лиц нужные сведения, при этом обеспечивая сохранность указанной информации, включая персональные данные и сведения, относящиеся к вышеуказанным организациям (Korennaia, Mazurov, 2018:84).

В настоящее время на рассмотрении в Государственной думе Российской Федерации находится законопроект № 605945-7 «О внесении изменений в Федеральный закон от 27 июля 2006 № 149-ФЗ (ред. от 20.07.2020) “Об информации, информационных технологиях и о защите информации”» и Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14 ноября 2002 № 138-ФЗ. Положениями законопроекта предусматривается наделение Центрального банка правом принятия решения о включении сайтов информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» в перечень для блокирования за введение в заблуждение потребителей о предоставлении услуг и принадлежности указанных сайтов.

В соответствии с действующим законодательством и историческим опытом Российской Федерации Банк России является органом, осуществляющим регулирование, контроль и надзор за работой микрофинансовых организаций и вопрос о возбуждении уголовного дела правоохранительными органами по статьям, которые предусматривают ответственность за отмывание доходов и вывод денежных средств, становится в зависимость от предоставления информации от Центрального банка (Perov, 2019:21). То есть поводом для проведения уголовно-процессуальных действий и оперативно-розыскных мероприятий, предусмотренных ст. 140 УПК РФ и ст. 7 Федерального закона от 12 августа 1995

¹⁸ Федеральный закон «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» от 10.07.2002 № 86-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 15.07.2002. № 28. Ст. 2790.

№ 144-ФЗ (ред. от 02.08.2019) «Об оперативно-розыскной деятельности», остаются заявление и предоставленные сведения от представителя Центрального Банка в правоохранительные органы.

Заключение

Резюмируя вышеизложенное, хотелось бы отметить, что, если не будут отлажены механизмы правоприменительной практики по противодействию отмыванию доходов и незаконному выводу денежных средств, можно сколь угодно долго совершенствовать законодательство, результат будет неутешительным.

Решить данную проблему позволило бы внедрение единой федеральной информационной системы с электронным документооборотом между органами валютного контроля с правоохранительными органами. В рамках этой же системы каждому из них должен быть предоставлен доступ к сведениям банковской, налоговой и коммерческой тайны в той части, в какой это необходимо для осуществления валютного контроля. Во избежание дестабилизации экономической обстановки в стране, которая и так находится в подвешенном состоянии, для недопущения повышения уровня латентной преступности и нормальной работы банковской системы при расчете в безналичной форме авторы предлагают поэтапное применение указанных мер, первоначально на федеральном уровне (министерства, службы), при необходимости предоставление сведений на региональном уровне в зависимости от социально-экономических условий в государстве. Своевременный обмен информацией на региональном уровне привел бы к слаженному взаимодействию между ведомствами и ускорить процесс возбуждения уголовного дела и привлечения к ответственности виновных.

По мнению авторов, целесообразно внести в законодательные акты ограничения на участие иностранных бенефициарных владельцев в учреждении организаций, занимающихся микрофинансированием.

References / Список литературы

- Artemov, N.M., Lagutin, I.B. & Sitnik, A.A., et al. (2016) *Legal regulation of monetary circulation (Monetary law)*. Moscow, NORMA, INFRA-M Publ. (in Russian).
Артемов Н.М., Лагутин И.Б., Ситник А.А., и др. Правовое регулирование денежного обращения (Денежное право): монография. М.: НОРМА, ИНФРА-М. 2016. 96 с.
- Bazhanov, S.V. (2016) Legal immunity of the banking system of the Russian Federation from “Unauthorized” intrusion of investigative and operational-investigative bodies. *Bulletin of the Moscow University of the Ministry of internal Affairs of Russia*. (2), 116—118. (in Russian).
Бажанов С.В. Правовой иммунитет банковской системы Российской Федерации от «Несанкционированного» вторжения следственных и оперативно-розыскных органов // Вестник Московского университета МВД России. 2016. № 2. С. 116—118.
- Bizhueva, M.S. (2018) Current state and prospects of microfinance in the Russian Federation. *Materials of the X International student scientific conference “Student scientific forum”*. Available at: <https://files.scienceforum.ru/pdf/2018/6456.pdf> [Accessed 23th December 2020]. (in Russian).

- Бижоева М.С. Современное состояние и перспективы микрофинансирования в Российской Федерации // Материалы X Международной студенческой научной конференции «Студенческий научный форум». Режим доступа: <https://files.scienceforum.ru/pdf/2018/6456.pdf> (дата обращения: 23.12.2020).
- Butkeeva, E.V. (2018) International network AML/CFT institute as a multifunctional center for training specialists and scientific school financial intelligence. *Financial research*. 4 (61), 158—165. (in Russian).
- Буткеева Е.В. Международный сетевой институт в сфере ПОД / ФТ как многофункциональный центр подготовки специалистов и научной школы финансовой разведки // Финансовые исследования. 2018. № 4 (61). С. 158—165.
- Fabian, M. (2019) Recent trends in money laundering and terrorism financing, *Journal of Financial Regulation and Compliance*. 27 (1), 2—12. DOI: <https://doi.org/10.1108/JFRC-03-2018-0042>
- Gaiduk, I.E. (2016) Voprosy sovershenstvovaniya counteraction to new ways of manifestations of corruption in the Russian Federation. *Zakonopolok: istoriya, Teoriya, Praktika*. 2 (9), 50—54. (in Russian).
- Гайдук И.Е. Вопросы совершенствования противодействия новым способам проявления коррупции в Российской Федерации // Правопорядок: история, теория, практика. 2016. № 2 (9). С. 50—54.
- Guseva, E.V. (2019) Law Enforcement mechanism of customs authorities in the system of currency control. *Education. The science. Scientific personnel*. (2), 138—143. (in Russian).
- Гусева Е.В. Правоохранительный механизм таможенных органов в системе валютного контроля // Образование. Наука. Научные кадры. 2019. № 2. С. 138—143.
- Khusyaynova, S.G. & Vorontsov, A.A. (2019) On the state of legality in the field of microcredit. *The Russian justice*. (10), 53—55. (in Russian).
- Хусьяйнова С.Г., Воронцов А.А. О состоянии законности в сфере микрокредитования // Российская юстиция. 2019. № 10. С. 53—55.
- Korennaia, A.A. & Mazurov, V.A. (2018) Object of crime as part of illegal banking activities (article 172 of the criminal code of the Russian Federation). *Izvestiya AltGU*. 3 (101), 83—86. (in Russian).
- Коренная А.А., Мазуров В.А. Объект преступления в составе незаконной банковской деятельности (ст. 172 уголовного кодекса РФ) // Известия АлтГУ. 2018. №3 (101). С. 83—86.
- Korshunova, O.N., Lavrov, V.V., Nikitin, E.L., Golovko, I.I., Kulik, N.V. & Islamova, E.R. et al. (2019) *Means of prosecutorial activity: problems of theory and practice*. Moscow, RUSAINS Publ. (in Russian).
- Коршунова О.Н., Лавров В.В., Никитин Е.Л., Головки И.И., Кулик Н.В., Исламова Э.Р. и др. Средства прокурорской деятельности: проблемы теории и практики: монография М.: РУСАЙНС, 2019. 268 с.
- Kravets, Y.P. (2014) Strengthening of responsibility for new crimes in the sphere of illegal financial transactions. *Bulletin of the UNN State University*. № 3—2, 114—121. (in Russian).
- Кравец Ю.П. Усиление ответственности за новые преступления в сфере незаконных финансовых операций // Вестник ННГУ. 2014. № 3—2. С. 114—121.
- Lukov, A.A. (2019) Implementation of the recommendations of the financial action task force on combating money laundering (FATF) on virtual assets: a comparative legal perspective. *International criminal law and international justice*. (2), 28—31. (in Russian).
- Лыков А.А. Имплементация рекомендаций группы разработки финансовых мер по борьбе с отмыванием денег (ФАТФ) о виртуальных активах: сравнительно-правовая перспектива // Международное уголовное право и международная юстиция. 2019. № 2. С. 28—31.

- Mambetalieva, A.N. (2016) Analysis of compliance of the Russian legislation with the Recommendations Of the group for the development of financial measures to combat money laundering (FATF). *Financial law*. (10), 21—26. (in Russian).
Мамбеталиева А.Н. Анализ соответствия российского законодательства Рекомендациям Группы разработки финансовых мер борьбы с отмыванием денег (ФАТФ) // Финансовое право. 2016. № 10. С. 21—26.
- Moliboga, N.O. (2017) Topical issues of countering illegal export of capital from Russia in modern conditions. *Eurasian advocacy*. 6 (31), 85—88. (in Russian).
Молибога Н.О. Актуальные вопросы противодействия незаконному вывозу капитала из России в современных условиях // Евразийская адвокатура. 2017. №6 (31). С. 85—88.
- Normah, O., Zulaikha, A. & Roshayani, A. (2014) Money laundering — FATF special recommendation VIII: a review of evaluation reports. *Procedia — Social and Behavioral Sciences*. (145), 211—225.
- Pebruary, S.M., Edward, M.Y., Fuad, E.N., Adhiatma, H. A. & Widiyanto, W., (2019) Fraud analysis of the micro finance. *Jurnal Ekonomi & Keuangan Islam*. 5 (1), 10—17. Available at: <http://journal.uui.ac.id/index.php/jeki> [Accessed 20th November 2020].
- Panfilova, N.E. (2017) Contraband of cash and (or) monetary instruments through the prism of judicial decisions. *Siberian legal review*. (3), 130—135. (in Russian).
Панфилова Н.Е. Контрабанда наличных денежных средств и (или) денежных инструментов сквозь призму судебных решений // Сибирское юридическое обозрение. 2017. № 3. С. 130—135.
- Perov, V.A. (2019) On additional measures to counteract crimes related to the illegal use of insider information in the banking sector. *Russian Investigator*. № 3, 20—21. (in Russian).
Перов В.А. О дополнительных мерах противодействия преступлениям по неправомерному использованию инсайдерской информации в банковской сфере // Российский следователь. 2019. № 3. С. 20—21.
- Peskov, A.N. (2014) Laundering “Dirty” money and criminal charity in the field of professional sports. *National interests: priorities and security*. (13), 40—53. (in Russian).
Песков А.Н. Отмывание «Грязных» денег и криминальная благотворительность в сфере профессионального спорта // Национальные интересы: приоритеты и безопасность. 2014. № 13. С. 40—53.
- Shchepotyuev, A.V. (2019) Identification of signs of affiliation of economic entities in the implementation of control functions. *Digest-Finance*. 3 (251), 305—319. (in Russian).
Щепотьев А.В. Выявление признаков аффилированности хозяйствующих субъектов при осуществлении контрольных функций // Дайджест-финансы. 2019. № 3 (251). С. 305—319.
- Skripchenko, N.Y. (2017) Theoretical and practical aspects of the qualification of fraud in the field of lending. *Banking Law*. (5), 53—58. (in Russian).
Скрипченко Н.Ю. Теоретические и практические аспекты квалификации мошенничества в сфере кредитования // Банковское право. 2017. № 5. С. 53—58.

Об авторах:

Бегаза Виталий Васильевич — старший преподаватель кафедры государственного управления и национальной безопасности, аспирант, Институт права и национальной безопасности, Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации; 119571, Российская Федерация, г. Москва, Проспект Вернадского, д. 82

ORCID ID: 0000-0002-5201-520X; SPIN-код: 8405-8371

e-mail: begeza-vv@ranepa.ru

Свистунов Станислав Витальевич — юрисконсульт, Общество с ограниченной ответственностью микрокредитная компания Займ-Экспресс; аспирант, Институт права и национальной безопасности, Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации; 119571, Российская Федерация, г. Москва, Проспект Вернадского, д. 82

ORCID ID: 0000-0002-0146-2544; SPIN-код: 2015-0066

e-mail: svistunovstar@mail.ru

About the authors:

Vitaliy V. Begeza — senior lecturer of the department of public administration and national security Ranepa under the President of the Russian Federation. Postgraduate student Institute of Law and National Security of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration under the President of the Russian Federation; 82 Vernadsky Avenue, Moscow, 119571, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0002-5201-520X; SPIN-code: 8405-8371

e-mail: begeza-vv@ranepa.ru

Stanislav V. Svistunov — legal adviser, Limited liability company micro-credit company Loan — Express. Postgraduate student, Institute of Law and National Security of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration under the President of the Russian Federation; 82 Vernadsky Avenue, Moscow, 119571, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0002-0146-2544; SPIN-code: 2015-0066

e-mail: svistunovstar@mail.ru

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО. ЗАРУБЕЖНОЕ ПРАВО

INTERNATIONAL LAW. FOREIGN LAW

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-700-713

Research Article

International legal, technical and financial challenges for implementing the concept of space traffic management

Aslan Kh. Abashidze¹, Alexander M. Solntsev^{1,*},
Siavash Mirzaee², Mahdi Davarzani³

¹ Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University),
Moscow, Russian Federation,

² Islamic Azad University (IAUEC),
Teheran, Islamic Republic of Iran,

³ Shahid Beheshti University,
Teheran, Islamic Republic of Iran,

*solntsev-am@rudn.ru

Abstract. Focuses on the concept of Space Traffic Management (STM), the matter which has been of high interest for many space actors in the last three decades. With the emergence of the NewSpace era, and flourishing of commercial and economic incentives for space activities, this topic has gained the attention of many space actors in the preceding decades, thus turning into a separate agenda item in the Legal Subcommittee of the United Nations Committee on the Peaceful Uses of Outer Space. However, establishing and implementing such regulations is a challenging task, especially for new space actors. This article aims to assess the existing challenges of STM and provide solutions to overcome them. Firstly, this article provides the necessity of establishing such a regulation: it is evaluated and discussed while describing the requirements for achieving this goal. Secondly, the paper studies definitions provided by governmental and non-governmental entities regarding this concept and the measures taken towards its realising. Finally, the research discusses the challenges that space actors face regarding implementing this concept, both legal and practical. In conclusion, the authors highlight the importance of promoting endeavours and coordination among all current and potential space actors with due considerations for their relevancy.

Key words: Space Law, Space Traffic Management, Space Debris, Space Safety, Sustainability, Situational Awareness, NewSpace

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

The participation of the authors: A. Kh. Abashidze — introduction, part 1; A. M. Solntsev — part 3, analysis and scientific elaboration of the materials; S. Mirzaee — general overview, part 2, M. Davarzani — conclusion, part 4.

© Abashidze A.Kh., Solntsev A.M., Mirzaee S., Davarzani M., 2021



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

Article received 6th December 2020

Article accepted 15th April 2021

For citation:

Abashidze, A.Kh., Solntsev, A.M., Mirzaee, S., Davarzani, M. (2021) International legal, technical and financial challenges for implementing the concept of space traffic management. *RUDN Journal of Law*. 25 (2), 700—713. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-700-713

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-700-713

Научная статья

Международные правовые проблемы реализации концепции управления космическим движением

А.Х. Абашидзе¹, А.М. Солнцев^{1,*}, С. Мирзаи², М. Даварзани³

¹ Российский университет дружбы народов,

г. Москва, Российская Федерация,

² Исламский университет Азад,

г. Тегеран, Исламская Республика Иран,

³ Университет Шахида Бехешти,

г. Тегеран, Исламская Республика Иран,

*solntsev-am@rudn.ru

Аннотация. Детально анализируется концепция управления космическим движением, которая в последние три десятилетия вызвала большой интерес у всех государств и иных участников, вовлеченных в космическую деятельность. С наступлением «новой космической эры» («NewSpace», или «космос 2.0») и ростом экономических стимулов для космической деятельности эта тема привлекла много внимания общественности и стала важным пунктом повестки дня Юридического подкомитета Комитета Организации Объединенных Наций по использованию космического пространства в мирных целях. Однако разработка и внедрение международных правил космического движения является сложной задачей, особенно для новых частных участников космической деятельности. Эта статья призвана оценить существующие международно-правовые проблемы реализации концепции управления космическим движением и предложить некоторые решения для их преодоления. В рамках настоящей статьи, во-первых, будет оценена и обсуждена необходимость установления регулирования управления космическим движением, а также перечислены требования, которые необходимо решить для достижения этой цели. Во-вторых, будут проанализированы определения, предоставленные государственными и негосударственными организациями в отношении этой концепции, и меры, принятые для ее реализации. В конечном итоге будут обсуждены теоретические и практические международно-правовые проблемы, с которыми сталкиваются участники космической деятельности при реализации этой концепции. В заключение подчеркивается важность поощрения усилий и координации между всеми действующими и потенциальными участниками космической деятельности с должным учетом потребностей последних.

Ключевые слова: международное космическое право, управление космическим движением, космический мусор, космическая безопасность, устойчивость, ситуационная осведомленность, новая космическая эра, NewSpace

Конфликт интересов. Авторы заявляют об отсутствии конфликта интересов.

Информация о вкладе авторов: Абашидзе А.Х. — введение, часть 1; Солнцев А.М. — часть 3, анализ и научная проработка материалов; Мирзаи С. — общий обзор, часть 2; Даварзани М. — заключение, часть 4.

Дата поступления в редакцию: 6 декабря 2020 г.

Дата принятия к печати: 15 апреля 2021 г.

Для цитирования:

Abashidze A.Kh., Solntsev A.M., Mirzaee S., Davarzani M. International legal, technical and financial challenges for implementing the concept of space traffic management // RUDN Journal of Law. 2021. Т. 25. № 2. С. 700—713. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-700-713

Introduction

In recent decades, all space actors and non-actors have accepted outer space as one of the most important spheres in the economic, political, cultural, and technological aspects. At the outset of the space age, this territory was exclusively in the hands of governments leaving no room for the private sector. Besides there were no prospects for private businesses to be involved in the hindsight. In fact, the primary purpose of outer space activities was to strengthen the military status of the powers. With the emergence of NewSpace, the military paradigm shifted towards facilitating commercial companies' entry into this field. Evidence of this statement is the rise of ambitious private actors such as SpaceX Starlink, OneWeb, Amazon, and so forth with the prospect of maximising economic benefit through cutting edge technologies. Safety and sustainability are considered the most crucial economic development parameters. Currently, there are thousands of satellites in earth orbit, congesting the environment and increasing the risks of collisions. Accordingly, the need for a comprehensive regime to address these issues seems more necessary than ever.

The concept of Space Traffic Management (STM) was first proposed by the American Institute of Aeronautics and Astronautics at the beginning of the 1990s (Takeuchi, 2014). Afterwards, The International Academy of Astronautics in 2006 formalised this concept (Contant-Jorgenson, Lála, Schrogl, 2006). The most important measure taken by a State regarding STM regulation was the U.S. Space Policy Directive-3¹, stipulating the government's position on this issue. European States have also contributed to sorting things out by establishing regulatory frameworks and taking various measures which, directly or indirectly, correlate with STM. However, the unspecified status of developing countries must be taken into account; it reflects these countries' economic and technological constraints. As a result, there is no guarantee for realising such a concept as all the efforts and initiatives are generally the non-binding instruments that act as incentives to promote the importance of a multilateral and uniform system of regulations to address space congestion. Under international space law, no country has sovereignty over outer space, and it is accessible to every Nation for peaceful purposes (Mirzaee, 2017). On the contrary, airspace is regulated, and air traffic management within this location is an obligation upon States. Yet, no obligation to develop STM regimes has been reached because States cannot enforce territorial sovereignty in outer space. This issue ties in with the matter of outer space demarcation. One of the most critical aspects of STM is undoubtedly the mitigation of space debris, which was not brought to the global community's attention until the

¹ White House (2018) Space Policy Directive-3, National Space Traffic Management Policy. US Government, 18(06).

mid-1980s. Since then, many national and international space agencies have enacted various protocols and other initiatives to tackle this challenge. Although there is understanding that such goal can be reached by concerted and joined efforts on behalf of the international community certain policies and/or technological advancements so far have yet to overcome plenty of technical and regulatory obstacles. Of those two, technological barriers seem to be easier to overcome as rapidly advancing developments allow to tackle space debris mitigation issues thus ensuring the space infrastructure security, but regulatory issues are holding the process back. One of them is the delimitation of outer space; an important legal issue debated ineffectually over the last few decades (Syed Tamjeed, 2020).

The authors discuss the necessity of establishing the STM and evaluate the existing definitions to propose their understanding of this concept. Further parts are focused on the review of the measures taken at national and international levels and analysis of challenges that developing countries face in terms of STM implementation.

The Necessity and Requirements of Implementing Space Traffic Management

Regarding the increment trend of placing space objects in the earth orbits and the orbit of other celestial bodies, working out a regulated, integrated, and accessible regime to promote safety and prevent orbital events in space operations seems not just necessary but urgent. To reach the aim the following requirements must be met:

- to increase the safety and sustainability of space operations,
- to enhance coordination among space actors, and
- to facilitate the entry of developing countries into outer space.

By considering the necessities mentioned above, experts in this field conducted one of the most significant endeavours in establishing a comprehensive concept known as STM.

Coordination among States requires a strengthened sense of accountability, supported by obligations of States regarding space activities; this suggests sharing data for traffic control. One must consider that it is necessary to establish unified and comprehensive basic rules that facilitate the free flow of data on space objects' movement in outer space to ensure space operations' safety and effectiveness. Formulating STM rules plays a vital role in shaping the concept, gradually building up foundation for mutual consensus among States and international organisations. Concrete rules of responsibility are also necessary for improving States' legal control over space activities in terms of broader compliance with international law.

So far, traffic in space as a concept has never been adequately addressed, which resulted in many operational problems of space activities. Although the lack of traffic management in outer space is not the primary catalyst behind these issues, it is one of the main roadblocks that States face in their space operations. Air and sea law are helpful as a benchmark and example. But these branches, will not prove sufficient for the complexities and constant technological and legal challenges that States face due to the ever-growing nature of space activities.

In this part, it seems necessary to address the STM concept in the current issues of outer space, including space debris, small satellites, and satellite mega-constellations, and assess the positive effect in tackling such matters.

Space Debris. One of the reasons for the emergence of the STM concept is the control of space debris production. With the increasing trend of space activities and emergence of new space actors in recent years, it is clear that space debris is becoming a serious hazard; it contributes to greater satellite operational costs. A single piece of space debris as big as 1cm travels at a rather high speed and carries enough force to destroy or completely destabilise a satellite. In case of collision with a satellite, its replacement will require hundreds of millions of dollars. In 2019 it was estimated that 129 million debris pieces from less than a centimetre to more than ten centimetres in size floated around the earth orbit. Accordingly, the matter of utmost priority in this situation is not only removing the existing space junk from the orbit but preventing creation of more debris under a comprehensive regime of traffic management. To this end, the STM standards to improve satellite technical and design quality and conjunction assessment technologies can help avoid disasters such as explosion and collision of space objects upon launching and re-entry.

Small Satellites. With the activities of new space actors, especially developing States, small satellites have become of prime importance. In recent years, the number of small satellites launched from the Earth saw a significant increase, bringing to light the necessity of taking technical and regulatory measures to control situation in space and ensure the long-term sustainability of outer space activities. Since 2012, small satellites have gained a lot of attention from the global community, especially in developing countries. The reason behind it is that such countries, due to technological and economic obstacles, often lack the independent capacity to utilise and launch larger satellites. States and private operators successfully launched more than 1700 small satellites between 2012 and 2019². Their number has increased drastically in the last decade because of lower financial and technological burdens as well as easy launching.

Based on these statistics, one can infer the importance of organising small satellites in low Earth orbit (LEO) to prevent space objects condensation, avoid collision and control the scope of litter abandoned after the end of a satellite's operational life.

Satellite Mega-Constellations. One of significant achievements in the NewSpace era is the emergence of satellite mega-constellations in the low Earth orbit as a result of space activities of States and industries. Satellite mega-constellations comprise a collection of small satellites that can cover a vast area on Earth's surface through interoperability and synchronous operation. These constellations will undoubtedly affect the management of outer space, especially the management of space traffic. A significant characteristic of such constellations is their placement at an altitude of less than 2000 km. Such low orbit, in turn, means that satellites' sheer volume might become a severe threat to other space objects if poorly managed due to the high number of satellites in a constellation. For example, as of 2020, SpaceX Starlink has proposed placing 4400 satellites between 540 and 570 km with a +/-30 km station-keeping variance, which seems to be close to appropriating 500—600 km of earth orbit for their use³.

² Bryce Space and Technology (2020) Smallsats by the Numbers. Available at: https://brycetek.com/reports/report-documents/Bryce_Smallsats_2020.pdf [Accessed 14th October 2020].

³ Cao, S. (2020) The Race Between SpaceX's Starlink and Amazon Is Heating Up. Available at: <https://observer.com/2020/11/spacex-starlink-amazon-kuiper-fcc-orbit-altitude-rights/> [Accessed 18th October 2020].

Another critical issue worthy of notice is the destruction of satellites that have reached the end of their operation. Some satellite constellations carry hundreds of small satellites. Each launch of such bunch of satellites into the low Earth orbit are a risk that will enhance the necessary technical and legal measures required to implement a comprehensive and harmonious regime for managing objects in outer space.

Definition of the Concept of Space Traffic Management

In recent years, many definitions provided, both by public entities and experts, emphasised either technical-regulatory aspects or were solely limited to technical issues. The first official definition was presented by the International Academy of Astronautics, highlighting the technical and regulatory elements:

“Space traffic management means the set of technical and regulatory provisions for promoting safe access into outer space, operations in outer space and return from outer space to Earth free from physical or radio-frequency interference (Contant-Jorgenson, Lála, Schroggl, 2006)”.

The United States, in the preamble of its Space Policy Directive-3, introduced the second definition, which indicates the technical and practical aspects of this concept:

“Space traffic management shall mean the planning, coordination, and on-orbit synchronisation of activities to enhance the safety, stability, and sustainability of operations in the space environment”⁴.

Other definitions, generally provided by experts in this field, often underline the technical and practical characteristics of STM, paying less attention to the regulatory and legal dimensions. However, evaluating and comparing the remaining definitions by authors and experts helps create a more in-depth understanding of the STM concept.

William Ailor from the Aerospace Corporation underscores the organisational aspect, the purpose of which is to assure the long-term sustainability of space activities free from any harmful interference (Ailor, 2015). Being one of the former chiefs of the ITU Department of Space Services, he describes the concept as an approach to secure entry into space, operation in and re-entry to the Earth. He focuses on the functional aspect of STM and provides a general definition of the concept through a purpose-oriented approach (Henri, 2015).

Those descriptions are considered to be rather general and abstract compared to recent definitions. Currently experts have adopted a more precise, operational, and technical approach towards this concept. Some of them believe that creating the process of collision avoidance with regard to identifying high-risk cases and communicating conjunction assessment data to clients is a vital STM aspect. Such process gives credence to its role in reducing the conjunction between space systems (Peterson, 2018). On the other hand, some have adopted a functional approach in defining STM thus highlighting the importance of control, authority, and responsibility. From their perspective, STM is the control of the orbital environment by the appropriate authority that is responsible for preventing collision between operational satellites and any

⁴ White House (2018) Space Policy Directive-3, National Space Traffic Management Policy. US Government, 18 (06).

natural or man-made objects (Stillwell, 2019). Irrespective of the approach to the phenomenon both have delved into the specifics of goals, elements and/or functions of management. From their point of view, STM comprises four aspects: data collection, notification, consolidating firm space traffic regulations, and control. In other words, assuring Space Situational Awareness (SSA) is a prerequisite for setting out rules and regulations on the launch from and return of space objects to the Earth.

Anyway, the efficient functioning of the regime in terms of safety, sustainability and coordination of actions both in technical-practical and legal-regulatory aspects, requires unified efforts on a global scale.

Based on the above the following definition is suggested:

“Space traffic management (STM) means a universal system of regulations, consisting of a set of technical and regulatory standards to promote safety, sustainability, and coordination among space actors, which encompasses the entire process of space operation from pre-launch to the end of orbital life”.

Measures Taken Regarding the Development of Space Traffic Management

American Institute of Aeronautics and Astronautics (AIAA). The concept of STM has come to light in recent years through a series of workshops held by the AIAA alongside other international organisations on cooperation, which also dealt with the subject. In light of the 5th and 6th AIAA workshops, held from 1999 to 2001, it gave way to important insight and recommendation regarding STM. However, such activities were unfruitful and did not yield any noticeable results compared to Lubos Perek’s studies in the early 1980s. With this in mind, the 2001 session of the AIAA workshop suggested that the International Academy of Astronautics (IAA) should conduct a study regarding the issue mentioned above. The IAA accepted the suggestion, and it was included into the IAA’s agenda in late 2001 (Benkö, Schrogl, Digrell, Jolley, 2005).

International Academy of Astronautics (IAA). The most important action taken by any non-governmental entity regarding this concept’s development is the studies conducted and published by the IAA in 2006 and 2018. In the initial study, the IAA assessed the current status of outer space and its relevant activities and analysed the STM concept in each of the aforementioned topics. Afterwards, the phases of launch, in-orbit operation, and re-entry were considered the key elements for developing the said concept. Eventually, the Academy proposed a general framework for such a system. In the second study in 2018, it updated the previous survey’s enumerated topics to facilitate States’ decision-making regarding this concept. This entity also investigated the relevant actions taken by stakeholders in the last twelve years.

Long-term Sustainability of Outer Space Activities (LTS). One of the most significant issues put on the agenda of the United Nations Committee of Peaceful Uses of Outer Space’s Scientific and Technical Subcommittee by French representative in 2010 was the process of formulating guidelines for the Long-term Sustainability of Outer Space; the preamble and twenty-one guidelines of LTS were agreed upon by States Members of UN-COPUOS in 2016 and 2018 and the other topics will be

discussed in the near future. This set of guidelines consists of a preamble and four sections, which are as follows: A. Policy and Regulatory Framework for Space Activities, B. Safety of Space Operation, C. International Cooperation, Capacity-Building, and Awareness, D. Scientific and Technical Research and Development.

By looking at each of the guidelines under the above-mentioned sections, one can see the connection and even the overlap of some of those guidelines and the concept of STM's related issues. The section most relevant to STM is the safety of outer space activities. The most pertinent clauses passed under this section are the following: to provide updated contact information and share information on space objects and orbital events, to improve the accuracy of orbital data on space objects and enhance practice and utility of sharing orbital information on space objects, to perform conjunction assessment during all orbital phases of controlled flight, and to develop practical approaches for pre-launch conjunction assessment.

One could argue that the successful implementation of the LTS guidelines for outer space activities, due to the vast range of topics included, and agreement on the remaining guidelines can fulfil the goals set up by the supporters of the STM concept.

The United States Space Policy Directive-3. In line with the adoption of policies for commercialisation of outer space activities and altering the cooperation approach towards space operators from military to commercial applications, the president of the United States, on 18th June 2018, issued the executive order titled the “National Space Traffic Management Policy”; he put the matter under the supervision of the Department of Commerce. The U.S. government, through this policy, seeks to establish a transparent regime of STM and provide precise, open data and modelling for all; acting as a leader in this field the U.S. offer other States to use the data provided by them to maintain the States' space activities (Blount, 2019).

Moreover, The United States Senate has recently taken steps to implement the goals set out in the Space Policy Directive-3 regarding establishing an STM regime and maintaining U.S. leadership in this domain (Wicker, 2020). The Space Preservation and Conjunction Emergency Act (SPACE Act) is introduced to codify the SPD-3. It transfers responsibility for Space Situational Awareness data (SSA data) and conjunction analysis to non-military space operators from the Department of Defense to the Department of Commerce, marking another measure to emphasise the commerce sector's role in civil space exploration. Such a transfer leaves more room for the Department of Defense to focus solely on the military aspects and requirements of collision avoidance while providing more leeway for the Department of Commerce to interact with the commercial and international satellite operators. This act is taken as the bill on transferring authority from the military to the U.S. government's commercial section for the STM commercial sector.

At first sight, this approach can be beneficial to other countries, especially developing, as it provides access to data on their space objects without enduring the staggering costs. The U.S. has taken numerous steps in the last couple of years to create both the technical and legal basis necessary to realise the STM regime. However, this approach and the benefits derived from it for both the U.S. and partnering States will result in leadership in any services related to STM and SSA. This approach can be problematic in the long term, as developing countries may be affected by any sudden

change of policy regarding the provision of these services, i.e., the providing State can make its decisions at will. With this in mind, it must also be noted that other Space powers have not shown any active response to the trend that is set in motion.

The European States. None of the European States has demonstrated a uniform and comprehensive approach regarding STM similar to the United States government's executive order, even though some public and private entities have taken individual steps towards formulating this concept. The issuance of the executive order and, recognition of the importance of security in Europe's space policy agenda, has stimulated European public and private stakeholders' attention towards this subject (Moranta, Hrozensky, Dvoracek, 2020). Hence, in its proposal for establishing the European Union's space programme, the European Commission has declared that "the increase in space activities may have an implication on the international initiatives in the area of the space traffic management. The Union should monitor those developments and may take them into consideration in the context of the mid-term review of the current multiannual financial framework"⁵.

The 2018 report of the European Space Policy Institute highlighted the implications of the US executive order on European countries' future space activities and envisaged the future challenges of Europe to maintain its position in the field of space activities. Also, given the necessity of establishing a new STM regime, the report recognized the Europe's needs to set forth its specific approach with regards to this issue, bearing in mind its priorities and in accordance with the existing systems (Aliberti, Sarret, Hrozensky, Perrichon, Rowley, 2018).

Challenges of Adherence to Space Traffic Management Regulations

A. Legal Challenges. In space law, despite decades of norm-making, there are still challenging issues facing the establishment of any new legal regime in the space domain. Although such issues have been on the agenda of the legal sub-committee of the UN-COPUOS, there has been no consensus so far. Accordingly, this section will enumerate the most relative STM challenges. It is worth noting that overcoming these challenges will significantly facilitate the establishment of the STM regime.

Legal Frontier between Airspace and Outer Space. One of the most important and determinant variables that play a vital role in regulating outer space activities is the delimitation of outer space. Creating a regime for STM will ensure safety and sustainability of operations in outer space. However, it may seem that without a boundary to differentiate between air and outer space, this matter proves more challenging (Jakhu, Sgobba, Dempsey, 2011). Establishing a frontier between the two territories has been an issue of a long discussion in the legal sub-committee of UN-COPUOS. However, despite the matter being an agenda item in the legal sub-committee for more than five decades, States have been unable or unwilling to provide a specific and precise definition of outer space delimitation. Most of the space

⁵ European Commission (2018) Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council: Establishing the Space Programme of the Union and the European Union Agency for the Space Programme and repealing Regulations (EU) No 912/2010, (EU) No 1285/2013, (EU) No 377/2014 and Decision 541/2014/EU.

powers have currently adopted neither the functionalist nor the spatialist approach regarding this issue, their priority being a “wait-and-see” approach at the moment (Cheng, 1983).

However, some States have adopted a specific and clear altitude regarding where airspace ends and outer space begins. For example, the Australian Space Activities Act of 1998 indirectly defines a boundary between airspace and outer space by instituting a 100 km altitude as the standard measure for launching objects into outer space⁶. Furthermore, the Danish Outer Space Act, in Part 2, defines outer space as space above the 100 km altitude from the sea level, hence giving a straight and direct answer to the question of air and space boundary⁷. Therefore, the above-mentioned States have, in a sense, adopted the Von Karman Line method, according to which “a vehicle at this point (which can be between 53—60 mi depending on air density) would have to fly faster than orbital velocity to derive sufficient aerodynamic lift from the atmosphere to support itself. At this point, air density is about 1/2,200,000 the density on the surface of the Earth.” (Lal, Nightingale, 2014). Such approach can be used as the standard for resolving the outer space delimitation issue in their respective national laws.

The main problem of ambiguity in finding a boundary between airspace and outer space is regulating space activities, especially regarding UN treaties’ scope governing space activities (Takeuchi, 2014). Outer space activities have undergone many changes and include various activities across all the orbits surrounding the Earth, giving weight to delimitation more than ever. It is understandable to say that outer space might be a combination of both spatialist and functionalist approaches, given States’ practices (Davarzani, 2018:127).

The first step to identifying the proper approach suitable for the STM regime is to evaluate each approach’s benefits. The spatialist approach is favourable in that it provides for a clear-cut standard for identifying the scope of activities and objects under space law by using the location. On the contrary, the functionalist approach necessitates close observation of the actual function, proving somewhat problematic in practice. In terms of traffic management, it is beneficial to have an identifiable external form of activity to associate an object with the relevant rules of air or space law (Davarzani, 2018:58).

In summary, a spatialist approach is a more straightforward method to determine the domain of STM rules and regulations. However, States can apply a mixture of the two approaches mentioned above within this domain.

States Liability. An ambiguous aspect of outer space treaties is the responsibility of States other than the launching States. This issue creates several ambiguities concerning the definition of liability. Article 1 (a) of the Convention on the Registration of Space Objects is limited to the following situations: (1) A State which launches or procures the launching of a space object; (2) A State from whose territory or facility a space object is launched.

Based on the above-mentioned description, there can only be four situations in which a State exercises jurisdiction and control over a space object. The problem arises

⁶ Australia. Australian Space Activities Act (1998) Part 2, Definitions.

⁷ Denmark. The Danish Outer Space Act (2016) Act No. 409.

with the transfer of such an object to a third State. Given this article's ambiguity, a damaged State cannot refer to the actual operating State for damages. However, some scholars (Hobe, 2013) believe that the registering State will act as a quasi-guarantor for any damages caused by a space object at an international level. Nevertheless, the registering State can refer to the operating State afterwards. Solving such ambiguities can pave the way for establishing the STM regime. Also, the focal point of such a regime is the ability to directly contacting the satellites actual operating States.

Legal Definition of Space Debris. Space debris is another important and critical factor that must be taken into consideration when trying to establish a regime for STM. It is a serious impediment that has the potential to halt any progress whatsoever.

A typical dictionary definition of debris is “the remains of something broken down or destroyed”⁸. This definition seems to be relevant for natural litter collected in the vast void of space. Artificial and human-made debris includes, but is not limited to, the fragments of objects created as a result of the collision between objects; numerous satellites and other objects are orbiting the Earth after the end of their operational life.

Unfortunately, there is currently no unified and unanimously accepted definition of the nature and extent of space debris among States and other relevant stakeholders. One of the suggested definitions is that space debris comprises any human-made object that is either: (1) Earth-orbiting and non-functional with no reasonable expectation of assuming or resuming its intended function; or (2) Re-entering the Earth atmosphere (Wheeler, 2014).

B. Technical Challenges. Implementing the concept of STM by space actors faces technical challenges. The first challenges are related to access to data and data sharing, which are the main elements of such a regime. The next challenge is infrastructure, such as Conjunction Assessment & Orbital Maneuver Hardware.

Challenges of Data Access and Sharing. Data access and sharing is the first step in implementing the STM concept. These data include *which object is deployed on orbit, where it is at a given time, and which operator controls it*. The data are collected by various space actors, while the Space Situational Network (SSN) of the United States is collecting the most comprehensive and accessible information known as Space Situational Awareness (SSA). The primary aims for setting the SSN were protecting space assets and ensuring military access to outer space. However, the universal access to the most basic information on an object's location, including Two-Line Elements (TLE) in orbit, was authorised by the government. At the same time, the U.S. reserved more detailed information for the domestic entities and allied States (Blount, 2019).

One can deduce that implementing the STM concept based on the information shared by one or a few States cannot be considered reliable and in the interests of other nations, especially developing ones. It seems to be more essential to conduct such activities under the aegis of an international body.

Lack of Relevant Infrastructure. Another critical factor for implementing STM is developing the necessary infrastructures, including conjunction assessment software and orbital manoeuvre hardware.

⁸ Australian Space Academy (2007) Guide to Space Debris. Available at: <http://www.spaceacademy.net.au/watch/debris/debris.htm> [Accessed 18th October 2020].

Launch Conjunction Assessment (CA)⁹ software is the process of identifying close approaches between the planned trajectory(s) of a launch vehicle and other human-made objects in orbit. CA includes active and inactive satellites, rocket bodies, debris, and analyst objects that are not in the public catalogue. Although conducting such an assessment is crucial for implementing this concept not all the nations can manage it.

Orbital manoeuvre hardware is another key technical issue; it enables satellites to reposition in the case of emergency or when it is necessary to avert collision risk or change orbit. Being exclusive to the advanced space powers, this technology is one of the most vital requirements of implementing the STM regime. It requires a great amount of fuel and reduces the operational life of satellites. This factor has led operators to embrace collision risk rather than refer to a manoeuvre.

C. Financial Challenges. Developing countries are economically weaker than developed ones so that even normal satellite launches put them under a lot of financial burdens. Given the high costs of access to the aforementioned software and hardware, these nations might face further financial strains while trying to implement the STM standards; this might inhibit their space industries and widen the existing gap evermore. Besides, any further development of technology related to STM standards laid down by developed countries are both money and time-consuming. Thus, one of the key factors to ensure the growth of the space industry in developing countries is time, or more precisely, the speed at which they achieve certain milestones in space flight.

Conclusion

In recent years, space activities' sustainability has become the concern of all participating States, including space powers and new actors in multilateral international discussions, especially on the UN-COPUOS platform. This concern indicates a common demand by the international community to establish a mechanism to address this issue. States' responses to such necessity have reflected two opposite approaches. Some States have been looking forward to dealing with this challenge through an international multilateral entity such as UN-COPUOS, whereas others endeavoured to assume a leading role by utilising the national legislation approach. Both methods have their advantages and disadvantages. On the one hand, regulating space activities through an international entity is undoubtedly time-consuming, although it enjoys more international support from the majority of States. On the other hand, regulating through national legislation, despite the fact that it is a faster and more comprehensive method, generally implies putting one's interests above other States' interests.

Obviously, realization of STM regime requires international cooperation and coordination of existing and potential actors in space activities. Accordingly, international multilateral discussions and negotiations regarding the establishment of a comprehensive and efficient regime for STM shall take into account the special needs and interests of all countries, especially developing, to implement it correctly. Such approach may pave the way for sustainability of space activities and help solve other issues, such as space debris, exploration and use of outer space resources, etc.

⁹ 18th Space Control Squadron (2018) Launch Conjunction Assessment Handbook. Available at: https://www.space-track.org/documents/LCA_Handbook.pdf [Accessed 9th October 2020].

References

- Ailor, W. (2015) Space Traffic Management. In: Schrogl K.U., Hays P., Robinson J., Moura D., Giannopapa C. (eds.) *Handbook of Space Security*. Springer, New York, NY. DOI: https://doi.org/10.1007/978-1-4614-2029-3_58
- Aliberti, M., Sarret, M., Hrozensky, T., Perrichon, L. & Rowley, J. (2018) Security in Outer Space: Perspectives on Transatlantic Relations. Vienna: European Space Policy Institute (ESPI). Report number: 66. Available at: <https://espi.or.at/publications/espi-public-reports/send/2-public-espi-reports/394-security-in-outer-space-transatlantic-relations> [Accessed 14th October 2020].
- Benkö, M., Schrogl, K.U., Digrell, D., & Jolley, E. (eds.) (2005) *Space law: Current problems and perspectives for future regulation*. Utrecht, The Netherlands: Eleven International Pub.
- Blount, P.J. (2019). Space Traffic Management: Standardizing On-Orbit Behavior. *AJIL Unbound*. (113), 120—124.
- Cheng, B. (1983) The Legal Status of Outer Space and Relevant Issues: Delimitation of Outer Space and Definition of Peaceful Use. *Journal of Space law*. (11), 89—105.
- Contant-Jorgenson, C., Lála, P., & Schrogl, K. (2006) *Space Traffic Management. International Academy of Astronautics (IAA)*. Available at: https://black-holes.eu/resources/IAA_spacetrafficmanagement.pdf [Accessed 8th October 2020].
- Davarzani, M. (2018) *Legal Analysis of Theories Regarding Air and Space Boundary*. Diss... Shahid Beheshti University.
- Henri, Y. (2015) *Frequency Management and Space Traffic Management*. Technical. [Presentation] International Telecommunication Union.
- Hobe, S. (ed.) (2013) *Cologne Commentary on Space Law*. T. 2. Rescue Agreement, Liability Convention, Registration Convention, Moon Agreement. Köln: Heymann.
- Jakhu, R.S., Sgobba, T., & Dempsey, P.S. (eds.). (2011) Background. In: Jakhu R.S., Sgobba T., Dempsey P.S. (eds) *The Need for an Integrated Regulatory Regime for Aviation and Space: ICAO for Space*. Studies in Space Policy, Vol 7. Springer, Vienna. pp. 1—17. DOI: https://doi.org/10.1007/978-3-7091-0718-8_1
- Lal, B., & Nightingale, E. (2014) Where is Space? And Why Does That Matter? *Space Traffic Management Conference*. (16), 1—17.
- Mirzaee, S. (2017) Outer Space and Common Heritage of Mankind: Challenges and Solutions. *RUDN Journal of Law*. 21(1), 102—114.
- Moranta, S., Hrozensky, T., & Dvoracek, M. (2020) *Towards a European Approach to Space Traffic Management*. Vienna: European Space Policy Institute (ESPI). Report number: 71. Available at: <https://espi.or.at/publications/espi-public-reports/send/2-public-espi-reports/494-espi-report-71-stm> [Accessed 8th October 2020].
- Peterson, G.E., Sorge, M.E., McVey, J.P., Gegenheimer, S. & Henning, G.A. (2018) Tracking Requirements in Leo For Space Traffic Management in The Presence of Proposed Small Satellite Constellations. *IAF*. IAC-18, A6. 7.6, x43991, 1—5.
- Stillwell, R. (2019) Decentralized Space Traffic Management. Conference. 6. Available at: <https://commons.erau.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1235&context=stm> [Accessed 23rd October 2020].
- Syed Tamjeed. A. (2020) Wanted: A Robust Legal Regime for Regulating Space Traffic. Available at: <http://www.theleaflet.in/21529-2> [Accessed 23rd October 2020].
- Takeuchi, Yu. (2014) *Legal Aspects of International Regime for Space Traffic Management*. Diss... McGill University.
- Wheeler, Joanne (2014) *Space Debris: The Legal Issues*. Available at: <https://www.aerosociety.com/news/space-debris-the-legal-issues/> [Accessed 26th October 2020].
- Wicker, R. (2020) Wicker Introduces Bill to Codify Commerce’s Role in Space Situational Awareness. Available at: <https://spacepolicyonline.com/news/wicker-introduces-bill-to-codify-commerces-role-in-space-situationa> [Accessed 26th October 2020].

About the authors:

Aslan Kh. Abashidze — Doctor of Legal Sciences, Profession of the the department of International Law, Law Institute, Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University); 6 Miklukho-Maklaya str., Moscow, 117198, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0003-0012-8795

e-mail: abashidze-akh@rudn.ru

Alexander M. Solntsev — Candidate of Legal Science, Associate Professor, Profession of the the department of International Law, Law Institute, Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University); 6 Miklukho-Maklaya str., Moscow, 117198, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0002-9804-8912

e-mail: solntsev-am@rudn.ru

Siavash Mirzaee — Candidate of Legal Science, University Lecturer, Islamic Azad University (IAUEC), 8th Neyestan, Teheran, Islamic Republic of Iran

ORCID: 0000-0001-5086-7778

e-mail: siavash.mirzaei1988@gmail.com

Mahdi Davarzani — M.A. in International Law, Shahid Beheshti University; Daneshjou Blvd., Teheran, Islamic Republic of Iran, 19839 69411

e-mail: mahyardavarzani@gmail.com

Об авторах:

Абашидзе Аслан Хусейнович — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой международного права, Юридический институт, Российский университет дружбы народов; 117198, Российская Федерация, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6

ORCID ID: 0000-0003-0012-8795

e-mail: abashidze-akh@rudn.ru

Солнцев Александр Михайлович — кандидат юридических наук, доцент кафедры международного права, Юридический институт, Российский университет дружбы народов; 117198, Российская Федерация, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6

ORCID ID: 0000-0002-9804-8912

e-mail: solntsev-am@rudn.ru

Мирзаи Сиаваш — кандидат юридических наук, лектор, Исламский университет Азад; ул. Восьмого Нейстяна, Исламская Республика Иран, г. Тегеран

ORCID: 0000-0001-5086-7778

e-mail: siavash.mirzaei1988@gmail.com

Даварзани Махди — Магистр международного права, Университет Шахида Бехешти; 19839 69411, Исламская Республика Иран, г. Тегеран, Данешоу бул.

e-mail: mahyardavarzani@gmail.com

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-714-731

Research Article

Constitutional silence on election postponement in Ethiopia amidst a pandemic: A critique of constitutional interpretation

Marew Abebe Salemot

Lecturer of Federalism at Debank University,

Debank, Ethiopia,

marewobu@gmail.com

Abstract. Election postponement in Ethiopia, due to the COVID-19 pandemic, has raised critical constitutional questions that have never been really thought before in the country's constitutional law jurisprudence. This is because the state of emergency measure in Ethiopia, due to the spread of COVID-19, is in conflict with constitutional deadlines for elections. The constitutional lacuna is complicated by the absence of explicit constitutional provisions that indisputably govern election postponement. Although any legal measures to postpone election schedule and pass constitutional deadlock is far from simple, the Ethiopian government has suggested four possible 'options' to the constitutional dilemma: dissolving the parliament, declaring state of emergency, amendment of the Constitution and constitutional interpretation. Finally, the House of Federation (HoF), the Ethiopian upper House entrusted to interpret the constitution decided and postponed the election indefinitely until the pandemic no longer poses a risk to public health confirmed by the parliament which has direct vested interest in the outcome. This research investigates whether the constitutional interpretation option adheres to the premises of the Ethiopian Constitution or is it extra constitutional. Accordingly, the HoF provided superficial analysis and fallacious reasoning and failed to meaningfully grapple with the serious constitutional issues. The constitutional interpretation is not constitutionally bound and is defective. The manner the HoF managed the constitutional vacuum concerning election postponement, indisputably, was 'constitutional interpretation' by name but a political decision in practice.

Key words: COVID-19, Election deferral, Ethiopia, Constitutional Interpretation, Second Chamber, political decision

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

Article received 2nd November 2020

Article accepted 15th April 2021

For citation:

Salemot Marew Abebe (2021) Constitutional silence on election postponement in Ethiopia amidst a pandemic: A critique of constitutional interpretation. *RUDN Journal of Law*. 25 (2), 714—731. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-714-731

© Salemot Marew Abebe, 2021



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

Конституционное умолчание отсрочки выборов в Эфиопии в условиях пандемии: критика конституционного толкования

Марев Абебе Салмот

Университет Дебарка,
г. Дебарк, Эфиопия,
marewobu@gmail.com

Аннотация. Отсрочка выборов в Эфиопии из-за пандемии COVID-19 подняла важные конституционные вопросы, о которых раньше никогда не задумывались в судебной практике страны. Это связано с тем, что чрезвычайное положение в Эфиопии, направленное на сдерживание распространения COVID-19, противоречит конституционным срокам проведения выборов. Конституционная лакуна осложняется отсутствием четких конституционных положений, регулирующих неоспоримо отсрочку выборов. Хотя любые правовые меры по переносу графика выборов и выходу из конституционного тупика далеко не просты, правительство Эфиопии предложило четыре возможных «варианта» решения конституционной дилеммы: роспуск парламента, объявление чрезвычайного положения, поправка к Конституции и ее толкование. Наконец, Палата Федерации (HoF), верхняя палата Эфиопии, которой было поручено толковать конституцию, приняла решение и отложила выборы на неопределенный срок до тех пор, пока пандемия не перестанет представлять опасность для здоровья населения, что было подтверждено самим парламентом, который непосредственно заинтересован в их результатах. В этом исследовании изучается, соответствует ли вариант конституционного толкования положениям Конституции Эфиопии или он является дополнительным конституционным. Соответственно, HoF представила поверхностный анализ и ошибочные аргументы и не смогла серьезно решить серьезные конституционные проблемы. Конституционное толкование не является конституционным, оно ошибочно. Таким образом HoF якобы устранила конституционный вакуум в отношении отсрочки выборов; бесспорно, это было так называемое «толкование конституции», а на самом деле на практике — это политическое решение.

Ключевые слова: COVID-19, отсрочка выборов, Эфиопия, конституционное толкование, вторая палата, политическое решение

Конфликт интересов: Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 2 ноября 2020 г.

Дата принятия к печати: 15 января 2021 г.

Для цитирования:

Salemot Marew Abebe. Constitutional silence on election postponement in Ethiopia amidst a pandemic: A critique of constitutional interpretation // *RUDN Journal of Law*. 2021. Т. 25. № 2. С. 714—731. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-714-731

Introduction

The Coronavirus (COVID-19) pandemic, which outbreak in China in late 2019, has forced most states to impose either partial or complete lockdown. Some others have declared a state of emergency to curb the spread of the pandemic¹. The declaration of

¹ Emergency Measures and COVID-19: Guidance Organization for Higher Commission for Human Rights 2020. Available at: https://www.Ohchr.Org/Documents/Events/Emergencymeasure_COVID19.Pdf. [State of

state of emergency, during the coronavirus times², is in coetaneous with the election period to certain states and has placed unprecedented pressure on states as to whether to hold or postpone scheduled elections, resulting in controversies in either case (Antonio, 2020). Only 36 states and territories have decided to hold national or subnational elections as originally planned despite concerns related to COVID-19 and at least 70 countries and territories across the globe have decided to postpone national and subnational elections due to COVID-19³.

While some states have constitutional provisions or legal frameworks to deal with election postponements in certain circumstances, such as political crises, the death of elected officials or natural disasters, some others have neither constitutional provisions nor any legal frameworks to do so (Sead, 2018).

Following the report of the first case of COVID-19 in Ethiopia on 13 March 2020, the government restricted public movements and closed offices and schools⁴. On March 31, the National Electoral Board of Ethiopia submitted a proposal to the House of Peoples Representatives, approved on 30 April 2020, to postpone the sixth national election, which was scheduled to be held in August 2020, for an unspecified time⁵. A week after the *de facto* lockdown, a formal state of emergency was declared all over the country for five months (on 8 April 2020)⁶ and had effectively postponed the election schedule. But the postponement of elections in Ethiopia due to the COVID-19 pandemic has raised a critical constitutional question that has never been thought before in the country's constitutional law jurisprudence nor discussed in academic publications.

This was because the state of emergency measure in Ethiopia, due to COVID-19, was in conflict with constitutional deadlines for elections. The constitutional lacuna was complicated by the absence of explicit constitutional provisions that indisputably govern election postponement.

By the end of September 2020, Ethiopia faced two scenarios: a state with no government (as the term of office of the incumbent government ends then) or having

Emergency], In a general sense, involves “Governmental action taken during an extraordinary national crisis that usually entails broad restrictions on human rights in order to resolve the Crisis”.

² At Least 70 countries and territories across the globe have decided to postpone national and subnational elections due to COVID-19.

³ Global Overview of COVID-19 Impacts On Elections (2020), <https://www.idea.int/news-media/multimedia-reports/global-overview-covid-19-impact-elections>. International IDEA's *Global Overview of COVID-19: Impact On Elections* lists the countries that conducted elections under COVID-19 as of March 2020, among which: Australia (Local Elections in Queensland); Dominican Republic (Municipal Elections); France (Local Elections); Germany (Local Elections in Bavaria); Guyana (General Elections); Israel (General Elections); Mali (General Elections); Switzerland (Local Elections in Lucerne) and Vanuatu (General Elections).

⁴ Zemelak, A. (2020) Federalism and the COVID-19 Crisis: Perspective from Ethiopia. Forum of Federation. Available at: <http://www.forumfed.org/wp-content/uploads/2020/04/EthiopiaCOVID-1.pdf> [Accessed 17th July 2020].

⁵ International Foundations for Electoral Systems: Elections Postponed Due to COVID. August 20, 2020, 1—8. Available at: http://Ohfgljdgelakfkefopgkcohadegdpjf/Https://www.ifes.org/sites/default/files/Elections_Postponed_Due_To_Covid-19.Pdf [Accessed 17th July 2020].

⁶ Proclamation 3/2020: A State of Emergency Proclamation Enacted to Counter and Control the Spread of COVID-19 and Mitigate its Impact. 2020. 1—4.

unconstitutional government (if the incumbent government continues despite the expiry of its term or if any other interim civilian or military government established). Earlier, on 29 April 2020, the Ethiopian government, to respond to the constitutional crisis, proposed four possible ‘options’, *fait accompli*, to get out of the constitutional crisis (Solomon, 2020).

Although any legal measures to postpone election schedule and pass constitutional deadlock was far from simple, the parliament, that day suggested the following solutions to the constitutional dilemma: dissolving the parliament, declaring state of emergency, amendment of the Constitution and constitutional interpretation. Despite objections from some 25 members of the parliament, mainly from Tigray People’s Liberation Front (TPLF)⁷, constitutional interpretation was endorsed, and the issue was referred to the Council of Constitutional Inquiry (CCI), “quasi-constitutional court”⁸. The CCI plays merely a legal advisory role to the Ethiopian Upper House, the House of Federation (HoF), that is empowered to interpret the Ethiopian constitution.

On 11 June 2020, the HoF fully adopted the recommendations made by the CCI over the constitutional matters referred to it for interpretation by the Parliament. Finally, the CCI recommended the deferred general elections to be postponed indefinitely until COVID-19 pandemic no longer poses a risk to public health confirmed by the parliament, which has direct vested interest in the outcome⁹.

The verdict of the HoF to postpone the election indefinitely, however, raises concerns whether the decision regards the premise of the Ethiopian Constitution. This research evaluates whether constitutional interpretation does adhere to the premises of the Ethiopian Constitution or is it extra constitutional and the paper will scrutinise its pitfalls.

Elections during Emergencies: Experiences of Constitutional Provisions of Some States

Although deadlines for holding elections are often entrenched in a country’s legal or constitutional framework, international law allows for the derogation of some rights — including the right to vote and stand for election — in emergency situations with stringent rules to prevent abuse (Katherine, 2020). Some countries have either constitutional provisions or/and legal rules to entertain election postponements due to emergency situations (Choudhry, 2017). During state of emergency, the Indian

⁷ Later TPLF, a party that administers one of the ten regions of Ethiopia, waged full scale war with the federal government over the disagreement of the election postponement and held its own regional elections.

⁸ The Council of Constitutional Inquiry, “Quasi-Constitutional Court”, is established by virtue of Art. 82 of the Constitution of the Federal Democratic Republic of Ethiopia and by Proclamation No. 798/2013 to conduct constitutional inquiries and present its findings to the House of the Federation, which is empowered to interpret the Constitution.

⁹ The Ethiopian House of Federation convenes for the second year of its 5th parliamentary term on June 11, 2020. Available at: <http://www.hofethiopia.gov.et/web/guest/decisions-documents/document/preview/29608/21536>. The CCI recommended the deferred general elections to be held within nine to twelve months after the Ethiopian Ministry of Health, the Ethiopian Public Health Institute and the science community assure that the pandemic no longer poses a risk to public health and Parliament approves their suggestion.

Constitution for example, allows Parliament's term of office to be extended by law for a period not exceeding one year at a time and not extending in any case beyond a period of six months after the Proclamation has ceased to operate¹⁰. The Bangladesh constitution, if the Republic is engaged in war, also allows the term of office of the parliament, without holding elections, to be extended for not more than one year but it shall not be extended beyond six months after the termination of the war¹¹. In case of serious crisis, the Cameroon Constitution allows election postponement and asserts that the election of a new Assembly shall take place not less than forty days and not more than one hundred and twenty days following the expiry of the extension or abridgement period (Malah, 2009). The Constitution of Estonia also prohibits the election of members of the new parliament during state of emergency nor shall authority of the existing one be terminated, and elections must be held within three months after the end of the war or emergency¹². Whereas the Constitution in Myanmar explicitly provides that after the expiry of the incumbent term, the President and the Vice-Presidents shall continue their duties until the time the new President is duly elected but no similar provision exists for members of Parliament¹³. According to the legislation of Armenia, no referendum can take place during the period of the state of emergency: as a result a constitutional referendum scheduled for April 5/2020 was postponed in Armenia as the country declared a state of emergency to deal with the Coronavirus pandemic¹⁴.

Thus, states having constitutional provisions or legal frameworks to entertain election postponement, can easily pass emergency situations, which would otherwise have paved the way for constitutional lacuna and conflicts among competing groups.

Any election is by nature rule-based exercises, and changing the rules too close to the game, or without regard to flow-on effects, can be damaging and illegitimate (Katherine, 2020). It is inescapable in some contexts that decisions to postpone or modify election periods and modalities will become politicised and heavily contested. This is even true in democratic states let alone in a country like Ethiopia, which suffers from a democratic deficit and demonstrates many polarised interests.

¹⁰ *Voting from Abroad: The International IDEA Handbook*. (2020), pp. 12—13, 19—20, 23 and 26. Available at: <https://www.idea.int/publications/catalogue/votingabroad-International-Idea-Handbook> [Accessed 17th July 2020].

¹¹ The Constitution of the People's Republic of Bangladesh, Art.72(3). Available at: <https://www.refworld.org/pdfid/3ae6b5684.pdf> [Accessed 18th July 2020].

¹² The 1992 Estonia Constitution, Art.131 [Authority During State of Emergency]:

(1) During a state of emergency or a state of war there shall be no elections for the Parliament, the President of the Republic or representative bodies of local government, nor can their authority be terminated.

(2) The authority of the Parliament, the President of the Republic, and representative bodies of local government shall be extended if they should end during a state of emergency or state of war, or within three months of the end of a state of emergency or state of war. In these cases, new elections shall be declared within three months of the end of a state of emergency or a state of war. Available at: http://www.concourt.am/armenian/legal_resources/world_constitutions/const/estonia/estoni-e.htm [Accessed 18th July 2020].

¹³ The 2008 Constitution of Myanmar, Art. 61(b). Available at: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/mya132824.pdf> [Accessed 18th July 2020].

¹⁴ Constitutional Referendum Postponed as Armenia Declares State of Emergency, Asbarez Staff, 2020. Available at: <http://asbarez.com/193019/constitutional-referendum-postponed-as-armenia-declares-state-of-emergency/> [Accessed 18th July 2020].

The responsibility for making these difficult legal and operational decisions regarding the postponement or modification of elections varies between countries and can become fraught with problems, especially where the legal basis for postponement is not clear cut.

The Venice Commission's Code of Good Practice in Electoral Matters affirms that "stability of the law is crucial to credibility of the electoral process" and recommends no legal changes in the year prior to an election¹⁵. The International Foundation for Electoral Systems (IFES) in its, according to Katherine (2020), Guidelines and Recommendations for Electoral Activities during the COVID-19 Pandemic has also to note the following legal elements to consider in relation to election postponements and modifications:

- Source of authority for setting or moving election dates
- Legal or constitutionally mandated deadlines for transfers of power
- Provisions for continuity of power beyond the end of a term, or for caretaker governments
 - Legal or constitutional authority for temporary derogation of rights or postponement of elections in emergency situations
 - Laws or regulations enabling flexibility or modification of methods or modes of carrying out election processes
 - Set timelines in the legal framework for key electoral processes such as voter registration, candidate registration and campaigning
 - Statutory authority for Election Management Bodies (EMB) to develop regulations and procedures
 - Provisions in the legal or regulatory framework requiring certain forms of accessibility, inclusion or consultation.

When states, in the interest of public health, are unable to hold elections, which touch upon citizens' fundamental rights, and are crucial to facilitating peaceful and democratic transfers of power, they are obliged to exhaust different legal means to postpone elections and/or create platforms for inclusive participation of all political parties (Binder, 2020).

The Constitutionality of Election Postponement in Ethiopia

Coming to Ethiopia, the Ethiopian Constitution stipulates that the members of the House of Peoples Representatives, Ethiopian Lower House, are elected by the people for a term of five years on the basis of universal suffrage and by direct, free, and fair elections held by secret ballot¹⁶. The Ethiopian Constitution (under Art. 58) also

¹⁵ Guidelines and Explanatory Report of the European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission). No. 190/2002, *Code of Good Practice in Electoral Matters*. October 30, 2002.

Accordingly, one way of avoiding manipulation is to define in the Constitution or in a text higher in status than ordinary law the elements that are most exposed (the electoral system itself, the membership of electoral commissions, constituencies or rules on drawing constituency boundaries). Another, more flexible, solution would be to stipulate in the Constitution that, if the electoral law is amended, the old system will apply to the next election — at least if it takes place within the coming year — and the new one will take effect after that.

¹⁶ The Constitution of the Federal Democratic Republic of Ethiopia. 1995. Proc. No. 1. Neg. Gaz. Year 1st, No. 1, Art. 54.

obliges elections for new members of the parliament to be concluded one month prior to the expiry of the House's term without any exception. The current members of the Parliament were elected five years ago in May 2015 and their term of office terminated at the end of August 2020, before another election was held. As per the Ethiopian constitutional provisions, the next national election was supposed to be held before September 2020. Of course, it was scheduled for 29 August 2020 had it not been for COVID-19 pandemic. But the declared state of emergency, due to COVID-19 pandemic, had altogether postponed indefinitely the planned election.

Except stating that there will be a regular national election to be held for every five years, the Ethiopian Constitution does not have any provision to entertain election postponement.¹⁷ The Constitution, the supreme law of the land, imposes a duty to *inter alia* all organs of state, political organizations as well as their officials to ensure observance of the Constitution and to obey it¹⁸. Thus, the government's decision to postpone the election was not constitutional as any law or a decision of an organ of state or a public official, which contravenes the Constitution shall be of no effect. The Constitution also prohibits assuming state power in any manner other than that provided under the Constitution¹⁹.

If there is a *force majeure* to extend the election in an extra constitutional manner, it should be decided by an independent organ that has the consent of all competing political forces or with inclusive participation of all political parties (Anthony, 2020). The government, when it comes to elections, is one of the actors, not the sole decision maker. One can also argue that the absence of constitutional provisions to postpone the election schedule was made intentionally by the architects of the Constitution. This is because the Constitution was drafted after long years of civil wars and it aimed to prohibit any incumbent government from extending its term limit under the guise of an election postponement provision. The postponement of the election in Ethiopia creates a constitutional crisis and unfolds in a legal vacuum. The state of emergency, due to the pandemic, comes at a precarious time for Ethiopia's short lived (democratic) transition in which the country is already struggling to meet the expectations of its population.

Is the State of Emergency used as a Ground to Postpone Election in Ethiopia?

The Council of Ministers of the Federal Government has the power to declare a state of emergency, should an external invasion, a breakdown of law and order which endangers the constitutional order and which cannot be controlled by the regular law

¹⁷ Ethiopian Constitution, Art. 54.

¹⁸ Ethiopian Constitution, Art. 9; The Constitution obliges any official, institutions and practices to observe the premises of its provisions as follows: the Constitution is the supreme law of the land, any law, customary practice or a decision of an organ of state or a public official which contravenes this Constitution shall be of no effect. All citizens, organs of state, political organizations, other associations as well as their officials have the duty to ensure observance of the constitution and to obey it. It is prohibited to assume state power in any manner other than that provided under the Constitution.

¹⁹ Ethiopian Constitution, Art. 9.

enforcement agencies and personnel, a natural disaster, or an epidemic occur²⁰. This part examines whether the above-mentioned grounds — conditions used to declare state of emergency in Ethiopia — can also be used to justify postponing election as the government sought desperately.

From these circumstances, the occurrence of a pandemic can be used as justification to impose a state of emergency which had already been declared on 8th of April 2020 due to COVID-19 until the end of August 2020 unless extended. The parliament can renew every four months successively by a two-thirds majority vote²¹. If the state of emergency had been renewed for another four months i.e., until end of December 2020, still the time would not have been sufficient to handle election. Of course, the Ethiopian Constitution neither puts a maximum limit on the number of renewals of an emergency decree nor mentions circumstances to extend. Here the ‘state of emergency’ was also anticipated by the government to justify election postponement as well. But election postponement is not one of the grounds, under the Ethiopian Constitution or the electoral law, to declare state of emergency and cannot be used to extend the term of the parliament beyond allotted time. There should be some legitimate and constitutionally accepted cause (other than election postponement) to the result (i.e., to declaring state of emergency).

The Ethiopian Constitution also allows declaring state of emergency due to ‘a breakdown of law and order which endangers the constitutional order and which cannot be controlled by the regular law enforcement agencies and personnel’. The constitutional crisis that has loomed after September 2020 is not due to any other external forces, i.e., riots and invasions that require state of emergency but emanates either from the very Constitution itself or the constitutional failure to legitimise election postponement. Partly, the absence of any single constitutional provision or any legal framework that addresses explicitly or even impliedly election postponement endangers the constitutional order. Therefore, the constitutional lacuna due to the absence of provisions to handle election postponement cannot be mitigated by declaring a state of emergency. If it is assumed that declaring a state of emergency is the possible way out, it is impossible to hold an election while the right to movement and assembly, among others, are limited during such extraordinary times²². Letting the country stay in a prolonged state of emergency has also its own far-reaching consequences in limiting fundamental human rights and freedoms. Thus, declaring a state of emergency, even with sufficient reasons, cannot create a conducive

²⁰ Ethiopian Constitution, Art. 93.

²¹ Ethiopian Constitution, Art. 93(3) A state of emergency decreed by the Council of Ministers, if approved by the House of Peoples’ Representatives, can remain in effect up to six months. The House of Peoples Representatives may, by a two-thirds majority vote, allow the state of emergency proclamation to be renewed every four months successively.

²² Ethiopian Constitution, Art. 93. The exclusive listing of non-derogable rights during state of emergency under the Ethiopian Constitution are: art 1 which describes the nomenclature of the state ‘the Federal Democratic Republic of Ethiopia’; article 18 which prohibits inhumane treatment; article 25 which guarantees equality of everyone before the law and equal protection of the law and articles 39 (1 and 2) which guarantee every nation, nationality and people in Ethiopia to have an unconditional right to self-determination, including the right to secession.

environment to handle elections except extending the term of office of the incumbent government whose term limit is expired.

The last, but not least, ground to declaring state of emergency under the Ethiopian Constitution is the ‘external invasion’ and is not worth mentioning here as there is not any such threat to the country. A state, even fighting at war, may hold elections and Ethiopia did not postpone the 2000 national elections while it was at full scale war with its neighboring Eritrea between 1998 and 2000.

Some argue that using its executive order granted by the state of emergency provision under Art 93(4) (C) of the Constitution, the government can suspend Art. 54(1) and 58(3) which fix the five years term of the parliament and pass decisions to order the term of the parliament from being terminated. It would be constitutional if the election is going to be postponed due to the state of emergency within the term limit of the parliament. Otherwise, there would have been any constitutional provision exhausting unforeseen circumstances to entertain election postponement.

Because there is a plethora of evidence that shows the direct correlation between state of emergency and gross human and democratic rights violations including the right to voting, the International Covenant on Civil and Political Rights and other human rights instruments, to which Ethiopia is a party, lay down conditions and requirements for a valid state of emergency²³.

These documents reiterate that any government resort to emergency powers must ascertain, among others, that there should not be incompatibility of all emergency measures with the state's legal norms and other international obligations²⁴. Generally, unlike some countries' constitutions, that foresee impending circumstances during state of emergency that delay elections or put exclusive provision to entertain election postponement, the Ethiopian Constitution does not have any such provisions to justify election postponement. In the absence of any constitutional provisions and legal frameworks, declaring a state of emergency merely to justify election postponement and extend the term limit of the expired parliament is duly unconstitutional. Thus, declaring a state of emergency, to handle the constitutional crisis, is doubling the problem and half the solution and it is not looking for solutions for problems but problems for solutions.

²³ The International and Regional Human Rights Instruments do not provide a *carte blanche* to the States Parties to declare state of emergency by their whims. These treaties (with slight variations) lay down the following conditions and requirements for a valid state of emergency and any government resort to emergency powers must ascertain a) the existence of an exceptional threat to the security of the state or its people; b) that there should not be incompatibility of all emergency measures with the state's other international obligations c) that the emergency measures should not be used in a discriminatory manner; and; d) that there will not be derogation from fundamental rights, listed as non-derogable rights and e) that the emergency measure must be proportional to the threat posed.

²⁴ UN General Assembly, *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 999, p. 171. Available at: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3aa0.html> [Accessed 24th August 2020]; See ICCPR, Art. 4;

Council of Europe, *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14*, 4 November 1950, ETS 5. Available at: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3b04.html> [Accessed 24th August 2020]; see ECHR, Art. 15;

Organization of American States (OAS), *American Convention on Human Rights, "Pact of San Jose"*, Costa Rica, 22 November 1969. see Art.27. Available at: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b36510.html> [Accessed 24th August 2020].

Attempting to Validate Election Postponement in Ethiopia: Constitutional Interpretation

The Ethiopian parliament claimed and proposed that the only possible solution to the constitutional crisis concerning election postponement should be exhausted within the perimeter of the Constitution as opposed to extra constitutional means. So, the parliament has finally endorsed constitutional interpretation, among the four²⁵ recommended ‘options’, as the least complex decision to exit the constitutional quandary. Because the ‘application and interpretation’ of the Constitution must be under the scope of the Constitution²⁶, it obliges the interpreter to have the responsibility and duty to respect and enforce constitutional provisions and premises while giving interpretation. Additionally, the Ethiopian Constitution affirms that the fundamental rights and freedoms (including voting and be elected) shall be interpreted in a manner conforming to the principles of the Universal Declaration of Human Rights, International Covenants on Human Rights and International instruments adopted by Ethiopia²⁷. In our case the task of doing interpretation of the Constitution mandates any organ not to intrude the constitutional right to vote and be elected.

Still the incumbent government’s decision of requiring constitutional interpretation concerning election postponement in Ethiopia, given the constitutional provisions that fixes the term of the office of any elected parliament to be five years²⁸, heated up legal debates on, among others, the following issues:

1. Do the constitutional provisions, governing the period of conducting election and the term of the two Houses as well as the Executive branch, merit constitutional interpretation?

2. Which specific constitutional provisions, if any, are going to be interpreted concerning election postponement?

3. Is the neutrality of the constitutional interpreter conformed, as the HoF has a direct vested interest in the outcome of the decision? This part investigates these mutually exclusive questions.

The first question regarding constitutional interpretation, in the specific case of election deferral, starts from questioning the necessity of the very act of interpreting the FDRE Constitution. This is due to the Constitution having explicit provisions that govern election schedules and determine the term of office of parliament without any exception. The Ethiopian Constitution, for example, states that the members of the House of Peoples Representatives are to be elected for a term of [five] years on the basis of universal suffrage and by direct, free and fair elections²⁹. Accordingly, the term of the office of the incumbent parliament, which was elected in May 2015, expired before 10 October 2020 (Meskerem 30).

²⁵ The four options put forward by the administration: dissolving the parliament, declaring a state of emergency, amendment of the FDRE Constitution and constitutional interpretation.

²⁶ Ethiopian Constitution, Art. 13; Under the scope of application and interpretation, the Constitution obliges all Federal and State legislative, executive and judicial organs at all levels shall have the responsibility and duty to respect and enforce constitutional provisions.

²⁷ Ethiopian Constitution, Art.13.

²⁸ Ethiopian Constitution, Art.58 and 54.

²⁹ Ethiopian Constitution, Art. 54.

While prescribing the meetings of the House and the duration of its term, the Ethiopian Constitution duly sets the term of parliament at [five] years without any exception and reiterates that [elections] for a new House shall be concluded one month prior to the expiry of the House's term³⁰. The debate revolves about 'what is not clear about *five years*' that needs interpretation.

The Ethiopian Constitution asserts its supremacy and denies effect to any law, customary practice or a decision of any organ of the state or a public official that violates it³¹. As an expression of its supremacy, all citizens, organs of state, political organizations and other associations, as well as their officials, are required to ensure the observance of the Constitution and to obey it. Most importantly, the Ethiopian Constitution serves as the only source of government power. It is, therefore, prohibited to assume power through any means other than, or contradictory to, the manner prescribed in the Constitution itself.

The Ethiopian Constitution, while listing grounds to declare a state of emergency, does not say anything about election postponement if the election schedule occurs amidst such an extraordinary situation³². Some argue, citing Art 38 cum 93, that election can be postponed because the Ethiopian Constitution does not list the right to vote and be elected as non-derogable rights during a state of emergency. If an election is not conducted, there will not be a government as per Art.54 cum 93. Ethiopia, given its internal political polarizations and external challenges, should not be left without a government unless the new elected government replaces the outgoing one. But some others still argue that because self-determination is one of the non-derogable rights under the Ethiopian constitution³³ even during a state of emergency, holding elections as one of the basic manifestations of self-determination cannot be postponed.

Had the Constitution anticipated emergency situations during election periods that could potentially prevent holding elections as per the scheduled timeline, the Constitution would not have such limitations responsible for the current legal crisis. Unfortunately, in Ethiopia, there are neither constitutional provision(s) that anticipate grounds to extend elections nor any proclaimed legal frameworks that govern election delaying or rescheduling during an emergency situation.

It is believed that a holistic understanding of a constitution and a robust interpretation by the responsible body is a necessary means of guaranteeing constitutionalism and making an indisputable and consistent reform [of a constitution] in line with the ever changing conditions of life. However, the Ethiopian ruling Prosperity Party, the only party in the parliament, listed only three constitutional provisions (Art. 54, 58 and 93) that stipulate that the election of Members of the

³⁰ Ethiopian Constitution, Art. 58.

³¹ Ethiopian Constitution, Art. 9.

³² Ethiopian Constitution, Art. 93.

³³ Ethiopian Constitution, Art. 93 (4)(C): In the exercise of its emergency powers the Council of Ministers cannot, however, suspend or limit the rights provided for in Art. 1, 18, 25, and sub- Art. 1 and 2 of Art. 39 of this Constitution. The exclusive listing of non-derogable rights during state of emergency under the Ethiopian Constitution are: Art 1 which describes the nomenclature of the state 'the Federal Democratic Republic of Ethiopia'; Art.18 which prohibits inhumane treatment; Art. 25 which guarantees equality of everyone before the law and equal protection of the law and Art. 39 (1 and 2) which guarantees every Nation, Nationality and People in Ethiopia to have an unconditional right to self-determination, including the right to secession.

Parliament, the duration of the term of the Members of Parliament and declaration of the state of emergency respectively are to be interpreted and forwarded to the HoF. Although identifying specific constitutional provisions to be interpreted requires careful and inclusive discussion, the parliament decided this issue in a hurry on 5 May 2020, less than five days after [the parliament] announced the four possible ‘options’.

Besides the guidance concerning the meaning of a particular word or phrase that may be expressed in other words and phrases in the same provision or in other provisions of a constitution, constitutional interpretation requires provisions to be construed as a whole. Owing to this, the parliament’s prejudgment of ordering only [three] constitutional provisions to be interpreted while there are other potentially relevant provisions raises concerns as to the holistic interpretation of the Constitution. The provisions the government wanted to be interpreted should not be read by excluding other pertinent provisions. This is because depending on a single or two or even three provisions may lead to a hasty generalization.

Art. 102 of the Constitution, which established the Electoral Board, would have been one of the provisions to be referred to, as the Board has confirmed not to hold the planned elections as per its schedule due to the COVID-19 emergency situations. The interpretation did not even consider Art. 9 of the Ethiopian Constitution that prohibits assuming state power ‘in any manner’ other than provided by the Constitution³⁴.

The crux of the debate following the global pandemic — whether periodic election is maintained or postponed — necessitates consideration of not only national legal frameworks but also ratified international legal norms. The importance of periodicity of elections is enunciated under the African Charter on Democracy, Elections and Governance (ACDEG)³⁵ and the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)³⁶, to which Ethiopia is a party, and which by virtue of Art. 13(2) of the Constitution form part of the human rights chapter of the Constitution. But, the interpretation decision as far as it considers merely Art. 54, 58 and 93 excludes Art. 13 of the FDRE Constitution that requires the bill of rights to be interpreted in a manner conforming to the international instruments adopted by Ethiopia, which [require periodic] election³⁷.

It was also a unilateral decision by the parliament, being the judge on its own fate, without even consulting competing political parties, the primary actors in the election process. Of course, some Members of Parliament did not accept the very necessity of constitutional interpretation, citing Art 54 and 58 of the Constitution, which have unequivocal provisions governing election schedule without any exception. Still, Art. 45 of the Constitution should not have been left from being referred to during the interpretation, since it requires the establishment of only a ‘parliamentary’ form of government in Ethiopia, in response to the opposition parties’ call for any form of government (Transition Government, Caretaker Government, Consultative Government, Elite Led Government, *etc.*) different from what the constitution

³⁴ Ethiopian Constitution, Art. 9 (3).

³⁵ African Union, African Charter on Democracy, Elections and Governance (ACDEG, Art. 2(3) and 3(4). 30 January 2007. Available at: <https://www.refworld.org/docid/493fe2332.html> [Accessed 24th August 2020].

³⁶ International Covenant on Civil and Political Rights, Art. 25(B).

³⁷ Ethiopian Constitution, Art. 13(2).

prescribes. And any attempt to establish such government would have been, of course, understood as contradicting the constitutional provisions.

The third debate, regarding constitutional interpretation in general and concerning the 2020 election postponement in particular, is on the neutrality of the interpreter, which has been a contentious issue since the promulgation of the FDRE Constitution. This is because the Ethiopian Constitution does not establish an effective and independent constitutional adjudication system. The Constitution rather empowers the upper House, the political organ, to interpret the Constitution³⁸. Unlike many countries (including Germany, South Africa, USA) which establish a neutral and competent constitutional interpreter either by assigning the constitutional mandate to regular courts or constitutional courts, the Ethiopian Constitution confers the Upper House³⁹, which has been controlled by a single party, to interpret the Constitution⁴⁰.

Following the constitutional gaps/crisis, the opposition parties have called for termination of the incumbent parliament, both the Lower and Upper Houses, but parliament requested constitutional interpretation to decide on election postponement, which would determine termination or extension of its term of office. The funny thing is that such action — interpreting the Constitution to decide on the fate of the parliament's termination or extension — is under the discretion of the Upper House, which has direct vested interest in the outcome of the decision. The upper House is not an impartial arbiter on a case involving the term limit of the Lower House, since the decision to extend the latter's term also extends its own. It is explained by the fact that all members of the two Houses in Ethiopia are from the single party, Prosperity Party.

This raises the question whether 'anybody can be the judge of his or her own case? The answer is evident since the Act contradicts the golden rule in legal scholarship — *nemo iudex in causa sua*, no-one is a judge in his own cause. Such a scenario erodes the credibility of the decision of the HoF, and constitutional interpretation has remained a political matter in Ethiopia. After it received the case about election postponement, the HoF has extended its own term of office and that of the House of Peoples Representatives for unlimited time until election is held within nine to twelve months following the cessation of COVID-19 as confirmed by the Parliament (Anthony, 2020). The decision didn't discuss what should happen if the pandemic continued for another one, three, five or ten years. Furthermore, the final confirmation of the end of the Pandemic Emergency is not given by any independent body but by the parliament which has a direct vested interest in the outcome. The manner the HoF managed the constitutional vacuum concerning election postponement, was 'constitutional interpretation' by name but a political decision in practice.

³⁸ Ethiopian Constitution, Art. 62.

³⁹ Ethiopian Constitution, Art. 61. Accordingly, the members of the House of the Federation are composed of representatives of Nations, Nationalities and Peoples; each Nation, Nationality and People shall be represented in the House of the Federation by at least one member. Each Nation or Nationality shall be represented by one additional representative for each one million of its population. Members of the House of the Federation shall be elected by the State Councils. The State Councils may themselves elect representatives to the House of the Federation, or they may hold elections to have representatives elected by the people directly. Thus, to be the members of the House of Federation does not require legal scholarship as a criterion but representative role.

⁴⁰ Ethiopian Constitution, Art. 83.

Of course, the Ethiopian Constitution has established a Council of Constitutional Inquiry that is assigned to provide legal assistance to the HoF⁴¹. The Council of Constitutional Inquiry is composed of eleven members. The nomination and approval of the six legal experts of the Council (apart from the President and Vice-President of the Supreme Court who are *ex officio* chairperson and deputy chairperson of the Council) are made by the parliament and one can therefore expect them to be loyal to the incumbent government. But what is astonishing is that the remaining three members of the Council are members of the same HoF. The latter three members may or may not be legal experts since their membership does not explicitly depend on their professional competence but on political considerations. Still, the Council has a mere advisory role and its recommendation is not binding; the veto lies with the HoF.

Considering these institutional structures, lack of neutrality of the members and more over the existence of interest conflict over the extension/termination of the election schedule, the neutrality of the constitutional interpretation at the HoF is inherently absent. Therefore, as purely political organ under the influence of the legislature and the executive, given the fusion of power under the Ethiopian two Houses and executives, and the obvious interest of the HoF to extend its own term of office, the HoF cannot be expected to decide politically sensitive issues independently let alone the issue of election postponement that determines its own term of office. The constitutionality of the election postponement was resisted by some opposition parties⁴² and even by some members of the HoF.⁴³ The HoF speaker, Keria Ibrahim, resigned after publicly denouncing the government's decision to seek constitutional interpretation to handle deferred election. The speaker had accused the ruling Prosperity Party of undermining the Constitution and wanting to establish an authoritarian regime⁴⁴.

Prohibition of Abstract Review and Interpretation Ground under the Ethiopian Constitution

Due to the fact that the perilous situation created by COVID-19 worsened the seemingly looming constitutional crisis in Ethiopia, the incumbent government

⁴¹ Ethiopian Constitution, Art. 84.

⁴² In order to find a legitimate solution for the impasse through national consensus. The following seven parties had announced and called for political discussion concerning election schedules. 1) The deliberation and negotiation should involve all political parties registered and qualified to participate in the 2020 election. 2) The deliberation and negotiation should be facilitated by entities who do not have direct involvement in election affairs and do not have vested interest in the outcome. 3) The final agreement reached among parties should be binding. Cosigning members of the Coalition of Democratic Federalism: Oromo Liberation Front, Ogaden Liberation Front, Oromo Federalist Congress, Agaw National Congress, Mocha Democratic Party, Kaffa Green Party, Arena Tigray for Democracy and Sovereignty.

⁴³ Members of the HoF in its 5th year, second regular session of the chamber, on 10 June 2020, approved the CCI's recommendations submitted to the constitutional interpretation and identity sub-committee on May 29. The House approved the recommendation with 114 votes in favour to 4 votes against with one abstention. See Addis Fortune.

⁴⁴ Of course, it should be noted here that Keria was a member of the TPLF and therefore had its own political reasons — rather than a genuine concern about constitutionalism — to resist this approach. Available at: <http://Addisstandard.Com/News-Alert-Hof-Approves-Ccis-Recommendation-To-Extend-Both-Houses-State-Councils-Term-Limit-Constitutional-Expert-Raises-Concern/> [Accessed 24th August 2020].

desperately looked for leeway to postpone the sixth national election under the guise of constitutional interpretation. However, the constitutional interpretation option was rather unconstitutional in itself for two simple constitutional reasons: the absence of interpretation ground (disputed issue) and the prohibition of abstract review.

Interpretation Ground: In general, legal interpretation including the constitution takes place where there are justifiable grounds such as — *vagueness*, *silence* and *contradiction* (Randall, 1994). Hence, the main inquiry should be whether the provisions under question — Art. 54 (1), Art. 58 (3) and Art. 93 — show any of these three grounds.

A. Vagueness — When a given word or phrase in the law/constitution is unclear or vague, it calls for interpretation by the institution formally bestowed with the power to do so (Guyora, 2019). Art. 54 (1) and Art. 58 (3) explicitly state and limit the term of the HPR to five years without exception and Art. 93 unambiguously lists grounds, other than election postponement, for declaration of state of emergency: “...external invasion, a breakdown of law and order which endangers the Constitutional order, and which cannot be controlled by the regular law enforcement agencies and personnel, a natural disaster, or an epidemic”. In the current case, there is no vague constitutional provision, which warrants constitutional interpretation by the HoF.

B. Contradiction — The second ground that brings constitutional interpretation to the fore is when two constitutional provisions are apparently contrary to each other at least textually⁴⁵. Again, in the case at hand, there are no seemingly contradictory provisions.

C. Silence — This ground calls for interpretation of the matter(s) on which the Constitution kept silent or left it unregulated. Now the question is, whether the Constitution is silent on the extension of term limits? The answer is emphatically no. Because, the Constitution has spoken in loud and clear volume when it comes to prohibition of extension of term limit. Art. 9(3) clearly rules out the assumption or continuation of power other than by means and procedures laid down under the constitution. And election is the only constitutional avenue to assume power, which the Ethiopian Constitution stipulates as *there will be regular elections for every five years*⁴⁶. Declaring state of emergency as per Art. 93 (1) (a) also cannot be used to extend the tenure of the parliament beyond five years as specified under Art. 54 (1). Therefore, there are no justifiable constitutional interpretation grounds in this case that merit constitutional interpretation. This sounds as there are no justifiable constitutional interpretation grounds in this case that would deem constitutional interpretation.

The Prohibition of Abstract Review under the Ethiopian Constitution

In this regard, constitutional interpretation can be roughly bifurcated into two (Wojciech, 2002). These are abstract review and concrete review procedures. While the former refers to seeking interpretation for the matter, which has not been contested, the latter applies to case(s) where constitutional dispute arises between litigant parties.

⁴⁵ Ethiopian Constitution, Art. 84 (2).

⁴⁶ Ethiopian Constitution, Art. 54.

Broadly speaking, in Ethiopia, abstract review or advisory opinion mode of interpretation has not been permissible⁴⁷. Evidence for this is Art. 37. The Ethiopian Constitution states unequivocally that it is only justiciable (not abstract issues) matter that can be brought to adjudicatory institutions in Ethiopia. The relevant constitutional provisions (read Art.62 cum 83), which define power of constitutional interpretation also make it abundantly clear that the interpretational power of HoF is limited only to constitutional disputes (that's concrete review). Besides, the existing president in Ethiopia makes no space or possibilities for abstract reviews (an example for this include: *Dr. Negaso's case* — his claim against the proclamation that prohibits benefits to retired or resigned President if s/he joins an opposition political party. And also, *the Oromia regional state's* request for interpretation of the 'special interest on Addis Ababa' under the constitution (Solomon, 2020). The Proclamation No 798/2013 regulating the CCI has no provision authorizing the CCI to issue a consultative or advisory opinion.

The fact that the HoF and CCI do not have consultancy or advisory service, the very request of the House of Peoples Representatives for [constitutional guidance] on the postponement of the national election and subsequent matters is not supported by the Constitution or any relevant proclamations⁴⁸. Hence, based on the preceding legal analysis one can safely and soundly conclude that both the procedure and the constitutional interpretation option apparently preferred by the Parliament is an unconstitutional alternative.

Conclusion

As far as elections are postponed beyond the scheduled plan, even if the constitutional interpretation was a legal remedy as maintained by the ruling government, questions arise as to the legitimacy of office holders. The postponement of the scheduled election under the patronage of constitutional interpretation, contended by legal experts and political parties, was unconstitutional, whereas the HoF decision was constitutional interpretation by name but political decision in practice. Thus, the constitutionality of election postponement in Ethiopia, in the absence of clear constitutional provision, is not duly legalised.

The major flaws of the constitutional interpretation to postpone the election in August 2020 are as follows:

- The CCI stated the textual reading of Art. 58(3) of the Constitution implies the contingency of the Parliament's five-year term on whether an election is held at least a month before the expiry of the term. This is an absurd inference as the meaning of the text is plain and drafted in compulsory terms.
- The CCI held that the purposive reading of Art. 93 of the Constitution indirectly recognises that the incumbent Government's term limit may exceed five years. The CCI provided no reasons for this statement. Instead, the CCI made the fallacy of circular reasoning by starting with the premise that it ended up repeating as a conclusion.

⁴⁷ Ethiopian Constitution, Art. 37.

⁴⁸ Ethiopian Constitution, Art. 37(1), 62(1), 83(1), 84 (1 and 2) and Proclamation No 798/2013.

- The CCI gives the Federal Ministry of Health (FMOH) a central role in determining when the postponed election resumes. The National Electoral Board of Ethiopia is a constitutionally mandated organ to decide such important election-related matters. It contravenes the spirit of the Constitution to reassign this power to the executive branch. The incumbent can stay in power as long as it says COVID-19 continues to be a public danger.

- The CCI held that the mandate of the regional councils and executive bodies shall also be extended as well as that of the federal parliament and government because elections matters are federal issues. The CCI enmeshed the decision to postpone elections with the decision regarding the terms of the regional council and governments. The former is a federal matter, while the latter is undoubtedly a matter left to the regional constitution. Hence, this aspect of the decision encroached upon jurisdiction of regional governments.

The Way Forwarding. The CCI has rewritten the Constitution under the guise of interpretation. The destabilizing effect of a failure to successfully tackle the current crisis can only contribute to further deterioration in an already fragile transition in Ethiopia. To amicably manage an impending constitutional and political crisis the discussion between the government and opposition parties within the constitutional framework would have been vital. In the short run, the political dialogue and consensus building — in the absence of a constitutional remedy — remains the only real avenue for resolution of the crisis. Given the internal political polarizations and external challenges, a short period of government led transition, with its limitations, would have been one of the least evil options until the next election are held. In the long run, the Ethiopian Constitution needs to be amended since it does not indisputably govern election postponement during state of emergency and the amended version should consider conditions during state of emergency that prevent expiration of the term of the parliament and that allow it to be extended for fixed period of time until the exigencies end.

References

- Anthony, B. (2020) Elections and COVID-19: Legal Consideration as a way out. *International Foundation for Electoral Systems*. 1—10.
- Antonio, S. (2020) *Managing Elections Under The COVID-19 Pandemic: The Republic of Korea's Crucial Test*, International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA), Technical Paper, 1—8. DOI: 10.31752/Idea.15
- Binder, K. et al. (2020) *States of Emergency in Response to the Coronavirus Crisis: Situation in Certain Member States*, EPRS. Available at: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/649408/EPRS_BRI\(2020\)649408_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/649408/EPRS_BRI(2020)649408_EN.pdf) [Accessed 23rd August 2020].
- Choudhry, S. (2017) Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment. *International Journal of Constitutional Law*. 15 (3), 23—34.
- Davide, E. (2019) *From an Unconstitutional Constitutional Amendment to an Unconstitutional Constitution? Lessons from Honduras*. Global Constitutionalism. Cambridge University Press. 8 (1), pp. 40—70.
- Guyora, B. & Brenner, M. (2019) Fissell. *A Political Interpretation of Vagueness Doctrine*. UNIV. OF ILL. L. REV. 1527, pp. 1—63. Available at: https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/faculty_scholarship/1254 [Accessed 21st August 2020].

- Katherine, E. (2020) *The Legal Quagmire of Postponing or Modifying Election*. International Foundation for Electoral Systems. Available at: <https://www.ifes.org/news/Legal-Quagmire-Postponing-Or-Modifying-Elections> [Accessed 23rd August 2020].
- Katherine, E. (2020) *Legal Considerations When Delaying or Adapting Elections*. International Foundation for Electoral Systems. Available at: https://www.ifes.org/sites/default/files/ifes_covid-19_briefing_series_legal_considerations_when_delaying_or_adapting_elections_june_2020.pdf [Accessed 23rd August 2020].
- Malah, A. (2009) *Constitutional Protection in Cameroon: Critique of the Amendment Mechanism*. MA Thesis, Central European University.
- Randall, K. (1994) *Styles of Constitutional Interpretation and the Four Main Approaches to Constitutional Interpretation in American Legal History*. 29 Val. U. L. Rev. (121), 121—233.
- Sead, A. & Matatu, N. (2019) Timing and Sequencing of Transitional Elections. *International IDEA Policy Paper*. (18), 1—61. DOI: 10.31752/idea.2019.13
- Solomon, A. (2020) *Constitutional Based National Dialogue the Best Way to Avert a Constitutional Crisis Triggered by Deferred Election*. Addis Standard, Op-Eds.
- Solomon, A. et al. (2020) *Joint Submission to the Constitutional Council of Inquiry of the Federal Democratic Republic of Ethiopia on the Matter of the House of Peoples' Representative Request for Constitutional Interpretation*, CCI. Available at: <http://Addisstandard.Com/Op-Ed-Constitutional-Based-National-Dialogue-The-Best-Way-To-Avert-A-Constitutional-Crisis-Triggered-By-Differed-Election/> [Accessed 23rd August 2020].

About the author:

Marew Abebe Salemot — Lecturer of Federalism, Debarq University; 90 Debarq, Gonder, Ethiopia

ORCID ID: 0000-0003-2612-6923

e-mail: marewobu@gmail.com

Об авторе:

Салмот Марев Абебе — преподаватель, Университет Дебарка; Эфиопия, г. Дебарк, Гондер, д. 90

ORCID ID: 0000-0003-2612-6923

e-mail: marewobu@gmail.com

РЕЦЕНЗИИ. НАУЧНЫЕ ФОРУМЫ

REVIEWS. SCIENTIFIC FORUMS

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-732-737

Информационная статья

Ведущему российскому теоретику права — 80 лет. К Юбилею В.М. Сырых

Н.А. Власенко

Российский университет дружбы народов,
г. Москва, Российская Федерация,
vlasenko-na@rudn.ru

Аннотация. Посвящена 80-летию юбилею известнейшего учёного-правоведа Владимира Михайловича Сырых, автора более 40 монографий, учебников, учебных пособий, многих сотен научных статей и других материалов. Анализируется вклад учёного в юридическую науку. Речь идёт о методологии теории права, структуре метода, содержании материалистической теории права и др. Отмечается исключительный вклад учёного в подготовке и издании Энциклопедического словаря «Правовая наука и юридическая идеология России». Иллюстрируются идеи и оценки последних историко-правовых монографий автора, посвящённых советскому режиму, красному террору, сталинским репрессиям.

Ключевые слова: ведущие учёные юристы, методология, методология юридической науки, материалистическая теория права, философия права

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 3 февраля 2021 г.

Дата принятия к печати: 15 апреля 2021 г.

Для цитирования:

Власенко Н.А. Ведущему российскому теоретику права — 80 лет. К Юбилею В.М. Сырых // RUDN Journal of Law. 2021. Т. 25. № 2. С. 732—737. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-732-737

Leading Russian legal theorist is 80 years old. For the anniversary of V.M. Syrykh

Nikolay A. Vlasenko

Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University),
Moscow, Russian Federation,
vlasenko-na@rudn.ru

Abstract. Dedicated to the 80th anniversary of the famous legal scholar Vladimir Mikhailovich Syrykh, the author of over 40 monographs, textbooks, teaching aids, many hundreds of scientific articles and other materials. The scientist's contribution to legal science is analyzed. We focus on the methodology of the theory of law, method structure, content of the materialist theory of law, etc. The exceptional contribution of the scientist to preparation and publication of the Encyclopedic Dictionary "Legal Science and Legal Ideology of Russia" is distinguished. The ideas and assessments of the author's recent historical and legal monographs on the Soviet regime, the Red Terror, and Stalinist repressions are illustrated.

Key words: Leading legal scholars, methodology, methodology of legal science, materialistic theory of law, philosophy of law

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

Article received 3rd February 2021

Article accepted 15th April 2021

For citation:

Vlasenko, N.A. (2021) Leading Russian legal theorist is 80 years old. For the anniversary of V.M. Syrykh. *RUDN Journal of Law*. 25 (2), 732—737. (in Russian). DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-732-737

К 80-летию Сырых Владимира Михайловича, доктора юридических наук, профессора, заслуженного деятеля науки РФ, главного научного сотрудника, руководителя научного направления теория и история права и судебной власти Центра исследования проблем правосудия Российского государственного университета правосудия.

Более полувека юбиляр занимается исследованием проблем методологии, теории, социологии права, а также истории права и правовой науки. За этот период учёный в 1970 г. защитил кандидатскую диссертацию на тему: «Структура, система, генезис как элементы исторического и логического методов познания права», а в 1995 г. — докторскую, в форме научного доклада на тему: «Метод общей теории права». С июля 1970 г. по октябрь 2001 г. работал в Институте законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ. В настоящее время — в Российском государственном университете правосудия. Перу В.М. Сырых принадлежит около 40 монографий, учебников, учебных пособий, брошюр и почти полторы тысячи статей, иных публикаций.

Профилирующее направление научных исследований В.М. Сырых составляют проблемы методологии правовой науки. С них он начал свой путь в науке и достаточно интенсивно занимается ими по настоящее время. В числе его многочисленных публикаций по названной тематике можно выделить монографические исследования: «Метод правовой науки: основные элементы и структура» (М., 1980), «Логические основания общей теории права», т. 1—3 (М., 2000—2008), а также учебник «История и методология юридической науки» (М., 2012, 2019).

В названных работах автор предпринимает заслуживающую внимание попытку отойти от традиционного понимания метода общей теории государства и права как простой совокупности общих и специальных методов познания государства и права и представить его в виде органически целостного, системного образования, компоненты которого находятся в устойчивой иерархической взаимосвязи.

В числе положений и выводов, характеризующих содержание авторской позиции относительно метода общей теории права, следует выделить существо его понимания как самостоятельного компонента, который образуют принципы, правила, требования, ориентирующие познающего субъекта на получение обоснованных и достоверных знаний. Данные требования основываются на теоретических знаниях, выводятся из них, тем не менее, теория правовой науки представляет собой отдельный компонент науки, не совпадающий с методом. Соответственно, признает В.М. Сырых, разработка юристами проблем методологии познания государства и права составляет самостоятельное и ведущее направление правовой науки, по своей значимости не уступающей исследованиям теории и истории государства и права.

Метод общей теории права, отраслевых юридических наук понимается автором как системное образование из четырех элементов. Основу метода составляет философский диалектико-материалистический метод, состоящий из всеобщих принципов познания (объективности, всесторонности, полноты, конкретно-исторического подхода и др.). Непосредственное содержание метода образуют всеобщие (логические), специальные (социологические, статистические, психологические и др.) и частнонаучные методы (толкования права, догматического анализа законодательства и практики его применения, сравнительно-правовой и др.). При этом В.М. Сырых особо подчеркивает, что каждый специальный или частный метода способен обеспечивать получение достоверных знаний, при условии, что он будет применяться сообразно его гносеологической природе, для решения тех познавательных задач, на которые непосредственно этот метод рассчитан. Многообразные попытки российских правоведов преувеличивать значение тех или иных методов в научном познании (герменевтики, синергетики, социально-правовых методов и др.) пока что не дали ожидаемых позитивных результатов, процесс освоения новых «многообещающие» методов познания чаще всего далее общих призывов к их творческому применению не идет.

Изложенные выводы и положения В.М. Сырых свидетельствуют о несостоятельности механического понимания методов научного познания как простой

совокупности приемов, определяемых усмотрением самого исследователя, которое, к сожалению, пока что имеет широкое распространение среди российских правоведов. Концепция метода правовой науки как целостного системного образования автором изложена в учебнике «История и методология юридической науки», а также творчески применена в исследовании таких фундаментальных проблем правовой науки, как материалистическое правопонимание.

Юбилляр впервые в истории российской правовой науки предпринял попытку обосновать предмет, структуру и содержание материалистического правопонимания в пятитомной монографии «Материалистическая теория права» (М., 2011—2016). Актуальность исследования и особый, интерес к его результатам обусловлен тремя обстоятельствами. Во-первых, грубейшим искажением советскими и российскими правоведами марксистской теории права, которое выражается в низведении юридической природы права как формы экономических отношений до уровня его позитивистской трактовки как воли господствующего класса, выраженной в законе. Во-вторых, огульной и необоснованной критикой российскими правоведами марксистской теории права, приписывании ей ошибок и недостатков, существующих лишь в воображении критиков, незнакомых или недостаточно знакомых с работами К. Маркса и Ф. Энгельса. В-третьих, потребностью в выявлении глубинных, закономерных процессов функционирования и развития права.

В отличие от позитивистской юридической доктрины, сводящей право к закону и иным правовым источникам, материалистическая теория права, в интерпретации В.М. Сырых, рассматривает данное явление как диалектический процесс взаимодействия четырех форм права: объективного, позитивного, индивидуального и конкретного. Объективное право юбилляр понимает как совокупность всеобщих принципов права, раскрытых К. Марксом в качестве правовой формы исторически первого экономического отношения обмена. Это принципы — равенство, свобода воли, взаимозависимость, эквивалентность и всеобщность. Воплощение объективного права в конкретных правоотношениях осуществляется механизмом, состоящим из трех стадий правообразования: позитивного, индивидуального и конкретного.

Значение позитивного права состоит в том, что благодаря законодателю общество знает действующее право как систему общеобязательных норм, подлежащих воплощению в конкретных правоотношениях. При этом далеко не все законодательные установления соответствуют объективному праву. Позитивное право существовало и по настоящее время существует по преимуществу в качестве превращенной формы, выражающей волю и интересы экономически господствующих классов. Поэтому в конкретных правоотношениях позитивное право не воплощается в чистом виде, так или иначе оно корректируется через призму правосознания и воли участников конкретных правоотношений, принимает форму индивидуального и конкретного права.

Совокупность норм позитивного права, которые оценивает индивид положительно и испытывает готовность реализовать в конкретных правоотношениях, составляет основу, ведущую часть его индивидуального права. Другую часть этого права могут составлять предписания, формулируемые индивидом

самостоятельно, в качестве идеальных, закрепляющих его права или оптимальный правовой режим реализации этих прав. Следовательно, индивидуальное право, хотя и основывается на позитивном праве, но представляет собой самостоятельную форму. Конкретное право в форме договора представляет собой синтез позитивного и индивидуального права и конкретизирует нормы права применительно к содержанию конкретного отношения с учетом его специфики, условий действия и воли его участников. Договор в материалистической теории права признается выше позитивного права, поскольку он обладает достоинствами всеобщего права, низведенного до уровня конкретного права, способного завершить перевод объективного права из возможности в действительность.

Таким образом, научное значение материалистической теории права состоит в том, что оно преодолевает односторонность позитивистской, психологической и социологической теорий права, рассматривая позитивное, индивидуальное и конкретное право в диалектически противоречивой, закономерной связи, способствует выявлению путей, способов дальнейшего совершенствования правотворческой и правоприменительной практики.

Еще одно направление научных исследований В.М. Сырых, результаты которого могут быть определены предикатом «впервые в российской юридической литературе», составляет история российской правовой науки. Под руководством юбиляра и при его непосредственном участии авторским коллективом был подготовлен и опубликован четырехтомный Энциклопедический словарь «Правовая наука и юридическая идеология России» общим объемом 487 п. л. В первом томе (М., 2008) содержится 838 биографий российских правоведов X — начала XX вв. Второй том (М., 2011) включает 633 биографии российских правоведов и политических деятелей, работы которых были опубликованы в период 1917—1964 гг. В завершающем издании третьем и четвертом томах (М., 2015) помещено более 2 500 биографий российских правоведов, имеющих степень доктора юридических наук либо кандидата юридических наук и ученое звание профессора, опубликовавших монографические работы за период 1965—2010 гг.

В биографическом очерке на каждого ученого приводятся данные о дате и месте его рождения, тематике защищенных диссертаций, ученых степенях и званиях, месте работы, сфере научных интересов, основных публикациях и, самое главное, дается развернутая информация о наиболее значимых его научных достижениях. Поэтому, как справедливо отмечает В.М. Сырых, энциклопедический словарь представляет собой «не только дань глубокого уважения благодарных потомков своим предшественникам, стоявшим у истоков российской правовой науки, но и необходимое звено в системе знаний, нужное современному исследователю, ориентированному на творческое усвоение всего лучшего, передового, что уже было создано российскими правоведом и требует дальнейшего развития и адаптации к новым конкретно-историческим условиям»¹. В качестве недостатка Словаря следует отметить неполноту сведений относительно биографических данных отдельных правоведов, выявить которые в процессе исследования не представилось возможным.

¹ Сырых В.М. Путь российской правовой науки // Правовая наука и юридическая идеология России. Энциклопедический словарь биографий. Т. 1. М., 2009. С. 8.

Значительный научный интерес представляют монографические публикации В.М. Сырых, «Красный террор: каноны библейские, да исполнение плебейское» (М., 2018) и «Юридическая природа сталинского террора: по директивам партии, но вопреки праву» (М., 2020), посвященные проблемам террора, примененного советской властью в годы гражданской войны (1918—1921 гг.) и в период построения основ социалистического общества (1930—1956 гг.). Органично дополняя исследования историков, достоверно раскрывающих реально сущие процессы и действия партии, советской власти и карательных органов, юбиляр основной акцент в своих работах сделал на изучении юридической природы, примененного советским государством.

В.М. Сырых не разделяет представлений российских правоведов о терроре как необходимой мере построения социализма и уделяет первостепенное внимание принципиальным отличиям красного террора от сталинского. Автор показывает, что террор, даже по канонам Библии, может быть использован в целях защиты действительных ценностей общества от массовых антиправовых действий, сеющих хаос, зло, и направленных на восстановление отживших, регрессивных порядков. Красный террор, примененный российским пролетариатом в период гражданской войны, в целом был правомерен, но неправовыми были действия карательных органов государства, проводивших репрессии с грубейшими нарушениями прав человека. Сталинский террор, организованный в условиях мирного времени и направленный большей частью против трудящихся масс, сопряженный с нарушением ряда конституционных прав населения, был преступлением как по форме, так и содержанию. Однако сталинский террор представляет собой результат субъективной, волюнтаристской политики партии и государства, не вытекающей из устоев и закономерностей строительства социализма.

Изложенное, таким образом, свидетельствует, что юбиляр в ходе многолетней научной деятельности внес весомый вклад в решение ряда фундаментальных проблем правовой науки и, имеется твердая уверенность в том, что его творческий потенциал по-прежнему высок. Владимир Михайлович способен еще не один раз порадовать читателей публикациями, содержащими творческий анализ актуальных проблем правовой науки и юридической практики.

Об авторе:

Власенко Николай Александрович — доктор юридических наук, профессор кафедры теории права и государства, Юридический институт, Российский университет дружбы народов; 117198, Российская Федерация, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6

ORCID ID: 0000-0002-9548-3396

e-mail: vlasenko-na@rudn.ru

About the author:

Nikolay A. Vlasenko — Doctor of Legal Sciences, Profession of the 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 ID: 0000-0002-9548-3396

e-mail: vlasenko-na@rudn.ru

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-738-741

Информационная статья

**Совместное заседание ученого совета
юридического института РУДН
и редакционной коллегии научного журнала
«Вестник Российского университета дружбы народов.
Серия: Юридические науки»**

П.Н. Андреева

Российский университет дружбы народов,
г. Москва, Российская Федерация,
andreeva-pn@rudn.ru

Аннотация. Материал посвящён совместному заседанию учёного совета Юридического института РУДН и редакционной коллегии журнала «Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки». Продемонстрированы показатели журнала за 2020 г. Речь идет о количестве поступивших статей, опубликованных, отклонённых и т. д. Проиллюстрированы Дорожная карта развития журнала на 2021—2023 гг., а также экспертные оценки АНРИ за последние годы. Опубликовано решение учёного совета Юридического института по вопросу ротации членов редколлегии журнала.

Ключевые слова: журналы РУДН, Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки, редколлегия журнала, юридические научные журналы

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 31 марта 2021 г.

Дата принятия к печати: 15 апреля 2021 г.

Для цитирования:

Андреева П.Н. Совместное заседание ученого совета юридического института РУДН и редакционной коллегии научного журнала «Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки» // RUDN Journal of Law. 2021. Т. 25. № 2. С. 738—741. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-738-741

Joint meeting of the academic council of the law institute of RUDN University and the editing college of the scientific journal of RUDN Journal of law

Polina N. Andreeva

Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University),
Moscow, Russian Federation,
andreeva-pn@rudn.ru

Abstract. The material is dedicated to the joint meeting of the Academic Council of the RUDN University Law Institute and the editorial board of the journal “RUDN Journal of law”. Indicators of the magazine for 2020 are demonstrated. We are talking about the number of articles received, published, rejected, etc. The roadmap for the development of the journal for 2021—2023 has been illustrated, as well as expert assessments of ANRI in recent years. The decision of the Academic Council of the Law Institute on the rotation of the members of the editorial board of the journal has been published.

Key words: RUDN University journals, RUDN Journal of law, the editorial board of the journal, legal scientific journals

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

Article received 31st March 2021

Article accepted 15th April 2021

For citation:

Andreeva, P.N. (2021) Joint meeting of the academic council of the law institute of RUDN University and the editing college of the scientific journal of RUDN Journal of law. *RUDN Journal of Law*. 25 (2), 738—741. (in Russian). DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-738-741

24 февраля 2021 г. состоялось заседание ученого совета Юридического института РУДН и редакционной коллегии журнала «Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки» под председательством и.о. директора института к.ю.н., доц. С.Б. Зинковского и с участием зам. главного редактора журнала, д.ю.н., проф. Н.А. Власенко. В повестке заседания — вопрос «Отчёт о работе редакции научного журнала «Вестник РУДН. Юридические науки» в 2020 г. и ротации редколлегии журнала.

С отчетным докладом выступил заместитель главного редактора журнала, д.ю.н., проф. Н.А. Власенко.

В 2020 г. согласно графику выхода журнала в свет вышли 4 номера журнала; всего опубликовано 68 материалов, 13 статей из которых — на английском языке, снабженных синхронным переводом или расширенной аннотацией; 11 из них — статьи ведущих учёных России и зарубежных стран. Среди опубликованных материалов 53 научных статьи и 15 информационных статей, в том числе рецензии, обзоры и др.

Общее количество материалов, поступивших в редакцию журнала — более 140. Докладчик пояснил, что не все авторы пожелали регистрировать свои произведения на официальном сайте журнала. Несмотря на это, редакция журнала, ее члены проанализировали поступившие научные материалы и оказали авторам посильную помощь. Отклоненных материалов — 61, при этом выступающий указал наиболее распространенные причины — низкий уровень оригинальности, заимствование чужого текста, низкое качество содержания и др.

Отдельно зам. главного редактора остановился на так называемой «географии» научных материалов, подчеркивая при этом, что профессорско-преподавательский состав Юридического института представил 25 материалов, остальные публикации направили научные и научно-преподавательские коллективы Армении, Белоруссии, Казахстана, Таджикистана, Саудовской Аравии, Франции, а также таких городов России, как Москва, Архангельск, Белгород, Владивосток, Волгоград, Грозный, Екатеринбург, Казань, Кемерово, Краснодар, Красноярск, Курск, Нижний Новгород, Оренбург, Пенза, Рязань, Саранск, Тольятти, Томск, Челябинск и др.

Среди авторов: докторов наук — 32, кандидатов — 36, аспирантов — 11.

Докладчик обратил внимание на увеличение доли англоязычных статей в выпусках журнала, обновление сайта журнала, в частности перечня рубрикаций «Разделы и направления»; заархивировано более 35 неактуальных разделов, обновлен раздел «Правила для авторов». Особо было обращено внимание на то, что вырос рейтинг журнала по данным сайта РИНЦ. За 2019 г. журнал занял 738 место среди научных журналов, ранее 1 704 место (за 2018 г.).

Выступающий проинформировал участников заседания о презентациях журнала. Одна из них состоялась в Нижнем Новгороде на XXII Международном научно-практическом форуме «Юртехнетика» (тема конференции «Юридические инновации (доктрина, практика, техника)», чему посвящён специальный репортаж (см.: Юридическая техника, № 15, 2021. С. 117—121).

Отдельно зам. главного редактора остановился на двух документах. Редакционной коллегией была разработана и поддержана ректором университета «Дорожная карта развития и продвижения журнала «Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки», в частности, одной из целей журнала является продвижение в RSCI, WoS, Scopus в 2021—2023 гг. В документе ряд важнейших положений, направленных на развитие и продвижение журнала в МНБД WoS, в частности, необходимость обеспечения соответствия показателей научного журнала требованиям RSCI, увеличения числа обращений и ссылок журнала на научные издания в БД РИНЦ, WoS, Scopus и др. Предусмотрена цель большего расширения географического разнообразия авторов, привлечение зарубежных читателей, распространение печатной версии журнала на научных мероприятиях различного уровня, в том числе в диссертационных советах ведущих вузов, экспертных советах ВАК РФ по праву и др., рассылка и вручение номеров участникам профильных мероприятий российских, международных, в том числе проводимых на базе РУДН, а также вступление журнала в секцию юридических журналов АНРИ и др.

Впервые в истории журнал удостоился экспертной оценке ИЭС АНРИ, где получил по большинству необходимых параметров оценку «хорошо». Так, высоко отмечены такие факторы как обеспечение ясности редакционной политики, соответствие содержания статей заявленным целям и задачам как научного издания, соответствие тематики журнала приоритетным направлениям развития науки и технологиям РФ, основным направлениям фундаментальных исследований, читаемости статей на русском языке, качество списков литературы к научным статьям, авторитетности руководства журнала по российским и зарубежным показателям; оценку «отлично» получил показатель «цитируемость» журнала в РИНЦ и др.

Общий вывод экспертов сводится к следующему: «Журнал производит хорошее впечатление: имеет достаточно хороший сайт и макет, хорошую редакционную политику, хороший состав российских авторов». Между тем, эксперты указали и пока на низкое цитирование членов редколлегии журнала, ожидаемый низкий интерес международного сообщества к публикуемым исследованиям и др. В этой связи решение подать или нет заявку на включение в МНБД эксперты оставляют за руководством журнала.

В ходе обсуждения доклада членами редколлегии и ученого совета были затронуты вопросы качества рецензирования поступивших материалов, проблемы соавторства, публикационной активности кафедр института РУДН и др.

Ученый совет Юридического института РУДН и редакционная коллегия журнала «Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки» представленный отчет поддержали. Ученый совет и редколлегия журнала дали согласие на включение в состав редколлегии журнала предложенных кандидатур из научного правового сообщества России и ряда зарубежных стран.

Об авторе:

Андреева Полина Николаевна — ассистент кафедры теории права и государства, Юридический институт, Российский университет дружбы народов; 117198, Российская Федерация, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6

ORCID ID: 0000-0001-9017-0481

e-mail: andreeva-pn@rudn.ru

About the author:

Polina N. Andreeva — assistant of the 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 ID: 0000-0001-9017-0481

e-mail: andreeva-pn@rudn.ru

