



Вестник Российского университета дружбы народов.

Серия: ЮРИДИЧЕСКИЕ НАУКИ

2022 Том 26 № 1

doi: 10.22363/2313-2337-2022-26-1

<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,
кандидат юридических наук, 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
Бекбаев Ерзат Зейнуллаевич, доктор юридических наук, профессор, Евразийская юридическая академия им. Д.А. Кунаева Республики Казахстан, г. Алматы, Республика Казахстан
Варламова Наталия 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
Габов Андрей Владимирович, доктор юридических наук, член-корреспондент РАН, Институт государства и права Российской академии наук, г. Москва, Российская Федерация
Гамбарян Артур Сиреканович, доктор юридических наук, профессор, Российско-Армянский Университет, г. Ереван, Армения
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
Нематов Акмал Рауфджонович, доктор юридических наук, доцент, Академия наук Республики Таджикистан, г. Душанбе, Республика Таджикистан
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
Почечкаев Роман Юлианович, кандидат юридических наук, доцент, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» в Санкт-Петербурге, г. Санкт-Петербург, Российская Федерация
Пьетробон Алессандра, доктор юридических наук, профессор, Падуанский университет, г. Падуя, Италия
Робинсон Николас, 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

Периодичность: ежеквартально

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

В журнале публикуются материалы, отвечающие требованиям научной новизны и актуальности — научные статьи, рецензии на монографии и учебные издания, обзоры научных мероприятий и законодательства, анонсы новой научной литературы и другое.

Цели и задачи журнала:

- публиковать результаты оригинальных научных исследований по проблемам развития государства и права в современном мире;
- способствовать научному обмену и сотрудничеству между российскими и зарубежными учёными-правоведами, специалистами, включая представителей смежных областей;
- знакомить читателей с новейшими направлениями исследований в области правовой науки как в России, так и за рубежом, их практической реализацией;
- публиковать результаты научных исследований по проблемам междисциплинарного характера, раскрывающих взаимодействие права, экономики, политики, культуры, коммуникаций и др.;
- содействовать изучению особенностей правовых систем различными социокультурными общностями, включая студенческую молодежь.

В журнале публикуются результаты научных исследований по широкому спектру правовых проблем, в том числе по тематике, соответствующим специальностям ВАК юридические науки: 5.1.1, 5.1.2, 5.1.3, 5.1.4, 5.1.5. 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:

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

Тел.: +7 (495) 955-07-16;

e-mail: publishing@rudn.ru

Почтовый адрес редакции:

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

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

Подписано в печать 30.12.2021. Выход в свет 22.03.2022.

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

Усл. печ. л. 22,75. Тираж 500 экз. Заказ № 12. 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 JOURNAL OF LAW

2022 VOLUME 26 No. 1

DOI: 10.22363/2313-2337-2022-26-1

<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,

Candidate of Legal Sciences,
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, Full Professor, RUDN University, Moscow, Russian Federation

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

Erzat Z. Bekbaev, Doctor of Legal Sciences, Full Professor, Eurasian Law Academy named after D.A. Kunayev, 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

Andrey V. Gabov, Doctor of Legal Sciences, Corresponding Member of the Russian Academy of Sciences (RAS), the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences, Moscow, Russian Federation

Artur S. Gambaryan, Doctor of Legal Sciences, Full Professor, Russian-Armenian University, Yerevan, Republic of Armenia

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

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

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

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

Akmal R. Nematov, Doctor of Legal Sciences, Associate Professor, the National Academy of Sciences of Tajikistan, Dushanbe, Tajikistan

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

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

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

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

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

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

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

ISSN 2313-2337 (print), ISSN 2408-9001 (online)

Frequency: Quarterly

Publication languages: Russian, English

The Journal is indexed: *Russian Index of Science Citation, RSCI (on the 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 materials that meet the requirements of scientific novelty and relevance — scientific articles, reviews on monographs and educational publications, reviews on scientific events and legislation, announcements of new scientific literature, and others.

Goals and objectives of the journal are as follows:

- to publish the results of original scientific research on the development of state and law in the modern world;
- to promote scientific exchange and cooperation between Russian and foreign legal scholars and specialists, including representatives of related fields;
- to acquaint readers with the latest areas of research in the field of legal science both in Russia and abroad, including their practical implementation;
- publish the results of scientific research on interdisciplinary issues that reveal the interaction of law, economics, politics, culture, communications, etc.;
- to promote the study of legal systems peculiarities by various socio-cultural communities, including student youth.

The journal publishes the results of scientific research on a wide range of legal problems, including on topics corresponding to the specialties of HAC (Higher Attestation Commission) legal sciences: 5.1.1, 5.1.2, 5.1.3, 5.1.4, 5.1.5. The materials shall be based on modern methodology of legal science, contain doctrinal approaches, reflect the latest trends in legislation and law enforcement practice in Russia and foreign countries, as well as international legal regulation.

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

The main criterion for selecting materials for publication is their scientific value; all articles are peer reviewed (double blind).

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

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ

- Chikhladze L.T., Friesen O.A.** Implementation of constitutional provisions concerning uniformed public authority in the Russian Federation (**Чихладзе Л.Т., Фризен О.А.** Реализация конституционных положений о единой публичной власти в Российской Федерации)..... 7
- Сырых В.М.** Черданцев А.Ф. — ведущий исследователь проблем применения логики в правовой науке и практике 25

ПАНДЕМИЯ И ПРАВО

- Алимова Я.О.** Освобождение от исполнения обязательств по трансграничным и внутренним контрактам в связи с COVID-19: анализ судебной практики 40
- Сорокина Е.А.** COVID-19 и правовое регулирование в Великобритании 60

ИСТОРИКО-ПРАВОВЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ

- Михайлов А.М.** Эволюция англо-американского юридического позитивизма в конце XIX — начале XX вв.: понимание юриспруденции и права в учении Дж. У. Сэлмонда 75
- Сехин И.В.** Законодательная инфляция как кризисная тенденция в праве: на примере книги Вальтера Ляйснера «Кризис закона. Разложение нормативного государства»..... 95

АДМИНИСТРАТИВНОЕ И ФИНАНСОВОЕ ПРАВО

- Аксенова М.А.** Правовое обеспечение режима противодействия отмыванию доходов, финансированию терроризма в условиях интеграции новых технологий ... 112
- Бикташев А.А.** Защита интересов розничного инвестора в США, Китае и России: на примере брокерской деятельности 129
- Kikavets V.V.** Planning as a basis for effective financial support of public procurement (**Кикавец В.В.** Планирование как основа эффективного финансового обеспечения публичных закупок)..... 149

ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО. ПРОКУРОРСКИЙ НАДЗОР

- Скрипченко Н.Ю., Анощенкова С.В.** Уголовно-правовой механизм возмещения вреда, причиненного преступлением: законодательная регламентация и практика... 171
- Ermakova E.P.** Specifics of resolving disputes in the field of climate protection by state courts and arbitration (**Ермакова Е.П.** Особенности разрешения споров в сфере защиты климата государственными судами и арбитражем)..... 192

ПЕРЕВОДНЫЕ СТАТЬИ

- Ястребов О.А.** Обязательная вакцинация: социальное благо или нарушение индивидуальных прав..... 210

РЕЦЕНЗИИ. НАУЧНЫЕ ФОРУМЫ

- Радько Т.Н., Назайкинская В.А.** Рецензия на книгу: Нормотворческий процесс в Республике Крым и Севастополе (по материалам 2019 года): учебное пособие для магистров / И. В. Бондарчук и др. Симферополь, 2020. 332 с. 236
- Добряков Д.А.** Принципы и целеполагание в государственном управлении наукой на современном этапе: сравнительно-правовое исследование 244
- Сатторов Ш.Ш.** Участие РУДН в международной научно-практической конференции «Правотворческая экспертология: доктрина, практика, техника» и презентация специального номера журнала 255

CONTENTS

STATE AND LAW IN CONTEMPORARY WORLD

- Levan T. Chikhladze, Olga A. Friesen.** On implementation of constitutional provisions concerning uniformed public authority in the Russian Federation 7
- Vladimir M. Syrykh.** Cherdantsev A.F. — a leading researcher of the issues of applying logic in legal science and practice 25

PANDEMIC AND LAW

- Yana O. Alimova.** Transformation of several issues of exemption from obligations under cross-border and domestic contracts due to COVID-19: analysis of judicial practice..... 40
- Elena A. Sorokina.** COVID-19 and United Kingdom's legal regulation. 60

HISTORICAL AND LEGAL RESEARCH

- Anton M. Mikhailov.** The evolution of anglo-american legal positivism in the late 19th — early 20th centuries: understanding jurisprudence and law in the teachings of J. W. Salmond..... 75
- Ivan V. Sekhin.** Legislative inflation as a crisis tendency in law: on the example of Walter Leisner's book «The Crisis of the Law. Decomposition of the Normative State» 95

ADMINISTRATIVE AND FINANCIAL LAW

- Marina A. Aksenova.** Legal support of anti-money laundering and terrorism financing regime in the conditions of new technologies integration 112
- Ainur A. Biktashev.** Protecting the interests of a retail investor in the United States, China and Russia: the example of brokerage..... 129
- Vitaly V. Kikavets.** Planning as a basis for effective financial support of public procurement..... 149

PROCEDURAL LAW. PROSECUTOR SUPERVISION

- Nina Yu. Skripchenko, Svetlana V. Anoshchenkova.** Criminal law mechanism of compensation for harm caused by crime: trends in legislative regulation and practical implementation 171
- Elena P. Ermakova.** Specifics of resolving disputes in the field of climate protection by state courts and arbitration..... 192

TRANSLATED ARTICLES

- Oleg A. Yastrebov.** Compulsory vaccination: Public benefit or individual's right limitation 210

BOOK REVIEWS. SCIENTIFIC FORUMS

- Timofey N. Radko, Varvara A. Nazaykinskaya.** Review on the book: Bondarchuk, I. V., Butkevich, O. V., Rudenko, A. V. et al. (2020) Rule-making process in the Republic of Crimea and Sevastopol (based on materials of 2019): a textbook for masters. Simferopol, Arial publishing house..... 236
- Denis A. Dobryakov.** Principles and goals in public administration of science at the present stage: a comparative legal study. 244
- Shahboz Sh. Sattorov.** RUDN University participation in the international scientific and practical conference "Law-making expertology: doctrine, practice, technique" and presentation of the special issue 255

STATE AND LAW IN CONTEMPORARY WORLD

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ

<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-7-24>

Research Article

Implementation of constitutional provisions concerning uniformed public authority in the Russian Federation

Levan T. Chikhladze¹, Olga A. Friesen²✉

¹Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University), Moscow, Russian Federation

²Moscow Region State University, Moscow, Russian Federation

✉ofa73@mail.ru

Abstract. The article analyzes changes introduced to the current Russian legislation after the constitutional amendments adopted in 2020. The analysis is conducted in relation to the previously issued rulings of the Constitutional Court of the Russian Federation concerning several isolated aspects of organization and implementation of the uniform public authority system in the Russian Federation. Upon thorough study of the Federal Law “On the federal territory “Sirius” No. 437-FL of 22 December 2020, as well as of the draft bill “On general principles of organization of public authority in the constituent entities of the Russian Federation” authors outline arising questions and, more specifically, possible difficulties in organization and implementation of the public authority in the federal territories of the Russian Federation.

Key words: Constitution, public authority, constitutional amendments, rulings of the Constitutional Court, federal territories, federal government bodies, regional authorities, local self-government, bodies of public authority

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

The participation of the authors: *Chikhladze L.T.* — research conception, data analysis, drafting of the article; *Friesen O.A.* — conception of the research, data collection and interpretation, drafting of the article.

Article received 12th November 2021

Article accepted 15th January 2022

© Chikhladze L.T., Friesen O.A., 2022



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

For citation:

Chikhladze, L.T., Friesen, O.A. (2022) Implementation of constitutional provisions concerning uniformed public authority in the Russian Federation. *RUDN Journal of Law*. 26 (1), 7—24. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-7-24>

<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-7-24>


Научная статья

Реализация конституционных положений о единой публичной власти в Российской Федерации

Л.Т. Чихладзе¹, О.А. Фризен²

¹Российский университет дружбы народов, г. Москва, Российская Федерация

²Московский государственный областной университет, г. Москва, Российская Федерация

 ofa73@mail.ru

Аннотация. Рассматриваются изменения, внесенные в действующее законодательство Российской Федерации после внесения изменений в текст российской Конституции в 2020 г. Их анализ производится с учетом ранее высказанных Конституционным Судом РФ позиций по отдельным вопросам организации и осуществления публичной власти в Российской Федерации. Авторами обозначены возникающие в этой сфере вопросы, и особенно подробно рассмотрены возможные проблемы организации и реализации публично-властных полномочий в федеральных территориях на основе анализа Федерального закона «О федеральной территории «Сириус» от 22.12.2020 № 437-ФЗ, а также законопроект «Об общих принципах организации публичной власти в субъектах Российской Федерации».

Ключевые слова: Конституция, публичная власть, конституционные изменения, решения Конституционного Суда, федеральные территории, органы федеральной власти, органы региональной власти, местное самоуправление, органы публичной власти

Конфликт интересов. Авторы заявляют об отсутствии конфликта интересов.

Информация о вкладе авторов: Чихладзе Л.Т. — концепция исследования, анализ полученных данных, написание текста; Фризен О.А. — концепция исследования, сбор и обработка материалов, написание текста.

Дата поступления в редакцию: 12 ноября 2021 г.

Дата принятия к печати: 15 января 2022 г.

Для цитирования:

Чихладзе Л.Т., Фризен О.А. Реализация конституционных положений о единой публичной власти в Российской Федерации // *RUDN Journal of Law*. 2022. Т. 26. № 1. С. 7—24. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-7-24>

Introduction

Constitution, being the fundamental state law, defines the basic principles and remains permanently the focus of attention: federal legislature is carried out in accordance with the Constitution; law makers initiating legislation are bound by the

Constitution when drafting Federal Law; the Constitutional Court of the Russian Federation verifies laws and other acts for compliance with the Constitution. A lot of research is devoted to Article 80 on the President of the Russian Federation as a guarantor of the Constitution of the Russian Federation (Krasnov, 2021; Konjakulyan & Velichkina, 2019; Liverovsky, Ovchinnikov & Avakian, 2021).

In this respect the approval of substantial amendments to the Constitution of Russia in 2020 drew immediate attention of scholars and researchers in Russia (Gritsenko, 2020; Medushevsky, 2020; Alabastrova, 2021; Troitskaya, 2021; Soboleva, 2020) and abroad (Germany, Latvia, Hungary). Certain Articles of the new Constitution form the basis for revising a great number of Federal Laws¹ and adopting new legislation, such as Federal Laws and new Federal Constitutional Laws² and new Federal Constitutional Laws³. Meanwhile, it is of the paramount importance that the definitions of the new constitutional phenomena be embodied in the law.

Despite the fact that there have been many papers on the problems of organization of the uniformed public authority in the Russian Federation published by different scholars recently, and although the Constitutional Court of the Russian Federation has long stated and now has given legislative confirmation to the idea of unity of the state and municipal powers, there is still no clear understanding of how and in what from — given the amendments to the Constitution — this uniformity will manifest itself. Some authors are of the opinion that the local self-government currently finds itself at a crossroads (Larichev & Chikhladze, 2021); others warn that becoming a part of the uniform system of public administration self-government will turn into a mere formality (Larichev & Marquart, 2020; Molyarenko, 2021).

All problems could be resolved by a special federal act, regulating this sphere explicitly and unambiguously, but none has been passed yet.

State and municipal elements of public authority

The current legislation⁴ has defined the notion of the uniform system of public authority as a set of bodies of state authority of the Russian Federation, bodies of state authority of the constituent entities of the Federation, other government bodies, and bodies of local self-government, and stated that “the coordination of the work of these authorities shall be a system of decisions and measures ... made and undertaken by the

¹ For example, the Federal Law No. 367-FZ of November 9, 2020 On introducing changes to the Federal Law On the Prosecutor’s Office, the Federal Law No. 89-FZ of April 5, 2021 On introducing changes to certain legislative acts in the Russian Federation, the Federal Law No. 440-FZ of December 22, 2020 On introducing changes to the Federal Law On the status of the Member of the Federation Council and the status of the Member of the State Duma of the Federal Assembly of the Russian Federation etc.

² Federal Law No. 394-FZ of December 8, 2020 On the State Council of the Russian Federation.

³ Federal Constitutional Law No. 4-FKZ of November 6, 2020 On the Government of the Russian Federation.

⁴ Part 1 of Article 2 of The Federal Law No. 394-FZ of December 8, 2020 On the State Council of the Russian Federation.

President of the Russian Federation, as well as by the Government of the Russian Federation, the State Council of the Russian Federation, and by other public authority bodies within the area of their competence”.

After this law was adopted there arose the question of how exactly the “coordinated functioning and cooperation of the bodies of the uniform system of public authority” will be reached⁵, Questions concerning the constitutional status of the State Council of the Russian Federation, and what authorities are meant by “other public authority bodies” mentioned in the act are also not clear enough.

At the same time, it is obvious that the bodies of local self-government are given voice in addressing issues of state importance by the Russian President decision. Along with the members of political parties represented in the State Duma of the Federal Assembly of the Russian Federation, representatives of local self-government bodies, and other persons may be secured seats in the State Council⁶. However, who “other persons” are and how their composition might vary is not specified and remains vague. This matter, together with many others, is for the time being left to the discretion of the President of the Russian Federation (Chairman of the State Council).

Part 4 of Article 11 of the above-mentioned Federal Law shows how broad presidential powers are as far as formation of the State Council is concerned: its Commissions may be made up of representatives of bodies of state authority of the Russian Federation, representatives of bodies of state authority of the constituent entities of the Russian Federation, of other government bodies, of bodies of local self-government, and of other organizations, including those not members of the State Council.

Among the main functions of this body is data collection to support (including through grants) the constituent entities of the Russian Federation and municipalities. Such support can come as award for achieving the planned levels of the socioeconomic development, as well as encouragement of such achievements for regions struggling to overcome obvious constraints. Thus, according to the national rating of socioeconomic conditions of regions, published by RIA Rating on 31 May 2021, at the end of 2020 Moscow was at the top (as expected), Saint Petersburg and Khanty-Mansi Autonomous Okrug — Yugra followed, and Moscow Region was rated fourth).

The Article envisages the probability of complex support of a constituent entity of the Russian Federation or its separate municipalities on its territory. The complex approach is provided for by Clause 3 of Article 6 of the Federal Law on the State Council, which states that the State Council, along with its other functions, analyses practices of federal government bodies and municipalities and puts forward suggestions

⁵ Quotation from Part 1 of Article 1 of the Federal Law No. 394-FZ of December 8, 2020 On the State Council of the Russian Federation.

⁶ Part 2 of Article 9 of the Federal Law No. 394-FZ of December 8, 2020 On the State Council of the Russian Federation.

on their improvement⁷. In unison with it, Clause 3 of Part 2 of Article 15 of the Law sets forth the procedure of scientific research on issues related to cooperation between the bodies of public authorities.

Part 4 of Article 17 of the Law on the State Council stipulates various forms of participation of municipalities in resolving current federal issues: for example, bodies of local self-government take part in exercising public functions of national importance (of course, exclusively on territories coming under their jurisdiction)⁸. Such participation may occur not only by endowing local self-government bodies with certain state powers but also in any other manner prescribed by the federal law⁹.

Thus, given that this normative act was nevertheless devoted to consolidating the new — constitutional — status of the previously created State Council and defining the range of tasks to be solved by it, the ambiguous and overly general formulations did not and could not add clarity to the issue of changing (redistributing) the volume of powers exercised by public authorities at different levels. The reference to the alternative ways of powers redistribution suggests that changes will be introduced to not a single but several laws securing the powers of the bodies of public authority of different levels.

In this respect it should be noted that the question of whether the transfer of powers from the bodies of state authority of the constituent entities of the Federation to the municipal level or vice versa and implementation of such authority contradicts the Constitution has already attracted attention of the Constitutional Court Judges. In their opinions some of them asserted that people often do not distinguish between the state authority powers and municipal bodies powers¹⁰.

The Constitutional Court of the Russian Federation considered constitutionality of some provisions of the Kursk Oblast Charter back in 2000¹¹.

The applicant in this case was the State Duma. The members of the Duma claimed that provisions of certain articles of the Kursk Oblast Charter contradicted the provisions of the Constitution on local self-government, delimitation of powers between the Russian Federation and its constituents along with a number of other constitutional provisions.

⁷ Clause 3 of Part 2 of Article 15 of the Law envisages the right of the State Council to conduct research on coordination and cooperation of bodies of public authority.

⁸ Part 4 of Article 17 of the Federal Law of 8 December 2020 № 394-FZ “On the State Council of the Russian Federation”.

⁹ Part 4 of Article 17 of the Federal Law of 8 December 2020 № 394-FZ “On the State Council of the Russian Federation”.

¹⁰ Opinion of the Constitutional Court Judge Bondar N.S. in the case of constitutionality of Parts 4, 5, and 5.1 of Article 35, and Parts 2 and 3.1 of Article 36 of the Federal Law “On general principles of organization of self-government in the Russian Federation”, as well as constitutionality of Part 1.1 of Article 3 of the Law of Irkutsk Oblast “On certain questions of formation of self-government bodies in Irkutsk Oblast” with respect to the request of a group of members of the State Duma, with reference to the Ruling of the Constitutional Court of the Russian Federation No. 50-P of January 1, 2015).

¹¹ Ruling of the Constitutional Court of the Russian Federation No. 15-P of November 30, 2000 On the case of constitutionality of some provisions of the Charter of Kursk Oblast as amended by the Act of 22 March 1999 On amendments and additions to the Charter of Kursk Oblast.

The Constitutional Court of the Russian Federation established inconsistency of Clause 2 of Article 21 of the above-mentioned Charter with the Constitution, as the clause provided for the possibility of transfer of certain powers to local governments not by law but by the decision of the state authorities of the district — the district Council of People's Deputies. This body by its virtue and place in the system of public authority cannot act as a legislative body. Earlier in the “Udmurt case”¹² the Constitutional Court rejected possibility of transferring local matters for resolution at the level of state authority of the constituent entities of the Federation. The Constitutional Court emphasized the necessity to resolve issues of local importance only and solely by bodies of local self-government or directly by citizens, noting that federal legislation does not specify the possibility of transferring powers on issues of local importance to state authorities¹³.

Having concluded that a number of provisions of the Kursk Oblast Charter are not in line with the Constitution of the Russian Federation, the Constitutional Court nevertheless noted the possibility of interaction between local municipal bodies of self-government and state authorities of Kursk Oblast in solving local issues¹⁴.

Considering the opportunity provided to the population by the Charter of Kursk Oblast (as basic law) to voluntarily reject the right of forming local self-government (and thus refusing to exercise the state power of the Kursk Oblast in this territory), the Constitutional Court of the Russian Federation noted that “any change in the territorial foundations of local self-government cannot lead to its rejection”¹⁵.

We should also highlight the Judgement of the Constitutional Court of the Russian Federation No. 30-P of December 1, 2015¹⁶ in the Irkutsk case, and more specifically in relation to the Opinion of the Constitutional Court Judge Nikolay Semyonovich Bondar, who asserted that the municipalities may vary in the degree of freedom and self-sufficiency and that people tend to confuse the municipal authority with state authority¹⁷.

¹² Judgement of 24 January 1997 in the case of constitutionality of the Law of the Udmurt Republic On the system of government authorities in the Udmurt Republic.

¹³ Judgement of the Constitutional Court of the Russian Federation No. 15-P of November 30, 2000 On constitutionality of certain provisions of the Charter of Kursk Oblast as amended by the Act of Kursk Oblast of 22 March 1999 On amendments and additions to the Charter of Kursk Oblast.

¹⁴ Judgement of the Constitutional Court of the Russian Federation No. 15-P of November 30, 2000 On constitutionality of certain provisions of the Charter of Kursk Oblast as amended by the Act of Kursk Oblast of 22 March 1999 On amendments and additions to the Charter of Kursk Oblast.

¹⁵ Judgement of the Constitutional Court of the Russian Federation No. 15-P of November 30, 2000 On constitutionality of certain provisions of the Charter of Kursk Oblast as amended by the Act of Kursk Oblast of 22 March 1999 On amendments and additions to the Charter of Kursk Oblast.

¹⁶ Judgement of the Constitutional Court of the Russian Federation No. 30-P of December 1, 2015 On constitutionality of Parts 4, 5, and 5.1 of Article 35, Parts 2 and 3.1 of Article 36 of the Federal Law On general principles of organization of self-government in the Russian Federation, as well as constitutionality of Part 1.1 of Article 3 of the Law of Irkutsk Oblast On certain questions of formation of self-government bodies in Irkutsk Oblast with respect to the request of a group of members of the State Duma. Available at: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_189899/ [Accessed 15th November 2021].

¹⁷ Opinion of the Constitutional Court Judge Bondar N.S. Available at: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_189899/8b6d4af337c6cb18b4e18f3b5da62e376a331fee/ [Accessed 14th November 2021].

These conclusions have been made upon thorough examination of extensive data, not limited to documents submitted to the Constitutional Court. And given that *governing* is the main characteristic of state authority, citizens equate bodies of state authority of the constituent entities of the Federation with *bodies of local self-government* as they cannot always form self-governing and rely on local self-government for resolving local problems. Thus, many citizens cannot tell the difference between the character of authority at the regional level of the Federation and at municipal level.

However, this problem is not the only one. At present, the number of complex constituent entities of the Russian Federation has been minimized and, basically, rules for delineation of public authorities exercised by the state authorities of such entities have been developed. Earlier (in 1997), the issue of public powers intersection was also the subject of attention of the Constitutional Court of the Russian Federation¹⁸.

In its reasoning, the Constitutional Court noted that the fact of the autonomous okrug joining the territory of the region allows for the extension of the powers of the state authorities of the "parent" constituent entity over it, although these powers are of a different nature: they differ from those that krai or oblast exercise in relation to their other parts¹⁹.

In the resume part of its decision (Part 4) the Constitutional Court noted the single territory and population in such complex entities, and extension of government bodies powers of such complex territories as krai or oblast over the territory of autonomous districts.

As we see, in this situation the Constitutional Court virtually ruled over the dispute of two constituent entities of the Russian Federation; it considered how they should get along, which bodies of state authority should be formed, to which territory their jurisdiction extends, etc. But it is important to note, that though the constituent entities were of a special character, they were equal in their rights.

Organization and implementation of public authority in federal territories

Considering the amendments to the Constitution of the Russian Federation of 2020, we may presume that these basic resolutions of the Constitutional Court of the Russian Federation will soon become history. They will probably be used by constitutionalists to illustrate how "things used to be" and how "they have changed". And it is not about the change of the three-level structure of the system of public authority, which the Constitutional Court of the Russian Federation has substantiated in order to understand the general system of power in Russia. Neither

¹⁸ Judgement of the Constitutional Court of the Russian Federation No. 12-P of July 14, 1997 On interpretation of Part 4 of Article 66 of the Constitution of the Russian Federation on including Autonomous Okrug into Krai or Oblast". Available at: <http://www.constitution.ru/decisions/65786/65786.htm> [Accessed 19th November 2021].

¹⁹ Judgement of the Constitutional Court of the Russian Federation No. 12-P of July 14, 1997 On interpretation of Part 4 of Article 66 of the Constitution of the Russian Federation on including Autonomous Okrug into Krai or Oblast". Available at: <http://www.constitution.ru/decisions/65786/65786.htm> [Accessed 19th November 2021].

do we mean the change of the conceptual approach, but rather the forthcoming integration of elements falling out of this harmonious system, — the federal territories:

- the necessity of correlating public authority relationships (in contrast to the existing layout where the powers are divided between federal state authority, state authority of the constituent entities of the Federation, and municipal authority),
- various opportunities to be used in federal legislative regulation (federal laws on these territories can be very different),
- inevitable emergence of new approaches to understanding possible ways of interaction between different levels of public authority: the relevant (future) decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation will certainly be of prime importance; it is only a matter of time that they will appear due to overlapping of powers of public authorities and local self-government bodies, because, after all, until recently, it was the municipal authority that was considered (and it really is) the closest to people.

Professor, Doctor of Law Bondar N.S. distinguished between “positive” and “negative” factors influencing the equality of citizens when describing territorial organization of the population (Bondar, 2008:2). This issue is even more topical in relation to the above-mentioned territories.

How will territories be extracted from municipalities and constituent entities of the Russian Federation to form federal territories? If the territory is municipal (permanent for the residence of certain citizens), then how will the population of the federal territory be qualified? The word "guest status" comes to mind since these citizens will not have much weight in resolving issues of local importance, especially taking into account, that, most likely, local self-government as such is not formed.

So, speaking of the territorial principle of organization of local self-government in the Russian Federation, we cannot ignore the provisions of Article 67 of the Constitution of the Russian Federation envisaging possibility of formation of the federal territories in the Russian Federation in compliance with federal law and specifics of organizing public authority in these territories.

It is quite clear that to become “federal” such territories (being geographically a part of a certain constituent entity of the Russian Federation) must have significant features, or, rather, reasons for the federal legislator to decide in favor of withdrawing such territories from administration of municipalities and constituent entities of the Russian Federation to the direct administration of federal authority.

This idea is further supported by the characteristic of such territories given by some members and representatives of federal and regional authorities.

Thus, Speaker of the Tula Oblast Duma, S. Kharitonov, assessing the necessity of creating such territories, justified the changes by the specifics of the territories requiring social administering. These features can be of different kind: safety, ecology, economy, national reserves, and other protected zones. A similar proposal was put forward by the Chairman of the Federation Council Committee on Constitutional Legislation and State Construction Andrei Klishas.

Certainly, those voicing this initiative have studied similar federal territories in other countries, since the notion has long been known in a number of countries (as a rule, these are special administrative territorial units that are part of the federation without the legislative function and/or any representation in bodies of federal government). The issue of federal territories (districts, counties, regions, areas) in foreign countries is also of certain interest for Russian scholars who investigate foreign territorial forms of organization of public power (Irkhin, 2017; Praskova, 2013).

As of November 1, 2021, the city district Sirius, created in February 2021 in the Imereti Valley based on the infrastructure of the 2014 Olympics, received the status of a federal territory “Sirius”. The corresponding Federal Law No. 437-FZ On the federal territory “Sirius” was adopted on December 22, 2020.

Although the main topic of this article is the system of public authority bodies in the federal territory, it is noteworthy that in 2019 an innovative Scientific and Technological Center, which, among other things, develops fundamentally new forms of education and conducts scientific research, was built there.

This Federal Law²⁰ establishes the legal framework for the federal territory “Sirius”; thus, it first and foremost regulates matters arising in the process of its creation and organizational issues in the sphere of public authority. It also handles economic and other types of activities within the boundaries of the specified territory.

This specialized normative act contains the definition of this — and this should be emphasized, this particular — federal territory, which is understood as a public-law entity that has national strategic importance. Thus, in the Russian Federation, the federal territory is now one of the public-legal entities.

This Law also defines the competence of the public authorities of such a territory²¹. Let us emphasize again and more specifically — of the bodies of public authority.

This particular wording comes forth in other Articles of this Law: among the acts (forming the legal basis of creating and functioning of the federal territory “Sirius”) *the acts of the bodies of state authority of the Russian Federation or municipal bodies are not mentioned. What the law refers to is exclusively bodies of public authority, which brings us to the conclusion that in this territory a symbiosis of state authority, regional authority, and municipal levels of administration is created. For example, on the official site of the federal territory “Sirius” it is emphasized that here the bodies of the public authority exercise powers of local self-government and most of the regional powers; moreover, some federal powers can be transferred to them as well.*

Due attention should be paid to the Constitution of the Russian Federation legislating on (in a more or less generalized form) the issues of jurisdiction of the bodies of state federal authority, bodies of state authority of the constituent entities of the

²⁰ Article 1 of the Federal Law “On the federal territory “Sirius”. Available at: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_371784/ [Accessed 19th November 2021].

²¹ Part 3 of Article 2 of the Federal Law “On the federal territory “Sirius”. Available at: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_371784/ [Accessed 17th November 2021].

Russian Federation, and municipal bodies. There is nothing similar regarding the competence of the bodies of public authority. No doubt that determining the competence of public authorities will allow to determine the total scope of powers of such bodies (both state and municipal). But the same provision allows for the assumption that over time, a new form of public authorities that will act as a mediator between state and municipal authorities will be established. This means that certain set of competences will be formed from the tasks assigned to each level of administration and enshrined by federal law.

Article 3 of this Law (in addition to federal legal regulators etc.) deals with the Statute of this federal territory and with regulatory legal acts of its bodies of public authority. Nothing special but for the novelty — fact that the bodies of public authority of this federal territory enjoy the right to submit proposals to the President of the Russian Federation and the Government of the Russian Federation on the development of draft laws and other regulatory legal acts²².

Thus, the Law virtually envisages the right of the bodies of public authority of the federal territory “Sirius” to inform the federal authority (federal executive bodies) about the necessity to regulate certain matters in the federal territory. At the same time, by analogy with the Constitution (Charter) of a constituent entity of the Russian Federation and the Charter of a municipality, the Charter of the federal territory “Sirius” is adopted and approved by the Council of the Federal Territory “Sirius”²³.

Some features allow to draw a parallel between this territory and a municipal entity: the name of this body (the Council), provision in Part 4 of Article 5 that the Charter of the federal territory “Sirius” establishes other issues (including those taking into account the provisions of the federal law on local self-government in the Russian Federation), and mentioning the decisions of the head of administration of this public-law entity (and the formation of the Administration of the federal territory as an executive and administrative body).

At the same time on the official site of the federal territory, we find: “other bodies of public authority may be envisaged by the Charter of the federal territory.” This formulation facilitates formation of wide scope of bodies called public authorities. The composition of the Council and bodies involved in its formation are also of certain interest:

1) In accordance with the Decree of the President of the Russian Federation No. 555 of September 30, 2021 On the members of the Council of the federal territory “Sirius”, three people have been appointed to it: Deputy Head of the Presidential Administration for Education and Science Policy, Aide to the Presidential Administration for Domestic Affairs and Head of the Education Foundation “Talent and Success” (as agreed).

²² Part 3 of Article 2 of the Federal Law “On the federal territory “Sirius”. Available at: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_371784/59420b93ac26fa2328a49b69c671bda238cb82be/#dst100439 [Accessed 8th November 2021].

²³ Part 3 of Article 2 of the Federal Law “On the federal territory “Sirius”. Available at: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_371784/59420b93ac26fa2328a49b69c671bda238cb82be/#dst100439 [Accessed 8th November 2021].

2) By the Order of the Government of the Russian Federation No. 2745-r of September 30, 2021 Deputy Minister of Health of the Russian Federation, State Secretary — Deputy Finance Minister of the Russian Federation, and Deputy Chief of the Government Staff of the Russian Federation were appointed to be members of the Council.

3) By the Order of the Head of Administration (Governor) of Krasnodar Krai No. 259-r of September 28, 2021 the Deputy Head of Administration (Governor) of Krasnodar Krai was appointed a member of the Council of the federal territory “Sirius”.

4) in accordance with the Resolution of the Territorial Electoral Commission of the federal territory “Sirius” No. 36/238-1 of September 20, 2021 On the establishment of the general results of elections of members of the Council of the federal territory “Sirius”, nine members were elected to the Council in three multi-member constituencies.

Thus, the Council of the federal territory “Sirius” consists of 16 members: seven are appointed by the President, the Government of the Russian Federation, and the Head of Administration (Governor) of Krasnodar Krai; nine are elected by universal, equal, and direct suffrage by secret ballot. And the 17-th member, the Head of the Administration of the federal territory is member *ex officio* of the Council. The authors are of the opinion that such a composition of this body allows to contemplate the combined nature of the powers of public authorities of the federal territory when the competence of these bodies will be a combination of certain powers of state (federal and regional) and municipal authorities.

By the Decree of the President of the Russian Federation No. 57 of January 30, 2021 On the Acting Head of the federal territory “Sirius” the Acting Head of the territory was designated (as of November 23, 2021). The status of the head of the territory — in conjunction with the articles of the special federal law on the procedure for enforcing the law (namely, on the establishment of a transitional period until December 31, 2025 for addressing organizational issues of this territory²⁴) — indicates a significant adjustment of the entire public-power system of the territory in the nearest future.

It is well known that the federal territory “Sirius” is located in Sochi which necessitates cooperation with the municipality of Sochi Urban District and Resort. The profile law of this territory does not disregard this issue and provides for the possibility of redistributing powers between public authorities at all levels: federation, Krasnodar Krai, and Sochi (the latter being given more attention)²⁵. The Law also stipulates that such a transfer of authority is formalized by agreement²⁶.

²⁴ Article 47 of the Federal Law “On the federal territory “Sirius”. Available at: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_371784/59420b93ac26fa2328a49b69c671bda238cb82be/#dst100439 [Accessed 8th November 2021].

²⁵ Article 47 of the Federal Law “On the federal territory “Sirius”. Available at: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_371784/59420b93ac26fa2328a49b69c671bda238cb82be/#dst100439 [Accessed 8th November 2021].

²⁶ Article 47 of the Federal Law “On the federal territory “Sirius”. Available at: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_371784/59420b93ac26fa2328a49b69c671bda238cb82be/#dst100439 [Accessed 8th November 2021].

Realizing the significance of innovations in the field of public authority, the federal legislator also pointed out the need for a comprehensive adjustment of regulatory legal acts of all levels related to the federal law on the first federal territory²⁷.

However, the small size of the federal territory "Sirius" (14.19 sq. Km.), the name *Urban-type settlement "Sirius"* used in official documents, the choice of *the newly established print and online media* for promulgation of normative legal acts and other official information²⁸ (Part 7 of Article 5 of the above-mentioned Federal Law) contribute to similarity with a municipality.

Noteworthy is the provision that bodies of public authority of the federal territory "Sirius" may issue legal acts that are not of a normative character²⁹. But who will decide on constitutionality of the acts issued by the bodies of public authority of this federal territory and on their compliance with federal legislation? How will these norms be implemented if they are designed to regulate matters without any normative legal acts? Will there be state control (supervision) over the observance of the Constitution of the Russian Federation, implementation of federal constitutional laws, federal laws, constitutions (charters), laws of the constituent entities of the Russian Federation by public authorities of the given territory and by its officials, as well as over the compliance of the legal acts issued by them with the legislation of the Russian Federation? Please note that such control is carried out routinely subject to public authority bodies and officials of the constituent entities of the Russian Federation³⁰.

What makes federal territories different from municipalities is that the President and the Government of the Russian Federation take part in the legislative process in such federal territory: for example, the Charter of the federal territory "Sirius" as well as any amendments to it, must be approved by the Government of the Russian Federation.

Given this direct participation of the federal center, there arises the question of how the law of Krasnodar Krai, where the Imereti Valley used to belong before the adoption of Federal Law No. 437-FZ of December 22, 2020, will be implemented.

Article 5 of this Law allows the bodies of public authorities of the federal territory "Sirius" to adopt normative legal acts binding in the territory in pursuance of normative acts of the federal level³¹, but the normative legal acts of the region level (in this case, Krasnodar Krai) are not mentioned.

²⁷ Article 47 of the Federal Law "On the federal territory "Sirius". Available at: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_371784/59420b93ac26fa2328a49b69c671bda238cb82be/#dst100439 [Accessed 8th November 2021].

²⁸ Article 5 of the Federal Law No. 437-FZ of December 22, 2020 On the federal territory "Sirius".

²⁹ Part 8 of Article 5 of the Federal Law No. 437-FZ of December 22, 2020 On the federal territory "Sirius".

³⁰ In accordance with Article 29.2 of the Federal Law of 6 October 1999 № 184-FZ "On general principles of organization of legislative (representative) and executive bodies of state power of the constituent entities of the Russian Federation".

³¹ In accordance with Article 29.2 of the Federal Law of 6 October 1999 № 184-FZ "On general principles of organization of legislative (representative) and executive bodies of state power of the constituent entities of the Russian Federation".

This Law, however, does not contain only questionable provisions.

Article 7 “Changing the boundaries of the federal territory “Sirius” is interesting in terms of the federal center intention to encourage development of this territory: Part 2 of this Article stipulates that “artificial lands (created in the adjacent to the federal territory “Sirius” internal sea waters and in the territorial seas of the Russian Federation) shall be included into the federal territory”. Given the size and cost of these projects, funds for their realization may be allotted only from the Federal Budget.

On the other hand, it is quite likely that the necessary funding will be raised from public-private partnership. Such assumption is made on the Information and Analytical Review On the development of public-private partnership in the Russian Federation, released by the Ministry of Economic Development of the Russian Federation in February 2020. Among the main conclusions made by the Ministry are those concerning insufficient investment into the infrastructure by awarding concessions, the underestimated potential of concession contracts and huge flow of investment (42%) coming from concession contracts concluded at the federal level (the data comes from the Information and Analytical Review of the Ministry of Economic Development On the development of public-private partnership in the Russian Federation).

In December 2020 the Federal Council of the Russian Federation called a meeting on the topic of Improving legislation in the sphere of public-private partnership and concessions. A. Kutepov noted the importance of regulating such relations and proximity to deliver the draft to the State Duma. Earlier (October 15, 2020) this draft law was discussed at the meeting of the Presidential Council for Codification and Enhancement of Civil Legislation. Therefore, it is a matter of course that passing the draft regulating public-private partnership — in relation to the issue under consideration — will entail the adoption of regulatory legal acts at all levels.

At the same time, we cannot but notice that Article 8 of the Federal Law No. 437-FZ of December 22, 2020 grants an extensive list of powers to public authorities of the federal territory “Sirius”. The authorities of the federal territory “Sirius” can exercise the powers of:

- *the Russian Federation* in the matters of the Russian Federation jurisdiction and joint jurisdiction of the Russian Federation and the constituent entities of the Russian Federation, *entrusted for implementation to public authorities of the federal territory “Sirius”*. In addition to federal laws and laws of the constituent entities of the Russian Federation, the list of normative acts that can be used to formalize such a transfer has been supplemented by acts of the Government of the Russian Federation and the Administration of the President of the Russian Federation,

- *state authorities of a constituent entity of the Russian Federation in matters of joint jurisdiction* of the Russian Federation and the constituent entities of the Russian Federation in accordance with federal laws and other regulatory legal acts, except for an extensive scope of powers³²;

³² Specified in the Federal Law of 6 October 1999 № 184-FZ “On general principles of organization of legislative (representative) and executive bodies of state power of the constituent entities of the Russian Federation”.

- *separate powers of the bodies of Krasnodar Krai state authority* transferred for implementation to the public authorities of the federal territory “Sirius” by regulatory legal acts of Krasnodar Krai,
- *bodies of local self-government of the Urban District* (including on the matters of local relevance).

The federal law envisages joint financing of the transferred powers from the budget of the federal territory “Sirius” and Federal Budget including in the form of subventions.

Thus, the federal territory acquired the status of a public legal entity with a special structure of administration. At the same time, in other federal territories, the federal legislator will not necessarily adhere to the same principles of regulating public-power relations: there are no such constitutional and regulatory requirements, moreover, the features of these territories may vary or be completely different in each case.

However, substantial basis for new laws on federal territories has been established.

Evaluating possible options for organization and cooperation of state and municipal authority in federal territories, the authors think reasonable to turn to the Opinion of the Constitutional Court Judge Bondar N.S.³³ Although this opinion was given on a different matter, the below quotation is relevant to the situation in question because differences in federal regulation of public power organization in federal territories are also well-warranted. At the same time — and above all — there should be uniform, common for all federal territories, norms and principles stipulated by federal law, for example, on the general principles of organizing public authority in federal territories.

The provisions of such a normative act will form the platform for introducing new regulations, depending on characteristics of a particular territory.

In the absence of such a fundamental normative act, federal laws on federal territories may suffer from serious deficiencies. The reasons for the formation of such territories may be — and will be — different, but it is quite obvious that the first federal law adopted in this area did not prove to be of the best quality. At the same time, we think that constitutional feasibility to organize federal territories should not give rise to establishing such territorial entities in numerous instances: after all, territories should be withdrawn from the regional and municipal administration only in exceptional cases and implementation of individual projects may well be carried out on the basis of federal and regional interaction.

³³ Opinion of the Constitutional Court Judge Bondar N.S. in the case of constitutionality of Parts 4, 5, and 5.1 of Article 35, and Parts 2 and 3.1 of Article 36 of the Federal Law “On general principles of organization of self-government in the Russian Federation”, as well as constitutionality of Part 1.1 of Article 3 of the Law of Irkutsk Oblast “On certain questions of formation of self-government bodies of municipalities in Irkutsk Oblast” with respect to the request of a group of members of the State Duma”.

No doubt, there must be a normative legal act (or several of those) regulating organization of public authority in the country as a whole. In support of this idea the first draft law appeared³⁴, immediately raising a number of questions.

Attention should be directed to the fact that this draft contains:

1. terms and notions different from legislated on by the Constitution, such as “bodies forming part of the uniform system of public authority in the constituent entity of the Russian Federation” (Part 2 of Article 2),

2. propositions to incorporate and legislate on the working procedures already established in the work of state and municipal bodies (for example, the same Part 2 of Article 2 provides for the procedures of remote interaction of bodies),

3. provisions repeating those of the Constitution of the Russian Federation and relevant federal laws³⁵;

4. Part 3 of Article 6 envisages phenomena of different characters (powers of supervision, exercised by bodies of state authority of constituent entities of the Russian Federation over *municipalities and bodies of local self-government*, as proposed by the writers). We can presume that amendments to the Constitution did not imply introduction of powers of supervision as the instrument of uniting the levels of public authority, especially since the title of the article refers to participation of such bodies of the constituent entity of the Russian Federation in resolving problems of local self-government.

But, apart from these provisions, some others evoked wide response in certain constituent entities of the Russian Federation. Members of the State Council of the Republic of Tatarstan did not support the draft law, for it obliges all Governors to be officially called Heads of Regions. At the present time, Tatarstan remains the only constituent entity of the Russian Federation with the Head called President. Significant amount of disapproval on the part of the constituent entities of the Russian Federation was also connected with the proposal to reduce the time period for submitting responses to draft laws considered in the State Duma from the original 30 to 15 days; this may result in (as was noted in the Stavropol Krai) actual removal of regions from the federal legislative process, since the legislative bodies in regions hold their meetings once a month and the time limit of 15 days is insufficient for proper work with draft laws. All in all, we can note a very general approach and excessive number of blanket rules of law in the above draft.

³⁴ What is meant here is the draft of the Federal Law “On general principles of organization of public authority in the constituent entities of the Russian Federation”, brought in the State Duma by Senator Klishas A.A. and Member of the State Duma Krashennnikov P.V.

³⁵ For instance, Parts 1 and 5 of Article 5 concerning exclusively Russian citizenship for persons holding public office in the constituent entities of the Russian Federation, the prohibition to open and have accounts (deposits), keep cash and valuables in foreign banks; provisions on the possible establishment by federal law of the special procedures of cooperation between public authorities in the created federal territories. Available at: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/1256381-7> [Accessed 30th May 2021].

Conclusion

The draft law discussion showed that it needs to be finalized, inevitably proving that it will be thoroughly re-thought and re-designed eventually. The provisions of the law on the first federal territory also require further thorough improvement.

Thus, it is already clear how troublesome and versatile the implementation of the updated constitutional norms might be. It may well be the case that the Russian structure of public power interspersed with federal territories will have very significant differences from its foreign counterparts. Ultimately, constitutional consolidation of the possibility of organizing such territories by the federal law leaves the regional authorities outside the system: their opinion is actually not taken into account when withdrawing a part of the territory and transferring it under the jurisdiction of federal administration. Lack of any restrictions for setting up such territories allows us to assume a scenario in which, if not the quantity, then the area of the federal territories will finally prevail over the area of the constituent entities of the Russian Federation. Of course, at the moment this looks like day dreaming, but on the other hand — why not? Indeed, in the ultimate analysis, such a situation will ensure the unconditional nature of federal administration (specifically administration).

We should like to emphasize that only the difficulties in building of a uniform system of public authority in the Russian Federation arising from implementation of the amendments to the Constitution of the Russian Federation are outlined in the paper. In view of the aforesaid the uniform system of bodies of public authority is far from being a mere integration of bodies of state power and local self-government; implementation of public authorities in a unified manner may not always conform with the current legislation.

References / Список литературы

- Alabastrova, I. (2021) Constitutional rights and freedoms in the third post-Soviet Republic in Russia. *Comparative Constitutional Review*. (2), 46—49. <https://doi.org/10.21128/1812-7126-2021-2-46-58> (in Russian).
Алебастрова И. Конституционные права и свободы в третьей постсоветской республике в России // Сравнительное конституционное обозрение. 2021. № 2 (141). С. 46—49. <https://doi.org/10.21128/1812-7126-2021-2-46-58>
- Bondar, N. (2008) *Local self-government and constitutional justice: constitutionalization of municipal democracy in Russia*. Moscow, Norma Publishing House. (in Russian).
Бондарь Н.С. Местное самоуправление и конституционное правосудие: конституционализация муниципальной демократии в России. М.: Норма, 2008. 278 с.
- Gritsenko, E. (2020) Federalism and local self-government in the light of the Russian Constitutional Reform of 2020. *Comparative Constitutional Review*. (4), 80—97. <https://doi.org/10.21128/1812-7126-2020-4-80-97> (in Russian).
Гриценко Е. Федерализм и местное самоуправление в свете российской конституционной реформы 2020 года // Сравнительное конституционное обозрение. 2020. № 4 (137). С. 80—97. <https://doi.org/10.21128/1812-7126-2020-4-80-97>
- Irkhin, I. (2017) Federal territories and federal districts: mixing of constitutional and legal models. *Journal of Foreign Legislation and Comparative Law*. (6), 30—36. https://doi.org/10.12737/article_5a1e71d9d03671.35583995 (in Russian).

- Ирхин И.В. Федеральные территории и федеральные округа: смешение конституционно-правовых моделей // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2017. № 6. С. 30—36. https://doi.org/10.12737/article_5a1e71d9d03671.35583995
- Krasnov, M. (2021) The problem of the concept “guarantor of the constitution”. *Comparative Constitutional Review*. (2), 15—34. <https://doi.org/10.21128/1812-7126-2021-2-15-45> (in Russian).
- Краснов М. Проблема концепта «гарант конституции». Сравнительное конституционное обозрение. 2021. № 2 (141). С. 15—34. <https://doi.org/10.21128/1812-7126-2021-2-15-45>
- Konjakulyan, A. & Velichkina, M. (2019) Constitutional extension of the powers of the President of the Russian Federation. Problematic aspects. *Law and law*. (1), 163—165. <https://doi.org/10.24411/2073-3313-2019-10037> (in Russian).
- Конджакулян А.М., Величкина М.В. Конституционное расширение полномочий Президента Российской Федерации. Проблемные аспекты // Закон и право. 2019. № 1. С. 163—165. <https://doi.org/10.24411/2073-3313-2019-10037>
- Larichev, A. & Markwart, E. (2020) Local communities as a tool for the development of general municipal democracy: the experience of Germany and lessons for Russia. *Comparative Constitutional Review*. (5), 74—87. [https://doi.org/10.24147/2542-1514.2019.3\(1\).100-107](https://doi.org/10.24147/2542-1514.2019.3(1).100-107) (in Russian).
- Ларичев А., Маркварт Э. Локальные сообщества как инструмент развития общемуниципальной демократии: опыт Германии и уроки для России // Сравнительное конституционное обозрение. 2020. № 5 (138). С. 74—87. [https://doi.org/10.24147/2542-1514.2019.3\(1\).100-107](https://doi.org/10.24147/2542-1514.2019.3(1).100-107)
- Larichev, A. & Chikhladze, L. (2020) Local self-government in Russia at the crossroads: dynamics of constitutional doctrine and legal regulation. *Bulletin of St. Petersburg University. Series 14. Law*. 11 (2), 273—292. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2020.202> (in Russian).
- Ларичев А., Чихладзе Л. Местное самоуправление в России на распутье: динамика конституционной доктрины и правового регулирования // Вестник Санкт-Петербургского университета. Серия 14. Право. 2020. Т. 11. № 2. С. 273—292. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2020.202>
- Liverovsky, A.A. Ovchinnikov, A.I. & Avakian, S.A. (2021) *Constitution. Constitutionalism. The Constitutional Court. Monograph*. Moscow, Prospect Publ. (in Russian).
- Ливеровский А.А., Овчинников А.И., Авакян С.А. Конституция. Конституционализм. Конституционный Суд: монография. М.: Проспект, 2021. 152 с.
- Medushevsky, A (2020) Russia's Transition to a constitutional dictatorship: Reflections on the significance of the 2020 reform. *Comparative constitutional review*. (3), 33—49. <https://doi.org/10.21128/1812-7126-2020-3-33-50> (in Russian).
- Медушевский А. Переход России к конституционной диктатуре: размышления о значении реформы 2020 года // Сравнительное конституционное обозрение. 2020. № 3 (136). С. 33—49. <https://doi.org/10.21128/1812-7126-2020-3-33-50>
- Molyarenko, O.A. (2021) Local self-government in modern Russia, or Chronicles of extreme power. *The World of Russia: Sociology, ethnology*. 30 (1), 8—28. <https://doi.org/10.17323/1811-038X-2021-30-1-8-28> (in Russian).
- Моляренко О.А. Местное самоуправление в современной России, или Хроники крайней власти // Мир России: Социология, этнология. 2021. Т. 30. № 1. С. 8—28. <https://doi.org/10.17323/1811-038X-2021-30-1-8-28>
- Praskova, S. (2013) On federal territorial units. *Actual problems of Russian law*. (12), 1543—1551. (in Russian).
- Праскова С. О федеральных территориальных единицах // Актуальные проблемы российского права. 2013. № 12. С. 1543—1551.
- Soboleva, A. (2020) Social rights in the context of the new powers of the President. *Comparative Constitutional Review* (3), 82—96. <https://doi.org/10.21128/1812-7126-2020-3-82-96> (in Russian).

Соболева А. Социальные права в контексте новых полномочий Президента // Сравнительное конституционное обозрение. 2020. № 3 (136). С. 82—96. <https://doi.org/10.21128/1812-7126-2020-3-82-96>

Troitskaya, A. (2021) Selective rationality? Argumentation of the Constitutional Court of the Russian Federation on the terms of office of the President in the mirror of cognition. *Comparative Constitutional Review*. (2), 84—98. <https://doi.org/10.21128/1812-7126-2021-1-84-99> (in Russian).

Троицкая А. Селективная рациональность? Аргументация Конституционного Суда РФ о сроках полномочий Президента в зеркале когнитивности // Сравнительное конституционное обозрение. 2021. № 2 (141). С. 84—98. <https://doi.org/10.21128/1812-7126-2021-1-84-99>

About the authors:

Levan T. Chikhladze — Doctor of Legal Sciences, Full Professor, Head of the Department of Municipal Law, Law Institute, Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University); 6 Miklukho-Maklaya str., Moscow, 117198, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0002-8807-2572; SPIN-code: 3018-2946

e-mail: chikhladze_lt@rudn.university

Olga A. Friesen — Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Department of Constitutional and Municipal Law, Institute of Economics, Management and Law, Moscow Region State University; 10A Radio str., Moscow, 105005, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0003-2528-5690; SPIN-code: 1249-8596

e-mail: ofa73@mail.ru

Об авторах:

Чихладзе Леван Теймуразович — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой муниципального права, Юридический институт, Российский университет дружбы народов (РУДН); 117198, Российская Федерация, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6

ORCID ID: 0000-0002-8807-2572; SPIN-код: 3018-2946

e-mail: chikhladze_lt@rudn.university

Фризен Ольга Анатольевна — кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного и муниципального права, Институт экономики, управления и права, Московский государственный областной университет; 05005, Российская Федерация, г. Москва, ул. Радио, д. 10А

ORCID ID: 0000-0003-2528-5690; SPIN-код: 1249-8596

e-mail: ofa73@mail.ru

<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-25-39>

Научная статья

Черданцев А.Ф. — ведущий исследователь проблем применения логики в правовой науке и практике

В.М. Сырых✉

Российский государственный университет правосудия,
г. Москва, Российская Федерация
✉2707xyz@mail.ru

Аннотация. Дается системный анализ основных положений логико-методологических проблем правовой науки и практики, разработанных А.Ф. Черданцевым — российским правоведом, доктором юридических наук, профессором, заслуженным деятелем науки РФ. Показывается, что творческий вклад в разработку логических проблем правовой науки, внесенный автором, выражается в обосновании нового термина «логико-языковые феномены», а также критическом анализе предложений российских правоведов создать философию прав и логику права в качестве самостоятельных отраслей научного знания. Кроме того, автор дал обоснованные рекомендации относительно логической природы ряда ведущих логико-языковых феноменов: понятий, терминов, определений, норм права, принципов, фактов, юридических конструкций и др. В статье, далее, дается оценка исследованиям А.Ф. Черданцева методов толкования права, умелое владение которыми, по его мнению, является залогом успешной деятельности юриста как в сфере юридической науки, так и практики. Поддерживаются предложения автора о составе, структуре и содержании методов толкования права. В числе ведущих положений новизны автора отмечается его развернутая системная характеристика методов толкования права, в которой решающее значение придается анализу специальных методологических принципов познания, составляющих содержание названных методов.

Ключевые слова: философия права, логика права, логико-языковой феномен, методы толкования права, определения, норма права, грамматический метод, логический метод, системный метод, исторический метод, функциональный метод

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 11 октября 2021 г.

Дата принятия к печати: 15 января 2022 г.

Для цитирования:

Сырых В.М. Черданцев А.Ф. — ведущий исследователь проблем применения логики в правовой науке и практике // *RUDN Journal of Law*. 2022. Т. 26. № 1. С. 25—39. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-25-39>

<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-25-39>

Research Article

Cherdantsev A.F. — a leading researcher of the issues of applying logic in legal science and practice

Vladimir M. Syrykh✉

Russian State University of Justice, *Moscow, Russian Federation*

✉2707xyz@mail.ru

Abstract. A systematic analysis of the main provisions of the logical and methodological problems of legal science and practice developed by A.F. Cherdantsev — Russian jurist, Doctor of Law, Full Professor, Honored Scientist of the Russian Federation is given. The creative contribution to the development of logical legal issues, made by the author, is expressed in underpinning of the new term “logical-linguistic phenomena”, as well as critical analysis of Russian jurists proposals to *treat philosophy of rights and logic of law* as independent branches of scientific knowledge. In addition, the author gave reasonable recommendations regarding the logical nature of a number of leading logical and linguistic phenomena: concepts, terms, definitions, norms of law, principles, facts, legal constructions, etc. The article, further, evaluates the research of A.F. Cherdantsev methods of interpretation of law, skillful possession of which, in his opinion, is the key to the successful activity of a lawyer both in the field of legal science and practice. The author's proposals on the composition, structure and content of methods of interpretation of law are supported. Among the main contentions of the author's novelty is his detailed systemic characteristic of the methods of law interpretation, where decisive importance is attached to the analysis of special methodological principles of cognition forming the content of these methods.

Key words: philosophy of law, logic of law, logical-linguistic phenomenon, methods of law interpretation, concepts, definitions, rule of law, composition of methods of law interpretation, grammatical, logical, systemic, historical and functional methods

Conflicts of interest. The author declares no conflict of interest.

Article received 11th October 2021

Article accepted 15th January 2022

For citation:

Syrykh, V.M. (2022) Cherdantsev A.F. — a leading researcher of the issues of applying logic in legal science and practice. *RUDN Journal of Law*. 26 (1), 25—39. (in Russian). <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-25-39>

Введение

Александр Федорович Черданцев является одним из наиболее плодотворных российских исследователей проблем использования законов, методов и требований логики в правовой науке и юридической практике. За сорокалетний

период творческой научной деятельности по этой тематике он опубликовал пять работ: «Вопросы толкования советского права» (Cherdantsev, 1972), Толкование советского права (Cherdantsev, 1979), Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике (Cherdantsev, 1993), «Толкование права и договора». В двух частях (Cherdantsev, 2002, 2003); «Логико-языковые феномены в юриспруденции» (Cherdantsev, 2012), в которых дал научно обоснованные, заслуживающие внимания ответы на ряд дискуссионных проблем применения логики в качестве действенного средства познания и применения права. Вопросы методологии правовой науки, в том числе логико-языковые методы, были рассмотрены автором в учебнике «Теория государства и права» (Cherdantsev, 1999). В 1972 г. защитил докторскую диссертацию по юридическим наукам «Основные проблемы теории толкования советского права» (Cherdantsev, 1972).

Актуальность данных исследований обусловливается двумя обстоятельствами: всеобщностью применения логики в правовой науке и юридической практике, а также наличием в юридической литературе неточных, дискуссионных рекомендаций относительно путей использования правоведами логических средств в своей научно-практической деятельности.

Цели исследования

Анализируются наиболее значимые научно обоснованные положения, опубликованные в работах А.Ф. Черданцева, обладающих высоким уровнем новизны и вносящих весомый вклад в развитие проблем методологии правовой науки, а также логики и методологии толкования права.

Общие проблемы применения логики в правовой науке

Всеобщий характер логики в юриспруденции А.Ф. Черданцев обоснованно связывает с особенностями такого основополагающего для данной сферы компонента, как нормы права, представляющие собой идеальные объекты-мысли, заключенные в материальную языковую оболочку. Соответственно, только *логически грамотное мышление*, оперирующее понятиями, суждениями и умозаключениями, способно проникнуть в суть и содержание государственной воли, выраженной в законе (Cherdantsev, 2003:266). Отсюда неизбежно вытекает потребность в углубленном изучении путей использования юристами законов, принципов, приемов, требований логики в познании права на уровне как практики, так и юридической науки. В то же время, признавал автор, юридическая литература по предмету логических проблем правопознания страдает двумя недостатками: несистемным характером исследований и попытками ряда правоведов обосновать наличие некоей самостоятельной отрасли науки в виде логики правовой науки (Cherdantsev, 2012:18—22).

А.Ф. Черданцев не видит возможности создания какой-либо особой логики правопознания или юридической логики, на том основании, что «никаких специальных законов, правил мышления в сфере права не сформулировано». Выводы С.С. Алексеева о том, что юридическая логика проявляется на уровне

догмы права в виде логического силлогизма либо логической связи между правоотношениями и юридическими нормами, по признанию А.Ф. Черданцева, не соответствуют действительности. Юридическая квалификация представляет собой типичный юридический силлогизм, действующий по правилам логики. В каких-либо особых юридических правилах, дополняющих, корректирующих логический силлогизм, ни юридическая практика, ни правовая наука не нуждаются, да и создать их невозможно. Связи же между нормами и правоотношениями носят прежде всего властный характер, «отпадает власть данной нормы — исчезает и связь, хотя обстоятельства, указанные в норме, остаются» (Cherdantsev, 2012:20).

Позиция А.Ф. Черданцева относительно механизма применения логики в юриспруденции, по нашему мнению, является правомерной. История правовой науки знает немало имен, обещавших разработать конкретные рекомендации о путях применения в правовой науке законов и категорий диалектики, равно как и формальной логики, создать нечто вроде философии либо логику права. Между тем по настоящее время юристы обещанных компедиумов не имеют. Современные публикации под заголовком «философия права» по-прежнему содержат либо свободный пересказ проблем философии, либо общей теории права, но обещанных философских или логических положений на стыке философии, логики и правовой науки как не было, так и нет¹.

Согласно диалектико-материалистическому учению, философские, равно как и логические знания, будучи всеобщими знаниями, выступают ступенькой, опорным пунктом познания сущности конкретного, но ни при каких условиях не могут подменить конкретно-научного знания. «Для каждого вида предметов, писал Ф. Энгельс, как и для каждого вида представлений и понятий, существует, следовательно, свой вид отрицания, такое именно отрицание, что при этом получается развитие». Поэтому «с одним знанием того, что ячменный стебель и исчисление бесконечных малых охватываются понятием «отрицание отрицания» я не смогу ни успешно выращивать ячмень, ни дифференцировать и интегрировать» (Engels, 1988:140). В свою очередь, конкретно-научное знание любой степени общности, охватывается предметом соответствующей науки и остается конкретно-научным знанием, ни при каких условиях не дотягивающим до статуса метиса на стыке философии и права либо логики и права. Аргумент, что в данном случае используется та или иная совокупность философских или логических знаний, не работает, поскольку всеобщие знания используются в процессе оперирования любыми конкретно-научными знаниями, независимо от их степени общности, без какого-либо исключения.

¹ Например, Нерсесянц В.С. в учебнике «Философия права» (Nersesyants, 1998), рассматривает вопросы сущности, понятия права, юридическую концепцию общего, соотношение права в системе социальных норм, раскрывает марксистскую доктрину социалистического правоопонимания и др., но нет никаких объяснений, почему эти традиционные проблемы общей теории права вдруг обрели сугубо философский характер. Другой подход использует Д.А. Керимов, показывая на конкретных проблемах правовой науки действие философских категорий содержание и форма, действительность и возможность, отдельное, особенное и общее и др. (Kerimov, 2019). Ю.В. Тихонравов и вовсе свел философию права к рассмотрению традиционных проблем теории права: религии и власти, права и власти юридического позитивизма и др. (Tikhonravov, 1997).

С учетом изложенного смысл монографии «Логико-языковые феномены в юриспруденции» А.Ф. Черданцев видел в том, чтобы раскрыть особенности использования законов, требований, способов логики в познании логико-языковых феноменов права, а также выявить типичные логические ошибки, допускаемые юристами в научном познании и практической деятельности. Термин «логико-языковые феномены», автор вводит в правовую науку впервые, для обозначения совокупности идеальных средств, создаваемых в процессе правового регулирования и образующих особый юридический мир. В числе таковых выступают: понятия, термины, определения, нормы, принципы, факты, проблемы, юридические конструкции, фикции, презумпции, метафоры, аксиомы, проблемы истины (достоверность, вероятность, правдоподобие) и др.

Названные логико-языковые феномены, подчеркивает автор, выполняют двоякую роль: с одной стороны, выступают объектом познавательных актов, осуществляемых в процессе разнообразной предметной практической и научной деятельности в сфере правового регулирования, а, с другой, — инструментарием этой деятельности. Поэтому задача правовой науки в данном случае состоит не в сочинении новых дисциплин на стыке теории и философии права, теории и логики права, а в том, чтобы раскрыть способы приемы логически правильной мыслительной деятельности юристов и показать причины допускаемых ими логических ошибок.

Как справедливо признает А.Ф. Черданцев, «более четкое знание логико-правовой сущности указанных феноменов, будет способствовать повышению профессиональной культуры юриста и поможет снять некоторые проблемы существующие в юридической науке» (Cherdantsev, 2012:5). Понимаемые подобным образом суть и значение логических и философских исследований в сфере правоведения имеют всеобщее значение.

Заслуга А.Ф. Черданцева, таким образом, состоит в том, что он, во-первых, вопреки расхожему в юридической литературе ориентиру на создание, рождение новых юридических дисциплин на стыке философии, логики и теории права, показал проблематичность и бесполезность таких исследований, во-вторых, обосновал потребность правовой науки в системном и последовательном изучении опыта применения логики в познании права, и, в третьих, правильно определял цели исследований логико-языковых проблем в юридической сфере. Автор обоснованно свел эти цели к обоснованию путей логически правильного мышления в процессе познания правовых явлений, раскрытию причин проблематичных суждений в этой сфере и путей их преодоления. Верно определен и финишный результат подобных исследований — повышение профессиональной логико-методологической культуры правоведов.

Таковыми, по нашему мнению, должны быть цели всех логико-философских исследований в правовой науке. Не желание юристов бежать впереди философов, учить их правильному мышлению, а творческое и умелое применение всеобщих знаний применительно к предмету правовой науки должно составлять основу и суть методологических исследований, проводимых теоретиками права.

Конкретные проблемы применения логики в правовой науке

Другая несомненная заслуга автора состоит в том, что он не ограничился общими рассуждениями, насколько важно и нужно юристам логически правильно мыслить, а обстоятельно и системно показал, каким образом следует применять логические знания в процессе изучения и практического использования логико-языковых феноменов в юриспруденции. В числе ведущих проблем применения логики в правовой науке А.Ф. Черданцевым, были исследованы проблемы использования в познании понятий, терминов, определений, дана логическая характеристика и структура правовых норм, раскрыта логическая природа таких феноменов юриспруденции, как принципы правовой науки, факты, оценки, истина и др.

Автор критически оценивает имеющиеся в российской юридической литературе попытки раскрыть логические особенности формирования правовых понятий и приходит к выводу, что в правоведении используется только два известных логике способа формирования понятий: абстракция отождествления и изолирующая абстракция, поэтому «нет смысла правоведением подменять логическую науку, имеющую тысячелетнюю историю». Не поддержал он и попытки А.М. Васильева и С.С. Алексеева представить теорию права как некую строгую логическую и даже аксиоматическую систему, поскольку «каждая частная теория основывается отнюдь не одной «заглавной категорией», а совокупностью таковых. Далее А.Ф. Черданцев дает обзор основных логических ошибок, допускаемых правоведами в процессе формулирования определений правовых понятий (Cherdantsev, 2012:122—137).

Характеризуя исследования совокупности принципов правовой науки, автор приходит к выводу о том, что «у отдельных авторов нет четкого представления о логико-языковой сущности принципов правовой науки», а поэтому выделение в праве тех или иных руководящих идей в качестве принципов, «имеет в определенной мере оценочный характер». В результате, «в ряде случаев грань, отделяющая основные руководящие идеи от неосновных, трудно различима, подвижна», каждый исследователь имеет собственное и чаще всего субъективное представление о системе правовых принципов. В целях установления единого подхода к перечню принципов права А.Ф. Черданцев предлагает выделить критерии, которым должны обладать руководящие идеи правовой науки, реально претендующие на роль принципов права (Cherdantsev, 2012: 130—137).

Характеризуя логические особенности факта в правовой науке и практике, автор отмечает, что в данном случае речь идет о двух видах фактов как явлений действительности и как форме эмпирических знаний. Научные факты предстают важнейшим компонентом правовой науки, образуют ее эмпирический базис. В связи с этим особую актуальность имеет проблема истинности, достоверности фактов, которыми оперируют практические органы и правовая наука.

Характеризуя логическую природу нормы права, автор правомерно отмечает, что связи элементов нормы права не имеют логической природы, но и его утверждение о чисто доктринальном характере этой связи, в свою очередь, также является проблематичным. Связи элементов нормы права являются

структурными связями компонентов такого системного целого, как норма права. Это связи подобны связям, присущим составу правоотношения, правонарушения, другим органически целостным системным явлениям. Представление о связях гипотезы, диспозиции и санкции нормы права как логических связях возникло в процессе самостоятельного определения каждым интерпретатором нормы права сообразно тексту закона или иного нормативного правового акта.

В связи с тем, что структура текста нормативного правового акта не соответствует структуре нормы права, каждому интерпретатору, как ученому, так и правоприменителю, равно как и любому субъекту права приходится самостоятельно из нормативных предписаний интерпретируемого акта воссоздавать норму права. Ибо разумно действующий субъект не может принимать юридически значимых решений ранее того, как он уяснил соответствующие требования закона. При этом его в равной мере интересуют требования закона, как в части гипотезы, так и диспозиции, и даже санкции. Ибо знания о мерах государственного принуждения за невыполнение предписанных законом действий для интерпретатора имеют не меньшее значение, нежели знания гипотезы и диспозиции. Вследствие этого каждая правильно созданная законодателем беспробельная норма права имеет все три элемента — гипотезу, диспозицию, санкцию, — другое дело как эти элементы закреплены в законе.

Тот факт, что санкции нормы права зачастую выносятся как бы за скобки и даже формулируются в таких самостоятельных отраслях права, как уголовное и административное право, не может свидетельствовать в пользу следующих положений А.Ф. Черданцева: «В постсоветский период авторы почти всех учебников по теории государства и права и других работ (за редким исключением) «исповедуют» трехчленное строение нормы права. Однако в отличие от советского периода от иллюстрации своих взглядов конкретными примерами уклоняются, «кентавров» не создают, что лишний раз подчеркивает надуманность трехчленной структуры, ее несоответствие строению реальных норм права» (Cherdantsev, 2012:102—103).

Во-первых, отсутствие примеров в литературе не может служить свидетельством отсутствия в действующих законах статьей, пунктов, содержащих одновременно все три элемента нормы права. Так, трехэлементные нормы права, в понимании А.Ф. Черданцева, «кентавры» содержатся в ст. ст. 509 ГК РФ «Порядок поставки товаров», 551 ГК РФ «Государственная регистрация права собственности на недвижимость». Во-вторых, приемы выражения, объективации норм права в нормативных актах, будучи языковой формой материализации норм права, не могут существенным образом влиять на их содержание. Двухэлементная норма, лишенная либо диспозиции, либо санкции, является неполной, «кастрированной» и потому неполноценной.

Норма лишенная санкции является «декларативной», неспособной защитить нарушенные права субъектов соответствующего правоотношения. Норма, лишенная диспозиции, и вовсе действовать не может, ибо неясно, какие конкретно права и обязанности она закрепляет. Конечно, подобные нормы время от времени могут встречаться в нормативных актах в качестве огрехов, упущений правотворческого органа. Оправдание же таких «кастрированных» норм права,

в юридической литературе является плодом вольной фантазии ряда российских правоведов на тему структурного строения норм права, необоснованно отождествляющих объективное системное строение норм права с приемами, способами их изложения в тексте законов, иных нормативных правовых актов.

Теоретические и методологические проблемы толкования норм права

Дискуссионный характер воззрения А.Ф. Черданцева на структуру норм права сторицей возмещается его обстоятельным изучением вопросов толкования права и весьма полным, системным изложением ведущих проблем юридической герменевтики. Благодаря системному изложению методологии и технологии толкования права применительно к особенностям современного законодательства студенты юридических вузов и юридических факультетов университетов получили добротное средство овладения навыками профессионального толкования законов, практические работники — ценные рекомендации относительно процедур правильного толкования при пробелах и иных несовершенствах законодательства, уяснения смысла и содержания источников права, а научные работники — ряд выводов и положений, способствующих дальнейшему развитию проблем теории и методологии юридической герменевтики.

Прежде всего заслуживает внимания вывод А.Ф. Черданцева, об универсальности методов толкования права, умелое владение которыми является залогом успешной деятельности юриста как в сфере юридической науки, так и практики. Автор специально подчеркивает, что толкование как метод познания смысла норм права является единым по своим исходным гносеологическим основам, но употребляется в различных целях... В практически-прикладном значении толкование осуществляется применительно к конкретным, реальным жизненным ситуациям, не требует в большинстве случаев развернутой аргументации и фиксации в письменном виде» (Cherdantsev, 2002: 8). Доктринальное толкование права основывается на применении тех же методов толкования, но заметно расширяет круг вопросов, подлежащих познанию. Кроме того, результаты толкования, как правило, объективируются в письменном виде в форме научных публикаций.

Изложенное свидетельствует о несостоятельности достаточно распространенного среди теоретиков права, равно как представителей отраслевых юридических наук представления о том, что методы толкования права не входят в число методов познания объекта юридических наук. Так, А.В. Васильев в числе частнонаучных методов правовой науки выделяет конкретно-социологический, статистический, эвристический и синергетический методы (Vasil'ev, 2017: 20—23), а В.М. Корельский — методы сравнительного государствоведения и правоведения, моделирования, наблюдение, эксперименты, измерения, описания (Korelsky, 2001:14—16). По мнению А.С. Пиголкина, правовая наука использует метод социального эксперимента, статистический, моделирования, математический и кибернетический методы (Pigolkin, 2003:28—29). Но какими же методами российские ученые-правоведы изучают законодательство, его цели, содержание, правотворческие ошибки? На сей счет в названных и иных работах ответа нет.

Получается, что ведущий компонент эмпирических исследований ученые-юристы изучают по своему усмотрению, произвольно и, соответственно, субъективно. А.Ф. Черданцев, занимающий в этом вопросе прямо противоположную позицию, обоснованно свидетельствует что подобный подход к методам толкования права является несостоятельным и не соответствует действительному положению дел. Обоснованной предстает его позиция относительно состава, структуры и содержания методов толкования права.

Следует особо подчеркнуть, что развернутая системная характеристика названных методов обеспечивается последовательным и грамотным использованием специальных методологических принципов познания (обоснованности, всесторонности, объективности, единообразия и определенности толкования). В юридической литературе исследование А.Ф. Черданцевым методов толкования права является чуть ли не единственным, в любом случае одним из редких примеров, когда исследователь методологии правовой науки ведет научный поиск с соблюдением специальных принципов, характерных для данного вида исследований.

Суть новаторского подхода к решению методологических проблем применения методов толкования права выражается, во-первых, в правильном выборе критериев определения структуры, состава методов толкования права, во-вторых, в раскрытии действительного содержания каждого из методов толкования права, и в-третьих, в рассмотрении соотношения исследуемых методов с всеобщим диалектическим методом, как своим философским основанием. *Опыт разработки и успешного применения названных вопросов, имеющих всеобщее значение в исследованиях метода правовой науки, по нашему мнению, составляет даже большую заслугу А.Ф. Черданцева, нежели раскрытие содержания методов толкования права.*

В юридической литературе не имеется единого представления о структуре методов толкования права. По мнению А.С. Пиголкина, толкование правовых норм осуществляется с применением трех методов: грамматического, системного и историко-политического (Pigolkin, 1962:40—43). В.В. Лазарев доводит систему названных методов до шести элементов, выделяя в ней: грамматические логические, систематические, специально-юридические, историко-политические и телеологические методы (Lazarev, 1972:74). По мнению А.Ф. Черданцева, система названных методов включает в себя 5 методов: языковой, логический, систематический, исторический и функциональный. Он признает дискуссионными представления авторов о телеологическом и специальном юридическом методах как самостоятельных методах толкования права, а также их выводы о неспособности логического и функционального приемов выступать в роли отдельных методов толкования норм права. При этом автор достаточно обстоятельно и весьма убедительно защищает собственные воззрения.

Правильному решению вопроса о системе способов толкования права способствовало правильное понимание автором природы метода, способа научного познания, как совокупности правил научного познания. «Термином прием, пишет А.Ф. Черданцев, будем обозначать отдельное мыслительное действие (правило), термином способ — совокупность таких правил (приемов),

однородных в определенном смысле, термином метод — совокупность вместе взятых способов толкования» (Cherdantsev, 2002: 60).

Итак, автор правомерно понимает способ не как абстрактные рассуждения о его гносеологических способностях, как это обычно имеет место в юридической литературе, а как совокупность *конкретных правил, принципов научного познания*. При этом, что особенно важно, способ должен содержать «однородные в известном смысле правила», не присущие другими методами. Совокупность методологических правил, удовлетворяющих этим критериям, является способом. В противном случае мы будем иметь дело с неким произвольным образованием, не обладающим статусом, который ему приписывается, как это имеет место с выделяемыми в юридической литературе телеологическим и специально-юридическим способами толкования права.

Телеологический способ не образует самостоятельного способа толкования права, поскольку состоит из правил (приемов), искони используемых в систематическом и историческом способах толкования (Cherdantsev, 2002: 62) и, соответственно, не обладает собственным содержанием. Специально-юридическое толкование, под которым С.С. Алексеев понимал «исследование технико-юридических средств и способов изложения воли законодателя, основанных на знаниях юридической науки и прежде всего юридической техники» (Alekseev, 1981:303), по мнению А.Ф. Черданцева, также не может рассматривать в качестве акта толкования на том основании, что «средства юридической техники — это инструментарий законодателя, а не интерпретатора» (Cherdantsev, 2002:63).

Бесспорно, что телеологический способ толкования представляет собой искусственное образование, поскольку анализ текста, закрепляющего содержание цели, ведется грамматическим способом. Для определения социальной компоненты цели требуется уяснение породивших ее конкретно-исторических условий посредством исторического способа толкования. Каких-либо особых правил толкования цели, процесс толкования норм права не имеет, соответственно, и телеологический способ как таковой отсутствует. По этим же причинам искусственным порождением предстает способ специально-юридического толкования. Законодательная техника применяется в целях экономного, логически последовательного расположения нормативного материала в тексте нормативного правового акта и поэтому не осложняет процесса толкования текста закона с применением логико-языковых средств, а наоборот, ставит своей целью облегчить его. Не составляет исключения и юридическая терминология, используемая в тексте по тем же правилам грамматики и логики, что и лексика русского литературного языка. Следовательно, А.Ф. Черданцев прав, отрицая наличие особого специально-юридического способа толкования права.

Как видим, разработанные авторам критерии методов толкования права работают реально, обоснованная им система методов толкования права представляется оптимальной и действительной на длительную перспективу, поскольку логико-языковые способы формирования текста закона и его толкования менее всего склонны к каким-либо революционным переменам. Еще одним несомненным достоинством исследования А.Ф. Черданцева следует признать составленные им перечни правил, которыми надлежит руководствоваться при

осуществлении конкретных процедур толкования. Методы предстают как совокупность требований, что нужно делать, чтобы обеспечить получение достоверных, научно обоснованных знаний.

Обычно методологи-пропагандисты новых, якобы способных осуществить переворот в правовой науке методов синергетики, феноменологии, герменевтики, системного подхода, ограничиваются ярким описанием результатов, которые может дать соответствующий метод, но весьма глухо говорят, каким образом можно получить эти результаты. Так, А.Б. Венгеров, твердо уверовав в всемогущество синергетики, которая, как он полагает, выступает «как новое мировидение, мировосприятие, коренным образом меняющее понимание необходимого (закономерного, детерминированного) и случайного в самих основах мироустройства». Далее он приводит таблицу параметров, по которым синергетика явно и бесспорно оставляет позади диалектику, и даже обещает показать, что значит синергетика для теории права «при рассмотрении многих теоретических проблем». Но, увы, дело далее обещаний не пошло, нет в работе ни примеров творческого применения синергетики, ни правил, которыми следует руководствоваться в ходе синергетического анализа правовых явлений (Vengerov, 1998:317—321).

Иной подход применяет А.Ф. Черданцев, он формулирует конкретные правила проведения соответствующих исследовательских процедур. Особенно обширной предстает система логических способов уяснения действительной воли законодателя, иного правотворческого органа. Автором излагается содержание семи таких приемов: логическое преобразование, выведение норм из норм, умозаключение степени, выводы из понятий, выводы по аналогии, выводы от противного, доведение до абсурда. В каждом из способов содержатся конкретные рекомендации, правила, каким образом нужно мыслить, чтобы нужно получить достоверные результаты. В частности, предписывается учитывать следующие правила: 1) кому воспрещена цель, тому воспрещено и действие, ведущее этой цели; 2) кто управомочен или обязан к большему, тот управомочен или обязан к меньшему; 3) в ходе интерпретации понятий рекомендуется осуществлять деление их объема, сопоставлять с другими сравнимыми и совместимыми понятиями и др. (Cherdantsev, 2002:81—97).

Новаторский подход автора проявился еще в одном аспекте, им была предпринята попытка показать взаимодействие методов толкования права со его философско-методологическим основанием — диалектическим методом. Для того, чтобы раскрыть значимость, поднятой А.Ф. Черданцевым проблемы, необходимо вкратце напомнить, что всеобщее, философское видение соотношения диалектического метода с общими, специальными и частными методами науки имеет основополагающее, первостепенное значение для юридической науки, понимания юристами сути и содержания метода правовой науки.

Расхожее, традиционное изложение юристами проблемы соотношения диалектического метода с остальными компонентами метода правовой науки носит чисто механический, суммативный характер. Излагается суть трех-пяти принципов диалектики (объективности, полноты, системности, историзма и т.д.), в лучшем случае подчеркивается их всеобщий характер, далее перечисляются общие,

специальные методы, которые авторами берутся произвольно, без раскрытия их связи с методом диалектики и связи друг с другом. Получается не научно обоснованный метод как целостная система, призванная обеспечить познание предмета правовой науки, а винегрет из субъективно подобранных методов.

В изложении, когда каждый метод, в том числе и диалектический, действует сам по себе, вне связи с другими методами, предается забвению *принципиально значимый момент всякой методологии* — роль диалектического метода как основы общих, специальных и частных методов. Каждый такой метод выступает действительным методом научного познания при том непереносимом условии, что составляющие его правила научного познания в полной мере соответствуют принципам диалектической логики, переводят их со всеобщего уровня, на уровень конкретных требований метода и применительно к его познавательным целям и особенностям исследуемых явлений и процессов. *А.Ф. Черданцев остается пока что единственным российским исследователем, предпринявшим в целом позитивную попытку ликвидировать названный пробел методологии правовой науки на уровне методов толкования права.*

Автор приходит к правильному выводу о том, что «диалектика толкования как метода познания содержания норм права проявляется в совокупности способов толкования и больше не в чем проявляться не может. ...Все вместе взятые способы толкования (систематический, языковой и т.д.) образуют единый диалектико-материалистический метод исследования (толкования) содержания правовых норм» (Cherdantsev, 1972:74,77).

В связи с тем, что вопрос о диалектическом основании методов толкования права остается открытым по настоящее время, А.Ф. Черданцев использует известное ленинское положение о чертах диалектической логики, изложенное в брошюре «Еще раз о профсоюзах, о текущем моменте и об ошибках тт. Троцкого и Бухарина». В.И. Ленин называет четыре элемента диалектики: 1) полнота и всесторонность познания; 2) необходимость исследования предмета в его развитии; 3) практика как критерий истины и 4) конкретность истины (Lenin, 1970:290). В результате А.Ф. Черданцев приходит к выводу, что все названные принципы используются в процессе толкования права.

Принцип полноты и всесторонности познания, по мнению автора воплощается во всей совокупности способов толкования права. Суть второго требования диалектики он видит в «появлении новых ситуаций, которых не существовало в момент издания нормы в определенной мере способствует «движению», «развертыванию» ее... Это «движение» конкретности в рамках абстрактности». Третье требование диалектики, по мнению А.Ф. Черданцева, находит выражение в тесной связи толкования с практикой. Последнее требование конкретности истины проявляется в том, что она «касается содержания конкретной нормы права или какой-то ее конкретной части, черты и т.п. Конкретность ее состоит также в том, что толкование осуществляется обычно применительно к конкретному случаю» (Cherdantsev, 2002:40—42).

Попытка А.Ф. Черданцева раскрыть соотношение диалектического метода с методами толкования права представляет собой заметный шаг в исследованиях методологии правовой науки, в раскрытии механизма взаимодействия всеобщего

философского метода с методами конкретно-научного знания. Автор правильно определяет подход к исследованию названной взаимосвязи, но, по нашему мнению, не учитывает, как минимум, двух обстоятельств. Во-первых, тот факт, что приведенные В.И. Лениным принципы диалектической логики, по его же признанию, не исчерпывают всего диалектического метода. Соответственно, полное системное изучение диалектического основания методов толкования права нуждается в дальнейшем, более полном изучении. Во-вторых, проблематичными предстают выводы А.Ф. Черданцева относительно ограничения диалектики «самодвижения» права рамками абстрактного.

В диалектике процесс «самодвижения», «развития» исследуемого явления понимался как сугубо закономерный, противоречивый процесс, источником развития которого выступает единство и борьба противоположностей. Раскрытие этого процесса во всей его полноте и всесторонности, как того требует диалектика, составляет главную задачу конкретных наук, в том числе и правоведения. Механизм и закономерности развития, «самодвижения» права составляют предмет правовой науки, а его успешное раскрытие может быть осуществлено на уровне теоретического познания методом восхождения от абстрактного к конкретному. Примером гносеологических возможностей данного метода может служить «Капитал» К. Маркса.

Попытки советских правоведов, прочно стоявших на догматах юридического позитивизма, (С.И. Аскназий (Asknaziy, 1948), А.М. Васильев, В.О. Тененбаум (Tenenbaum, 1972) и др.), применить данный метод в правовой науке не привели к ожидаемым результатам. Ибо невозможно решать задачи теоретического уровня, используя по преимуществу методы эмпирического познания. В их число входят методы толкования права, ориентированные, как известно, на раскрытие содержания реально существующих, конкретных норм права. Процесс их толкования осуществляется с применением «зачатков всех элементов диалектики», однако закономерности развития права этому уровню познания оказываются недоступными. Соответственно и принцип диалектики, требующий раскрытия закономерного хода самодвижения исследуемому, не входит в число принципов диалектики, составляющих философскую основу методов толкования права.

Заключение

Таким образом, ценный вклад А.Ф. Черданцева в разработку логико-методологических проблем правовой науки проявляется, во-первых, в разработке научно обоснованного подхода к изучению логических и философских проблем правовой науки; во-вторых, в определении механизма взаимодействия метода диалектики как философской основы методов толкования права и, в-третьих, в последовательном раскрытии содержания методов толкования права на уровне конкретных методологических правил.

К сожалению, работы А.Ф. Черданцева, опубликованные небольшими тиражами, давно исчезли с прилавков магазинов и широкой читательской аудитории оказываются недоступными. Учитывая изложенное, было бы желательно издать основные работы А.Ф. Черданцева по логико-методологическим

проблемам правовой науки в виде «Избранного», дабы обеспечить их доступность для современного читателя и в первую очередь для специалистов в области логики и методологии правовых исследований.

References / Список литературы

- Alekseev, S.S. (1981) *General theory of law: textbook*. Moscow, Yuridicheskaya literature Publ. (in Russian).
Алексеев С.С. Общая теория права: учебник. М.: Юрид. лит., 1981. 360 с.
- Asknaziу, S.I. (1948) General questions of methodology of civil law. *Scientific notes of Leningrad State University. Legal Science Series*. (1), 3—50. (in Russian).
Аскназий С. И. Общие вопросы методологии гражданского права // Ученые записки ЛГУ. Серия юридических наук. 1948. Вып. 1. С. 3—50.
- Cherdantsev, A.F. (1972) *Questions of interpretation of law*. Sverdlovsk, Publishing house of the Sverdlovsk Legal Institute. (in Russian).
Черданцев А.Ф. Вопросы толкования советского права: учебное пособие. Свердловск: Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1972. 191 с.
- Cherdantsev, A.F. (1972) *The main problems of the theory of interpretation of Soviet law: Diss ... doctor Legal of sciences*. Sverdlovsk: Sverdlovsk Law Institute. (in Russian).
Черданцев А.Ф. Основные проблемы теории толкования советского права: дис. ... докт. юрид. наук. Свердловск: Свердловский юридический институт. 1972. 393 с.
- Cherdantsev, A.F. (1993) *Logical and linguistic phenomena in law, legal science and practice*. Yekaterinburg, Ural Publishing Company 'Nauka'. (in Russian).
Черданцев А.Ф. Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике. Екатеринбург: Изд-во УИФ «Наука», 1993. 192 с.
- Cherdantsev, A.F. (1999) *Theory of state and law: textbook for universities*. Moscow, Yurait-M Publ. (in Russian).
Черданцев А.Ф. Теория государства и права: учебник для вузов. М.: Юрайт, 1999. 429 с.
- Cherdantsev, A.F. (2002) *Interpretation of law and contract*. Part 1. Yekaterinburg, Ural State Law Academy.
Черданцев А.Ф. Толкование права и договора. Ч. 1. Екатеринбург: УГЮА, 2002. 123 с.
- Cherdantsev, A.F. (2012) *Logical and linguistic phenomena in jurisprudence: monograph*. Moscow, Norma Publ., INFRA-M Publ. (in Russian).
Черданцев А.Ф. Логико-языковые феномены в юриспруденции: монография. М.: Норма: ИНФРА-М. 2012. 320 с.
- Engels, F. (1958) *Anti-During*. In: Marx K. and Engels F. Writing. V. 20. Moscow, Politizdat Publ. (in Russian).
Энгельс Ф. Анти-Дюринг // Маркс К. и Энгельс Ф. Соч. Т. 20. М.: Политиздат, 1985. 140 с.
- Kerimov, D.A. (2019) *Philosophical problems of law*. Moscow, Norma Publ. (in Russian).
Керимов Д.А. Философские проблемы права. М.: Норма, 2019. 472 с.
- Korelsky, V. M. (2001) *Methods of the theory of state and law*. In: *Theory of state and law*. Moscow, Norma Publ., INFRA-M Publ. (in Russian).
Корельский В. М. Методы теории государства и права // Теория государства и права. М.: ИНФРА-М-НОРМА, 2001.
- Lazarev, (1972) V.V. *Application of Soviet law*. Kazan, Kazan Publishing House. University. (in Russian).
Лазарев В.В. Применение советского права. Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1972. 200 с.
- Lenin, V.I. (1970) *Complete collected works*. Edition 5. Vol. 44. Moscow, Politizdat Publ. (in Russian).
Ленин В.И. Полное собрание сочинений. Изд. 5. Т. 42. М.: Политиздат, 1970. 726 с.

- Nersesyants, V.S. (1998) *Philosophy of Law: textbook for universities*. Moscow, Norma Publ., INFRA-M Publ. (in Russian).
Нерсесянц В.С. Философия права: учебник для вузов. М.: Норма: ИНФРА-М., 1998. 848 с.
- Pigolkin, A.S. (1962) *Interpretation of Normative Acts in the USSR*. Moscow, Gosyurizdat Publ. (in Russian).
Пиголкин А.С. Толкование нормативных актов в СССР. М.: Госюриздат, 1962. 166 с.
- Pigolkin, A.S. (2003) Subject and method of the theory of state and law. In: *Theory of state and law: Textbook for law schools*. A.I. Abramova, S.A. Bogolyubov, A.S. Pigolkin et al. Moscow, Gorodets Publ. (in Russian).
Пиголкин А.С. Предмет и метод теории государства и права // Теория государства и права: учебник для юридических вузов / А.И. Абрамова, С.А. Боголюбов, А.С. Пиголкин и др. М.: Городец, 2003. 544 с.
- Tenenbaum, V.O. (1976) *Introduction to the general theory of the state*. Saratov. (in Russian).
Тененбаум В.О. Введение в общую теорию государства. Саратов. 1976. 111 с.
- Tikhonravov, Yu.V. (1997) *Foundations of the philosophy of law: textbook*. Moscow, Vestnik Publ. (in Russian).
Тихонравов Ю.В. Основы философии права: учебное пособие. М.: Вестник, 1997. 608 с.
- Vasil'ev, A.V. (1976) *Legal categories*. Moscow, Yuridicheskaya literature Publ. (in Russian).
Васильев А.М. Правовые категории. М.: Юридическая литература. 1976. 264 с.
- Vasil'ev, A.V. (2017) *Theory of law and state*. textbook. Moscow, FLINTA Publ. (in Russian).
Васильев А.В. Теория права и государства: учебник. М.: ФЛИНТА, 2017. 445 с.
- Vengerov, A.B. (1998) *Theory of the state and law*. Moscow, Yurist Publ. (in Russian).
Венгеров А. Б. Теория государства и права. М.: Юристъ, 1998. 327 с.

Об авторе:

Сырых Владимир Михайлович — доктор юридических наук, профессор, главный научный сотрудник, заслуженный деятель науки РФ, Российский государственный университет правосудия; 117418, Российская Федерация, г. Москва, ул. Новочеремушкинская, д. 69
SPIN: 2073-4106
e-mail: 2707xyz@mail.ru

About the author:

Vladimir M. Syrykh — Doctor of Legal Sciences, Full Professor, Chief Researcher, Honored Scientist of the Russian Federation, Russian State University of Justice; 69 Novocheremushkinskaya str., Moscow, 117418, Russian Federation
SPIN: 2073-4106
e-mail: 2707xyz@mail.ru

ПАНДЕМИЯ И ПРАВО


PANDEMIC AND LAW

<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-40-59>

Научная статья

Освобождение от исполнения обязательств по трансграничным и внутренним контрактам в связи с COVID-19: анализ судебной практики

Я.О. Алимова  

Московский государственный юридический университет им. О.Е. Кутафина (МГЮА),
г. Москва, Российская Федерация
 legal-solicitor@yandex.ru, yaoalimova@msal.ru

Аннотация. Пандемия, вызванная вирусом COVID-19, полностью изменила жизнь общества. Сегодня в мире наблюдается уже третья волна коронавируса. Об этом свидетельствует рекордный рост новых случаев. Несмотря на сложную ситуацию, каждый день коммерсанты продолжают заключать трансграничные и внутренние контракты. Следовательно, вопрос освобождения от исполнения обязательств вследствие наступления последствий COVID-19 встает очень остро и нуждается в детальном рассмотрении. С целью проведения анализа судебной практики, которая складывается на международном уровне в разных странах и на национальном уровне в РФ по данному вопросу, мы предлагаем проанализировать две концепции, а именно форс-мажор (*force majeure*) и существенное изменение обстоятельств (*hardship*). В данной работе был осуществлен анализ международных актов государственного и негосударственного регулирования, рассмотрены подходы зарубежных государственных судов по вопросам освобождения контрагентов от исполнения обязательств вследствие наступления последствий COVID-19 и изучена практика российских судов. Исследование проведено с использованием общенаучных и специальных методов познания: логического, системно-структурного, методов обобщения, синтеза, индукции и дедукции. Ряд значимых выводов сделан с опорой на сравнительный метод исследования. Анализ судебной практики в РФ по вопросам применения концепции освобождения от исполнения обязательств свидетельствует о том, что в российских судах, к сожалению, пока складывается двоякая практика по поводу признания того или иного обстоятельства основанием для освобождения контрагента от ответственности. Объясняется это тем, что принцип *pacta sunt servanda* (с лат. «договоры должны исполняться») продолжает иметь решающее значение в международной практике. По поводу применения второй концепции — существенного изменения обстоятельств — наблюдается позитивная практика со стороны российских судов. В российских судах в настоящее время можно признать обстоятельство, которое повлияло на исполнение по контракту в результате наступления коронавирусной инфекции или последствий COVID-19, существенным изменением обстоятельств.

© Алимова Я.О., 2022



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

Ключевые слова: COVID-19, форс-мажор, hardship, обстоятельство непреодолимой силы, существенное изменение обстоятельств, Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров, Принципы УНИДРУА, трансграничный коммерческий контракт, внутренний коммерческий контракт, российская судебная практика

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Информация о финансировании. Научное исследование выполнено в рамках государственного задания № 075-00998-21-00 от 22.12.2020 г. Номер темы: FSMW-2020-0030 «Трансформация российского права в условиях больших вызовов: теоретико-прикладные основы».

Дата поступления в редакцию: 30 июня 2021 г.

Дата принятия к печати: 15 января 2022 г.

Для цитирования:

Алимова Я.О. Освобождение от исполнения обязательств по трансграничным и внутренним контрактам в связи с COVID-19: анализ судебной практики // *RUDN Journal of Law*. 2022. Т. 26. № 1. С. 40—59. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-40-59>


<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-40-59>

Research Article

Transformation of several issues of exemption from obligations under cross-border and domestic contracts due to COVID-19: analysis of judicial practice

Yana O. Alimova  

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

 legal-solicitor@yandex.ru, yaoalimova@msal.ru

Abstract. The COVID-19 pandemic has completely changed the entire life of the society. Today, the world witnesses the third wave of the COVID-19 pandemic. This is evidenced by the steadily increasing number of new cases of contamination. Despite the difficult situation, every day merchants continue to conclude cross-border and domestic contracts. Therefore, the issue of exemption from obligations due to the onset of the consequences of the COVID-19 pandemic is relevant and requires detailed consideration. We propose to analyze two concepts, namely, *force majeure* and a significant change in circumstances (hardship), in order to analyze the judicial practice (case law) developing at the international level in different countries and at the national level in the Russian Federation. The article analyzes international acts of both state and non-state regulation, examines the approaches of foreign state courts to the issues of exemption of counterparties from fulfilling obligations due to the onset of the consequences of the COVID-19 pandemic and practice of Russian courts. The study was conducted using general scientific and special methods of cognition: logical, systemic-structural, methods of generalization, synthesis, induction, and deduction. Certain substantive conclusions are made based on the comparative research method. Analysis of the Russian judicial practice concerning the application of the concept of exemption from the fulfillment of obligations shows that, unfortunately, Russian courts apply dual practice regarding recognition of a particular circumstance as a basis for releasing a counterparty from liability. This is explained by the fact that the principle of *pacta sunt servanda* (contracts must be executed) continues to be of decisive importance in international practice. With regard to the second concept application, namely, a significant change in circumstances, we note a positive practice of Russian courts. Currently, the Russian courts recognize the circumstance that affected performance under the contract due to the onset of coronavirus infection or consequences of the COVID-19 as a significant change in circumstances.

Key words: COVID-19, force majeure, hardship, exemptions, substantial change in circumstances, Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods, UNIDROIT Principles, cross-border commercial contract, domestic commercial contract, Russian judicial practice

Conflicts of interest. The author declares no conflict of interest.

Funding information. Scientific research was carried out within the state assignment No. 075-00998-21-00 of 12/22/2020. Topic number: FSMW-2020-0030 “Transformation of Russian law in the face of great challenges: theoretical and applied foundations”.

Article received 30th June 2021

Article accepted 15th January 2022

For citation:

Alimova, Y.O. (2022) Transformation of several issues of exemption from obligations under cross-border and domestic contracts due to COVID-19: analysis of judicial practice. *RUDN Journal of Law*. 26 (1), 40—59. (in Russian). <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-40-59>

Введение

Пандемия, вызванная новой коронавирусной инфекцией COVID-19, быстро распространилась по всему миру и стала разрушительной для миллионов людей, оказала и продолжает оказывать прямое воздействие на многие заключенные трансграничные и внутренние контракты. Особенно оказались подвержены ее влиянию те контракты, выполнение по которым должно было происходить в течение определенного временного периода или должно было начаться в какой-то момент в будущем. Для договаривающихся сторон пандемию и ее последствия невозможно было предвидеть. Безусловно, многие контрагенты оказались не в состоянии выполнить свои обязательства в соответствии с контрактом и стали добиваться от второй стороны по контракту освобождения от исполнения своих обязательств, а также пытаться избежать ответственности за нарушение договора.

На помощь им в этой ситуации пришли два механизма общего договорного права: во-первых, форс-мажорная оговорка и оговорка существенного изменения обстоятельств (*hardship*), если они содержались в контрактах; во-вторых, положения применимого внутреннего договорного права, касающиеся непредвиденных или непредотвратимых обстоятельств, которые возникают после заключения договора (Rauh, 1996; Ware, Yang, Fu-Tomlinson, & Smyth, 2020; Ramberg, 2011; Maskow, 1992).

Таким образом, пандемия, вызванная COVID-19, вновь заставляет обратиться к двум концепциям, а именно форс-мажору (*force majeure*) и существенному изменению обстоятельств (*hardship*).

Понятие форс-мажора в международном частном праве

Первый важный международный договор в сфере международного частного права, в котором поднимается вопрос освобождения контрагентов от исполнения обязательств, — это *Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.* (далее — Венская конвенция).

Венская конвенция 1980 г. — договор, содержащий унифицированные материально-правовые нормы по основным вопросам договора международной купли-продажи товаров. Разработчики документа стремились распространить его в самых разных странах от англо-американских до мусульманских. Они старались не использовать некоторые понятия, такие, например, как «форс-мажор» и «непреодолимая сила»: они свойственны определенным правовым системам. Именно поэтому Раздел IV Венской конвенции 1980 г. начинается ст. 79 под названием «Освобождение от ответственности». В соответствии с данной статьей контрагент не несет ответственности в случае неисполнения своих обязательств по контракту, если сможет доказать, что оно было вызвано препятствием вне его контроля и что нельзя было от него разумно ожидать принятия этого препятствия в расчет на этапе заключения контракта либо избежания/преодоления данного препятствия или же его последствий¹.

Второй международный акт, который регулирует вопросы освобождения стороны от ответственности за неисполнение контракта, — документ негосударственного регулирования, носящий название *Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА* (далее — Принципы УНИДРУА). Последняя его редакция датируется 2016 г.

Вышеобозначенные вопросы получили отражение в ст. 7.1.7 данного документа. По этой статье, контрагент освобождается от ответственности за неисполнение, если сможет доказать, что неисполнение было вызвано препятствием вне его контроля и что нельзя было от него разумно ожидать принятия этого препятствия в расчет на этапе заключения контракта либо же избежания/преодоления данного препятствия или его последствий².

Чтобы то или иное обстоятельство было признано форс-мажорным согласно Принципам УНИДРУА, оно должно соответствовать следующим критериям: 1) это обстоятельство препятствует исполнению обязательства по контракту; 2) это обстоятельство находится вне контроля не исполнившей его стороны; 3) контрагенты на момент заключения контракта не могли предполагать наступления такого обстоятельства.

Особенно важным представляется п. 4 ст. 7.1.7 Принципов УНИДРУА, где сказано: «Положения настоящей статьи не препятствуют стороне воспользоваться своим правом прекратить договор или приостановить исполнение либо же требовать уплаты процентов годовых»³.

Следующий акт, закрепляющий положения об обстоятельствах непреодолимой силы, — документ под названием *Принципы Европейского договорного права, или Принципы Ландо* (далее — Принципы Ландо). Его ст. 8:108 практически дословно повторяет положения Принципов УНИДРУА с одним исключением. Так, в ст. 8:108 Принципов Ландо не содержится пункта о том, что сторона может прекратить договор или приостановить его исполнение, а также

¹ Конвенция Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 1980 г.). Режим доступа: https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg

² Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА. Режим доступа: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>

³ Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА. Режим доступа: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>

потребовать уплаты процентов годовых. Между тем в п. 2 другой статьи Принципов Ландо, а именно 8:101, содержится следующее правило: если неисполнение было вызвано обстоятельством непреодолимой силы, которое оговорено в ст. 8:108, то потерпевшая сторона может воспользоваться любым из средств правовой защиты, изложенных в гл. 9, кроме требования исполнения и возмещения убытков⁴. Таким образом, Принципы Ландо и Принципы УНИДРУА содержат очень схожие формулировки.

Еще один акт негосударственного регулирования, самый масштабный по содержанию, также содержит положения об освобождении от ответственности в силу препятствий. Автор настоящей статьи имеет в виду акт под названием *Модельные правила Европейского права (DCFR)* (далее — Модельные правила). В ст. 3:104 книги III содержатся пять пунктов, в которых подробно раскрывается данный вопрос⁵. Основное отличие данного документа от Принципов УНИДРУА и Принципов Ландо — то, что в нем встречаются следующие положения. Во-первых, в Модельных правилах указывается: если препятствие, которое освобождает сторону от ответственности, носит постоянный характер, то обязанность прекращается. При этом встречная обязанность также прекращается. Во-вторых, в документе отмечается, что должнику следует удостовериться, что уведомление о препятствии получено кредитором в разумный срок. В случае неполучения такого уведомления кредитор вправе требовать возмещения убытков.

Международная торговая палата (ИСС) обновила в 2020 г. *Оговорки о форс-мажоре и существенном изменении обстоятельств*⁶.

Основных нововведений два. Это новая краткая форма Оговорки о форс-мажоре (она сформулирована в нескольких ключевых положениях, охватывающих ключевые аспекты форс-мажора, и особенно подходит для применения представителями среднего и малого бизнеса) и расширенные варианты Оговорки о существенном изменении обстоятельств, дающие возможность расторгнуть договор либо же внести изменения в его условия⁷.

Проанализировав разные акты международного характера, как обязательные, так и факультативные, можно заключить, что обстоятельство, чтобы оно

⁴ Текст Принципов Европейского договорного права доступен на английском языке. Режим доступа: https://www.trans-lex.org/400200/_pecl/

⁵ См.: Модельные правила европейского частного права / пер. с англ.; науч. ред. Н. Ю. Рассказова. М.: Статут, 2013. С. 231—233.

⁶ Текст Оговорок о форс-мажоре и существенном изменении обстоятельств. Режим доступа: http://www.iccwbo.ru/news/2020/ICC_mezhdunarodnaya-torgovaya-palata-icc-obnovila-ogov/

Хотелось бы отметить, что новая оговорка о форс-мажоре МТП отличается от редакции 2003 г. 28 изменениями. Перечислим некоторые из них: 1) из категории военных действий исключены блокада и военное эмбарго, беспорядки, также исключена угроза вооруженного конфликта; военная мобилизация теперь должна быть обширной, чтобы попасть под оговорку; 2) в категории социальных потрясений мятеж и акты неповиновения заменены на бунт, восстание и революцию; отнесены к этой же категории, но остались в перечне теракты, саботаж и пиратство; 3) из категории государственных предписаний вынесены и выделены в отдельную валютные и торговые ограничения, эмбарго, санкции; исключен комендантский час; 4) выражение acts of God исключено из текста оговорки, в том числе из английской версии; 5) введено понятие пандемии; 6) понятие «техногенные катастрофы» дополнено длительным выходом из строя информационной системы или энергоресурсов.

⁷ Оговорки ИСС о форс-мажоре и существенном изменении обстоятельств. Март 2020 г. Режим доступа: http://www.iccwbo.ru/news/2020/ICC_mezhdunarodnaya-torgovaya-palata-icc-obnovila-ogov/

было признано форс-мажорным, должно соответствовать следующим критериям: иметь внешний характер; быть неизбежным и непреодолимым; быть непредвидимым. Кроме того, должна иметься причинно-следственная связь между данным обстоятельством и невозможностью исполнить обязательства по контракту.

Хотелось бы отметить, что бремя доказывания данных обстоятельств всегда лежит на потерпевшем контрагенте. Следует это из того, что форс-мажор является защитной мерой, на которую ссылается контрагент, не исполнивший обязательства. Данный факт подтверждается и практикой. Так, в деле *Sylvania Technical Systems, Incorporation* против Ирана Международный арбитражный суд по рассмотрению претензий Ирана и США (IUSCT) справедливо подчеркнул, что «наличие форс-мажора, который является освобождающим сторону от ответственности обстоятельством, должна доказать сторона, ссылающаяся на него» (Berger & Behn, 2019/2020)⁸.

Важно помнить, что сторона, ссылающаяся на форс-мажорные обстоятельства, обязана уведомить своего контрагента в письменной форме о существовании и природе данных обстоятельств. При этом требование о направлении извещения находит свое отражение в Венской конвенции 1980 г. ст. 79(4), а также в Принципах УНИДРУА [ст. 7.1.7(3)].

Из этих же положений следует: если потерпевший контрагент нарушает свою обязанность уведомить другую сторону, он не утрачивает права ссылаться на данное обстоятельство как на обстоятельство непреодолимой силы, но другая сторона имеет право на возмещение убытков.

Концепция существенного изменения обстоятельств

Концепция существенного изменения обстоятельств представляет собой воплощение самых разных теорий «существенного изменения обстоятельств», которые сложились в мировых правовых системах, например континентальной, гибридной, мусульманской. Следует отметить, что в некоторых странах данная концепция очень жестко отвергается. Например, суды стран общего права, особенно американские, высказываются по ней крайне отрицательно⁹ (Petrishchev, 2007).

Концепция существенного изменения обстоятельств нашла подробное отражение в актах негосударственного регулирования, например в ст. 6.2.2 ***Принципов УНИДРУА***, озаглавленной «Затруднения». Здесь затруднение определено как ситуация, при которой возникают события, существенно изменяющие равновесие договора для контрагентов. Между тем в Принципах УНИДРУА сформулированы четыре критерия, под которые должны подпадать такие события. Первый — данные события должны возникать или становиться известны потерпевшей стороне после заключения контракта; второй критерий — они не

⁸ *Sylvania Technical Systems, Inc v Iran*, IUSCT Case No. 64 (1985) at para 52.

⁹ Петрищев В. С. объясняет эту ситуацию несколькими причинами. Так, последствия применения таких доктрин являются «драконовскими»: речь идет о расторжении договора по судебному решению и без учета интересов всех сторон договора. Кроме того, рассмотрение тяжелых материальных условий как основания для невыполнения собственных юридических обязательств может обусловить значительную неопределенность в соблюдении закона.

могли быть разумно учтены потерпевшей стороной на этапе заключения договора; третий — события находятся вне контроля потерпевшей стороны; четвертый (самый главный) — риск их возникновения не был принят во внимание потерпевшей стороной¹⁰.

Еще один акт негосударственного регулирования — *Принципы Европейского договорного права* — также содержит статью «Изменение обстоятельств» (ст. 6:111)¹¹. Положения ее схожи с положениями Принципов УНИДРУА, однако имеются и некоторые отличия. Во-первых, в Принципах УНИДРУА есть Раздел № 2, который включает три статьи: 6.2.1 («Соблюдение договорных обязательств»), 6.2.2 («Определение затруднений») и 6.2.3 («Последствия затруднений»), тогда как в Принципах Ландо имеется только одна статья. Во-вторых, в Принципах Ландо сформулированы только три критерия, а именно: а) обстоятельства изменились уже после заключения договора; б) изменение обстоятельств разумно не могло быть учтено в момент, когда заключался договор; в) риск того, что возникнет изменение обстоятельств, не был принят во внимание потерпевшей стороной. Это означает, что Принципы Ландо отличаются от Принципов УНИДРУА отсутствием критерия, который указывает на то, что изменение обстоятельств находится вне контроля потерпевшей стороны. В-третьих, в Принципах Ландо содержится правило, что суд может вынести решение о присуждении возмещения убытков, которые понесла сторона, отказавшаяся вести переговоры или прекратившая их, вопреки не только принципу добросовестности как таковому, но и добросовестному поведению.

Модельные правила европейского частного права (DCFR) содержат положения об изменении или прекращении по решению суда либо вследствие изменения обстоятельств в ст. III-1:100. В Модельных правилах указывается, что суд может изменить обязательство или прекратить с учетом следующих условий. Во-первых, изменение обстоятельств произошло после возникновения обязанности; во-вторых, должник не мог разумно ожидать возможности и масштаба такого изменения обстоятельств; в-третьих, должник не мог разумно ожидать риска такого изменения обстоятельств. Все вышеперечисленные критерии содержатся также и в Принципах УНИДРУА, и в Принципах Ландо. Между тем в ст. III-1:100 Модельных правил указан и четвертый критерий, в котором говорится, что должник добросовестно и разумно пытался добиться путем переговоров справедливого изменения правил, применимых к обязанности¹². Таким образом, в данном документе подчеркивается, что суд может изменить или прекратить договор только тогда, когда сторона обращалась к своему контрагенту и вела с ним переговоры о разумном и справедливом изменении положений контракта.

В 2019 г. Секретариат УНИДРУА выпустил *Пояснение к Принципам международных коммерческих контрактов УНИДРУА и кризису в области*

¹⁰ Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА. Режим доступа: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>

¹¹ Ст. 6:111 Принципов Европейского договорного права доступен на английском языке. Режим доступа: https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/

¹² См.: Модельные правила европейского частного права / пер. с англ.; науч. ред. Н. Ю. Рассказова. М.: Статут, 2013. С. 217—219.

здравоохранения, вызванном COVID-19¹³. В данном документе содержится специальный раздел про *hardship*.

COVID-19 — это как раз тот случай, на наш взгляд, когда возникли события, существенно изменившие равновесие договорных обязательств.

Главное внимание в Принципах УНИДРУА отведено термину «существенное» изменение равновесия договора. Существенное изменение возможно понимать в двух аспектах согласно Принципам УНИДРУА.

Первый аспект — увеличение существенным образом стоимости исполнения. В результате такого увеличения контрагент поставлен в условия, при которых вынужден нести большие расходы и дополнительные затраты на исполнение договора.

В случае с COVID-19 можно привести такой пример: дистрибьютор, который занимается распространением средств индивидуальной защиты, вынужден приобретать данные средства по существенно более высокой цене у другого поставщика в другой стране, так как в государстве, где находится его обычный поставщик, власти из-за пандемии ввели запрет на экспорт.

Второй аспект — уменьшение ценности исполнения, получаемого контрагентом. Это очень часто могло происходить во время кризиса, спровоцированного COVID-19, особенно в странах, где экономическая деятельность была практически остановлена на определенный период времени. Можно привести следующие примеры: владелец ресторана обязан продолжать платить арендодателю за аренду помещения, хотя из-за COVID-19 власти разрешают ресторанам работать только навынос; футбольный клуб должен и дальше выплачивать своим игрокам первоначально согласованные далеко не скромные зарплаты, несмотря на то что футбольные матчи должны проводиться без зрителей до конца сезона.

Изменение обстоятельств, вызванное COVID-19, должно коренным образом (фундаментально) отразиться на балансе интересов сторон контракта. Суд/арбитраж, выясняя данный факт, должен анализировать конкретный контракт (природу контракта, характеристики ожидаемого исполнения, условия соответствующего рынка в данное время).

Соотношение форс-мажора (force majeure) и hardship (существенного изменения обстоятельств)

Вопрос соотношения концепции форс-мажора и существенного изменения обстоятельств остается одним из наиболее сложных в теории и практике как гражданского права, так и международного частного права (Poldnikov, 2011; Yastrebov, 2015; Kondratieva, 2012).

С одной стороны, эти концепции сильно отличаются, поскольку базируются на разных началах. Первая — на невозможности исполнения, а вторая — на изменении обстоятельств.

С другой стороны, когда в контракте предусмотрены положения о форс-мажорных обстоятельствах и о существенном изменении обстоятельств, то их

¹³ Note on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the COVID-19 health crisis. Режим доступа: <https://www.unidroit.org/english/news/2020/200721-principles-covid19-note/note-e.pdf>

дублирование в документе обычно вызывает вопросы, поскольку они часто понимаются на практике одинаково. Кроме того, положения этих двух концепций схожи по своей цели, которая заключается в том, чтобы освободить контрагента от исполнения контракта, когда наступление непредвиденных ситуаций прерывает выполнение его обязательств по контракту.

К.П. Бергер и Д. Бехн в своей монографии отмечают, что до сих пор между понятиями *force major* и *hardship* ни Венской конвенцией 1980 г., ни Принципами УНИДРУА не делается детального разграничения. Так, некоторые авторы утверждают в своих работах, что в крайних случаях, а именно при наличии непреодолимых экономических препятствий (типичный сценарий трудностей (*hardship*)), сторона должна быть освобождена от исполнения обязательств в соответствии с положением о форс-мажорных обстоятельствах по ст. 79 Венской конвенции 1980 г. при условии, что эта сторона сталкивается с «действительно неожиданными и радикально поменявшимися обстоятельствами в действительно исключительных случаях» (Berger & Behn, 2019/2020). Следовательно, требование об оправдании исполнения в условиях форс-мажорных обстоятельств смешивается с требованием о трудностях.

Аналогично: составители Принципов УНИДРУА утверждают, что «могут существовать фактические ситуации, которые в одно и то же время могут рассматриваться как случаи трудностей (*hardship*) и форс-мажорных обстоятельств» (Brunner, 2009).

Однако стоит заметить, что большинство авторов сегодня все же отрицают тот факт, что ст. 79 Венской конвенции распространяется на случаи трудностей (*hardship*) (Cimone, 2006).

Интересное мнение высказывает ряд иностранных авторов, среди которых Ханс Ван Хутте (Van Houtte, 1993), Н. Хорн (Horn, 1985) и К. П. Бергер (Berger & Behn, 2019/2020), по поводу соотношения данных концепций. Они считают, что концепция форс-мажора — это полностью международная концепция, которая нашла отражение в международных актах как обязательного, так и рекомендательного характера и сегодня используется в нормах так называемого транснационального права, или нового *Lex mercatoria*. Концепция *hardship*, напротив, по мнению данных авторов, еще не нашла такого широкого отражения в законодательстве разных стран и отражена далеко не во всех актах рекомендательного характера.

Эти высказывания носят дискуссионный характер. Так, споры до сих пор разгораются даже относительно термина «форс-мажор». Как справедливо указывает В.А. Канашевский, различия между национальными правовыми порядками не позволяют сформулировать общие для всех (или большинства) стран определения конкретных форм ответственности, равно как и оснований освобождения от нее. Поэтому, такие понятия, как «убытки», «неустойка», «форс-мажор» и «затруднения», в различных правовых системах имеют неодинаковый смысл и содержание (Kanashevskii, 2009, 2016).

Именно поэтому Венская конвенция 1980 г., а также Принципы УНИДРУА в ред. 2016 г. закрепляют понятия «препятствия вне контроля» и «непреодолимая сила» вместо понятия «форс-мажор».

В законодательстве РФ используются термины «непреодолимая сила» и «существенное изменение обстоятельств». Они отличаются тем, что во втором случае сохраняется возможность исполнения договора, однако коренным образом меняется баланс имущественных интересов контрагентов.

Концепция форс-мажора (*force majeure*) в международной практике в новых условиях

Всемирная организация здравоохранения объявила 11 марта 2020 г. о пандемии COVID-19, и по состоянию на 16 марта 2020 г. было зарегистрировано почти 165 тысяч подтвержденных случаев заболевания, порядка 6 тысяч смертей в 146 странах. Вспышка была объявлена чрезвычайной ситуацией в области здравоохранения. Далее последовала цепочка событий, которые существенно повлияли на трансграничные коммерческие отношения.

В результате по всему миру суды и международные коммерческие арбитражи столкнулись с ситуацией, когда необходимо определять, являлось ли то или иное событие, связанное с распространением новой инфекции, форс-мажорным обстоятельством.

Так, 20 апреля 2020 г. Высокий суд Дели в деле № 3697/2020 издал временный судебный запрет, запрещающий компании *Vedanta Limited* требовать гарантийный залог от компании *Halliburton Offshore Services* в связи с нарушением последней договора. Суть спора заключалась в следующем. Компания *Halliburton Offshore Services* являлась подрядчиком компании *Vedanta Limited* по бурению трех наземных нефтегазовых скважин в штате Раджастхан в Индии. Согласно контракту компания *Halliburton Offshore Services* должна была завершить бурение скважин к следующим датам: к 16 января, 16 марта и 16 июня 2019 г. Поскольку компания *Halliburton Offshore Services* не смогла уложиться в данные сроки, ей, по ее утверждению, был предоставлен дополнительный срок до 31 марта 2020 г. Это факт потом в суде оспаривался компанией *Vedanta Limited*. Между тем 25 марта 2020 г. Индия ввела общенациональный карантин. В стране был объявлен трехнедельный режим полной изоляции, запрещающий гражданам покидать свои дома. Компания *Halliburton Offshore Services* не смогла уложиться в новые сроки по причине наступления форс-мажорных обстоятельств. Пандемия COVID-19 привела к серьезным нарушениям в цепочке поставок материалов и в сроках приезда рабочей силы. Компания *Halliburton Offshore Services* утверждала, что по состоянию на 18 марта 2020 г. (на дату, когда она направила компании *Vedanta Limited* уведомление о форс-мажорных обстоятельствах) осталось завершить только от 2,1 до 5,5 % работ. Суд принял доводы компании *Halliburton Offshore Services* и рассмотрел приостановление работ из-за COVID-19 как обстоятельства «беспрецедентные и... не поддающиеся прогнозированию» ни одной из сторон контракта, а также посчитал, что в данном случае были установлены «особые меры» (Lahiri, 2020).

Это решение противоречит существующей тенденции, которой придерживались суды в разных странах по схожим спорам, поскольку ранее они стремились сохранить неприкосновенность договорных соглашений и ужесточить основания, на которых могут быть ограничены требования по залогу (Lahiri, 2020).

К сожалению, найти практику международных коммерческих арбитражных центров пока по данному вопросу не получилось. Основная причина кроется в том, что решений по форс-мажору и по *hardship* было немного и до пандемии COVID-19. Кроме того, решения арбитражей носят конфиденциальный характер.

В разные исторические периоды стороны трансграничных контрактов пытались признать в международных коммерческих арбитражах следующие обстоятельства форс-мажорными: существенную девальвацию валюты контракта или резкое падение цены на проданный товар; отказ центрального банка предоставить разрешение на платежи в валюте, причитающейся по контракту; финансовый кризис; гражданские беспорядки, другие боевые действия либо стихийные бедствия, которые препятствовали проведению строительных работ на объекте в той или иной стране; ураганы или тайфуны, разрушающие морские объекты добычи газа или нефти в море; беспрецедентную засуху, которая приводила к приостановке эксплуатации завода; аннулирование лицензии на экспорт сырья, которая являлась предметом долгосрочного договора поставки, и др. Арбитражная практика по данным спорам носит очень противоречивый характер, и результат зависит от обстоятельств конкретного дела¹⁴.

Судя по отчетам арбитражных центров, мы можем сделать определенные выводы и по практике во время пандемии COVID-19.

Так, Лондонский международный арбитражный суд опубликовал в 2021 г. статистику, в которой говорится, что в данный авторитетный арбитражный суд в 2020 г. было подано на рассмотрение 444 новых дела. Из них 43 % — дела по контрактам, которые были заключены за последние два года. Данный прирост дел связан, скорее всего, с ситуацией, вызванной COVID-19: обычно Лондонский международный арбитражный суд рассматривает споры, которые возникают из контрактов, заключенных хотя бы пять лет назад.

При этом, как указывается в самом докладе данного центра, на основании документов, полученных Лондонским международным арбитражным судом как административным учреждением, не всегда очевидно, была ли пандемия решающим моментом для возникновения спора по контракту. Кроме того, волновой эффект этой пандемии достиг всех секторов мировой экономики и общества, что затрудняет оценку того, возник бы спор, «если бы не» пандемия, или нет¹⁵.

Далее в отчете, однако, приводятся примеры — случаи, в которых прямо заявлялось, что причиной спора стала именно пандемия. Во-первых, это дела, связанные с развлекательными или спортивными мероприятиями, которые не смогли состояться по причине отмены; во-вторых, это дела, связанные

¹⁴ См., например: ICC Case No. 3099/3100, 1979. (Jarvin & Derains, 1990:70); ICC Case No. 2763, 1980. (Jarvin & Derains, 1990:158); ICC Case No. 2478, 3 YB Commercial Arbitration 222 (1978), P. 222; ICC Case No. 8486, 24 YB Commercial Arbitration 162 (1999), P. 168; Решение МКАС по делу № 13/2004 от 30 июля 2004 г. Практика МКАС при ТПП РФ: 2004—2016. К 85-летию МКАС (на основе анонимизированных материалов из журналов «Международный коммерческий арбитраж» и «Вестник международного коммерческого арбитража»). С. 240; Решение МКАС по делу № 252/2010 от 31 августа 2011 г. Там же. С. 723; Решение МКАС по делу № 73/2002 от 17 апреля 2003 г. Режим доступа: <https://resheniya-sudov.ru/2004/88828/>

¹⁵ LCIA News: Annual Casework Report 2020 and changes to the LCIA Court and European Users' Council. P. 6. Режим доступа: <https://www.lcia.org/News/lcia-news-annual-casework-report-2020-and-changes-to-the-lcia-c.aspx>

с сырьевыми товарами, поскольку пандемия непосредственно повлияла на их цены и на графики поставок. Сходство между всеми этими делами состояло в том, что перед арбитрами возникал вопрос установления влияния новой инфекции на возможность исполнения обязательств по контракту.

Повышение статистики по делам можно отметить и в Гонконгском международном арбитражном центре. Он опубликовал доклад, в котором сообщается, что арбитраж принял к своему рассмотрению 318 исков на общую сумму около 8,8 млрд долларов (652 млрд рублей), что представляет собой рекорд последнего десятилетия и на 20 % превышает показатели 2019 г.¹⁶ На наш взгляд, это тоже могло быть связано с распространением COVID-19.

Анализируя статистику российских арбитражных центров, можно заметить, что она возросла не так сильно. Объясняется это, видимо, теми сложными экономическими и политическими процессами, которые происходят в данный момент в стране. Так, МКАС при ТПП в 2020 г. рассмотрел 621 дело, из них 167 международных, 453 внутренних и 1 спортивный спор. Общее количество дел увеличилось на 16 % по сравнению с таковым 2019 г.¹⁷ РАЦ в 2020 г. принял к производству 318 исков; общая сумма исковых требований — 8,2 млрд руб., тогда как в 2019 г. подано 262 иска на сумму около 8,4 млрд руб.¹⁸

Между тем Арбитражный Центр при РСПП в своих итогах за 2020 г. отмечает, что принял к производству 435 исков на общую сумму 31,8 млрд рублей, что на 42 % превысило показатели 2019 г.¹⁹ Следовательно, и в этом центре зафиксировано значительное повышение количества споров в 2020 г.

Из всего вышеуказанного можно заключить, что рост дел в международных коммерческих арбитражных центрах, безусловно, был связан с рассмотрением дел, вызванных прямо или косвенно распространением COVID-19. Была ли такая практика положительной и подтверждающей возможность временно или частично освободить сторону от исполнения обязательств, покажет время.

Следующий важный вопрос — особенности регулирования освобождения от исполнения трансграничных контрактов и внутренних контрактов в РФ в связи с COVID-19.

Концепция форс-мажора (force majeure) в судебной практике РФ в новых условиях

В России все вопросы, связанные с форс-мажорными обстоятельствами, получили отражение в ст. 401 ГК, где указано: «Лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство, несет ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным

¹⁶HKIAC Release Statistics. Режим доступа: <https://www.hkiac.org/arbitration/arbitrators/arbitrator-appointments-and-confirmations-0>

¹⁷ Статистика по МКАС за 2020 г. была оглашена на заседании Президиума МКАС при ТПП РФ от 16 февраля 2021 г. Режим доступа: <https://mkas.tpprf.ru/ru/news/zasedanie-prezidiuma-mkas-pri-tppr-rf-i400529/>

¹⁸ Годовой отчет РАЦ 2019 г. Режим доступа: https://centerarbitr.ru/wp-content/uploads/2020/03/годовой_отчет-2019-рус.pdf; Годовой отчет РИСА и РАЦ за 2020 г. Режим доступа: https://centerarbitr.ru/wp-content/uploads/2021/02/annual_report-2020-RUS.pdf

¹⁹ Официальный сайт АЦ при РСПП. Режим доступа: <https://arbitration-rspp.ru/news/01-03-2021/>

вследствие непреодолимой силы, то есть чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств»²⁰.

Верховный суд РФ в Постановлении № 7 в 2016 г. указывал, что к таким обстоятельствам не относятся, в частности, отсутствие у должника необходимых денежных средств, нарушение обязательств его контрагентами, неправомерные действия его представителей²¹.

После наступления событий 2020 г. было очень много практических вопросов, связанных с многочисленными обращениями коммерсантов в Торгово-промышленную палату (далее — ТПП) России по самым разным трансграничным коммерческим сделкам.

В результате ТПП России обратилась в Верховный суд РФ (далее — ВС РФ) с просьбой дать разъяснения о форс-мажоре.

Так, 17 апреля 2020 г. была запрошена позиция ВС РФ по двум основным вопросам. Первый: можно ли рассматривать как форс-мажор разного рода запретительные меры органов власти, которые приводили к закрытию либо же приостановлению деятельности предприятий розничной торговли и общественного питания, а также клубов, гостиниц, кинотеатров и ряда других объектов в целях освобождения арендаторов от ответственности в их финансовых взаимоотношениях с арендодателями. Второй вопрос: можно ли рассматривать как обстоятельства непреодолимой силы с целью освобождения от ответственности по финансовым обязательствам автотранспортных предприятий — лизингополучателей принятые властью специальные меры, направленные на ограничения передвижения граждан (режим самоизоляции) и явившиеся причиной сокращения пассажиропотока на маршрутах регулярных автомобильных перевозок²².

Уже 21 апреля 2020 г. вышел Обзор Президиума ВС РФ № 1 по отдельным вопросам судебной практики, связанным с применением законодательства и мер по противодействию распространению на территории РФ новой коронавирусной инфекции (COVID-19) (далее — Обзор № 1)²³. Освещены в нем были, к сожалению, не все вопросы, которые накопились на тот момент у бизнеса, населения и государственных органов.

Анализ положений Обзора № 1 позволяет заключить, что ВС РФ рекомендует применять следующий тест российским судам при определении наличия либо же отсутствия обстоятельств непреодолимой силы. Перед судом потерпевшей стороне следует доказать: а) наличие обстоятельств непреодолимой силы, а также их продолжительность; б) наличие причинно-следственной связи между обстоятельствами непреодолимой силы и невозможностью либо задержкой

²⁰ Ст. 401 ГК РФ. СПС «Гарант».

²¹ Постановление Пленума ВС № 7 от 24 марта 2016 г. «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств (с изменениями, внесенными постановлением Пленума от 7 февраля 2017 г. № 6)». СПС «Гарант».

²² Официальный сайт ТПП России. Режим доступа: <https://tpprf.ru/ru/news/tpp-rossii-obratilas-v-verkhovnyy-sud-rf-za-razyasneniyami-o-fors-mazhore-i356666/>

²³ Обзор по отдельным вопросам судебной практики, связанным с применением законодательства и мер по противодействию распространению на территории Российской Федерации новой коронавирусной инфекции (COVID-19), № 1 утвержден Президиумом Верховного Суда Российской Федерации от 21 апреля 2020 г. СПС «Гарант».

исполнения обязательств; в) свою непричастность к возникновению обстоятельств непреодолимой силы; г) добросовестное принятие стороной разумно ожидаемых мер, направленных на предотвращение (минимизацию) возможных рисков.

Отдельно Президиумом Верховного Суда в Обзоре № 1 было дано разъяснение по поводу отсутствия у должника необходимых денежных средств: «...Если отсутствие необходимых денежных средств вызвано установленными ограничительными мерами, в частности запретом определенной деятельности, установлением режима самоизоляции и т. п., то оно может быть признано основанием для освобождения от ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств на основании статьи 401 ГК РФ»²⁴.

В основном практика по судебным делам показывает следующее: доказать наличие обстоятельств непреодолимой силы сложно. Приведем примеры внутренних дел по обозначенным выше пунктам.

а) Наличие и продолжительность обстоятельств непреодолимой силы.

В Девятый арбитражный апелляционный суд г. Москвы (далее — суд) истец (компания «МТЗ-Сервис») подал апелляционную жалобу к ответчику (Центральному окружному управлению материально-технического снабжения Министерства внутренних дел Российской Федерации) о признании незаконным одностороннего отказа от исполнения контракта. Истец ссылался на *продолжительность обстоятельств непреодолимой силы*. Суд подчеркнул, что нерабочие дни были установлены только с 30 марта по 8 мая 2020 г., согласно Указам Президента РФ от 25 марта, 2 апреля и 28 апреля 2020 г. Однако с 12 мая по 30 июля 2020 г. 80 дней у поставщика имелась возможность поставить товар. При этом поставщик в указанные сроки товар не поставил и контракт не исполнил. Контракт был заключен 1 апреля 2020 г., а значит, истец должен был и мог знать о введенных на тот момент ограничениях и запретах, связанных с COVID-19. Соответственно, суд не нашел причинно-следственную связь между введенными на территории РФ ограничениями, вызванными распространением новой коронавирусной инфекции, и непоставкой товара. Суд заключил, что введенные в ряде регионов ограничения не препятствовали исполнению контракта истцом, поскольку не содержали запрета на поставку товара²⁵. Как видно из данного дела, суд посчитал, что у стороны было достаточно времени для исполнения своих обязательств, однако истец в данный срок не уложился.

б) Наличие причинно-следственной связи между обстоятельствами непреодолимой силы и невозможностью либо задержкой исполнения обязательств.

В деле, которое было рассмотрено в 2020 г. государственным судом, а именно Арбитражным судом г. Москвы, ответчик возражал против взыскания неустойки, ссылаясь на Указ Мэра Москвы от 5 марта 2020 г. № 12-УМ

²⁴ Обзор по отдельным вопросам судебной практики, связанным с применением законодательства и мер по противодействию распространению на территории Российской Федерации новой коронавирусной инфекции (COVID-19), № 1 утвержден Президиумом Верховного Суда Российской Федерации от 21 апреля 2020 г. СПС «Гарант».

²⁵ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда № 09АП-13158/2021. Дело № А40-141127/20, от 9 апреля 2021 г. Режим доступа: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/3f4df139-c8c2-4bcc-9b5a-e031a4f52fab/503467dd-091c-4960-bfca-e7c80d9d3db2/A40-141127-2020_20210409_Postanovlenie_apelljacionnoj_instancii.pdf?isAddStamp=True

«О введении режима повышенной готовности» и на Постановление Правительства от 3 апреля 2020 г. № 434. Суд не принял данный довод ответчика по следующим причинам. Во-первых, продажа товара происходила в период с 4 по 6 марта 2020 г., ответчик должен был осуществить оплату с 18 по 20 марта 2020 г., то есть до введения режима повышенной готовности, а именно до 28 марта 2020 г. Во-вторых, должник находился в г. Санкт-Петербурге. В-третьих, ответчик не смог доказать, что нормативные акты, принимаемые на территории другого субъекта РФ (в г. Москве), о введении на его территории режима повышенной готовности с 28 марта по 23 июня 2020 г., затрагивают интересы ответчика как юридического лица. В-четвертых, ответчик не доказал, что отсутствие требуемых денежных средств вызвано ограничительными мерами, а спорную задолженность не погашал и после их отмены²⁶.

в) Добросовестное принятие стороной разумно ожидаемых мер для предотвращения (минимизации) возможных рисков.

В другом деле общество с ограниченной ответственностью «Триумф-Инжиниринг» (истец) обратилось в Арбитражный суд Ставропольского края с иском к акционерному обществу «Электротехнические заводы «Энергомера» (ответчик). Истец требовал взыскать с ответчика как задолженности по договору поставки, так и проценты, начисленные за пользование чужими денежными средствами. Проанализировав доказательства и аргументы, представленные каждой из сторон, суд пришел к следующему выводу. Спецификации контракта были подписаны контрагентами после 11 марта 2020 г. — даты, когда ВОЗ признала распространение COVID-19 пандемией. Кроме того, суд обратил внимание обеих сторон на то, что спецификации были подписаны даже после получения истцом письма от своего партнера из Китайской Народной Республики 4 февраля 2020 г. Ответчик был обязан оценить сложившуюся ситуацию и указать реальные сроки поставки. Соответственно, ответчик не смог доказать суду, что добросовестно принял все меры для предотвращения рисков. Суд пришел к выводу, что нет причин для освобождения ответчика от ответственности за нарушение им срока поставки на основании ст. 401 ГК РФ²⁷.

Если сравнить основания, сформулированные в новых Оговорках о форс-мажоре МТП (март 2020 г.), с основаниями, содержащимися в Обзоре № 1, можно заметить ряд важных различий.

Так, согласно тексту Оговорки ИСС, «форс-мажор» — это понятие, означающее наличие события либо обстоятельства (так называемое событие форс-мажора), которое ограничивает или препятствует выполнению стороной одного либо нескольких своих договорных обязательств, если и в той степени, в которой сторона, столкнувшаяся с невозможностью исполнения обязательств по договору, сможет доказать, что: а) данное препятствие находится вне ее разумного контроля; б) его невозможно было разумно предвидеть на этапе заключения

²⁶ Решение Арбитражного суда города Москвы по делу № А40-88222/20-76-595 от 05 октября 2020 г. Режим доступа: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/fbba3450-05a1-417b-9c20-3d16c39b3237/5a97afc7-d4c7-4ff5-a978-542728905d8f/A40-88222-2020_20201005_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True

²⁷ Решение Арбитражного суда Ставропольского края от 26 марта 2021 г. по делу № А63-17826/2020. Режим доступа: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/f252fbc9-ebd3-42ba-b77b-d657d7c5027f/46895079-d5b5-4f18-8fe9-331ba12d485c/A63-17826-2020_20210326_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True

договора; в) сторона не могла разумно избежать препятствия или преодолеть его последствия²⁸.

В Обзоре № 1 содержатся дополнительно следующие требования, которыми должны руководствоваться российские суды при признании того или иного обстоятельства основанием освободить от ответственности: продолжительность форс-мажора; наличие причинно-следственной связи между обстоятельством и неисполнением обязательства; то, что сторона добросовестно и разумно предприняла меры для минимизации рисков; то, что сторона исполнила свои обязательства после прекращения форс-мажора.

Все это указывает на то, что в российском суде складывается действительно отрицательная практика. Дел, в которых арбитры или судьи признавали COVID-19 обстоятельством непреодолимой силы, крайне мало. На наш взгляд, поскольку ситуация в настоящее время только ухудшается, в каждом конкретном случае российский суд может прийти к признанию того или иного обстоятельства, вызванного распространением COVID-19, обстоятельством непреодолимой силы.

Далее хотелось бы обратиться к исследованию российской судебной практики применения второй концепции — существенного изменения обстоятельств.

Российская практика по вопросам существенного изменения обстоятельств

В России эта концепция закреплена в ст. 451 ГК РФ.

Данная статья устанавливает целый перечень критериев, по которым договор может быть расторгнут либо изменен судом.

Первый — на этапе заключения договора стороны полагали, что такого изменения обстоятельств не произойдет. Второй критерий — изменение обстоятельств вызвано причинами, с которыми заинтересованная сторона не смогла справиться при той степени заботливости и осмотрительности, какая требовалась от нее по характеру договора и по условиям оборота. Третий критерий — исполнение заключенного договора без внесения изменений в его условия настолько нарушило бы соответствующее ему соотношение имущественных интересов сторон и повлекло бы для заинтересованной стороны такой ущерб, что она в большой степени лишилась бы того, на что была вправе рассчитывать в момент заключения договора. Четвертый критерий — из обычаев либо из существа договора не следует, что риск, обусловленный изменением обстоятельств, несет заинтересованная сторона²⁹.

В доковидную эпоху в публикациях отмечалось, что суды крайне редко признавали существенным изменением обстоятельств следующие ситуации: существенное увеличение рыночной цены; финансовый кризис, принятие нормативно-правового акта, делающего исполнение условий договора невозможным, крайне затруднительным либо вовсе бессмысленным и др. (Sarbash, 1999; Lavrov, 2001).

²⁸ Оговорки ICC о форс-мажоре и существенном изменении обстоятельств. Март 2020 г. Режим доступа: http://www.iccwbo.ru/news/2020/ICC_mezhdunarodnaya-torgovaya-palata-icc-obnovila-ogov/

²⁹ Гражданский кодекс Российской Федерации (ГК РФ) // СПС «Гарант».

В России уже давно складывается противоречивая судебная практика, касающаяся применения ст. 451 ГК РФ.

Еще при действующем Высшем арбитражном суде в стране применялись два подхода. Первого подхода, полностью отрицающего признания наличия существенного изменения обстоятельств в конкретных контрактах, придерживался Высший арбитражный суд. Второй подход отражал позицию федеральных арбитражных судов округов.

В своей монографии Петрищев В.С. отмечал: нежелание Высшего арбитражного суда применять институт существенного изменения обстоятельств вызвано опасением, что нормами воспользуются недобросовестные участники оборота, заинтересованные в неисполнении оказавшихся невыгодными договорных обязательств, а это может дестабилизировать гражданский оборот. Подобная позиция, очевидно, ущемляет права и интересы добросовестных участников оборота (коих, бесспорно, большинство) — тех, кто на основании принципа разумности и добросовестности обязан исполнить обязательство добросовестно, согласно требованиям закона и обычаям делового оборота, но не более того (Petrishchev, 2007).

Произошли ли изменения в российской судебной практике по данному вопросу после начала пандемии?

В марте 2020 г. появилась Оговорка МТП о существенном изменении обстоятельств. В ней отмечено, что, «если сторона договора докажет, что: а) дальнейшее исполнение ее договорных обязанностей становится слишком обременительным в связи с событием, находящимся за пределами ее разумного контроля, которое, как разумно предполагается, не могло быть принято во внимание при заключении договора; б) разумно избежать события или же справиться с ним либо преодолеть его последствия, не представляется возможным, то наступит одно из трех последствий».

Данные последствия наступят, если стороны не смогут согласовать за разумный период времени с момента ссылки на этот пункт альтернативные условия договора: во-первых, сторона, ссылающаяся на оговорку, может по своей инициативе в одностороннем порядке расторгнуть договор; во-вторых, судья либо арбитр обладает полномочиями восстановить баланс условий стороны; в-третьих, судья либо арбитр может расторгнуть договор³⁰.

Можно привести российскую практику внутренних споров по вопросам существенного изменения обстоятельств.

Например, Арбитражный суд г. Москвы в своем решении 27 января 2021 г. расторгнул предварительный договор коммерческой субконцессии «Фасоль» от 26 апреля 2019 г., заключенный между обществом с ограниченной ответственностью «МЕТРО Кэш энд Керри» и индивидуальным предпринимателем Маркиным Александром Васильевичем. Основанием расторжения явилось существенное изменение обстоятельств договора. Суд учел при вынесении данного решения следующие факты: во-первых, статус истца в качестве индивидуального

³⁰ Оговорки ICC о форс-мажоре и существенном изменении обстоятельств. Март 2020 г. Режим доступа: http://www.iccwbo.ru/news/2020/ICC_mezhdunarodnaya-torgovaya-palata-icc-obnovila-ogov/

предпринимателя; во-вторых, факт пандемии, который повлиял на финансовое состояние предпринимателя и покупательскую способность потребителей; в-третьих, значительное увеличение налоговой нагрузки, а также арендных и коммунальных платежей; в-четвертых, отсутствие у предпринимателя доходов, позволяющих покрывать все расходы; в-пятых, расторжение договора аренды, в соответствии с которым истцом арендовались помещения; в-шестых, отсутствие какой-либо возможности осуществления торговой деятельности согласно условиям спорного договора³¹. Таким образом, суд, проанализировав эти факты, заключил, что в данном деле произошло существенное изменение обстоятельств.

Еще одно дело также было рассмотрено Арбитражным судом г. Москвы. Суть заключалась в следующем. Агентство по страхованию вкладов (далее — Агентство) заключило контракт на выполнение работ по обустройству и оформлению своей переговорной зоны для проведения Российского инвестиционного форума — 2020 с компанией ООО «Графический Дизайн-Экспо». Однако в результате распространения COVID-19 был изменен формат проведения Форума и перенесены его даты. Агентство направило письмо компании ООО «Графический Дизайн-Экспо» 03.02.2020 о приостановлении работ, а потом — и требование о расторжении договора и о возврате денежных средств в связи с существенным изменением обстоятельств. Суд учел все доводы Агентства и вынес решение, что введенные ограничительные меры подтверждают существенное изменение обстоятельств и являются основаниями для расторжения договора. Следовательно, требование Агентства о расторжении договора является обоснованным и подлежит удовлетворению³².

Эти примеры показывают, что в российском суде в настоящее время можно попытаться признать обстоятельство, которое повлияло на исполнение по контракту, в результате наступления коронавирусной инфекции или последствий COVID-19, существенным изменением обстоятельств. Практика судов по данному вопросу — положительная.

Заключение

По итогам проведенного исследования могут быть сделаны следующие выводы.

В России в настоящее время складывается двоякая практика по поводу признания COVID-19 обстоятельством непреодолимой силы. С одной стороны, практика действительно отрицательная. Очень мало дел, в которых арбитры или судьи признавали бы COVID-19 таким обстоятельством. Объясняется это тем, что принцип *pacta sunt servanda* (с лат. «договоры должны исполняться») пока одерживает верх. С другой стороны, те события, которые продолжают происходить в мире и, в частности, в РФ спустя 1,5 года, например распространение новых штаммов коронавируса (индийского штамма Delta), свидетельствуют о

³¹ Решение Арбитражного суда г. Москвы по делу № А40-100034/20-5-743 от 27 января 2021 г. Режим доступа: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/8878434d-e89b-4e57-a0fd-0c448670a5fd/8dc8d842-db59-49d5-8e21-4093f63b10b1/A40-100034-2020_20210127_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True

³² Арбитражный суд города Москвы по Делу № А40-18071/21-67-131 от 07 апреля 2021. Режим доступа: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/ce138209-0132-4017-8139-ec345b01e525/068163f2-26f9-4cda-9eeb-0659b78f5112/A40-18071-2021_20210407_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True

том, что в это непростое время может появиться практика признания тех или иных обстоятельств, вызванных распространением COVID-19, обстоятельствами непреодолимой силы. Это позволит не ухудшить и так непростую экономическую ситуацию в нашей стране.

По поводу признания новой коронавирусной инфекции существенным изменением обстоятельств имеются иные выводы. Российские суды признают влияние COVID-19 и его последствия существенным изменением обстоятельств. В настоящий момент продолжается вакцинация населения; суды будут и дальше разрешать вопрос в пользу контрагента, который при отсутствии возможности исполнить свои обязательства, в том числе вследствие существенного изменения обстоятельств, не может быть лишен права на защиту своих интересов посредством требования о расторжении договора.

References / Список литературы

- Berger, K.P. & Behn, D. (2019/2020) Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study. *6 McGill Journal of Dispute Resolution*. 6(4), 78—130.
- Brunner, C. (2009) *Force Majeure and Hardship and General Contract Principles: Exemptions for Non-performance in International Arbitration*. Kluwer Law International.
- Cimone, A.C. (2006) El hardship en la contratación comercial internacional. *Revista de derecho. UASB-Ecuador ICEN, Quito*. (5), 77—103.
- Horn, N. (1985) Changes in Circumstances and the Revision of Contracts in Some European Laws and in International Law. In: Horn, N. (ed.). (1985) *Adaptation and renegotiation of contracts in international trade and finance*. Kluwer.
- Jarvin, S. & Derains Y. (1990) *Collection of ICC Arbitration Awards 1974—1985*. Kluwer Law Taxation Publishers.
- Kanashevskii, V.A. (2016) *International transactions: legal regulation*. Moscow: International relations publ. (in Russian).
Канашевский В.А. Международные сделки: правовое регулирование. М.: Международные отношения, 2016. 664 с.
- Kanashevskii, V.A. (2009) Force majeure terms in foreign economic contracts. *International Law Journal*. 2(146), 91—100. (in Russian).
Канашевский В.А. Условия о форс-мажоре во внешнеэкономических контрактах // Журнал международного права. 2009. № 2 (146). С. 91—100.
- Kondratieva, E.M. (2012) Force majeure clause in a foreign trade contract. *Vestnik of Lobachevsky University of Nizhni Novgorod*. 6(1), 238—244. (In Russian).
Кондратьева Е.М. Форс-мажорная оговорка во внешнеторговом контракте // Вестник Нижегородского университета им. Н.И. Лобачевского. 2012. № 6 (1). С. 238—244.
- Lahiri, Sh. (2020) Halliburton v Vedanta: Performance bonds and COVID-19. *Bar and Bench*. [21st May 2020]. Available at: <https://www.barandbench.com/columns/halliburton-v-vedanta-performance-bonds-and-covid-19> [Accessed 15th June 2021].
- Lavrov, D.L. (2001) *Monetary Obligations in Russian Civil Law*. St. Petersburg: Jurid. Center Press Publ. (In Russian).
Лавров Д.Л. Денежные обязательства в российском гражданском праве. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2001. 250 с.
- Maskow, D. (1992) Hardship and Force majeure. *The American Journal of Comparative Law*. 40(3), 657—669.
- Petrishchev, V.S. (2007) *A significant change in circumstances: the enforcement of Article 451 and the experience of common and continental law countries*. Moscow: Higher School of Economics Publ. (in Russian).
Петрищев В.С. Существенное изменение обстоятельств: правоприменение ст. 451 и опыт стран общего и континентального права. М.: ГУ ВШЭ, 2007. 60 с.

- Poldnikov, D.Ju. (2011) *Pacta sunt servanda: The problem of continuity in European private law. State and Law*. (3), 67—75. (in Russian).
Полдников Д.Ю. Pacta sunt servanda: Проблема преемственности в европейском частном праве // Государство и право. 2011. № 3. С. 67—75.
- Ramberg, Ja. (2011) *International Commercial Transactions: ICC Publication N 711*. translation from English by N.G. Vilкова. 4th ed. Moscow, Infotropic Media Publ. (in Russian).
Рамберг Я. Международные коммерческие транзакции: публикация ICC № 711 / пер. с англ. Н.Г. Вилковой. 4-е изд. М.: Инфотропик Медиа, 2011. 896 с.
- Rauh, T. (1996). Legal Consequences of Force Majeure Clauses under German, Swiss, English and United States' Law. *Denver J. International Law and Policy*. (25), 151—172.
- Sarbash, S.V. (1999) *A bank account agreement: problems of doctrine and judicial practice*. Moscow: Statut Publ. (in Russian).
Сарбаш С.В. Договор банковского счета: проблемы доктрины и судебной практики. М.: Статут, 1999. 272 с.
- Savkin, P.D. (ed.). (2017) *ICAC Practice at the CCI of the Russian Federation: 2004-2016. To the 85th anniversary of the ICAC (based on anonymized materials from the journals "International Commercial Arbitration" and "Bulletin of International Commercial Arbitration")*. Moscow: Association of Researchers of Private International and Comparative Law Publ.
Практика МКАС при ТПП РФ: 2004—2016. К 85-летию МКАС (на основе анонимизированных материалов из журналов «Международный коммерческий арбитраж» и «Вестник международного коммерческого арбитража») / науч. ред. и сост. А.Н. Жильцов; ред. П.Д. Савкин. М.: Ассоциация исследователей международного частного и сравнительного права, 2017. 1565 с.
- Van Houtte, H. (1993) Changed Conditions and *Pacta Sunt Servanda*. In: Gaillard, E. (ed.). (1993) *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*. Paris, ICC Publ.
- Ware, A.A., Yang, J., Fu-Tomlinson, Y. & Smyth, T.C. (2020) What to Do When You Receive a Coronavirus-Related Force Majeure Notice. Available at: <https://www.arnoldporter.com/en/perspectives/publications/2020/03/what-to-do-when-you-receive-a-coronavirus> [Accessed 25th June 2021].
- Yastrebov, V.V. (2015) The concept of the clause "Clausula Rebus Sic Stantibus". *Science Time*. 12(24), 899—904. (in Russian).
Ястребов В.В. Понятие оговорки «Clausula Rebus Sic Stantibus» // Science Time. 2015. № 12 (24). С. 899—904.

Об авторе:

Алимова Яна Олеговна — кандидат юридических наук, доцент кафедры международного частного права, заведующий кафедрой правового моделирования Московского государственного юридического университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА); 125993, Российская Федерация, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

ORCID ID: 0000-0002-7368-8526; SPIN-код: 8487-4259

e-mail: legal-solicitor@yandex.ru, yaoalimova@msal.ru

About the author:

Yana O. Alimova — Candidate of Legal Science, Associate Professor of the International Private Law Department, Chief of Legal Moot Department at Kutafin Moscow State Law University (MSAL); 9 Sadovaya-Kudrinskaya str., Moscow, 125933, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0002-7368-8526; SPIN -code: 8487-4259


e-mail: legal-solicitor@yandex.ru, yaoalimova@msal.ru

<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-60-74>

Научная статья

COVID-19 и правовое регулирование в Великобритании

Е.А. Сорокина  

Институт государства и права Российской академии наук,
г. Москва, Российская Федерация
sorokina_ea@mail.ru

Аннотация. С 2020 года миру приходится иметь дело с глобальной пандемией. Новый коронавирус (COVID-19) оказал беспрецедентное влияние на все сферы жизни общества и вынудил государства принимать соответствующие ответные меры для его сдерживания и контроля. В разных странах использовались различные подходы к реагированию на пандемию. В данной статье исследуется подход Великобритании в ответ на чрезвычайную ситуацию в области здравоохранения, вызванного COVID-19. С одной стороны, проводится анализ тех актов, которые были приняты в условиях кризиса в области здравоохранения и их оценка, с другой стороны, уделяется внимание вопросу, связанному с ограничением основных прав и свобод человека. Изначально в Великобритании опасность COVID-19 недооценивалась. Однако наблюдая за развитием событий с марта 2020 г. стали приниматься решительные меры для предотвращения распространения вируса, включая ограничение отдельных прав и свобод, связанных с введением локдауна и расширением функций и полномочий органов исполнительной власти. Значительная часть этих мер реализовывалась в результате принятия актов «мягкого права», правовой статус которых не совсем ясен. Кроме того, предпочтение было отдано быстрой разработке и принятию нового законодательного акта для борьбы с пандемией, независимо от уже существовавшей правовой основы в области регулирования чрезвычайными ситуациями. При этом полномочия по принятию мер для сдерживания и распространения COVID-19 были переданы органам исполнительной власти с минимальным парламентским контролем.

Ключевые слова: пандемия COVID-19, Великобритания, чрезвычайное положение, акты «мягкого права», правовые меры, ограничение прав и свобод человека

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 30 июля 2021 г.

Дата принятия к печати: 15 января 2022 г.

Для цитирования:

Сорокина Е.А. COVID-19 и правовое регулирование в Великобритании // *RUDN Journal of Law*. 2022. Т. 26. № 1. С. 60—74. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-60-74>


<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-60-74>

Research Article

COVID-19 and United Kingdom's legal regulation

Elena A. Sorokina  

Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences, *Moscow, Russian Federation*

sorokina_ea@mail.ru

Abstract. There has been an unprecedented impact on the all spheres of society from the novel coronavirus (COVID-19). As it has rapidly become a global pandemic, states around the world had to implement appropriate measures for responding to it containment and control. The different countries have used various approaches to responding to the pandemic. This article explores the UK's approach to the COVID-19 health emergency. More precisely, it will be analysed two main aspects: on the one hand, the acts that were adopted in the context of the health crisis and its assessment; on the other hand, it will be analysed attention is focus to the issue related to the limitation of fundamental human rights and freedoms. In the early stages of epidemic, UK implemented “herd immunity” strategies and its danger was initially underestimated by the authorities. Nevertheless, watching how things unfolded, from March 2020 onwards UK took drastic measures to prevent the spread of the virus. including country-wide lockdown and the powers of public administration entities are expanded. The significant of these measures have been implemented using acts of soft law or non-binding guidelines and recommendations, the legal status of which is not entirely clear. In addition, preference was given to the adoption of new legislation to combat the pandemic, regardless of the existing legal basis for emergency situations. At the same time, the authority to take measures to contain and spread COVID-19 was transferred to the executive authority with minimal parliamentary control.

Key words: COVID-19 pandemic, United Kingdom, state of emergency, soft law, legal measures, limitation of human rights and freedoms

Conflicts of interest. The author declares no conflict of interest.

Article received 30th July 2021

Article accepted 15th January 2022

For citation:

Sorokina, E.A. (2022) COVID-19 and United Kingdom's legal regulation. *RUDN Journal of Law*. 26 (1), 60—74. (in Russian). <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-60-74>

Введение

Пандемия COVID-19 — это продолжающийся глобальный кризис, вызванный вирусом SARS-CoV-2, который заставил государства во всем мире принимать срочные меры и характеризуется как один из наихудших для целого поколения (Stewart, 2020). Исключительные события, связанные с его распространением, привели к ситуации, которая сравнивается с состоянием войны (Gillis, 2020).

30 января 2020 г. Всемирная организация здравоохранения объявила о чрезвычайной ситуации в области общественного здравоохранения, имеющий международное значение, и государствам было рекомендовано подготовиться к глобальному распространению COVID-19 из Восточной Азии¹, а 11 марта эта ситуация уже была охарактеризована как пандемия².

Большинство государств мира объявили о чрезвычайной ситуации в области здравоохранения или ввели иные особые режимы, чтобы противостоять распространению вируса. Органы государственной власти, как отмечается, «вынуждены были заниматься сходными проблемами, связанными с защитой публичных интересов и обеспечением права на здоровье, неразрывно связанного с правом на жизнь» (Vasilieva, 2020:5) и «пытались найти надлежащий правовой ответ» (Cormacain & Bar-Siman-Tov, 2020:239—243). Органы государственной власти предприняли целый комплекс мер, которые можно охарактеризовать как беспрецедентные по своим масштабам и воздействию с точки зрения юридических последствий на права и свободы человека. Ограничения распространялись и распространяются не только на свободу передвижения, свободу предпринимательской деятельности, свободу собраний, но и косвенно на право на личную и семейную жизнь, право на образование и т.д. Таким образом, «состояние свободы фактически сводится к исключению, т.е. все, что несанкционированно — запрещено» (Sizaire, 2020).

Роль актов «мягкого» права на чрезвычайную ситуацию в области здравоохранения в Великобритании

Первоначально реакция органов государственной власти в Великобритании отличалась от реакции в других европейских странах. Для нее был характерен либеральный подход к кризисным явлениям в области здравоохранения. В частности, премьер-министр выступал за коллективный иммунитет, в стране не были введены серьезные ограничительные меры, разрешалось проведение массовых публичных мероприятий. Премьер-министр стремился обеспечить непрерывность британской экономической деятельности, полагая, что ограничительные меры, принятые в других странах, являлись непропорциональными и не имели достаточного обоснования с медицинской точки зрения (Grogan, 2020; Bates, 2020:102—112; Frowde, Dove & Laurie, 2020:463—464).

Несмотря на то, что в феврале 2020 г. в соответствии с Правилами об охране здоровья (коронавирус) были введены меры, позволяющие закрывать

¹ Заявление Генерального директора ВОЗ по итогам совещания Комитета ММСП по чрезвычайной ситуации в связи с новым коронавирусом (2019-nCoV). Режим доступа: [https://www.who.int/ru/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihf-emergency-committee-on-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/ru/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihf-emergency-committee-on-novel-coronavirus-(2019-ncov)) (дата обращения: 19.12.2020).

² Для объявления пандемии решающим фактором является не тяжесть заболевания, а легкость его распространения; подразумевается, что каждая страна разрабатывает план борьбы с ней и постоянно обновляет его на основе руководящих принципов ВОЗ. См.: Вступительное слово Генерального директора на пресс-брифинге по OVID-19 11 марта 2020 г. Режим доступа: <https://www.who.int/ru/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020> (дата обращения: 20.12.2020).

определенные предприятия, а также помещать на карантин лиц, возвращающихся из-за границы³, вместе с тем речь не шла о том, что будут предприниматься более серьезные шаги, направленные на борьбу с распространением вируса. Однако после заявления Имперского медицинского колледжа о том, что такая стратегия правительства приведет к 250 000 смертей⁴, заставило изменить выбранное направление и начиная с 16 марта 2020 г. вводились все более строгие ограничения в целях предотвращения передачи инфекции от человека к человеку⁵.

При этом данные меры основывались на актах, относящихся к категории «мягкого права», которые известны доктрине международного публичного права и права Европейского союза (Sorabji & Vaughan, 2021:143—148). В частности, 16 марта 2020 г. было принято Руководство «Социальное дистанцирование для всех жителей Великобритании, включая детей и защита пожилых и уязвимых лиц»⁶ и правительство Великобритании настоятельно рекомендовало, хотя и не предписывало в обязательном порядке, лицам с симптомами COVID-19 оставаться дома в течение 14 дней⁷. Вместе с тем 23 марта 2020 г. было принято еще одно Руководство «Остаться дома и вдали от других (социальное дистанцирование)»⁸, которое в течение нескольких дней являлось единственным актом, предусматривающим локдаун и ограничивающим права и свободы человека, предусматривающим требования соблюдать «социальную дистанцию» и «остаться дома» для всего населения, а также запрет собраний более двух лиц и закрытие большинства предприятий, учреждений и организаций в Великобритании. При этом в данном Руководстве указывалось, что полиция и соответствующие органы вскоре будут следить за соблюдением данных мер, а в случае нарушения будут налагаться штрафы. В этот же день Премьер-министр Правительства Великобритании заявил: «С этого вечера я должен дать населению простое указание — вы должны оставаться дома» и объявил об ограничительных мерах, предусмотренных Руководством⁹.

С одной стороны, выбор использовать акты «мягкого права» в ответ на кризис в области здравоохранения понятен. При их принятии не требуется

³ Health Protection (Coronavirus) Regulations 2020 (UK Statutory Instruments. 2020. No. 129). Available at: <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2020/129/contents/made> [Accessed 18th 2021].

⁴ См.: Imperial College. Report 9: Impact of Non-Pharmaceutical Interventions (NPIs) to Reduce COVID-19 Mortality and Healthcare Demand. 16 March 2020. Available at: <https://www.imperial.ac.uk/media/imperial-college/medicine/sph/ide/gida-fellowships/Imperial-College-COVID19-NPI-modelling-16-03-2020.pdf> [Accessed 18th 2021].

⁵ Brown, J. Coronavirus: The Lockdown Laws. Available at: <https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-8875/> [Accessed 14th November 2021].

⁶ Guidance on Social Distancing for Everyone in the UK, Including Children, and Protecting Older People and Vulnerable People. 16 March 2020. Available at: <https://www.gov.uk/government/publications/covid-19-guidance-on-social-distancing-and-for-vulnerable-people> [Accessed 18th May 2021].

⁷ Prime Minister's Statement on Coronavirus (COVID-19): 16 March 2020. Available at <https://www.gov.uk/government/speeches/pm-statement-on-coronavirus-16-march-2020> [Accessed 19th May 2021].

⁸ Guidance Staying at Home and Away from Others (Social Distancing). 23 March 2020. Available at: <https://www.gov.uk/government/publications/full-guidance-on-staying-at-home-and-away-from-others> [Accessed 19th May 2021].

⁹ Prime Minister's Statement on Coronavirus (COVID-19): 23 March 2020. Available at: <https://www.gov.uk/government/speeches/pm-address-to-the-nation-on-coronavirus-23-march-2020> [Accessed 19th May 2021].

соблюдения формальных процедур, и органы исполнительной власти могут очень быстро вводить необходимые требования. В возникшей кризисной ситуации может показаться, что подобного рода акты являются «идеальным» правовым средством для реагирования в рамках существующих позитивных обязательств государства по защите населения. Однако существует и недостаток. Акты «мягкого права» не являются обязательными и не влекут применение санкций при их не соблюдении, хотя могут создавать такое впечатление. По сути они представляют собой рекомендации и только поощряют требуемое поведение (Barraud, 2014; Piveteau, 2020). В данном контексте указывалось, что подобного рода акты не могут иметь никаких юридических последствий согласно конституционным основами Великобритании¹⁰. Очевидно, что ограничение основных прав и свобод человека, связанных с введением локдауна, должно осуществляться строго в соответствии с процедурами, предусмотренными для этой цели, что подразумевает наличие точной и ясной законодательной основы без противоречий и двусмысленности. В данном случае показателен опыт Новой Зеландии, где Высокий суд постановил, что требования, связанные с введением локдауна в стране (в период с 26 марта по 3 апреля 2020 г.) являлись необходимыми, разумными и соразмерными, однако они были незаконными, так как правовой основой являлись акты «мягкого права», а права и свободы людей строго ограничивались и объявления о санкциях создавали впечатление, что принятые меры для борьбы с кризисом были обязательными¹¹ (English, 2020).

Вместе с тем в настоящее время на сайте Правительства Великобритании содержится более 400 таких руководств и отсутствует ясность относительно того, какой из этих актов должен иметь приоритет. Кроме того, в таких актах могут содержаться ссылки на другие руководства, принятые для борьбы с кризисом в области здравоохранения. Они содержат различные утверждения, начинающиеся со слов «Вы должны», при этом не указывается правовая основа, на которой основываются подобные требования и какова их юридическая сила.

Новый Акт о коронавирусе 2020 г. и последующий отказ от единого законодательного регулирования в Великобритании

Официальной конституционной процедуры объявления чрезвычайного положения в Великобритании не существует. Однако с 1920 г. действует специальное законодательство для реагирования на подобные ситуации. В настоящее время действует Акт о чрезвычайных обстоятельствах 2004 г.¹², который был специально разработан и является законодательной основой для особых ситуаций и уполномочивает (среди прочего) органы исполнительной власти, в частности, в соответствии с разделами 20 и 21, издавать нормативные акты в отношении

¹⁰ Sumption J. There is a Difference between the Law and Official Instructions. The Time. 26 March 2020. <https://www.thetimes.co.uk/article/there-is-a-difference-between-the-law-and-official-instructions-j9tthqnrif> [Accessed 19th May 2021].

¹¹ Borrowdale v Director-General of Health. 2020. NZHC 2090. Available at: <https://www.courtsofnz.govt.nz/cases/borrowdale-v-director-general-of-health-1-1> [Accessed 19th May 2021].

¹² Civil Contingencies Act 2004. Available at: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/36/contents> [Accessed 19th May 2021].

различных событий, в том числе связанных с охраной здоровья населения. В соответствии с данным актом предусматривается строгий парламентский контроль за осуществлением предоставленных органам исполнительной власти полномочий и актами, которые ими принимаются (Sumption, 2020). Такие акты должны пересматриваться и обновляться каждый месяц, не могут использоваться для ограничения собраний или внесения значительных изменений в уголовно-процессуальное законодательство. Однако указанный акт не использовался в качестве реагирования на распространение COVID-19 в Великобритании.

В целом законодательной основой для борьбы с кризисом в области здравоохранения стали: Акт об общественном здравоохранении (борьба с заболеваниями) 1984 г. с изменениями 2008 г.¹³ и новый Акт о коронавирусе, который вступил в силу 26 марта 2020 г.¹⁴ Цель нового закона — предоставить правительству временные, дополнительные полномочия для замедления процесса распространения COVID-19, а также предусмотреть меры, направленные на преодоление возникшего кризиса в области здравоохранения.

Это обширный документ, объемом 348 страниц, включающий в себя две части, 102 статьи и 29 приложений, был принят Парламентом в ускоренном порядке и одобрен за один день. Положения данного акта распространяются на Англию, Уэльс, Северную Ирландию и Шотландию. При этом все регионы Соединенного королевства имеют право принимать нормативные акты, которые отражают их специфику и различия в области здравоохранения и социального обеспечения. В частности, в Шотландии был принят отдельный Акт о коронавирусе. В нем содержатся определенные положения, касающиеся защиты арендаторов от выселения, проведение судебных разбирательств с помощью электронных средств, увеличение процессуальных сроков для уголовных разбирательств.

Акт о коронавирусе 2020 г. содержит положения об экстренной регистрации медицинских и социальных работников, с тем чтобы увеличить количество медицинского персонала за счет упрощения требований к его регистрации, предоставить возможность временно осуществлять дополнительный набор сотрудников в сфере здравоохранения из числа выпускников медицинских вузов или уже вышедших на пенсию сотрудников. Кроме того, он предусматривает набор волонтеров для оказания экстренной помощи, новые требования в отношении неоплачиваемого отпуска, компенсацию в случае уменьшения заработка. Вносятся изменения в действующее законодательство, касающееся психиатрических учреждений, изменяется порядок оказания им помощи и поддержки со стороны Национальной службы здравоохранения Великобритании и местных органов власти. Скорректированы требования к регистрации актов гражданского состояния, увеличены сроки хранения отпечатков пальцев и данных ДНК. В соответствии с положениями данного Акта устанавливаются требования в отношении осуществления следственных действий в период пандемии, вводится

¹³ Public Health (Control of Disease) Act 1984. Available at: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/22> [Accessed 18th April 2021].

¹⁴ Coronavirus Act 2020. Available at: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2020/7/contents/enacted> (дата обращения: 30.04.2020); Coronavirus (Scotland) Act 2020. Available at: <https://www.legislation.gov.uk/asp/2020/7/contents> [Accessed 19th May 2021].

использование телекоммуникационных технологий в судах и трибуналах. В нем регламентируются также вопросы вакцинации в Шотландии; закрытия школ и детских дошкольных учреждений и обеспечения непрерывности образовательного процесса; обязательных выплат по болезни. Заключительные разделы данного Акта касаются полномочий медицинских работников, связанных с обращением с потенциально инфицированными лицами, а также мер, связанных с проведением публичных собраний и мероприятий, закрытием помещений, переносом выборов и референдумов, финансовой поддержкой промышленности.

Акт о коронавирусе 2020 г. — это временное чрезвычайное законодательство. Срок действия большинства его положений истекает через два года (ст. 89), однако он может быть продлен или сокращен на шесть месяцев (ст. 90). При этом Парламент должен каждые шесть месяцев пересматривать действие положений данного Акта (ст. 98).

Принятие в Великобритании специального законодательного акта рассматривалось как «хорошая модель». В нем содержатся детальные положения о различных видах чрезвычайных полномочий, и акты органов государственной власти должны приниматься на его основе. После завершения чрезвычайной ситуации данный Акт прекращает свое действие, и все принятые на его основе акты автоматически отменяются (Cormacain, 2020:256).

Однако по мере распространения пандемии от единого правового регулирования пришлось отказаться. В частности, в четырех регионах Соединенного королевства были приняты отдельные Правила о защите здоровья (коронавирус, ограничения): в Англии и Уэльсе — на основании Акта об общественном здравоохранении (борьба с заболеваниями) 1984 г., в Северной Ирландии — Акта о здравоохранении 1967 г., в Шотландии — Акта о коронавирусе 2020 г.¹⁵

Именно в соответствии с данными Правилами были введены ограничения основных прав и свобод человека. Принятые меры предполагали закрытие определенных учреждений (п. 4—5), ограничение общественных собраний (запрещались собрания более двух человек — п. 7)¹⁶ и свободы передвижения, поскольку никто не мог покинуть место проживания без разумного оправдания (п. 6)¹⁷. Разумным оправданием признавалось приобретение предметов первой необходимости; занятие спортом, самостоятельно или с другими членами семьи; обращение за медицинской помощью; оказание помощи, включая соответствующий

¹⁵ Health Protection (Coronavirus, Restrictions) (England) Regulations 2020 (UK Statutory Instruments. 2020. No. 350). Available at: <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2020/350/contents/made> [Accessed 18th May 2021]; Health Protection (Coronavirus, Restrictions) (Scotland) Regulations 2020 (Scottish Statutory Instruments. 2020. No. 103). Available at: <https://www.legislation.gov.uk/ssi/2020/103/contents/made> [Accessed 18th May 2021]; Health Protection (Coronavirus, Restrictions) (Wales) Regulations 2020 (Wales Statutory Instruments. 2020. No. 353 (W. 80)). Available at: <https://www.legislation.gov.uk/wsi/2020/353/contents/made> [Accessed 18th May 2021]; Health Protection (Coronavirus, Restrictions) (Northern Ireland) Regulations 2020 (Statutory Rules of Northern Ireland. 2020. No. 55). Available at: <https://www.legislation.gov.uk/nisr/2020/55/contents/made> [Accessed 19th May 2021].

¹⁶ Исключение составляли случаи, когда участники собрания являлись членами одной семьи или оно было необходимо в связи с осуществлением трудовой деятельности либо похоронами.

¹⁷ Joint Committee on Human Rights. Chair's Briefing Paper. 8 April 2020. Available at: <https://publications.parliament.uk/pa/jt5801/jtselect/jtrights/correspondence/Chairs-briefing-paper-regarding-Health-Protection-Coronavirus-Restrictions-England-Regulation-2020.pdf> [Accessed 18th May 2021].

уход за уязвимым лицом или оказание неотложной помощи; сдача крови; передвижение для целей, связанных с осуществлением трудовой деятельности, или для предоставления добровольных или благотворительных услуг, если лицо не может работать или предоставлять эти услуги по месту проживания; присутствие на похоронах; выполнение юридических обязательств; получение в случае необходимости доступа к определенным государственным услугам. В случае разумной необходимости или потенциальной опасности причинения вреда здоровью допускалась возможность переезда.

Полиция обеспечивала соблюдение данных требований, нарушение которых влекло ответственность в виде штрафа. Полиция могла узнавать о причинах отсутствия лиц по месту проживания. Она получила указание убеждать, уговаривать, вести переговоры и давать советы и могла применить разумную силу только в том случае, если лицо отказывалось вернуться к месту проживания.

В средствах массовой информации сообщалось о случаях ненадлежащего использования своих полномочий сотрудниками полиции¹⁸. В качестве надлежащей практики отмечался шотландский опыт назначения независимого эксперта для наблюдения над осуществлением новых полномочий.

В литературе отмечается, что установленные требования были нечеткими, запутанными, противоречивыми, а также наделяли сотрудников полиции свободой действий в отношении того, каким образом применять соответствующие полномочия (Joseph, 2020:258). С одной стороны, перечень разумных оправданий не являлся исчерпывающим, и у лица могла возникнуть необходимость покинуть место проживания в случае, не предусмотренном Правилами. С другой стороны, неопределенность в отношении того, что считать допустимым, создавала условия для различий в правоприменении.

При этом имелись определенные различия в Правилах, действующих в разных регионах Великобритании. Например, в Уэльсе люди не могли выходить из дома для занятия спортом чаще одного раза в день, что не было предусмотрено в других частях страны. В Шотландии только полицейские обладали полномочием вернуть человека домой в принудительном порядке, а в Англии этим правом наделялись также представители общественной поддержки полиции или любые лица, назначенные министром (Hickman, Dixon, & Jones, 2020).

В заявлении премьер-министра от 28 мая 2020 г. о смягчении связанных с локдауном мер также предусматривались различия в правовом регулировании между регионами Великобритании¹⁹. Так, в Англии в отличие от других частей страны существовала возможность покинуть место проживания без разумного оправдания. При этом в Шотландии, Северной Ирландии и Уэльсе прогулки допускались только один раз в день, а занятия спортом — только рядом с местом

¹⁸ Coronavirus: Woman “Wrongly Charged under New Law”. BBC News. 3 April 2020. Available at: <https://www.bbc.com/news/uk-england-york-north-yorkshire-52148020> [Accessed 18th April 2021]; Stubbley P. Coronavirus: Police Apologise for Telling Family They weren't Allowed in Their Own Front Garden. Independent. 10 April 2020; Dearden L. Coronavirus: Police Officer Who Arrested and Threatened to Pepper Spray Man “Delivering Food to Vulnerable Relatives” under Investigation. Independent. 11 April 2020.

¹⁹ Prime Minister's Statement on Coronavirus (COVID-19). 28 May 2020. Available at: <https://www.gov.uk/government/speeches/pm-press-conference-statement-on-the-five-tests-28-may-2020> [Accessed 18th April 2021].

проживания. Другие различия касались возвращения к трудовой деятельности, возможности использования транспортных средств для занятия спортом (разрешено без ограничений в Англии), открытия спортивных сооружений (запрещено в Шотландии и Уэльсе, разрешено в Англии и Северной Ирландии), ношения масок на открытом воздухе²⁰. Премьер-министр Уэльса заявил, что нет достаточных доказательств, для того чтобы заставлять людей носить маски в общественных местах. Правительство Шотландии рекомендовало носить маску везде, а Правительства Англии и Северной Ирландии — только в закрытых общественных местах, где социальное дистанцирование невозможно, например в транспорте или в продуктовых магазинах.

Оценка правовых мер органов исполнительной власти

Принятые органами исполнительной власти правовые меры оценивались по-разному: не только как «подходящие и необходимые», «основанные на положениях действующего законодательства» (King, 2020), но и как незаконные, нарушающие права и свободы (Craig, 2020; Sumption, 2020). Кроме того, поднимался вопрос и о соответствии введенных требований и запретов международным обязательствам страны, в частности, в рамках Европейской конвенции о защите прав и свобод человека 1950 г. (Brandreth & Lord Sandhurst, 2020).

Аргументы критиков сводились к следующему. Акт об общественном здравоохранении (борьбе с заболеваниями) 1984 г.²¹, на основании которого были приняты ограничительные меры, предоставляет министру здравоохранения право принимать нормативные акты «в целях предотвращения, защиты, контроля или обеспечения мер в связи с воздействием или распространением инфекции или заражения» (ст. 45С). Вместе с тем эти ограничения и запреты в соответствии с ст. 45G распространяются только на инфицированных лиц (Anderson, 2020; Craig, 2020).

Традиционно заболевания контролируются посредством введения ограничений в отношении инфицированных, а не здоровых лиц. В соответствии с Актом об общественном здравоохранении (борьбе с заболеваниями) 1984 г. судьям разрешается ограничивать свободу человека, если он инфицирован и существует опасность распространения инфекции (ст. 45G). Судья может назначить медицинское освидетельствование, госпитализацию лица, установить правила выписки его из больницы, предусмотреть изоляцию и карантин для этого лица (Sumption, 2020). В чрезвычайных ситуациях министр принимает меры, предоставляющие исполнительной власти возможность налагать ограничения на инфицированных лиц. Таким образом, данный Акт предоставляет официальным лицам право издавать распоряжения в отношении лиц, считающихся инфицированными, или помещений, признанных зараженными.

²⁰ Sargeant, J. & Nice, A. Coronavirus Lockdown Rules in Each Part of the UK. Institute for Government. Available at: <https://www.instituteforgovernment.org.uk/explainers/coronavirus-lockdown-rules-four-nations-uk> [Accessed 15th June 2021].

²¹ Public Health (Control of Disease) Act 1984. Available at: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/22> [Accessed 18th April 2021].

При этом в соответствии со ст. 45С Акта об общественном здравоохранении (борьбе с заболеваниями) должностные лица могут издавать нормативные акты, связанные с контролем в отношении мероприятий или собраний. В самом Акте понятие «собрание» не определяется, однако из контекста следует, что речь идет не просто об обычном социальном взаимодействии, например в домах у людей (Sumption, 2020). Таким образом, принятие ограничительных мер на основании положений Акта об общественном здравоохранении (борьбе с заболеваниями) несовместимо с принципом законности. А предусмотренные в Правилах требования являются *ultra vires*, а не только непропорциональными, поскольку органы государственной власти не уполномочены контролировать жизнь здоровых людей.

Очевидно, что участие Парламента в борьбе с кризисом в сфере здравоохранения являлось минимальным. Вероятно, введение ограничительных мер и запретов в области прав и свобод человека должно было основываться на акте Парламента, в котором предусматривались бы определенные гарантии и формы парламентского контроля. Это можно было сделать даже в рамках Акта о коронавирусе 2020 г. Если бы органы исполнительной власти издавали свои нормативные акты на его основе, это способствовало бы необходимой правовой определенности. Вместе с тем акты органов исполнительной власти принимаются либо без законодательной основы или на основании различных законов, в частности, на основании положений Акта об остеопатах 1993 г., Акта о Национальной службе здравоохранения (Уэльса) 2006 г., Акта о гражданском судопроизводстве 1997 г., Акта о налоге на добавленную стоимость 1994 г. и т.д. Все это в значительной степени затрудняет контроль, пересмотр или отмену тех или иных требований. Если бы все эти акты были приняты на основании Акта о коронавирусе 2020 г., то его отмена привела бы к прекращению их действия.

Судебное оспаривание актов органов исполнительной власти

В Великобритании в судебном порядке оспаривались и продолжают оспариваться акты органов исполнительной власти, принимаемые в условиях пандемии (Guy, 2020; Tomlinson, Hynes, Maxwell & Marshall), в связи с тем, что данные акты существенным образом ограничивают права и свободы человека, противоречат положениям Акта о правах человека 1998 г., международным обязательствам и традиционным основам *common law*.

В этом контексте существенный интерес представляет решение Апелляционного суда по делу *R (Dolan and Others) v. Secretary of State for Health and Social Care*, получившее широкий общественный резонанс²². В июне 2020 г. британский бизнесмен Саймон Долан организовал краудфандинг, требуя судебного пересмотра принятых правительством мер как нарушающих положения Европейской конвенции о защите прав и свобод человека²³.

²² Court of Appeal (Civil Division). *Dolan and Others v Secretary of State for Health and Social Care*. 2020. EWCA Civ 1605. Case No: C1/2020/1117. Available at: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/12/Dolan-v-SSHSC-judgment-011220-.pdf> [Accessed 18th April 2021].

²³ См.: *Dolan S*. Join the Legal Challenge to the UK Govt Lockdown. Crowdjustice. Available at: <https://www.crowdjustice.com/case/lockdownlegalchallenge/> [Accessed 18th April 2021].

По мнению истца, система связанных с локдауном мер являлась незаконной. Правила и принятые в соответствии с ними меры вступали в противоречие с Европейской конвенцией, представляли собой несоразмерное нарушение прав и свобод, ограничивавшее жизнь и деятельность всего населения. Кроме того, с момента принятия 26 марта 2020 г. Правил до их утверждения Парламентом прошло семь недель. Таким образом, эти акты принимались без какого-либо парламентского контроля и обсуждались представительным органом лишь несколько недель спустя.

В исковом заявлении акцентировалось внимание на том, что положения Акта об общественном здравоохранении (борьбе с заболеваниями) 1984 г. не предусматривают домашнего ареста для всего населения и что существовала возможность принятия менее ограничительных мер.

Истец полагал, что держать все население под домашним арестом, запрещать все собрания и устанавливать другие ограничения было необоснованно, поскольку вероятность смерти детей и молодежи в возрасте до 20 лет минимален, а взрослых в возрасте до 60 лет — крайне низок. Он полагал, что закрытие школ не являлось соразмерным.

В отношении соблюдения ст. 5 Конвенции Апелляционный суд пришел к заключению, что принятая в марте 2020 г. система мер не представляла собой незаконного вмешательства в право на свободу, пояснив, что в данном случае истец неверно истолковал положения Правил, уравнив введенные ограничения с домашним арестом или даже комендантским часом (п. 93).

Апелляционный суд установил, что требования Правил представляли собой вмешательство в осуществление права на уважение частной и семейной жизни, однако это вмешательство было обоснованным согласно п. 2 ст. 8 Конвенции, поскольку преследовало законную цель — охрану здоровья и являлось пропорциональным (п. 96). Не были нарушены и положения ст. 11 Конвенции (свобода собраний и объединений). Как указал Апелляционный суд, принятые меры не могут рассматриваться как противоречащие Конвенции, поскольку ограничения соответствовали публичным интересам с учетом серьезности пандемии в конце марта 2020 г. (п. 103).

Применительно к праву на образование, предусмотренному ст. 2 Протокола № 1 Конвенции, Суд признал соблюдение справедливого баланса между индивидуальными правами человека и публичными интересами с учетом того, что школы, как правило, оставались открытыми для детей ключевых работников²⁴

²⁴ 18 марта 2020 г. было объявлено о закрытии ряда образовательных и дошкольных учреждений. Образовательные услуги предоставлялись только в том случае, если ребенок нуждался в специализированной поддержке или относился к уязвимой группе, т.е. ему оказывалась помощь социального работника или для него была предусмотрена особая программа в сфере образования и ухода, которая подтверждалась специальным документом. Кроме того, в том случае, если родитель ребенка являлся ключевым работником, т.е. работал в сфере здравоохранения, социального обеспечения, образования и ухода за детьми или его деятельность была связана с предоставлением основных государственных услуг, продуктов питания и необходимых товаров, обеспечением общественной и национальной безопасности и т.д., и он не в состоянии был обеспечить, чтобы его ребенок оставался дома, то ребенку должно было быть предоставлено место в образовательном учреждении. См.: Press Release. Schools, Colleges and Early Years Settings to Close. 18 March 2020. Available at: <https://www.gov.uk/government/news/schools-colleges-and-early-years-settings-to-close> [Accessed 18th April 2021].

и осуществлялось преподавание on-line. И в исключительных условиях пандемии у Суда отсутствовали основания для вмешательства в действия органов исполнительной власти в этой сфере (п. 113—114).

Таким образом, в решении Апелляционного суда признается, что принятые меры, хотя и оказывали воздействие на права и свободы человека, являлись законными, соразмерными и не противоречили положениям как национального, так и международного права.

Заключение

Одной из особенностей современной пандемии является не только малоизученность инфекции, вызывающей заболевание, но и то, что она произошла в период наибольшей в истории человечества мобильности населения. Международные авиаперевозки, развитие общественного и частного транспорта способствовали повсеместному и быстрому распространению COVID-19 в глобальном масштабе. Не случайно государства ввели ограничения на передвижение и взаимодействие людей, чтобы сдержать и замедлить распространение вируса (Thomson & Ip, 2020). Кроме того, никто из нынешнего поколения не сталкивался ранее с глобальной пандемией, что, безусловно, влияет на тип реагирования в чрезвычайной ситуации.

Кризисы в области общественного здравоохранения характеризуются значительной неопределенностью, отсутствием достаточного времени на реагирование, нехваткой опыта и потенциально разрушительными последствиями. Реагирование на новую пандемию, представляет собой серьезную проблему. Проблемы, связанные с борьбой с пандемией, не являются чисто британскими, они характерны и для других стран.

Безусловно, характер, масштабы и последствия ситуации, связанной с распространением вируса COVID-19, требуют принятия быстрых правовых решений. В силу длительности и формализованности процедур принятия решений Парламенту сложно соответствовать этим требованиям (Griglio, 2020), поэтому именно на органы исполнительной власти возлагается данная обязанность.

В случае возникновения чрезвычайной ситуации органы государственной власти обязаны принимать адекватные меры. Система ограничительных мер представляет собой сложный баланс прав и ценностей, и органы государственной власти вынуждены чем-то «жертвовать». В связи с тем, что возникшая ситуация в области здравоохранения является серьезной и беспрецедентной, крайне важно, чтобы любые предпринимаемые меры имели четкую правовую основу (Brandreth & Lord Sandhurst, 2020). В данном случае важна правовая определенность в отношении того, какие правила действуют и когда применяются, а также каким образом они толкуются соответствующими органами. Вводимые меры должны быть ограничены по времени, необходимы и пропорциональны той

²⁴ Guidance. Critical Workers who can Access Schools or Educational Settings. 19 March 2020. Department for Education. Available at: <https://www.gov.uk/government/publications/coronavirus-covid-19-maintaining-educational-provision/guidance-for-schools-colleges-and-local-authorities-on-maintaining-educational-provision> [Accessed 18th April 2021].

ситуации, на которую они рассчитаны. Соответствующие меры должны осуществляться под независимым и эффективным контролем.

Представляется, что новые законодательные акты в области чрезвычайных ситуаций, в том числе и в области здравоохранения, необходимо разрабатывать в обычное время для соблюдения необходимого и всестороннего рассмотрения и обсуждения, чтобы обеспечить наилучший баланс интересов. В данном контексте отмечается, что принятие таких актов, редко, если вообще когда-либо, оказываются панацеей. Законодательство, введенное в спешке, вызванное чрезвычайной ситуацией, часто обладает недостатками, включая расплывчатые требования, предусматривающие широкое делегирование дискреционных полномочий, а также отсутствие необходимого парламентского контроля (Grogan, 2021). Вместе с тем следует согласиться, что в силу объективных причин (неизученность вируса, отсутствие четких представлений о способах борьбы с ним) никто не может точно сказать, какими должны быть эти меры. Они выявляются методом проб и ошибок (Varlamova, 2020:29).

Серьезность данного кризиса нельзя недооценивать, однако это не исключает необходимость оценки того, как государственные органы реагируют в данной ситуации, в частности, в сфере защиты прав и свобод человека. Именно способность органов власти действовать в чрезвычайной ситуации определяет эффективность правопорядка, соблюдение которого является одним из обязательных условий разрешения любых кризисов.

References / Список литературы

- Anderson, D. (2020) Can We Be Forced to Stay at Home. *David Anderson QC*. Available at: <https://www.daqc.co.uk/2020/03/26/can-we-be-forced-to-stay-at-home/>; <https://hal-amu.archives-ouvertes.fr/hal-01367533/document> [Accessed 19th May 2021].
- Barraud, B. (2014) L'échelle de juridicité : un outil pour mesurer le droit et fonder une théorie syncrétique (seconde partie : application). *Archives de philosophie du droit*. Available at: <https://hal-amu.archives-ouvertes.fr/hal-01367533/document> [Accessed 17th May 2021].
- Bates, E.S. (2020) United Kingdom. A Preliminary Human Rights Assessment of Legislative and Regulatory Responses to the COVID-19 Pandemic across 11 Jurisdictions. *Bonaverro Report*. (3), 102—112.
- Brandreth, B. & Lord Sandhurst (2020) Pardonable in the Heat of Crisis — Building a Solid Foundation for Action. *Society of Conservative Lawyers*. Available at: https://e1a359c7-7583-4e55-8088-a1c763d8c9d1.usrfiles.com/ugd/e1a359_e1cc81d017ae4bdc87e658c4bbb2c8e1.pdf [Accessed 17th April 2021].
- Cormacain, R. (2020) Keeping Covid-19 Emergency Legislation Socially Distant from Ordinary Legislation: Principles for the Structure of Emergency Legislation. *The Theory and Practice of Legislation*. 8 (3), 245—265. <https://doi.org/10.1080/20508840.2020.1786272>
- Cormacain, R. & Bar-Siman-Tov, I. (2020) Global Legislative Responses to Coronavirus. *The Theory and Practice of Legislation*. 8 (3), 239—243. <https://doi.org/10.1080/20508840.2020.1816261>
- Craig, R. (2020) Lockdown: A Response to Professor King. *UK Human Rights Blog*. Available at: <https://ukhumanrightsblog.com/2020/04/06/lockdown-a-response-to-professor-king-robert-craig/> [Accessed 14th April 2021].
- English, R. (2020) Challenge to legality of lockdown succeeds in New Zealand. *UK Human Rights Blog*. Available at: <https://ukhumanrightsblog.com/2020/08/21/challenge-to-legality-of-lockdown-succeeds-in-new-zealand/> [Accessed 14th May 2021].

- Frowde, R., Dove, E.S. & Laurie, G.T. (2020) Fail to Prepare and you Prepare to Fail: The Human Rights Consequences of the UK Government's Inaction during the COVID-19 Pandemic. *Asian Bioethics Review*. 12 (4), 459—480. <https://doi.org/10.1007/s41649-020-00151-1>
- Gillis, M. (2020) Ventilators, Missiles, Doctors, Troops... the Justification of Legislative Responses to COVID-19 through Military Metaphors. *Law and Humanities*. 14 (2), 135—159. <https://doi.org/10.1080/17521483.2020.1801950>
- Griglio, E. (2020) Parliamentary Oversight under the Covid-19 Emergency: Striving Against Executive Dominance. *The Theory and Practice of Legislation*. 8 (1—2), 49—70. <https://doi.org/10.1080/20508840.2020.1789935>
- Grogan, J. (2020) Right Restriction or Restricting Rights? The UK Acts to Address COVID-19. *Verfassungsblog*. Available at: <https://verfassungsblog.de/right-restriction-or-restricting-rights-the-uk-acts-to-address-covid-19/> [Accessed 15 June 2021]. <https://doi.org/10.17176/20200417-182523-0>
- Grogan, J. (2021) Power, Law and the COVID-19 Pandemic — Part II: Preparing for Future Emergencies *Verfassungsblog*. Available at: <https://verfassungsblog.de/power-law-and-the-covid-19-pandemic-part-ii/> [Accessed 15th June 2021]. <https://doi.org/10.17176/20210515-210940-0>
- Guy, S. (2020) Judicial Review and Covid-19: Reflections on the Role of Crowdfunding. *UK Administrative and Justice Institute*. Available at: <https://ukaji.org/2020/06/05/judicial-review-and-covid-19-reflections-on-the-role-of-crowdfunding/> [Accessed 15th June 2021].
- Hickman, T., Dixon, E. & Jones, R. (2020) Coronavirus and Civil Liberties in the UK. *Judicial Review*. 25(2), 151-170. <https://doi.org/10.1080/10854681.2020.1773133>
- Joseph, S. (2020) International Human Rights Law and the Response to the Covid-19 Pandemic. *Journal of International Humanitarian Legal Studies*. 11(2), 249—269.
- King, J. (2020) The Lockdown is Lawful. II' UK Constitutional Law Blog U.K. Const. L. Blog. *UKCLA*. Available at: <https://ukconstitutionallaw.org/2020/04/01/jeff-king-the-lockdown-is-lawful/> [Accessed 15th June 2021].
- Piveteau, C. (2020) La tentation de la soft law en période d'urgence sanitaire ou le tour de passe-passe des mesures de confinement au Royaume-Uni. *Revue des droits et libertés fondamentaux*. Available at: http://www.revuedlf.com/droit-fondamentaux/la-tentation-de-la-soft-law-en-periode-durgence-sanitaire-ou-le-tour-de-passe-passe-des-mesures-de-confinement-au-royaume-uni/#_ftn59 [Accessed 15th June 2021].
- Sizaire, V. (2020) Un colosse aux pieds d'argile. Les fondements juridiques fragiles de l'urgence sanitaire. *Actualités Droits-Libertés*. Available at: <https://journals.openedition.org/revdh/8976>. <https://doi.org/10.4000/revdh.8976> [Accessed 30 April 2021].
- Sorabji, J. & Vaughan, S. (2021) “This Is Not A Rule”: COVID-19 in England & Wales and Criminal Justice Governance via Guidance. *European Journal of Risk Regulation*. 12(1), 143—158. <https://doi.org/10.1017/err.2020.118>
- Stewart, H. (2020) Johnson: Many More People Will Lose Loved Ones to Coronavirus. *The Guardian*. Available at: <https://www.theguardian.com/world/2020/mar/12/uk-moves-to-delay-phase-of-coronavirus-plan> [Accessed 15th November 2020].
- Sumption, J. (2020) Government by Decree — Covid-19 and the Constitution. *Cambridge Freshfields Annual Law Lecture*. Available at: https://resources.law.cam.ac.uk/privatelaw/Freshfields_Lecture_2020_Government_by_Decree.pdf [Accessed 15th June 2021].
- Thomson, S. & Ip, C. (2020) COVID-19 Emergency Measures and the Impending Authoritarian Pandemic. *Journal of Law and the Biosciences*. 7(1), 1—33. <https://doi.org/10.1093/jlb/ljaa064>
- Tomlinson, J., Hynes, J., Maxwell, J. & Marshall, E. (2020) Judicial Review during the COVID-19 Pandemic (Part II). *The Admin Law Blog*. Available at: <https://adminlawblog.org/2020/05/28/joe-tomlinson-jo-hynes-jack-maxwell-and-emma-marshall-judicial-review-during-the-covid-19-pandemic-part-ii/> [Accessed 15th June 2021].

Varlamova, N. (2020) COVID-19 Pandemic as a Challenge to Constitutional Legal Order. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*. 29(6), 17—30. <https://doi.org/10.21128/1812-7126-2020-6-17-30> (in Russian).

Варламова Н. Пандемия COVID-19 как вызов конституционному правопорядку // Сравнительное конституционное обозрение. 2020. № 6. С. 17—30.

Vasilieva, T.A. (2020) Italy's Response to the COVID-19 Pandemic: Problems of Normative Management of Emergency. *Vestnik of the Saint-Petersburg University of the MIA of Russia*. (3), 54—60. <https://doi.org/10.35750/2071-8284-2020-3-54-60> (in Russian).

Васильева Т.А. Ответ Италии на пандемию COVID-19: проблемы правового регулирования // Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России. 2020. № 3. С. 54—60.

Об авторе:

Сорокина Елена Александровна — кандидат юридических наук, научный сотрудник сектора прав человека Института государства и права РАН; 119019, Российская Федерация, г. Москва, ул. Знаменка, д. 10

ORCID ID: 0000-0002-6618-8574; SPIN-код: 3248-5351

e-mail: sorokina_ea@mail.ru

About the author:

Elena A. Sorokina — Candidate of Legal Sciences, Research Fellow of the Human Rights Department, Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences; 10, Znamenka str., Moscow 119019, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0002-6618-8574; SPIN-code: 3248-5351

e-mail: sorokina_ea@mail.ru

ИСТОРИКО-ПРАВОВЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ

HISTORICAL AND LEGAL RESEARCH

<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-75-94>

Научная статья

Эволюция англо-американского юридического позитивизма в конце XIX — начале XX вв.: понимание юриспруденции и права в учении Дж. У. Сэлмонда

А.М. Михайлов  

Московский государственный институт международных отношений МИД РФ,
г. Москва, Российская Федерация
[✉antonmikhailov@hotmail.com](mailto:antonmikhailov@hotmail.com)

Аннотация. Исследовано правовое учение известного новозеландского правоведа Джона Уильяма Сэлмонда — одного из значимых представителей традиции англо-американского юридического позитивизма, внесшего существенный вклад в ее развитие. Целью исследования является реконструкция взглядов правоведа о природе права и предметной области юриспруденции. Актуальность. В российском правоведении крайне слабо изучена эволюция англо-американского юридического позитивизма от Дж. Остина до учения Г.Л.А. Харта, в то время как именно в указанный период позитивистское учение являлось ведущим в англо-американской правовой мысли. Методологическую основу исследования составили исторический подход, взятый совместно с элементами биографического подхода, приемы и процедуры юридической герменевтики, правила и приемы формальной логики, позволившие реконструировать ключевые идеи правового учения Дж. Сэлмонда и поместить их в контекст традиции прецедентного права. Магистральной идейной линией работы является связь между правовыми учениями Дж. Остина, Дж. Сэлмонда и Г. Харта. В работе выявлены черты, позволяющие утверждать типологическую принадлежность учения Сэлмонда к классическому юридическому позитивизму в Англии. Особое внимание в статье было уделено изучению существенных отличий между правовыми учениями Дж. Остина и Дж. Сэлмонда, а также идейной общности правовых учений Дж. Сэлмонда и Г. Харта. Автор пришел к выводу, что правовое учение Сэлмонда являлось первым в истории английского юридического позитивизма, где основанием действительности права становится не приказ суверена, а практика судов, выражающая признание правил в качестве правовых.

Ключевые слова: английский юридический позитивизм, Дж. Сэлмонд, Дж. Остин, Г. Харт, разделительный тезис, право как социальный факт, прецедентное право

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

© Михайлов А.М., 2022



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

Информация о финансировании. Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 20-011-00914 «Проект позитивизма сегодня: историческая траектория, проблемное поле и система юридического позитивизма в англо-американской традиции».

Дата поступления в редакцию: 4 октября 2021 г.

Дата принятия к печати: 15 января 2022 г.

Для цитирования:

Михайлов А.М. Эволюция англо-американского юридического позитивизма конце XIX — начале XX вв.: понимание юриспруденции и права в учении Дж. У. Сэлмонда // RUDN Journal of Law. 2022. Т. 26. № 1. С. 75—94. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-75-94>


<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-75-94>

Research Article

The evolution of anglo-american legal positivism in the late 19th — early 20th centuries: understanding jurisprudence and law in the teachings of J. W. Salmond

Anton M. Mikhailov  

Moscow State Institute of International Relations (MGIMO University),
Moscow, Russian Federation

 antonmikhailov@hotmail.com

Abstract. The article is devoted to the legal doctrine of the famous New Zealand jurist John William Salmond — one of the most remarkable representatives of Anglo-American legal positivism, who made a significant contribution to its development. The aim is to reconstruct the views of a lawyer about the nature of law and the subject area of jurisprudence. The relevance lies in the fact that the evolution of Anglo-American legal positivism from J. Austin to the teachings of H.L.A. Hart is poorly studied in Russian jurisprudence while prevailing in Anglo-American legal thought. The methodological basis comprises historical approach along with the elements of a biographical approach, techniques and procedures of legal hermeneutics, rules and techniques of formal logic allowing to reconstruct the key ideas of J. Salmond's legal theory and place it in the context of the common law tradition. The main ideological line of the work is the connection between the legal teachings of J. Austin, J. Salmond and H.L.A. Hart. The work reveals features that allow to assert the typological belonging of Salmond's doctrine to the classical legal positivism in England. Particular attention in the article is paid to the study of significant differences between the legal teachings of J. Austin and J. Salmond, as well as the substantial similarities between legal theories of J. Salmond and H.L.A. Hart. The author came to the conclusion that Salmond's legal doctrine was the first in the history of English legal positivism, where the basis for the validity of law lies not in the order of the sovereign, but within the practice of the courts recognizing the rules as legal.

Key words: English legal positivism, J. Salmond, J. Austin, H.L.A. Hart, separability thesis, law as social fact, case-law

Conflicts of interest. The author declares no conflict of interest.

Funding information. The article was supported by RFBR grant N 20-011-00914 “Positivism Project Today: Historical Trajectory, Problem Field and System of Legal Positivism in the Anglo-American Tradition”.

Article received 4 th October 2021

Article accepted 15th January 2022

For citation:

Mikhailov, A.M. (2022) The evolution of anglo-american legal positivism in the late 19th — early 20th centuries: understanding jurisprudence and law in the teachings of J. W. Salmond. *RUDN Journal of Law*. 26 (1), 75—94. (in Russian). <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-75-94>

Введение

Юридический позитивизм — как на Европейском континенте, так и в островной Англии — являлся единственным направлением понимания права, сформированным профессиональными юристами, выражающим специфику их правосознания, ориентированного на осмысление позитивного права и практики его реализации. Проблематично спорить с тем, что специфика исторического развития, структурной организации и профессионального мышления в семье *common law* обуславливают качественное своеобразие концепций англо-американского юридического позитивизма.

Актуальность целостной исторической реконструкции эволюции юридического позитивизма в англо-американской правовой мысли обусловлена не только тем, что аналитическая юриспруденция остается одним из ведущих направлений понимания права, но и тем, что ее специфические черты неразрывно связаны с одной из ведущих правовых традиций — семьей общего прецедентного права (*common law*). При этом целостность реконструкции традиции англо-американского юридического позитивизма связана и с необходимостью демонстрации проявлений специфических черт общего (прецедентного) права в идейном содержании концепций аналитической юриспруденции.

Российские правоведы, специально изучавшие концепции юридического позитивизма, за редкими исключениями (Didikin, 2016), не делают традицию англо-американского юспозитивизма предметом своего исследования. Несмотря на то, что Г.В. Мальцев и другие российские правоведы выделяли континентально-европейский «позитивизм законов» (*der Gesetzespositivismus*) и англо-американский «аналитический позитивизм» или «позитивизм решений» (*der Urteilspositivismus*)» (Maltsev, 1995:50, 1999:156, Tikhonravov, 1997:355), вместе с тем последний не становился предметом специального теоретико-правового исследования, направленного на определение его специфических черт в сравнении с континентально-европейским юспозитивизмом. Единичные попытки современных российских исследователей изучить англо-американский юридический позитивизм, как правило, ограничиваются концепциями отдельных персоналий, традиционно входящих в мировой «зал славы» позитивистской традиции — И. Бентам, Д. Остин, Г. Кельзен, Г. Харт (Pischulin, 2010, Gorbunov, 2021).

Английский юридический позитивизм второй половины XIX столетия остается крайне слабо исследованным в современном российском правоведении — несмотря на то, что в тот исторический период он являлся ведущим типом понимания права в профессиональной корпорации английских юристов. Так, Дж. Сэлмонд в 1902 г. указывал на то, что понимание права как императивного предписания носителя верховной власти, идущее еще от учений Гоббса, Пуфендорфа, Бентама и Остина, было «в большой степени, хотя и не повсеместно, признано среди английских авторов» (Salmond, 1902:52).

Вместе с тем даже авторы диссертационных исследований, посвященных юридическому позитивизму как типу понимания права, в определяющей мере следуют магистральному пути в освещении данной традиции — сначала излагают ключевые идеи философско-правового учения И. Бентама, затем переходят к характеристике командной концепции права Д. Остина, после чего останавливаются на критических аргументах центральной фигуры английского неопозитивизма XX столетия Г.Л.А. Харта.

Если внимательно проанализировать современные российские реконструкции эволюции англо-американского юридического позитивизма, то может сложиться впечатление, что учения «раннего» английского юридического позитивизма вплоть до 1961 г. — года опубликования «Понятия права» Г. Харта — не претерпевали каких-либо качественных изменений. По всей видимости, критические аргументы Г. Харта настолько выходили за рамки «традиционных» направлений критики позитивизма Остина, что для последующего развития данной традиции стали определяющими. Вместе с тем и данная гипотеза нуждается в специальном доказательстве, которое, так или иначе, столкнется с необходимостью анализа аргументов критиков командной концептуализации права, предшествующих учению Харта.

При внимательном исследовании учений английских правоведов конца XIX — начала XX столетия обнаруживается целый ряд идей, всецело не укладывающихся в командную концепцию права Д. Остина. Эволюция англо-американского юспозитивизма проявляется, в частности, в необходимости отвечать на критику иных концепций понимания права, в числе которых в 1880—1910-е гг. выступали концепции английской исторической юриспруденции (Г.С. Мэйн, Ф.У. Мейтланд, Ф. Поллок), концепции немецкой исторической школы права, Р. фон Йеринга, О. фон Гирке. Отдельные представители английского юридического позитивизма даже осуществили систематизацию критических аргументов противников и попытались дать на них развернутые ответы (Austin & Brown 1906:332—346).

Понимание юриспруденции в правовом учении Дж. Сэлмонда

Одним из значимых представителей раннего юридического позитивизма англо-американской традиции, способствовавших эволюции данного направления философско-правовой мысли, являлся известный новозеландский юрист и судья сэр *Джон Уильям Сэлмонд* (3 декабря 1862 — 19 сентября 1924). Он окончил Университет Отаго в 1882 г. с присвоением степени бакалавра искусств, а

несколько позже — магистра искусств. Затем Сэлмонд получил стипендию Гилкреста для обучения в Университетском колледже (Лондон), где окончил юридический факультет и стал научным сотрудником. Его ключевые теоретико-правовые труды — «Первые принципы юриспруденции (1893), «Естественное право» (1895) и «Юриспруденция или теория права» (1902). За последний из указанных трудов Сэлмонд был удостоен премии Суини Королевским обществом искусств, а сам труд выдержал 7 прижизненных изданий (до 1924 г.), а далее его издание с некоторыми коррективами было продолжено целым рядом британских правоведов вплоть до 1970-х гг.

Многие десятилетия правовое учение Дж. Сэлмонда рассматривалось в Великобритании и за ее пределами как прозаичный парафраз «общих мест» правового учения Остина. По всей видимости, и сам новозеландский правовед сделал многое, чтобы преуменьшить значение тех своих идей, какие бросали вызов «ортодоксальной» командной концепции Остина (Postema, 2011:25). Однако данное обстоятельство несколько не снижает их значение для последующего развития традиции англо-американского юридического позитивизма.

В своем центральном теоретико-правовом труде «Юриспруденция или теория права» (1902) Дж. Сэлмонд определяет юриспруденцию как науку права, включающую в себя все виды обязательных правил, установленных для действий человека. В структуре юриспруденции Дж. Сэлмонд выделял гражданскую (*civil*), международную (*international*) и естественную (*natural*). Структура юридического знания, раскрываемая британским юристом, не выстраивается им рационалистически, а представляет собой описание имеющегося *status quo* в европейском правоведении конца XIX столетия.

Позитивистская установка новозеландского юриста выражается и в том, что центральной частью науки права или юриспруденцией в узком значении термина он считает именно гражданскую юриспруденцию, изучающую право определенного государства и имеющую целью «дать полное и упорядоченное представление о системе принципов, которые реализуются и обеспечиваются в судах» (Salmond, 1902:1). В более раннем трактате ученого гражданское право определяется не только в русле традиции Остина как «право в строгом значении термина», «результат деятельности государства», но и как «право юристов и судов» (Salmond, 1893:1—2). Показательно то, что Дж. Сэлмонд предпочитает использовать вместо термина «позитивное право» («положительное право») термин «гражданское право», который этимологически не связан с фактом установления его норм носителем верховной власти и напрямую не ассоциируется с учением Дж. Остина.

Хотя Дж. Сэлмонд не отрицает естественно-правовую юриспруденцию, не входит в прямое обсуждение вопроса о том, могут ли принципы естественного правосудия считаться правовыми, вместе с тем связывает науку естественного права именно с историческим прошлым и утверждает, что она имеет этический характер, представляя собой моральную философию (Salmond, 1893:2).

Новозеландский правовед критически относился и к самому способу создания естественно-правовой юриспруденции — абстрактному формулированию принципов естественного права, отмечал, что в таком понимании как термин, так

и предмет изучения науки естественного права «в последнее время полностью устарели» (Salmond, 1893:2). Любопытно отметить, что другой представитель аналитической юриспруденции У. Браун в своих комментариях 1906 г. к лекциям Остина прямо указал, что в Англии школа естественного права считалась нереалистичной и фантастической, ее фундаментальным недостатком являлось убеждение в том, что цель права следует раскрывать посредством априорного анализа: «Что касается философов, они создают воображаемые законы для воображаемых сообществ, и их дискурсы подобны звездам, дающим мало света, потому что они находятся столь высоко» (Austin & Brown, 1906:357).

В более раннем произведении 1893 г. «Первые принципы юриспруденции» Дж. Сэлмонд выступал против позиции юридической школы Остина, согласно которой юриспруденция как наука должна быть строго отграничена от этики и философского исследования природы права, неправды и обязательства. Новозеландский правовед утверждал, что проведение такого разграничения в принципе невозможно, потому что «юридическое право и право моральное, юридическое правосудие и правосудие естественное очень тесно соотносятся друг с другом как фактически, так и теоретически». К этому Сэлмонд добавлял, что «сама попытка исключить из идеи права ее этическое значение, являющееся одним из ее сущностных элементов, является дефектом английских юристов» (Salmond, 1893:10). Вместе с тем Сэлмонд не считал, что юристы должны делать моральную философию специальным предметом своего изучения. Связь между юриспруденцией и философско-правовым знанием была для него теоретической, но данные сферы знания разделялись для практических целей (Salmond, 1893:10).

По вопросу о структуре науки гражданского права представления Дж. Сэлмонда коррелируют с пониманием структуры юридического знания в немецком правоведении конца XVIII столетия. Новозеландский правовед подразделяет гражданскую юриспруденцию на *систематическую, историческую и критическую* (в 1893 г. они соответственно именовались как аналитическая, историческая и этическая). Систематическая ветвь гражданской юриспруденции изучает настоящее, ставя своей целью описание действующей правовой системы в том виде, в каком она в данный момент существует. Предмет изучения исторической юриспруденции составляет прослеживание становления и последовательного изменения правовой системы; она представляет собой общую или философскую часть истории права. Критическая юриспруденция излагает право в том виде, в каком оно должно существовать (Salmond, 1902:4). Данную часть юриспруденции Дж. Сэлмонд вслед за основоположником аналитической юриспруденции называет наукой о законодательстве.

На наш взгляд, данный подход к структурированию юридического знания имеет тесные параллели с представлениями о составе юриспруденции Г. фон Гуго, который в «Учебнике гражданского права» (1799) аналогичным образом выделял юридическую догматику, занимающуюся действующим позитивным правом, историю права, призванную раскрыть закономерное, независимое от законодателя, развитие права, и философию позитивного права, на основе эмпирических данных оценивающую техническую и прагматическую целесообразность определенных правоположений (Hugo, 1799:15, 16, 45).

Составной частью гражданской юриспруденции Дж. Сэлмонд считает юриспруденцию теоретическую как науку, изучающую исходные принципы гражданского права. Фундаментальные концепции и принципы, составляющие предмет изучения теоретической юриспруденции, не могут быть с логической точностью отграничены от остальной части юридического знания, поэтому новозеландский правовед именует теоретическую юриспруденцию «вводной и общей частью правовой науки». Вместе с тем ее значимость состоит в том, что изучаемые ею исходные принципы выступают основой для более конкретных элементов права (Salmond, 1902:4). Цель данной области правовых исследований — обеспечить теоретическое основание, требуемое наукой права. Сэлмонд специально указывает на то, что с практической точки зрения права как искусства значимость концепций и принципов, изучаемых теорией права, обратно пропорциональна их абстрактности и обобщенности, что практическая и теоретическая юриспруденция «очень далеки друг от друга в своих точках зрения, методах и целях» (Salmond, 1902:5).

По мнению новозеландского правоведа, теоретическая юриспруденция вбирает в себя принципы гражданской юриспруденции в систематическом, историческом и критическом аспектах. В предмет теоретической юриспруденции включается исследование концепции гражданского права как такового и во взаимосвязи с другими областями права — международным и естественным; анализ институтов, обеспечивающих функционирование права, таких как государство, суверенитет, правосудие; исследование источников гражданского права с акцентом на теорию законодательства, прецедента и обычного права; изучение основных и общих принципов развития права в целом, а не конкретных правовых систем; анализ структуры гражданского права, логического деления *corpus juris* на отдельные отрасли и оснований такого деления; исследование концепции юридических прав, их классификации, теории возникновения, передачи и лишения; исследование теории юридической (гражданской и уголовной) ответственности. Помимо перечисленного, Дж. Сэлмонд включает в предмет теоретической юриспруденции изучение любых иных юридических понятий, которые «ввиду фундаментального характера, теоретического интереса, важности или сложности заслуживают особого внимания с абстрактной точки зрения» (Salmond, 1902:6).

Вместе с тем в учении Сэлмонда теоретическая юриспруденция не считается самостоятельной юридической наукой, поскольку ее предмет невозможно точно и логично отделить от остальной части правовой науки. Поэтому обособление теории права как части гражданской юриспруденции исходит не из требований логики, а из соображений практического удобства (Salmond, 1902:8).

Дж. Сэлмонд специально подчеркивает, что теоретическая юриспруденция не является элементарным описанием той или иной системы законодательства, а изучает наиболее сложные для понимания аспекты правовой системы. Круг вопросов, составляющий предмет теории права, не обусловлен тем обстоятельством, что они присутствуют во всех или большинстве развитых правовых систем. Не универсальная рецепция делает правовой вопрос частью предмета теоретической юриспруденции, а его значимость как теоретического основания правовой действительности. Как пишет Сэлмонд: «Даже если ни одна правовая

система в мире, за исключением правовой системы Англии, не признавала бы прецедент как источник права, теория прецедентного права, тем не менее, была бы полноценным предметом изучения данной науки» (Salmond, 1902:7).

На наш взгляд, в представлениях Дж. Сэлмонда о предмете и структуре теоретической юриспруденции нашли свое выражение некоторые специфические черты правосознания юристов семьи общего права. Сами по себе вопросы целенаправленного, концептуально фундированного структурирования права и юридического знания никогда не являлись предметом пристального внимания британских правоведов, поскольку правовая система Англии и генетически связанные с ней дочерние правовые системы развивались в определяющей степени естественным образом, стихийно-исторически, а вопросы структурирования права решались исходя из накопившегося опыта прецедентной практики. В соответствии с данной традицией Дж. Сэлмонд не кладет какую-либо концепцию общей теории права в основу структурирования ее предмета, что скорее являлось характерной чертой немецкого правоведения XIX столетия. Новозеландский правовед не раскрывает критерии, позволяющие утверждать, что тот или иной правовой вопрос является фундаментальным, обладает важным и сложным характером и потому требует именно теоретического исследования.

Понятие права в учении Дж. Сэлмонда

Дж. Сэлмонд указывает на то, что одной из центральных задач теории права является разграничение права и закона. Автор «Юриспруденции» акцентирует то обстоятельство, что в силу особенностей английского языка понятия права и закона выражаются одним термином «*law*», что затрудняет строгое разграничение данных понятий.

Понятия «права» и «закона» Дж. Сэлмонд определяет как абстрактное и конкретное соответственно. Абстрактное понятие «право» используется при характеристике права Англии, уголовного права, права иска, в то время как конкретное понятие «закон» используется тогда, когда говорится, к примеру, что Парламент принял или отменил закон (Salmond, 1902:7). Дж. Сэлмонд отмечает, что большинство английских правоведов определяют понятие «*law*» в конкретном, а не в абстрактном значении, пытаются ответить на вопрос «Что такое закон?», в то время как настоящей загадкой является ответ на вопрос «Что есть право?» (Salmond, 1902:12).

Можно видеть, что в разграничении права и закона новозеландский юрист не исходит из какой-либо философской концепции, а основывается на профессиональном юридическом словоупотреблении: термин «закон» не осмысливается в его понятии, а означает вид юридического источника права. При таком подходе отрицание возможности отождествить право с законом, на наш взгляд, проистекает из самой специфики традиции общего права, в которой на протяжении нескольких столетий законодательство воспринималось как «инородное тело» в системе английского права (David & Jauffret-Spinosi, 1996:260). Как широко известно, вплоть до II половины XIX столетия, эпохи консолидации британского статутного права, законодательное регулирование не покрывало собой значимую

часть общественных отношений в Англии, обширные области социальной жизни регулировались практически исключительно прецедентным и обычным правом.

Дж. Сэлмонд прямо утверждает, что право не состоит только лишь из общего количества действующих законов, что его составными частями являются не законы, а нормы и принципы права (Salmond, 1902:12). Тем самым новозеландский юрист прямо отходит от номиналистической установки Бентама, утверждавшего, что термину «право» не соответствует никакой реальной вещи, что этот термин «собирательного характера, означающий всю совокупность объектов, к каждому из которых может быть приложено индивидуальное название закона, если употреблять этот термин в его естественном и очевидном значении. Следовательно, под правом вообще мы понимаем все законы, которые существуют, либо какой-то один закон, либо несколько законов, как кому будет угодно» (Bentham, 1977:7).

В отличие от школы естественного права Нового времени, классического немецкого идеализма и даже английского утилитаризма Дж. Сэлмонд не рассматривает соотношение права и закона с позиций какого-либо философского направления. Скорее, в основе его различия права и закона лежат особенности профессионального правосознания юристов общего права. Дж. Сэлмонд понимает закон как один из источников позитивного права, форму использования законодательных полномочий, и ставит эту форму права в один ряд с обычным и прецедентным правом. Соответственно, рассмотрение законов вместо права, по мнению Дж. Сэлмонда, «почти во всех случаях ведет к выводу, что статутное право — это и есть все право, т.е. та форма, к которой все право сводится» (Salmond, 1902:12). Замена исследования права изучением закона ошибочно отсылает правоведов к законодательной власти, в то время как, по мнению новозеландского юриста, для уяснения истинной природы и происхождения права следует обратиться к власти судебной.

Революционное стремление И. Бентама кардинально трансформировать систему общего права (Postema, 2019:186—212), заменив «собачье право» (*dog law*), создаваемое судьями, всеобщей кодификацией, и саму фиктивную сущность «право» — реальной сущностью «закон» (Bentham, 1977:7), на наш взгляд, вполне закономерно потерпело поражение, столкнувшись с глубоко укорененными в профессиональном правосознании английских юристов установками и представлениями.

На протяжении многих столетий центральной фигурой правовой системы Англии был судья, который являлся далеко не только правоприменителем, но подлинным правотворцем. Прецедентное право, как известно, не устанавливается в силовом и централизованном порядке носителем верховной власти; право, создаваемое судьями, эволюционирует постепенно по мере разрешения разнообразных споров и тесными узами связано с общественной практикой. Восприятие права как судейской традиции, развивающейся эволюционно и тесно связанной с историческим развитием английского общества, было глубоко укорененным представлением профессионального правосознания английских юристов, и именно эти традиционные представления нашли свое выражение в правовом учении Дж. Сэлмонда.

Дж. Сэлмонд определяет право как систему принципов и правил, признаваемых и применяемых государством в ходе отправления правосудия (Salmond, 1902:12). «Именно правосудие обращается к гражданам, говоря голосом государства», — утверждает новозеландский юрист (Salmond, 1902:56). Для новозеландского юриста каждое правило или принцип права выражается в судебной практике (Salmond, 1893:88).

В этом акцентировании судебного признания и применения правил, составляющих содержание права, на наш взгляд, ярко выразилась специфика традиции общего права, в которой на протяжении нескольких столетий право рассматривалась как «собственность» профессиональной корпорации юристов — судей и адвокатов. Как известно, один из базовых принципов английского права гласит: «право там, где средства его судебной защиты» (*ubi jus ibi remedium*). Данный принцип является выражением действовавшей на протяжении столетий истории английского права системы предписаний (*writs*), указывает на исторически сложившийся приоритет процессуальных форм и в целом «процедурное» мышление английских юристов (Mikhailov, 2015:38-43). Как римское право являлось правом исков, так и общее право Англии традиционно рассматривало возможность судебной защиты в качестве необходимого и ведущего признака права. Поэтому далеко не случайно Дж. Постема связывает определение права Сэлмонда с непосредственным опытом его работы в качестве адвоката (Postema, 2011:20).

Конечной целью права Сэлмонд считает поддержание и защиту субъективного права при помощи физической силы государства. Применительно к социальному регулированию Сэлмонд выделяет три системы — религию, общественное мнение и осуществление правосудия государством. Причем все они, в конечном счете, направлены на одну цель — защиту права в широком смысле, включающем в себя и «правоту», и субъективное право. Если религия использует сферу сверхъестественного для воздействия на мотивы поведения людей, вторая система добивается этого посредством социального неодобрения, то осуществление правосудия государством использует для этой цели физическое принуждение (Salmond, 1893:18).

Направленность права на поддержание и защиту субъективного права вносит *целевой* элемент в его понятие, что существенно отличает учение Сэлмонда от позиции родоначальника английского юридического позитивизма. Право в понимании Сэлмонда имеет целевую природу, поскольку оно является изобретением для осуществления правосудия и не может быть понято без отсылки к его конечному результату (Salmond, 1902:56). Поэтому представители «императивной теории права» (командной концепции права), сводящие право исключительно к принудительным приказам суверена, видят, по мнению Сэлмонда, лишь часть подлинной природы права и полностью игнорируют другую его часть — осуществление правосудия (Salmond, 1902:56). Сугубо императивная теория признается новозеландским юристом «однобокой», поскольку право — это не только проявление власти (могущества) (*might*) суверена, но и субъективное право (Salmond, 1902:55).

В «Первых принципах юриспруденции» (1893) новозеландский правовед утверждал, что теория права должна основываться не только на теории государства, но и на теории субъективного права. Материал для теории государства

поставляет политика, в то время как для теории субъективного права материал поставляется этикой (Salmond, 1893:9). Иными словами, в понятии правосудия Сэлмонд стремится интегрировать два, на его взгляд, имманентных праву момента — *политический*, выражающийся в императивности, принудительности требований официального права, исходящего от государства (*law*), и *этический* — выражающийся в нацеленности правосудия (*justice*) на поддержание и защиту субъективного права (*right*). Суды, применяющие право (*courts of law*), являются и судами, осуществляющими правосудие (*courts of justice*), поскольку отправлением правосудия — это также и защита права (Salmond, 1902:56).

Помимо этого, аргументация имманентности этического «элемента» в понятии права в учении Дж. Сэлмонда основывается на утверждении, что «право», «неправда», «обязанность» являются ключевыми понятиями как для права, так и для морали (Salmond, 1902:56).

Еще одним аргументом Сэлмонда следует назвать аргумент семантический. Новозеландский юрист утверждает: «Если мы обратимся к иностранным языкам, то увидим, что «официальное» право (*law*) и право как оправданное, субъективное право (*right*) обычно обозначаются одним и тем же словом. *Jus, droit, Recht, diritto*: у всех у них двойное значение — этическое и юридическое. Все они включают в себя нормы права и правила правосудия» (Salmond, 1902:56). Сэлмонд отвергает позицию, исходящую из случайности данных речевых совпадений. Указанная взаимосвязь понятий, по его мнению, является внешним выражением очень тесной взаимосвязи между правом и правосудием (Salmond, 1902:56).

Таким образом, Дж. Сэлмонд делает этику интегральным, «внутренним» элементом права, понимаемого как инструмент осуществления правосудия. Для Сэлмонда право не является лишь властным предписанием государства, но включает в себя публичное провозглашение принципов правосудия (Salmond, 1902:57). Такой подход, разумеется, уже невозможно рассматривать как следование «разделительному тезису» командной концепции Остина.

Прежде чем перейти к итоговой типологизации правового учения Дж. Сэлмонда следует отметить, что его понимание права как инструмента осуществления правосудия, для которого имманентны этические требования, вполне соответствует традиции общего (прецедентного) права.

Во-первых, именно деятельность по осуществлению правосудия исторически порождает прецедентное право, в центре которого всегда находится фигура судьи. Понимая эту генетическую особенность общего права, даже основатель аналитической юриспруденции был вынужден изобрести доктринальную фикцию, рассматривающую судей как «молчаливо» санкционированных сувереном правотворцев.

Во-вторых, тесное определенное синкретизм юридических и этических моментов был характерен для английского права справедливости (*law of equity*), принципы которого долгое время считались исключительно этическими, но впоследствии приобрели черты, характерные для процессуальной формы королевских судов (Mikhailov, 2019:40). Причем в английском праве справедливости слиты вместе и *справедливость*, и осуществление *правосудия* — категории, рассматриваемые как имманентные праву в учении Сэлмонда.

В-третьих, следует указать и на особенности восприятия положения и функций юриста в правовой системе Англии. Так, шведский историк права Э. Аннерс указывает на то, что среди английских юристов XVII—XVIII столетий «господствовало представление об их особом моральном призвании по защите и сохранению идей справедливости почти религиозного характера» (Anners, 1994:263). Поэтому, на наш взгляд, правовое учение Сэлмонда адекватно выражает историческое формирование общего права, слитность правосудия и справедливости в профессиональном сознании юристов, тесную связь права с религиозными и нравственными идеями справедливости, особое восприятие функций юристов на протяжении продолжительного периода развития английского права.

Признавая существенное отличие правового учения Сэлмонда в аспекте соотношения права и морали от «раннего» аналитического позитивизма Остина, вместе с тем мы не можем согласиться с безапелляционной позицией Г.Л.А. Харта, который в своей известной статье указал, что Сэлмонд «отказался от традиции Остина», поскольку утверждал необходимую связь норм права с «моральными нормами и принципами справедливости» (Hart, 2005:115).

Во-первых, Сэлмонд строго разграничивает правильное с *естественной* позиции и правильное с *позитивной* позиции: «Действие может быть правым «в действительности и воистину» (*in deed and in truth*), однако в то же время не признаваться ни одной из регулятивных систем, сформированных для поддержания права... Естественное право — есть сумма всех действий, правых «в действительности и воистину». Позитивное право — есть сумма всех действий, которые — верно или ошибочно — считаются и признаются какой-либо из регулятивных систем» (Salmond, 1893:19). В другом месте этого же труда новозеландский юрист указывает: «Действительность принципа права совершенно независима от его истинности. Принцип права является таковым не по причине своей истинности, но потому, что он признан и применяется государством» (Salmond, 1893:83). Как справедливо указывает Дж. Постема: «Для Сэлмонда действительность права является прямой функцией судебного признания, и это признание строго является вопросом социального факта обычной практики институтов по осуществлению правосудия» (Postema, 2011:21).

Таким образом, основанием действительности позитивного субъективного права становится не его «подлинная правота» с позиции некоего объективного стандарта, а *признание религией, общественным мнением или системой государственного правосудия*. Данный тезис об общественном происхождении и искусственной (признанной социальными институтами) природе права в юридическом позитивизме невозможно не признать фундаментальным, позволяющим провести строгую границу между юснатурализмом и юспозитивизмом как типами правопонимания.

Различая естественное и позитивное право, Сэлмонд ясно фиксирует свою позицию по вопросу существования естественного права: «...понятия права и обязательства принадлежат, в их полном и надлежащем значении, лишь к позитивному праву в его различных сферах, в то время как в сфере естественного права они — лишь пародийные, вводящие в заблуждение эха» (Salmond, 1895:142).

Во-вторых, в нескольких своих работах Дж. Сэлмонд признает правильным ведущий принцип классического юридического позитивизма, утверждающий производность права от государства, его императивный и принудительный характер. Так, в 1893 г. новозеландский юрист определяет право как «правило, признаваемое и поддерживаемое государством при осуществлении правосудия» (Salmond, 1893:77). Причем последнее, по его мнению, является исключительной функцией государства по применению средств судебной защиты в отношении правонарушений (Salmond, 1893:43). Через 9 лет в своем итоговом теоретико-правовом труде Сэлмонд вновь утверждает, что право «представляет собой императивное и принудительное действие государства, заключающееся в навязывании им своей воли, при необходимости с использованием физического принуждения к гражданам государства» (Salmond, 1902:53). В таком подходе к понятию права можно отчетливо видеть ключевые признаки аналитического позитивизма Д. Остина: *производность права исключительно от государства, императивность и принудительность*.

Новозеландский правовед вступает в спор с представителями английской исторической юриспруденции, утверждающими, что раннее право примитивных обществ не являлось предписанием государства. Сэлмонд признает, что обычаи, религиозные нормы могут выступать историческим источником права, «первичными суррогатами права», но при этом утверждает качественное различие между ними и позитивным правом. Формальным источником, от которого право черпает свою юридическую силу, является «по существу и исключительно полномочие и воля государства» (Salmond, 1902:54). Приобретение каким-либо правилом «истинной природы, формы и сущности гражданского права» Сэлмонд связывает исключительно с поддержкой властью организованного государства (Salmond, 1902:55). Поэтому ни обычаи, ни религиозные нормы вне официального государственного санкционирования не способны стать правом в полном и точном значении данного термина.

Признание Дж. Сэлмондом права позитивным по своей природе, отрицание естественного права, последовательное утверждение происхождения права от государства, принципиальное согласие с императивностью и принудительностью права — все эти положения позволяют утверждать, что учение новозеландского правоведа следует отнести к разновидности классического юридического позитивизма. Причем определение права как инструмента осуществления правосудия государством и утверждение о наличии в природе права этического «элемента» явно недостаточны для того, чтобы исключить учение Сэлмонда из традиции аналитической юриспруденции.

Идейная и концептуальная общность правовых учений Дж. Сэлмонда и Г. Харта

Следует согласиться с С. Шапиро в том, что установку на признание права — внутреннюю точку зрения в учении Г. Харта — следует отличать от моральной легитимности права (Shapiro, 2021:182—183), к которой, по всей видимости, апеллирует в своем учении Дж. Сэлмонд, акцентируя имманентность

праву этического элемента. Действительно, отношение к правилу признания как правилу, что отличает в учении Харта норму от приказа «вооруженного грабителя», вовсе не тождественно с пониманием права как морально легитимного средства осуществления правосудия (Hart, 2007:94—95).

Вместе с тем допустимо утверждать, что как Дж. Сэлмонд, так и Г. Харт в своих учениях, пусть и различными способами, но все же пытаются усилить одно из самых уязвимых мест классического юспозитивизма — определить субстанциональные отличия права от основывающихся исключительно на ресурсах принуждения произвольных команд суверена. На наш взгляд, как Сэлмонд, так и Харт не согласны с командной концепцией права Остина в том, что достаточным основанием действительности права может выступать власть суверена и привычка подвластных к повиновению (Hart, 2007:203). Если в учении Сэлмонда «оправдание» права осуществляется за счет его понимания как средства осуществления правосудия, неотъемлемым элементом которого являются этические соображения, то в учении Харта в основании действительности права лежит социальная практика признания правил, из которой и выводится основание правопорядка — «правило признания». Допустимо утверждать, что как Сэлмонд, учение которого Харт исключает из традиции аналитической юриспруденции, так и сам Харт находились в поиске *неволюнтаристского* основания права, что, на наш взгляд, сближает их правовые учения и не позволяет исключить учение Сэлмонда из традиции юридического позитивизма.

Важно обратить и на другое существенное сходство правовых учений Дж. Сэлмонда и Г. Харта. Оно состоит в том, что оба правоведа критиковали сведение основоположником аналитической юриспруденции всех правовых правил к командам.

Новозеландский правовец указывает, что «идея предписания и принудительного исполнения является сущностным имплицитным элементом понятия «право» в том смысле, что не может существовать права, не защищенного принудительным отправлением правосудия со стороны государства» (Salmond, 1902:57). Вместе с тем не каждый правовой принцип принимает или способен принять форму команды. Императивные правила составляют важную часть права, но не охватывают его целиком. «Право, — пишет Дж. Сэлмонд, — включает в себя весь массив принципов, признаваемых и применяемых в ходе отправления правосудия вне зависимости от того, императивны они или нет» (Salmond, 1902:57). Ни одна развитая система права не может состоять исключительно из обязывающих императивных норм, имеется «бесконечное множество принципов, имеющих иное предназначение и содержание, а потому не попадающих под определение императивной нормы» (Salmond, 1902:57). К таким правовым положениям Сэлмонд относит нормы права, указывающие, что определенные действия не являются обязательными или противозаконными. Такие нормы — в разительном отличии от императивных норм — создают свободы, а не обязательства (Salmond, 1902:58).

Помимо этого, к неимперативным, не имеющим форму команды правилам Сэлмонд относит многочисленные правила судопроизводства, которые являются нормами, в соответствии с которыми судьи осуществляют беспристрастное

правосудие. Такие правила являются правовыми, поскольку применяются судами и выступают средством осуществления правосудия, но вместе с тем они не являются императивными командами государства, адресованными гражданам и обеспеченными правовыми санкциями (Salmond, 1902:58). По мнению Сэлмонда, правовой характер правил судопроизводства следует не из того, что судебная власть из-за правовых санкций обязана их соблюдать, а из действительного их соблюдения в ходе отправления правосудия (Salmond, 1902:59).

Здесь также можно провести параллель с правовым учением Г. Харта, поскольку новозеландский юрист прямо утверждает, что в основании действительности правил судопроизводства лежат не принудительные санкции суверена, а *регулярная практика судей* по соблюдению таких процессуальных норм (Salmond, 1893:100—101). В свою очередь судьи при разрешении дела связаны ими потому, что они получили судебное признание. В основе следования правилам судопроизводства лежит профессиональная обязанность судей, имеющая не юридический, обеспеченный санкциями, а моральный характер, ведь за присягой судьи, подкрепленной общественным мнением и профессиональным мнением судейского и адвокатского сообществ, нет никакого трибунала, полномочного объявлять, применять и реализовывать такую обязанность судей (Salmond, 1902:56). Как справедливо указывает Дж. Постема: «Профессиональные обязательства, скрепленные мнением коллегии адвокатов и общественности, обеспечивают следование судей такой практике» (Postema, 2021:197). Таким образом, как в учении Сэлмонда, так и в неопозитивистской концепции Харта основания действительности права носят не силовой, а конвенциональный, социальный характер; и в этой своей черте данные учения качественно отличаются от «классического» юридического позитивизма Остина.

В отношении сравнения правовых учений Дж. Сэлмонда и Г. Харта в аспекте их критики командной концепции Остина особенно характерно то, что новозеландский правовед прямо указывает на существование многих иных форм неимперативного права, относящихся к «существованию, применению и толкованию других правил» (Salmond, 1893:99, 1902:58). К группе таких правил новозеландский юрист относит и правила судопроизводства.

И хотя Сэлмонд специально не именуется такие правила «вторичными» или «правилами о правилах», не проводит их предметный анализ, вместе с тем после данного заявления любому правоведа, знакомому с ключевыми положениями правового учения Г. Харта, становится очевидным то, что высказанные Дж. Сэлмондом идеи предвосхитили «открытие» неопозитивизмом «правил о правилах».

Если согласиться со С. Шапиро в том, что одним из главных уроков правовой теории Харта является то, что «правовые системы не только состоят из правил, но и основаны на них» (Shapiro, 2021:211), то невозможно отрицать, что «главный урок» неопозитивизма не был гениальным открытием Харта, а *был осознан и сформулирован в традиции англо-американского юридического позитивизма на несколько десятилетий раньше — в начале 90-х гг. XIX столетия.*

Уже в работе 1893 г. Сэлмонд указывал, что судебная практика является манифестацией признания и применения судами разумного основания (*reason*) (Salmond, 1893:88), прямо утверждал, что «причины и случаи, определяющие

судебное признание новых принципов права, сами определяются и обуславливаются правом» (Salmond, 1893:139). Утверждением обусловленности судебной практики правом, правовыми принципами учение Сэлмонда не только принципиально родственно учению Харта, но и качественно отличается от позиции предшественников американского правового реализма О.У. Холмса и Дж.Ч. Грэя, отождествлявшими действительное право и прецедентную практику судов (Postema, 2011:21—22).

На наш взгляд, имеется тесная связь между правовым учением Г. Харта о правиле признания и идеей Дж. Салмонда о конечных (предельных) принципах права.

Новозеландский юрист утверждал, что все правовые правила имеют исторические источники их происхождения. Под юридическими источниками Сэлмонд понимал «любой факт, в соответствии с правом определяющий судебное признание и принятие любого нового правила как имеющего юридическую силу» (Salmond, 1902:102). При этом новозеландский юрист указывал, что подобными юридическими источниками обладают не все правовые правила, поскольку в противном случае потребовалось бы до бесконечности восстанавливать происхождение правовых принципов. Необходимым условием для права является то, что оно должно постулировать одну или несколько причин, чье осуществление является предельным и чья власть не происходит из какого-либо иного источника (Salmond, 1902:109). «В каждой правовой системе, — писал Сэлмонд, — должны быть найдены предельные принципы, от которых другие ведут свое происхождение, в то время как предельные принципы являются самосуществующими (*self-existent*)» (Salmond, 1902:110).

Новозеландский юрист задолго до учения Г. Харта указывал, что правило, запрещающее ездить на велосипеде по пешеходной дорожке, может иметь своим юридическим источником локальные акты муниципального совета, а правило, согласно которому данные акты имеют юридическую силу, имеет своим источником акты Парламента. Вместе с тем сами акты Парламента, как и судебные прецеденты, являются юридически предельными, они имеют лишь исторический, но не юридический источник (Salmond, 1902:110). В то время как историки права знают его исторические источники, юристы должны признать их как самосуществующие: «они являются законом, потому что они являются законом, и нет никакой иной причины, делающей возможным утверждение закона» (Salmond, 1902:110). По мнению Сэлмонда, количество предельных принципов может быть различным у разных правовых систем. Любая правовая система свободна признать определенное их количество, однако хотя бы один предельный принцип должен быть у каждой правовой системы (Salmond, 1902:111).

Учитывая наличие тесных идейных связей между правовыми учениями Салмонда и Харта, А. Фрэйм в биографической книге «Сэлмонд. Южный юрист» не без оснований отмечает: «Несомненно, критика Сэлмондом командной концепции послужила прототипом для анти-Остиновского проекта в юридической науке двадцатого века, и вряд ли ее улучшил самый влиятельный ее сторонник Харт. Развитие Хартом различия «первичных» и «вторичных» правил — и его наблюдение, что некоторые правила являются «правилами о правилах» и

обладают функциями «признания, изменения и осуществления правосудия», кажется, находят свое начало и свою терминологию в нескольких кратких параграфах «Первых принципов юриспруденции» Сэлмонда» (Frame, 1995:50).

Еще более безапелляционен вывод Дж. Постемы: «Большинство ключевых тем правового учения Харта, начиная с его критики командной концепции Остина, доктрины суверенитета и заканчивая учением о правиле признания, были обозначены и разработаны в «Юриспруденции» Сэлмонда. Харт не признал этот долг, за исключением одной краткой сноски, где он указал, что его «правило признания» в значительно большей степени схоже с предельными принципами права в учении Сэлмонда, нежели с основной нормой в учении Кельзена. При этом Харт квалифицировал представление о предельных принципах права Сэлмонда как недостаточно разработанное» (Postema, 2011:25).

Независимо от степени идейной связи между учениями Сэлмонда и Харта, следует отметить, что правовое учение новозеландского юриста впервые в истории английского юспозитивизма смещает акцент с суверенной власти (И. Бентам, Д. Остин) к *практике судов* как предельному основанию права. «Ни одно правило, — писал Сэлмонд, — не соблюдаемое в соответствии с установленной практикой судов, не может являться правовым, и, наоборот, каждое правило, соблюдаемое таким образом, составляет право» (Salmond, 1902:57). Таким образом, в основании действительности права лежит уже не принудительная команда суверена, а правила и принципы, признаваемые судебским сообществом и подтверждаемые их практиками (Postema, 2011:23). Поэтому не без оснований считается, что именно Дж. Сэлмонд *приблизил английскую аналитическую юриспруденцию к широко известному социальному тезису права как факта общественной жизни* (Postema, 2021:198).

Выводы

Правовое учение Дж. Сэлмонда занимает значимое место в традиции англо-американского юридического позитивизма, поскольку не только впервые формулирует целый ряд правовых идей, но и связывает в единое идейное целое ключевые понятия командной концепции права Дж. Остина с неопозитивистским учением Г. Харта.

В русле позитивистской традиции объектом изучения науки юриспруденции новозеландский юрист считает установленные для регулирования действий людей обязательные правила. Центральной частью юриспруденции как науки в учении Сэлмонда признается гражданская юриспруденция, направленная на формирование полного представления о системе принципов, реализуемых и обеспечиваемых судами.

Общей частью юридической науки новозеландский правовед считал теоретическую юриспруденцию, изучающую исходные принципы, составляющие фундамент для разработки более конкретных элементов права. Структура теоретической юриспруденции соответствует разделению науки гражданского права на систематическую, историческую и критическую части. При этом предмет теоретической юриспруденции, по мнению Сэлмонда, определяется не широтой

распространения определенных институтов в правовых системах, а их значимостью как основания правовой действительности.

В противовес позиции Бентама, в правовом учении Сэлмонда проводится строгое разграничение права и закона: право состоит не из законов, а из норм и принципов, признаваемых и применяемых государством в ходе отправления правосудия, в то время как закон является лишь одним из источников права. Право неразрывно связано с правосудием — как средство и цель; реализация правила или принципа в судебной практике делает его частью права.

В самом понятии права Сэлмонд выделил два сущностных момента — проявление могущества суверена и субъективное право. Через первое прослеживается связь права с политикой, в то время как через второе — тесная связь права с этикой. Одним из ключевых дефектов командной концепции права Остина признается исключение этического «элемента» из понятия права.

Отойдя от «разделительного тезиса» основоположника аналитической юриспруденции, Сэлмонд, тем не менее, являлся значимым представителем данного направления философии права, поскольку признавал право позитивным явлением, отрицал существование естественного права, вел происхождение права от государства и рассматривал в качестве важнейших признаков права его императивность и принудительность.

Идейная связь между правовыми учениями Сэлмонда и Харта усматривается, во-первых, в попытке обосновать неволюнтаристское основание права — признание и применение правил профессиональным сообществом юристов, во-вторых, в утверждении несводимости всех правовых правил к императивным командам, в-третьих, в учении о предельных принципах права (правилах о правилах — в терминологии Харта), действительность которых не происходит из каких-либо юридических источников.

References / Список литературы

- Anners, E. (1994) *History of European Law*. Translated from Swedish by Valinsky R.L. Moscow, Nauka Publ. (in Russian).
История европейского права / Аннерс Э.; пер. со шведского Р.Л. Валинский. М.: Наука, 1994. 397 с.
- Austin, J., & Brown, W.J. (1906) *The Austinian theory of law: Being an edition of lectures I, V, and VI of Austin's "Jurisprudence", and of Austin's "Essay on the uses of the study of jurisprudence", with critical notes and excursus*. London, John Murray.
- Bentham, J. (1977) A comment on the commentaries and a fragment on government. In.: Burns J.H. & Hart H.L.A. (eds.). *The Collected Works of Jeremy Bentham*. Oxford, Oxford University Press.
- David, R., & Jauffret-Spinozi, C. (1996) *Main contemporary legal systems*. Translated from French by Tumanov V.A. Moscow, International relations Publ. (in Russian).
Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / пер. с фр. В.А. Туманова. М.: Междунар. отношения, 1996. 400 с.
- Didikin, A.B. (2016) *Analytical philosophy of law: the origins, genesis and structure*. Tomsk, Tomsk State University Publishing House. (in Russian).
Дидикин А.Б. Аналитическая философия права: истоки, генезис и структура. Томск: Изд-во Томского университета, 2016. 244 с.

- Frame, A. (1995) *Salmond: Southern Jurist*. Wellington, N.Z.: Victoria University Press.
- Gorbunov, M.D. (2021) *Positivistic understanding of law in Anglo-American Legal Thought*. Diss... of Candidate of Legal Sciences. Nizhny Novgorod. National Research Lobachevsky State University of Nizhni Novgorod (Lobachevsky University). (in Russian).
Горбунов М.Д. Позитивистское правовопонимание в англо-американской правовой мысли: дисс. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, Национальный исследовательский Нижегородский государственный университет им. Н.И. Лобачевского, 2021. 222 с.
- Hart, H.L.A. (2005) Positivism and the Separation of Law and Morals. *Pravovedenie*. 5(262), 102—136. (in Russian).
Харт Г.Л.А. Позитивизм и разграничение права и морали // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2005. № 5(262). С. 102-136.
- Hart, H.L.A. (2007) *The Concept of law*. Translation from English. Afonasin E.V. and Moiseev S.V. (eds.). Saint-Petersburg, Saint-Petersburg State University. (in Russian).
Харт Г.Л.А. Понятие права / пер. с англ.; под общ. ред. Е.В. Афонасина и С.В. Моисеева. СПб.: Изд-во С.-Петербур. ун-та, 2007. 302 с.
- Hugo, G. (1799) *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*. 2., ganz von neuem ausgearb. Versuch Band 1: Welcher, als allg. Einl. in die Jurisprudenz überhaupt und den civilistischen Cursus insbesondere, die juristische Enzyklopädie enthält, Berlin. (in German).
- Maltsev, G.V. (1995) Knowledge of law: from legal positivism to a new understanding of law. In.: Manov G.N. (ed.). *Theory of Government and Rights*. Moscow, BEK Publ. (in Russian).
Мальцев Г.В. Познание права: от юридического позитивизма к новому пониманию права // Теория государства и права / под ред. Г.Н. Манова. М.: БЕК, 1995. с.
- Maltsev, G.V. (1999) *Understanding Law. Approaches and problems*. Moscow, Prometei Publ. (in Russian).
 Понимание права. Подходы и проблемы / Мальцев Г.В. М.: Прометей, 1999. 419 с.
- Mikhailov, A.M. (2015) *Essays on the theory and history of English law: monograph*. Moscow, Yurlitinform Publ. (in Russian).
Михайлов А.М. Очерки теории и истории английского права: монография. М.: Юрлитинформ, 2015. 364 с.
- Mikhailov, A.M. (2019) *Comparative jurisprudence. The judiciary in the English legal system: textbook*. Moscow, Yurait Publ. (in Russian).
Михайлов А.М. Сравнительное правоведение: судебная власть в правовой системе Англии: учебник. М.: Юрайт, 2019. 355 с.
- Pischulin, A.V. Legal positivism in contemporary understanding of law. Diss... of Candidate of Legal Sciences. Moscow, Moscow State University. (in Russian).
Пищулин А.В. Юридический позитивизм в современном правовопонимании: дисс. ... канд. юрид. наук. М.: МГУ им. М.В. Ломоносова, 2010. 170 с.
- Postema, G.J. (2011) *Legal Philosophy of the Twentieth Century: the Common Law World*. London, New York, Springer Netherlands.
- Postema, G.J. (2019) *Bentham and the Common Law Tradition*. London, Clarendon Law Series.
- Postema, G.J. (2021) The British Tradition of Legal Positivism. In.: Spaak T. and Mindus P. (eds.). *The Cambridge Companion to Legal Positivism*. Cambridge University Press.
- Salmond, J.W. (1893) *The First Principles of Jurisprudence*. London, Stevens & Haynes, Bell Yard, Temple Bar.
- Salmond, J.W. (1895) The Law of Nature. *Law Quarterly Review*. 11(42), 121—143.
- Salmond, J.W. (1902) *Jurisprudence or the Theory of the Law*. London, Stevens & Haynes, Bell Yard, Temple Bar.
- Shapiro, S. (2021) *Legality*. Translation from English by Koval' S. Moscow, Gaidar's Institute publishing house. (in Russian).
Шапиро С. Законность / пер. с англ. С. Коваль. М.: Изд-во Института Гайдара, 2021. 720 с.

Tikhonravov, Iu.V. (1997) *The Foundations of philosophy of law*. Moscow, Vestnik Publ. (in Russian).

Основы философии права: учебное пособие / Тихонравов Ю.В. М.: Вестник, 1997. 608 с.

Об авторе:

Михайлов Антон Михайлович — кандидат юридических наук, доцент кафедры теории права и сравнительного правоведения, Международно-правовой факультет, Московский государственный институт международных отношений МИД России; 119454, Российская Федерация, г. Москва, Проспект Вернадского, д. 76

ORCID ID: 0000-0002-2225-4509; SPIN-код: 2815-6747

e-mail: antonmikhailov@hotmail.com

About the author:

Anton M. Mikhailov — Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Department of Theory of Law and Comparative Law, International Law Department, MGIMO University; 76 Vernadsky Prospekt, Moscow, 119454, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0002-2225-4509; SPIN-code: 2815-6747

e-mail: antonmikhailov@hotmail.com

<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-95-111>

Научная статья

Законодательная инфляция как кризисная тенденция в праве: на примере книги Вальтера Ляйснера «Кризис закона. Разложение нормативного государства»

И.В. Сехин✉

Агентство по имуществу Калининградской области,
г. Калининград, Российская Федерация
✉ivan.sekhin@gmail.com

Аннотация. Исследуется законодательная инфляция как кризисная тенденция в праве. Актуальность работы обусловлена снижением стабильности правового регулирования в контексте высокой правотворческой активности российского законодателя. Целью проведенного в рамках данной статьи исследования является оценка возможности применения предложенного В. Ляйснером подхода к определению причин законодательной инфляции (кризиса закона) в Германии к условиям российской правовой действительности. Методологическую основу исследования составили общенаучные (анализ, синтез, индукция, дедукция, сравнение), а также частнонаучные (формально-юридический, сравнительно-правовой) методы исследования. Проведенное исследование позволило выделить общие для России и Германии аспекты проблемы законодательной инфляции, выражающиеся в отсутствии действенных юридических барьеров для законотворческой активности, стремлении законодателя к перманентному улучшению действующего законодательства, а также в радикальном сокращении периода стабильности законодательства. Установлено, что предложенный В. Ляйснером подход к определению причин кризисного состояния законотворчества, основанный на анализе отношений закона и ветвей власти конституционного государства, может быть применен для определения механизма законодательной инфляции в России.

Ключевые слова: закон, законотворческий процесс, кризис, законодательная инфляция, обесценивание закона, стабильность законодательства, динамизм законодательства, разделение властей

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 11 апреля 2021 г.

Дата принятия к печати: 15 января 2022 г.

Для цитирования:

Сехин И.В. Законодательная инфляция как кризисная тенденция в праве: на примере книги Вальтера Ляйснера «Кризис закона. Разложение нормативного государства» // RUDN Journal of Law. 2022. Т. 26. № 1. С. 95—111. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-95-111>

<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-95-111>

Research Article

**Legislative inflation as a crisis tendency in law:
on the example of Walter Leisner's book
«The Crisis of the Law. Decomposition of the Normative State»**

Ivan V. Sekhin✉

Property Agency of the Kaliningrad Region, *Kaliningrad, Russian Federation*

✉ivan.sekhin@gmail.com

Abstract. The article is concerned with legislative inflation as a crisis trend in law. The timeliness of the work is derived from lower stability of legal regulation in the context of high lawmaking activity of the Russian legislator. The purpose of the research is to assess the possibility of applying the approach proposed by W. Leisner to determining the causes of legislative inflation (law crisis) in Germany to the conditions of Russian legal reality. The methodological basis of the research is formed by general scientific (analysis, synthesis, induction, deduction, comparison), as well as special scientific (formal legal, comparative legal) research methods. The study allows to single out the aspects of legislative inflation that are common for Russia and Germany; they are expressed in the lack of effective legal barriers to legislative activity, desire of the legislator to permanently improve the current legislation as well as a radical reduction in the period of legislative stability. It has been established that approach proposed by W. Leisner to identify the causes of lawmaking crisis, based on the analysis of relationship between law and branches of power of the constitutional state, can be used to determine the mechanism of legislative inflation in Russia.

Key words: law, legislative process, crisis, legislative inflation, depreciation of the law, stability of legislation, dynamism of legislation, separation of powers

Conflicts of interest. The author declares no conflict of interest.

Article received 11th April 2021

Article accepted 15th January 2022

For citation:

Sekhin, I.V. (2022) Legislative inflation as a crisis tendency in law: on the example of Walter Leisner's book «The Crisis of the Law. Decomposition of the Normative State». *RUDN Journal of Law*. 26 (1), 95—111. (in Russian). <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-95-111>

Введение

В научной литературе неоднократно высказывалась точка зрения о кризисном состоянии законотворчества в Российской Федерации. Так, Н.А. Власенко в числе кризисных тенденций в законотворчестве современной России отмечает

девальвацию роли закона как источника права, обусловленную поспешностью принятия правотворческих решений, «бесконечным внесением дополнений и изменений в действующее законодательство» (Vlasenko, 2015). Данную позицию разделяет Т.Я. Хабриева¹. По мнению ученого, закон утрачивает статус акта высшей юридической силы (Paigina, Strelnikov, 2014).

Статистика законотворческого процесса демонстрирует его высокую интенсивность, связанную со снижением качества принимаемых законов (Golodnikova, Efremov & Sobol et al. 2018; Narutto, 2020). Допустимо утверждать, что данная тенденция в полной мере сохранится в ближайшем будущем. Так, если Государственной Думой Российской Федерации шестого созыва (2011—2016 гг.) было принято 2200 законов², то Государственной Думой Российской Федерации седьмого созыва (2016—2021 гг.) по состоянию на 1 сентября 2021 г. уже принято 2673 закона³. В 2017 г. М.В. Немытина и К.В. Ахметжанова предполагали, что интенсивность законотворчества в России достигла критической точки (Nemytina & Ahmetzhanova, 2017). Однако приведенная статистика говорит нам о том, что отечественный законодатель не намерен сокращать количество принимаемых законов.

В научной литературе проблема избыточной законотворческой активности получила название законодательной (юридической) инфляции (Rukavishnikov, 2021). Данный термин, на наш взгляд, удачно подчеркивает феномен обесценивания закона в контексте наращивания массива законодательных актов. Существует точка зрения, согласно которой законодательная инфляция связана с возникшей в конце прошлого века потребностью в обновлении правовой системы нашей страны (Astana & Pligin, 2017). Законодательная инфляция в России также объясняется правотворческими ошибками и слабой законодательной техникой в целом (Primakov, Dmitriyeva & Volkov, 2010). Таким образом, акцент делается на специфических для Российской Федерации причинах законодательной инфляции. В свою очередь, Т.В. Кашанина рассматривает увеличение динамизма и плотности законодательства как эволюционную закономерность права (Kashanina, 2017). В пользу данного утверждения говорит универсальный характер затронутой проблемы. Процессы, подобные кризису законотворчества в России, протекают и в других странах. Одной из таких стран является Германия, прошедшая долгий путь от постановки проблемы законодательной инфляции в рамках научной литературы (Bühler, 1959) до констатации устаревания модели законотворчества. В частности, Национальный совет по регуляторному контролю в 2019 г. выделил пять тенденций, делающих принятие эффективных законов в Германии чрезвычайно сложной задачей. Во-первых, государство

¹ Российская академия наук. 2015. Академик Талия Хабриева: я на стороне науки. Режим доступа: <http://www.ras.ru/news/shownews.aspx?id=96b9adf9-24ec-4905-a1f5-ff19e230fa55&print=1> (дата обращения: 01.09.2021).

² Федеральное собрание Российской Федерации. Государственная Дума. Официальный сайт. Статистика законодательного процесса за 6 созыв. 2021. Режим доступа: <http://old.duma.gov.ru/legislative/statistics/?type=convocation&c=6> (дата обращения: 01.09.2021).

³ Федеральное собрание Российской Федерации. Государственная Дума. Официальный сайт. Статистика законодательного процесса за 7 созыв. 2021. Режим доступа: <http://old.duma.gov.ru/legislative/statistics/?type=convocation&c=7> (дата обращения: 01.09.2021).

должно реагировать на ускоренные темпы социальных, экономических и технологических изменений. Во-вторых, усложняются общественные отношения, подлежащие правовому регулированию. В-третьих, растет плотность правового регулирования, новые законы необходимо инкорпорировать в уже существующую разветвленную систему законодательства. В-четвертых, растет поляризация мнений политических партий. В-пятых, быстрые медиа-циклы вынуждают политиков поспешно принимать «очевидные» решения, не имеющие необходимой зрелости⁴. По нашему мнению, в схожих условиях функционирует и современный российский законодатель.

В этой связи представляется целесообразным обращение к немецкому опыту осмысления причин законодательной инфляции. Примером такого исследования может служить работа немецкого ученого Вальтера Ляйснера «Кризис закона. Разложение нормативного государства». В своей книге В. Ляйснер анализирует причины законодательной инфляции в Германии в начале 2000-х гг., что обуславливает наш интерес к выводам, сделанным немецким ученым.

Целью проведенного в рамках данной статьи исследования является оценка научных взглядов В. Ляйснера на природу и причины законодательной инфляции с учетом российской правовой действительности. Методологическую основу исследования составили общенаучные (анализ, синтез, индукция, дедукция, сравнение), а также частнонаучные (формально-юридический, сравнительно-правовой) методы исследования.

Кризис закона

Как уже было отмечено выше, проблематизация интенсивности законотворчества не является чем-то новым для немецкой юридической науки. Например, Карл Шмитт еще в 1950 г. указывал на резкую интенсификацию законотворческого процесса (Schmitt, 1950:18). По мнению К. Шмитта, такое ускоренное («моторизированное») законотворчество сопряжено с опасностью низведения закона до «постоянно изменяемых приказов, ориентированных на быстро меняющуюся конкретную ситуацию» (Schmitt, 1950:20).

Тревогу К. Шмитта относительно «моторизированных законов» разделяет и В. Ляйснер. По мнению В. Ляйснера, кризис закона проявляется в совокупности фундаментально неизученных явлений, в числе которых ученый называет колоссальное количественное увеличение числа законодательных актов, постоянное изменение законодательства, демонстрирующее обесценивание закона (Leisner, 2001:44). Позиция ученого основана на понимании закона как нормативного правового акта, сущностным свойством которого является стабильность. Как указывает В. Ляйснер, в известной истории изменения закона всегда были чрезвычайным событием, в своей неизменности закон оставался «священным» вплоть до XIX в. (Leisner, 2001:135—136).

⁴Национальный совет по регуляторному контролю. 2019. Сначала содержание, затем правовой текст. Разработка эффективного и практичного законодательства. Режим доступа: <https://www.normenkontrollrat.bund.de/resource/blob/244032/1682184/2e44e89120eccc431a536c747b8913646/2019-10-22-content-first-wording-second-data.pdf> (дата обращения: 01.09.2021).

Такое понимание закона, на наш взгляд, является обоснованным. В российской научной литературе отмечается необходимость поиска баланса стабильности и динамизма законодательства, его постоянного совершенствования (Zhuravlev, 2008). Однако поиск такого баланса — чрезвычайно сложная задача. Более того, существует точка зрения, согласно которой противоречие между стабильностью и динамизмом закона в принципе неразрешимо⁵. В этой связи наиболее приемлемым представляется смещение баланса динамизма и стабильности закона в пользу неизменности законоположений, поскольку только в этом случае закон может оставаться основой устойчивого и предсказуемого развития общественных отношений.

Состояние законотворчества в Германии видится В. Ляйснеру далеким от идеала стабильности. Рассмотрим отдельные аспекты законодательной инфляции, выделяемые ученым.

1. «Легкость» допущения новеллизации законодательства. Неприкосновенность закона не является более достойной защитой ценностью. Данное утверждение справедливо в том числе и для основного закона. Изменение закона — отработанная и детально регламентированная процедура, мало ограничивающая парламентское большинство в своих стремлениях. Юридико-техническая легкость законотворчества соблазнительна. В мире, в котором поощряется активность, бездействие законодателя кажется проявлением отсталости. Закон как постоянное настоящее — удел прошлого (Leisner, 2001:133—134).

Обозначенная В. Ляйснером проблема актуальна и для нашей страны. Очевидный пример — внесение изменений в Конституцию Российской Федерации, одобренное в ходе Общероссийского голосования в 2020 г.⁶ Данный пример, на наш взгляд, подтверждает позицию И.Г. Дудко, согласно которой «жесткость» конституции как гарантия ее стабильность легко преодолевается высшей властью исходя из текущих политических потребностей (Dudco, 2018).

2. Утверждение идеи новеллизации законодательства как прогресса. Новый закон представляется обществу как «улучшенный» по отношению к ранее принятому. Доказательство необходимости принятия закона фактически сводится к нескольким скупым строчкам в пояснительной записке к законопроекту (Leisner, 2001:136—137).

В практике российского законотворческого процесса также нередки случаи «перфекционизма» законодателя, выраженного в стремлении обосновать изменение закона необходимостью его улучшения. Демонстрацией подобного подхода к целеполаганию в законотворчестве, на наш взгляд, может служить обоснование необходимости упразднения Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации.

В качестве цели формирования единого высшего судебного органа авторы законопроекта указывают «совершенствование судебной системы Российской

⁵ МГУ им. М.В. Ломоносова. Интервью В.С. Комиссарова журналу «Законодательство». 2009. № 10. Режим доступа: <http://old.law.msu.ru/node/10884> (дата обращения: 01.09.2021).

⁶ Закон Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации от 14.03.2020 № 1-ФКЗ «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2020. № 11, ст. 1416.

Федерации и укрепление ее единства»⁷. При этом проблему правового регулирования, на решение которой направлено принятие данного правотворческого решения, авторы анализируемой пояснительной записки не формулируют. Таким образом, необходимо сделать вывод о том, что текущее состояние судебной системы Российской Федерации оценивалось авторами законопроекта как удовлетворительное. В этой связи уместен вопрос о необходимости принятия правотворческого решения в условиях нормального развития общественных отношений. По нашему мнению, на данный вопрос следует дать отрицательный ответ. В противном случае правовая система рискует погрязнуть в бесконечном реформировании.

3. Увеличение доли «временных законов» в массиве законодательства. Например, модификация значимой части социального законодательства (в особенности пенсионного и трудового) синхронизирована с периодичностью принятия закона о бюджете. Временный закон, по мнению ученого, из исключения превратился в общее правило (Leisner, 2001:138).

Проблема фактического ограничения срока действия законодательства его перманентной новеллизацией не осталась без внимания отечественных специалистов. Так, Н. Ткаченко отмечает рост количества российских кодексов, период стабильности которых составляет менее одного месяца (Tkachenko, 2017). Это означает, что, в частности, Кодекс административных правонарушений Российской Федерации не является в полной мере постоянно действующим нормативным правовым актом, поскольку срок его стабильного действия лимитирован дополнительным законодательством.

Однако В. Ляйснер, на наш взгляд, указывает на еще более радикальное изменение концепции закона, связанное с юридическим закреплением периодичности изменений законодательства. Примером такого подхода к законодательству может служить так называемое «закатное законодательство» (*sunset legislation*), особенностью которого является наличие в правовом акте положения, предусматривающего прекращение его действия после истечения заранее установленного срока (Barinova & Eremkin, 2016). По нашему мнению, отечественным законодателем уже сделаны первые шаги на пути к легализации законодательства с ограниченным сроком действия. Так, статья 3 Федерального закона «Об обязательных требованиях в Российской Федерации» устанавливает ограниченный цикл действия содержащих обязательные требования нормативных правовых актов Правительства Российской Федерации, федеральных органов исполнительной власти и уполномоченных организаций, который не может превышать 12 лет⁸. Таким образом, данное законоположение устанавливает ограниченный цикл действия отдельных категорий нормативных правовых актов.

⁷ Комитет Государственной Думы по конституционному законодательству и государственному строительству. 2013. Обоснование необходимости принятия поправки Конституции Российской Федерации о Верховном Суде Российской Федерации и прокуратуре Российской Федерации. Режим доступа: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/352924-6> (дата обращения: 01.09.2021).

⁸ Федеральный закон «Об обязательных требованиях в Российской Федерации» от 31.07.2020 № 247-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2020. № 31, ст. 5006.

Следует отметить, что проблема устаревания законодательства делает неограниченное во времени действие закона практически невозможным. Данное обстоятельство является важным аргументом в пользу периодичности обновления законодательства. По нашему мнению, затронутая В. Ляйснером проблема «временности» закона выражается скорее в фактической и юридической нормативизации радикального сокращения приемлемого периода стабильности закона. Приведем следующий пример. Положения пункта 79 разработанных Джоном Локком «Фундаментальных конституционных основ Каролины» 1669 г. предусматривали правило, согласно которому каждый парламентский акт по истечению 100 лет с момента его принятия прекращал свое действие⁹. Таким образом, период стабильности закона, с точки зрения Дж. Локка, должен был охватывать годы жизни нескольких поколений граждан. Закон, период стабильности которого измеряется столетием, может быть назван временным, равно как и закон, обновляемый ежемесячно. Между тем очевидна качественная разница в стабильности таких законодательных актов.

Закон и законодательная власть

Процессы обесценивания закона связываются В. Ляйснером с институционализацией законотворчества. Раскрывая свое видение концепции закона, В. Ляйснер подчеркивает нетождественность закона воле избранного парламента. Так, нормы, отраженные в законе, часто принадлежат далекому прошлому. Стабильность закона дистанцирует закон от политической жизни. В этой связи закон привлекателен для свободного общества, поскольку обеспечивает подчинение абстрактному порядку, а не лицам, облеченным законодательной властью: «подчиняясь закону, человек не кланяется человеку» (Leisner, 2001:21). Таким образом, стабильность закона — это гарантия поддержания демаркации закона и политики, в широком смысле — гарантия свободы личности.

Порождение конституцией законодательной ветви власти опасно сблизило закон и политику. Произошла подмена закона законодателем, в результате которой закон очень часто становится случайным выражением воли законодательного органа, раз и навсегда созданного конституцией (Leisner, 2001:49—50). Законотворчество рационализирует полномочия законодательного органа, постоянные правки закона оправдывают существование законодателя. Это обстоятельство делает изменимость формой существования закона, поскольку ставит законотворчество в зависимость от существования законодательного органа как такового (Leisner, 2001:50).

Следует отметить, что законотворчество не является единственной функцией легислатуры. Кроме того, отсутствие потребности в правовом регулировании общественных отношений может привести к длительному квалифицированному молчанию законодателя. Вместе с тем необходимо согласиться с позицией Ю.А. Нисневича, согласно которой законодательная деятельность объективно

⁹ Юридическая библиотека имени Лилиан Голдман. 2008. Фундаментальные конституционные основы Каролины: 1 марта, 1669. Режим доступа: https://avalon.law.yale.edu/17th_century/nc05.asp (дата обращения: 01.09.2021).

осуществляется в поле политики. Закон является тем продуктом, который политические партии могут предъявить обществу как результат своей работы (Nisnevich, 2005:4—5). При таких обстоятельствах приоритетом ведомого парламентским большинством законодателя является правотворческая активность как форма отчетности перед избирателями. Например, на сегодняшний день проделанная Государственной Думой Российской Федерации работа измеряется ее председателем в количестве разработанных и принятых законов¹⁰.

Вполне очевидно, что ориентация законодателя на увеличение количества издаваемых законодательных актов слабо совместима со стабильностью закона. Таким образом, тезис В. Ляйснера об институализации законотворчества как о причине кризиса закона может быть принят при условии понимания законодателя как политически мотивированно субъекта.

Причина кризиса закона также усматривается В. Ляйснером в инструментализации законотворчества. По мнению ученого, в своем первоначальном виде закон как выражение воли государства в публично-правовой форме представлял собой суверенную основу отношений частных лиц. Оригинальная функция закона выражалась в сохранении общей динамики развития общества и удержании ее в стабильной траектории развития. Таким образом, закон было чрезвычайно трудно подвергнуть изменениям. На сегодняшний день, по мнению ученого, концепция закона имеет двойственный характер. С одной стороны, закон от имени государства задает границы в отношениях между гражданами. С другой стороны, закон является правовой основой для действий исполнительной и судебной ветвей власти (Leisner, 2001:51).

Закон как основа для действий государственных органов приобретает свойство инструмента в руках государства, руководствующегося собственными представлениями о целесообразности принятия тех или иных правотворческих решений (Leisner, 2001: 52). Инструментализация законотворчества привела к радикальному изменению функции закона, выражающемуся в переходе от стабилизации общественной жизни к стимулированию его развития при помощи закона. Там, где общественные отношения кажутся законодателю недостаточно «развитыми», законодатель имеет возможность исправить ситуацию посредством закона. Постоянно улучшаемый закон, таким образом, становится синонимом постоянно изменяемого закона (Leisner, 2001:54).

С данной точкой зрения следует согласиться. Для того, чтобы проиллюстрировать связь инструментализации законотворчества и законодательной инфляции, обратимся к понятию правообразования. Как отмечает В.В. Трофимов, правообразование представляет собой «двуединный процесс спонтанного (общесоциального) и планомерно-рационального (правотворческого) формирования системы правовых норм (Trofimov, 2013). Исходя из предложенного определения правообразования, можно выделить два подхода к законотворчеству.

Первый подход выражается в поиске и закреплении в тексте принимаемых законов формирующихся в обществе правовых норм. Данный тип законотворчества предполагает объективные ограничения правотворческой активности,

¹⁰ Государственная Дума Федерального Собрания Российской Федерации. 2020. Полный текст выступления Председателя Государственной Думы Вячеслава Володина на закрытии весенней сессии ГД. Режим доступа: <http://duma.gov.ru/news/49178/> (дата обращения: 01.09.2021).

поскольку законодатель не «изобретает» правовые нормы, но лишь фиксирует в законе существующую правовую реальность.

В основе второго подхода к законотворчеству, который может быть назван инструментальным, лежит принцип разумности, предписывающий целесообразность действий субъектов в правовом регулировании (Vlasenko, 2012). Законодатель может самостоятельно устанавливать цели нормативной регламентации общественных отношений и выбирать подходящие юридические конструкции для их достижения. Из этого следует, что правотворческая активность законодателя ограничивается лишь его собственным целеполаганием и может быть прямо не связана с процессами формирования правовых норм, протекающими в обществе.

Цели законодательного регулирования характеризуются динамизмом, их корректировка является обычным явлением. Однако вслед за изменениями целей законодательного регулирования обновлению подвергается и инструментарий их достижения — законодательство. Инструментализация законотворчества смещает баланс стабильности и динамизма закона в сторону изменчивости законоположений. Таким образом, свобода целеполагания законодательного регулирования в совокупности с политической мотивацией превращают законодателя в источник юридической инфляции.

Закон и исполнительная власть

Обесценивание закона связывается В. Ляйснером с ослаблением ограничений, налагаемых законом на действия исполнительной власти. Способность закона ограничивать действия исполнительной власти прямо обусловлена независимостью его содержания от воли управленцев. Однако именно исполнительная власть во многом определяет содержание законодательства, в первую очередь посредством фактического контроля законотворческой инициативы.

Действия исполнительной власти должны быть основаны на законе. На практике это означает, что законодатель вынужден разделять бремя решения управленческих вопросов с исполнительной властью. Формируя нормативную базу для действий администрации, законодатель оказывается вовлеченным в динамику управленческой деятельности, поскольку управленцам для эффективной работы нужны новые и постоянно меняющиеся нормы. Отсюда постоянная интенсификация законотворчества, диктуемая потребностями управления. По мнению В. Ляйснера, современный парламент — это не что иное, как ратификационный орган для административных нужд. Содержание законодательства определяется исходя из текущих потребностей бюрократии (Leisner, 2001:61—62).

Данный вывод обосновывается В. Ляйснером статистикой законотворческого процесса. Правительственные законопроекты количественно преобладают в общем числе законопроектов. Таким образом, установление господства исполнительной власти над законотворчеством реализуется посредством «захвата» правительством законодательной инициативы (Leisner, 2001:63—64). С того момента, когда управление оказалось в руках поддерживаемого парламентом правительства, разделение властей утратило свое фундаментальное значение.

Превращение закона из стабильного порядка отношений в инструмент политической власти стало возможным благодаря трансформации закона в нормативную основу управленческой деятельности (Leisner, 2001:65).

Статистика федерального законотворческого процесса в России также демонстрирует значительное влияние исполнительной власти на принятие законотворческих решений. Например, в период с 1994 по 2005 г. большинство законопроектов было внесено в Государственную Думу по инициативе Правительства Российской Федерации, что, по мнению К.С. Щелокова, следует расценивать как один из аспектов бюрократизации права (Shchelokov, 2008:81). По состоянию на март 2021 г. в Государственную думу было внесено 1705 «правительственных» законопроектов. С точки зрения законотворческой активности Правительство Российской Федерации является вторым после депутатов Государственной Думы субъектом права законодательной инициативы¹¹.

Даже не имея возможности прямо определять содержание законов, бюрократия способна навязать законодателю свою волю с помощью административного толкования законодательства. В силу особенностей своей деятельности бюрократия имеет в сфере управления компетентное и информационное превосходство над гражданами, судьями и законодателем. Обладая обширными познаниями кейсов правоприменения, исполнительная власть в наибольшей степени осведомлена о фактических последствиях применения закона. При этом детализация законодательства не влечет усиления подчиненности исполнительной власти закону. Напротив, чем более нюансировано правовое регулирование, тем больше широкие возможности толкования закона отрываются перед бюрократией (Leisner, 2001:84—85).

В этой связи при возникновении споров судебные органы в большинстве случаев охотно полагаются на высокий уровень правовой экспертизы органов исполнительной власти. Кроме того, принимая во внимание глубокую вовлеченность исполнительной власти в процесс принятия законотворческих решений, судебные органы учитывают фактическую аутентичность толкования закона, предлагаемого управленцами. Как показывает практика, судебное толкование закона следует пониманию закона, исходящего от бюрократии (Leisner, 2001:86).

Подводя итог, В. Ляйснер отмечает, что закон ограничивает исполнительную власть лишь в крайних случаях. Исполнительная власть в различных формах заключила «мировое соглашение» с законом, в котором бюрократия видит упорядоченное выражение своей воли (Leisner, 2001:88).

По нашему мнению, установление исполнительной властью прямого или косвенного контроля над законом путем определения его содержания оказывает существенное влияние на интенсивность законотворческого процесса. «Бюрократизированный» закон может оставаться стабильным лишь постольку, поскольку в этом заинтересована исполнительная власть. Однако заинтересованность исполнительной власти в стабильности закона не является очевидной. Ученые-правоведы неоднократно обращали внимание на проблему нецелевого

¹¹ Система обеспечения законодательной деятельности (2021). Информация о законопроектах и законах по субъектам права законодательной инициативы. Режим доступа: https://sozd.duma.gov.ru/oz_info_spzi/spzi_list (дата обращения: 01.09.2021).

использования механизмов правотворчества в нашей стране. Например, С.А. Денисов описывает приемы законодательной техники, часто используемые в интересах групп управленцев. Среди них: неопределенность и неясность, а также противоречивость правовых норм (Denisov, 2001:254—268).

Легко видеть, сколь выгодным становится положение управленцев в контексте интенсификации законодательного регулирования. С одной стороны, количественное увеличение нормативного материала обеспечивает бюрократию новыми полномочиями. С другой стороны, коллизийность и неопределенность правовых норм открывают дополнительные возможности для бесконтрольных действий. Таким образом, если безоговорочно принять тезис З.М. Черниловского о природном стремлении исполнительной власти к независимости и бесконтрольности (Chernilovsky, 1989: 55), необходимо также признать, что бюрократизация закона порождает законодательную инфляцию.

Закон и судебная власть

Как отмечает В. Ляйснер, конституционный принцип независимости правосудия не делает судебную власть врагом закона. Судебные решения демократически легитимны только в том случае, если они основаны на законе. Это обстоятельство обуславливает заинтересованность судебной власти в строгой законности своих решений. Подчинение закону надежно защищает судебную власть от политического и общественного давления (Leisner, 2001:94—95).

В то же время независимость судебной власти предоставляет ей сильную позицию по отношению к закону. По мнению В. Ляйснера, воля законодателя, выраженная в законе, релятивизирована оговоркой судебного правоприменения. Так, даже отдаленные эффекты еще не принятого закона определяется уже выраженной волей судебных органов, применяющих закон, то есть существующей судебной практикой. Принцип независимости правосудия делает суд хозяином толкования и применения законоположений. В этой связи собственный вклад судебной власти в содержание законодательства оказывается решающим (Leisner, 2001:93—94). Закон таков, каким его понимает судья, воля законодателя вторична. При этом значение судебного толкования увеличивается пропорционально снижению качества закона. Там, где законодатель не достиг поставленных целей в силу перегруженности или нехватки времени, на помощь приходят судьи. Слабость законодателя порождает господство судебной власти над законом (Leisner, 2001:97).

Гипертрофированное значение судебной практики приводит к тому, что индивидуальный правовой акт, который должен быть подчинен закону, в реальности занимает место закона. По мнению В. Ляйснера, уравнение решения по конкретному делу и закона выражает кризис концепции закона. Ученый указывает на недопустимость смешения судебного права и права, основанного на законодательстве. Так, значение и смысл закона заключается в стабильности, ясности и предсказуемости его положений. В свою очередь, судебное право постоянно подвергается непредсказуемым и необсуждаемым изменениям в пользу самих судов, судебное право не знает публичности законотворческого процесса. Иными

словами, судьи своими решениями не способны создать правовой акт, эквивалентный закону. Подмена судебным правом законодательного права ведет лишь к ослаблению закона (Leisner, 2001:100—101).

По мнению В. Ляйснера, проблему релятивизации закона усугубляет конституционное правосудие. Появление конституции создало внутреннюю несогласованность в концепции закона. Так, конституция оказалась противопоставлена «простому закону», то есть прочим законодательным актам, отражающим динамику общественного развития. При этом решение вопроса о соответствии положений «простого закона» конституции оставлено на усмотрение органа конституционного правосудия, призванного сдерживать радикальное демократическое законотворчество (Leisner, 2001:46).

Несмотря на то, что доля законов, признаваемых высшими судами несоответствующими конституции, является незначительной, тем не менее, существует потенциальная возможность расхождения позиций независимого конституционного суда и законодателя по вопросу конституционности тех или иных законодательных актов. Из этого следует принципиальная оспоримость закона, положения которого могут быть подвергнуты ревизии высшим судом.

По мнению В. Ляйснера, вместе с оспоримостью закон приобретает свойство неокончателности. Издаваемый парламентом законодательный акт находится под угрозой пересмотра его положений высшим судебным органом. Полномочия конституционного суда по пересмотру законодательных актов делают его квазизаконодателем, «третьей палатой парламента» с правом отложенного голосования. В этой связи закон может стать полноценным только в том случае его одобрения конституционным судом, обладающим монополией на высшее юридическое знание (Leisner, 2001:104—106).

Следуя логике рассуждений В. Ляйснера, необходимо сделать вывод, что до момента «ратификации» судом закон представляет собой лишь некую нормативную «заготовку», из которой судебной ветви власти еще предстоит сделать действенное правовое средство. Закон, таким образом, не может претендовать на постоянство, поскольку является принципиально неокончательным правотворческим решением. Отмеченная В. Ляйснером проблема взаимоотношений закона и судебной ветви власти, на наш взгляд, заключается в частичной уступке суду контроля над законом. Законодательная и судебная власть образуют коллективного законотворца при формальном разделении судебной и законодательной ветвей власти. Таким образом, судьи вторгаются в чуждый им процесс законотворчества, следствием чего является обесценивание закона.

В отечественной научной литературе высказываются различные точки зрения относительно вовлечения судебной власти в законотворческий процесс вне рамок реализации права законотворческой инициативы. Так, по мнению В.В. Ершова, разделяемого Т.А. Желдыбиной, «“судейский активизм”» приводит к смешению правотворческих и правоприменительных функций законотворческих и судебных органов государственной власти, размыванию права “неправом”» (Zheldybina, 2015).

В свою очередь, по мнению А.В. Демина, такое смешение не влечет обесценивание закона. Напротив, судебный активизм (судебное правотворчество)

является одним из направлений эффективного противодействия законодательной инфляции. Проявлениями судебного активизма являются конкретизация правовых норм, расширительное (ограничительное) толкование, восполнение пробелов путем аналогии, использование судебных доктрин, а также обращение к принципам права и правовым ценностям. Наделение суда правотворческой функцией в указанных формах, с точки зрения ученого, способно «разгрузить» законодателя и снизить темпы законотворчества (Demin, 2016:88—89).

Данная позиция заслуживает внимания. Судебное правотворчество в первую очередь ассоциируется с формированием судебного прецедента. Серьезным достоинством прецедентной системы является «стабильность правовых позиций при их постепенном эволюционировании» (Ivanov, 2010). Данную точку зрения разделяют и зарубежные специалисты. Например, по мнению Гвидо Калабреззи, поскольку медленное судебное развитие правовых норм приемлемо и даже желательно, суды общего права лучше всего приспособлены к изменению правовых норм, сохраняя при этом их преемственность и стабильность (Calabresi, 1982:163). Объективные ограничения интенсивности прецедентного правотворчества делают судебный прецедент существенно более стабильным источником права, нежели нормативный правовой акт. В этой связи Г. Калабреззи рассматривает прецедентное правотворчество как действенное средство против правовых патологий, связанных с интенсификацией законотворческого процесса (Calabresi, 1982:240).

Вместе с тем подобная модель стабилизации правотворчества слабо применима к странам романо-германской правовой семьи, к числу которых может быть отнесена и Россия. Доминирующий характер нормативного правового акта в системе источников права, сочетаемый с фактической суверенизацией судебной власти (Timoshina, 2016), создает предпосылки для выходящего за рамки законотворческой инициативы вмешательства судебной ветви власти в законотворческий процесс. Проиллюстрируем данный тезис следующим примером.

В соответствии с пунктом 1 статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации, если подлежащая уплате неустойка явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства, суд вправе уменьшить неустойку¹². На первый взгляд, данное законоположение может показаться достаточно ясным. Вместе с тем, с точки зрения Конституционного суда Российской Федерации, в указанной статье Гражданского кодекса Российской Федерации речь идет не о праве суда, а, по существу, о его обязанности установить баланс между применяемой к нарушителю мерой ответственности и оценкой действительного (а не возможного) размера ущерба, причиненного в результате конкретного правонарушения¹³. Таким образом, без учета позиции Конституционного суда Российской Федерации положения пункта 1 статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации лишены всякого смысла. По нашему мнению, приведенный пример показывает, что судебная практика способна вносить существенные коррективы

¹² Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1994. № 32, ст. 3301.

¹³ Определение Конституционного суда Российской Федерации № 263-О/2000 от 21.12.2000. Режим доступа: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision31281.pdf> (дата обращения: 01.09.2021).

в правотворческие решения законодателя. Непреcedентное судебное правотворчество формально не создает самостоятельную систему источников права, поскольку объектом правотворчества судебной и законодательной ветвей власти остается закон. Данное обстоятельство подтверждает уже упомянутый тезис В. Ляйснера о судебном правоприменении как о финальной, и, в конечном счете, решающей стадии законотворческого процесса.

Заключение

На основании проведенного исследования необходимо сделать следующие выводы.

Законодательная инфляция может быть определена как процесс смещения баланса стабильности и динамизма законодательства в сторону изменчивости массива законодательных актов, сопряженный с нарастанием правовой неопределенности. Внешним выражением законодательной инфляции выступает перманентная интенсификация законотворческой деятельности. По нашему мнению, отмеченные В. Ляйснером аспекты законодательной инфляции (кризиса закона), такие как отсутствие действенных юридических барьеров для новеллизации законодательства, стремление законодателя к постоянному улучшению действующего законодательства, а также радикальное сокращение периода стабильности законодательства характерны и для российской правовой действительности.

Базовой предпосылкой кризиса закона выступает самостоятельность и независимость ветвей государственной власти. На уровне законодательной ветви власти эскалация законотворческой активности обусловлена политической мотивацией парламента, ориентированного на принятие инструментальных правотворческих решений по запросу демократического большинства. На уровне исполнительной ветви власти источником законодательной инфляции выступает вовлечение законодателя в динамику управленческой деятельности. В свою очередь, на уровне судебной ветви власти обесценивание закона обусловлено выходящим за рамки законотворческой инициативы вмешательством судебной ветви власти в законотворческий процесс.

В России принцип разделения властей образует одну из основ конституционного строя. В этой связи предложенный В. Ляйснером подход к поиску причин кризисного состояния законотворчества, основанный на анализе отношений закона и ветвей власти конституционного государства, может быть применен для целей определения механизма законодательной инфляции в Российской Федерации.

References / Список литературы

- Astanin, V.V. & Pligin V.N. (2017) An academic and practical dialogue about law and its application. *Monitoring of Law Enforcement*. 2(23), 4—12. <https://doi.org/10.21681/2412-8163-2017-2-04-12> (in Russian).
Астанин В.В., Плигин В.Н. Научно-практический диалог о праве и его применении // Мониторинг правоприменения. 2017. № 2 (23). С. 4—12. <https://doi.org/10.21681/2412-8163-2017-2-04-12>

- Barinova, V.A. & Eremkin, V.A. (2016) The improvement of control and oversight in relation to small and middle-sized enterprises: lessons for Russia. *Russian entrepreneurship*. 17(24), 3593—3602. <https://doi.org/10.18334/rp.17.24.37206> (in Russian).
Баринова В.А., Еремкин В.А. Совершенствование контроля и надзора в отношении малых и средних предприятий: уроки для России // Российское предпринимательство. 2016. Т. 17. № 24. С. 3593—3602. <https://doi.org/10.18334/rp.17.24.37206>
- Belousov, S.A. (2015) Legal inflation as a form of manifestation legislative imbalance. *Legal policy and legal life*. (2), 16—22. (in Russian).
Белоусов С.А. Юридическая инфляция как форма проявления законодательного дисбаланса // Правовая политика и правовая жизнь. 2015. № 2. С. 16—22.
- Bühler, O. (1959) Grundsätzliches zum Thema von der «Gesetzesinflation» und der «aufgeblähten Verwaltung». *Juristen Zeitung*. (10), 297—300. Available at: www.jstor.org/stable/20805474 [Accessed 1st September 2021]. (in German).
- Calabresi, G. (1982) *A Common Law for the Age of Statutes*. Harvard University Press. <https://doi.org/10.2307/j.ctvjnrv5p>
- Chernilovsky, Z.M. (1989) The rule of law: historical experience. *Soviet state and law*. (4), 48—57. (in Russian).
Черниловский З.М. Правовое государство: исторический опыт // Советское государство и право. 1989. № 4. С. 48—57.
- Demin, A.V. (2016) Legislative inflation and judicial activism as the way of its overcoming (on the example of tax disputes). *Law and education*. (2), 88—99. (in Russian).
Демин А.В. Законодательная инфляция и судебный активизм как способ ее преодоления (на примере налоговых споров) // Право и образование. 2016. № 2. С. 88—99.
- Denisov, S.A. (2001) Typical legislative techniques used in the interest of management groups. In: Baranov, V.M. (eds.) *Legislative technique of modern Russia: state, problems, improvement: a collection of articles*. In 2 Vols. Nizhny Novgorod. (in Russian).
Денисов С.А. Типичные приемы законодательной техники, используемые в интересах групп управленцев // Законотворческая техника современной России: состояние, проблемы, совершенствование: сборник статей: в 2 т. / под ред. В.М. Баранова. Н. Новгород, 2001. Т. 1. 1087 с.
- Dudco, I.G. (2018) Issues of authority of the constitution of the Russian Federation. *Lex russica*. 11(144), 93—105. <https://doi.org/10.17803/1729-5920.2018.144.11.093-105> (in Russian).
Дудко И.Г. К вопросу об авторитетности Конституции российской Федерации // Lex Russica. 2018. № 11 (144). С. 93—105. <https://doi.org/10.17803/1729-5920.2018.144.11.093-105>
- Golodnikova, A.E., Efremov, A.A. & Sobol, D.V. et al. (2018) *Regulatory policy in Russia: main trends and architecture of the future*. Moscow, National Research University Higher School of Economics Publ. (in Russian).
Регуляторная политика в России: основные тенденции и архитектура будущего / Голодникова А.Е., Ефремов А.А., Соболев Д.В. и др. М.: Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», 2018. 192 с.
- Ivanov, A.A. (2010) The speech on precedent. *Law. Journal of the Higher School of Economics*. (2), 2—11. (in Russian).
Иванов А.А. Речь о прецеденте // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2010. № 2. С. 2—11.
- Kashanina, T.V. (2017) Evolutionary Patterns of Law. *Actual Problems of Russian Law*. (12), 44—53. <https://doi.org/10.17803/1994-1471.2017.85.12.044-053> (in Russian).
Кашанина Т.В. Эволюционные закономерности права // Актуальные проблемы российского права. 2017. № 12. С. 44—53. <https://doi.org/10.17803/1994-1471.2017.85.12.044-053>
- Leisner, W. (2001) *Krise des Gesetzes: die Auflösung des Normenstaates*. Berlin, Duncker und Humblot. (in German).

- Narutto, S.V. (2020) Significance of Prof. Ekaterina I. Kozlova's Academic Legacy for the Modern Understanding of the Legislative Process and Legislation. *Actual Problems of Russian Law*. (13), 55—64. <https://doi.org/10.17803/1994-1471.2020.112.3.055-064> (in Russian).
Нарутто С.В. Значение научного наследия профессора Е.И. Козловой для современного понимания законодательного процесса и законодательства // Актуальные проблемы российского права. 2020. № 13. С. 55—64. <https://doi.org/10.17803/1994-1471.2020.112.3.055-064>
- Nemytina, M.V. & Ahmetzhanova K.V. (2017) Legal collisions in the context of a sociological approach. *Juridical Techniques*. (11), 233—237. (in Russian).
Немытина М.В., Ахметжанова К.В. Юридические коллизии в контексте социологического подхода // Юридическая техника. 2017. № 11. С. 233—237.
- Nisnevich, Y.A. (2005) *Law and politics*. Moscow, One of the best Publ. (in Russian).
Нисневич Ю.А. Закон и политика. М.: Один из лучших, 2005. 188 с.
- Paigina, D.R. & Strelnikov, P.A. (2014) Search for effective solutions to law-making problems. *Journal of Russian law*. 6 (210), 141—145. (in Russian).
Пайгина Д.Р., Стрельников П.А. Поиск эффективных решений проблем правотворчества // Журнал российского права. 2014. №6 (210). С. 141—145.
- Primakov, D.Ya., Dmitrieva, A.V. & Volkov, V.V. (2010) Legislative activity, stability of legislation and the quality of the legal environment: a comparative analysis of post-socialist countries: Institute for the Problems of Law Enforcement of the European University at Saint Petersburg. Saint Petersburg, The Institute for the Rule of Law Publ. (in Russian).
Законодательная активность, стабильность законодательства и качество правовой среды: сравнительный анализ постсоциалистических стран: Институт проблем правоприменения Европейского университета в Санкт-Петербурге / Д.Я. Примаков, А.В. Дмитриева, В.В. Волков. Санкт-Петербург, 2010. 24 с.
- Rukavishnikov, S.M. (2021) Problematic Issues of Bringing to Administrative Responsibility in the Field of Procurement. *Bulletin of Saratov State Law Academy*. (1). 118—123. <https://doi.org/10.24412/2227-7315-2021-1-118-123> (in Russian).
Рукавишников С.М. Проблемные вопросы привлечения к административной ответственности в сфере закупок // Вестник СГЮА. 2021. № 1. С. 118—123. <https://doi.org/10.24412/2227-7315-2021-1-118-123>
- Schmitt, C. (1950) *The State of European Jurisprudence*. Tübingen, Internationale Universitäts Verlag. (in German).
- Shchelokov, K.S. (2008) Bureaucratization of law. Diss ... Cand. Legal of sciences. Moscow, Moscow University of the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation. (in Russian).
Щелоков К.С. Бюрократизация права: дис. ... канд. юрид. наук. М.: Моск. ун-т МВД РФ, 2008. 153 с.
- Timoshina, E.V. (2016) Judge as a new sovereign: voluntaristic interpretation theory of M. Troper. *RUDN Journal of Law*. (2), 50—61. (in Russian).
Тимошина Е.В. Судья как новый Суверен: волюнтаристская теория толкования Мишеля Тропера // Вестник РУДН. Серия: Юридические науки. 2016. № 2. С. 50—61.
- Tkachenko, N. (2017) *Statistical analysis of federal legislation*. Moscow, Center for Strategic Research Publ. (in Russian).
Ткаченко Н. Статистический анализ федерального законодательства. М.: Центр стратегических разработок, 2017. 57 с.
- Trofimov, V.V. (2013) The problem of forming a legal structure: from law-making factors to law-making result. *Juridical Techniques*. 7(2), 26—38. (in Russian).
Трофимов В.В. Проблема формирования юридической конструкции: от правообразующих факторов к правотворческому результату // Юридическая техника. 2013. № 7 (2). С. 26—38.
- Vlasenko, N.A. (2012) Reasonableness, law, lawmaking. *Juridical Techniques*. (6), 121—125. (in Russian).

- Власенко Н.А.* Разумность, право, правотворчество // Юридическая техника. 2012. № 6. С. 121—125.
- Vlasenko, N.A. (2015) Crisis trends in the law-making of modern Russia. *Juridical Techniques*. (9), 175—182. (in Russian).
- Власенко Н.А.* Кризисные тенденции в законотворчестве современной России // Юридическая техника. 2015. № 9. С. 175—182.
- Zheldybina, T.A. (2015) Judicial precedent: a modern perspective. *Russian law: education, practice, science*. 3(87), 53—56. (in Russian).
- Желдыбина Т.А.* Судебный прецедент: современный взгляд // Российское право: образование, практика, наука. 2015. № 3 (87). С. 53—56.
- Zhuravlev, M.P. (2008) Stability and dynamism of legislation as a condition for ensuring the rule of law in a state governed by the rule of law. *Leningrad legal journal*. (1), 50—59. (in Russian).
- Журавлев М.П.* Стабильность и динамизм законодательства как условие обеспечения законности в правовом государстве // Ленинградский юридический журнал. 2008. № 1. С. 50—59.

Об авторе:

Сехин Иван Викторович — Ведущий консультант отдела правовой экспертизы и государственных закупок управления правового обеспечения и земельных отношений, Агентство по имуществу Калининградской области; 236006, Российская Федерация, г. Калининград, Московский пр., д. 95

SPIN-код: 5322-2660

e-mail: ivan.sekhin@gmail.com

About the author:

Ivan V. Sekhin — Leading Consultant of the Department of Legal Expertise and Public Procurement of the Department of Legal Support and Land Relations, Property Agency of the Kaliningrad Region; 95 Moskovsky pr., Kaliningrad, 236006, Russian Federation

SPIN-code: 5322-2660

e-mail: ivan.sekhin@gmail.com

АДМИНИСТРАТИВНОЕ И ФИНАНСОВОЕ ПРАВО


ADMINISTRATIVE AND FINANCIAL LAW

<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-112-128>

Научная статья

Правовое обеспечение режима противодействия отмыванию доходов, финансированию терроризма в условиях интеграции новых технологий

М.А. Аксенова  

Российский университет дружбы народов, г. Москва, Российская Федерация
 aksenova_ma@list.ru

Аннотация. Рассматривается развитие правового регулирования в корреляции с процессами интеграции новых цифровых технологий на примере режима противодействия отмыванию доходов, финансированию терроризма, финансированию оружия массового уничтожения. Предпринята попытка установить, на каком этапе развития находится современное право в части регулирования использования новых технологий как частным сектором, так и государственными органами. Поставлена цель изучить основные нормативные правовые акты и юридическую практику как в Российской Федерации, так и за рубежом. Проанализированы наиболее известные законодательные инициативы государств в сфере регулирования новых технологий, а также связанные с ними иные правовые сферы. Отмечено отсутствие единой систематизированной правовой основы для использования таких технологий, как искусственный интеллект, криптовалюта, национальные цифровые валюты банков. Сделан вывод о высоком риске применения новых цифровых технологий без модернизации технической оснащенности государственных систем и без совершенствования нормативной правовой базы их применения. Предложены рекомендации по дальнейшему развитию правовой базы в части внедрения цифровых технологий, сделан ряд выводов, обуславливающих необходимость изменения процесса подготовки законодательства в части интеграции новых технологий.

Ключевые слова: блокчейн, криптовалюта, цифровая валюта, искусственный интеллект, противодействие отмыванию доходов, противодействие финансированию терроризма, комплаенс

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 08 декабря 2021 г.

Дата принятия к печати: 15 января 2022 г.

© Аксенова М.А., 2022



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

Для цитирования:

Аксенова М.А. Правовое обеспечение режима противодействия отмыванию доходов, финансированию терроризма в условиях интеграции новых технологий // *RUDN Journal of Law*. 2022. Т. 26. № 1. С. 112—128. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-112-128>


<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-112-128>

Research Article

**Legal support of anti-money laundering
and terrorism financing regime
in the conditions of new technologies integration**

Marina A. Aksenova  

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

 aksenova_ma@list.ru

Abstract. The article studies the development of legal regulation in correlation with the processes of integration of digital technologies in the regime of combating money laundering, financing terrorism and weapons of mass destruction. The research attempts to establish the stage of modern law development in terms of regulating the use of new technologies by the private sector and state bodies. The goal is to study regulatory legal acts and legal practice in the Russian Federation and other countries. The standard legislative initiatives of states in the field of regulation of new technologies, as well as other related legal spheres have been analyzed. The research notes the lack of a unified systematic legal basis for the use of technologies such as artificial intelligence, cryptocurrency, and national digital currencies of banks. It has been concluded that there is a high risk of using new digital technologies without modernizing state equipment and improving the regulatory system base for their application. Recommendations are proposed for further development of the database in terms of introduction of digital technologies. A number of conclusions concerning necessitating changes in preparation of legislation on new technologies integration have been made.

Key words: blockchain, cryptocurrency, digital currency, artificial intelligence, anti-money laundering, anti-terrorist financing, compliance

Conflicts of interest. The author declares no conflict of interest.

Article received 8th December 2021

Article accepted 15th January 2022

For citation:

Aksenova, M.A. (2022) Legal support of anti-money laundering and terrorism financing regime in the conditions of new technologies integration. *RUDN Journal of Law*. 26 (1), 112—128. (in Russian). <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-112-128>

Введение

В последнее десятилетие технологический прогресс заставил общество во многом по-другому взглянуть на привычные формы существования государственных структур и финансовых институтов. Тенденция цифровизации

экономик ставит целый спектр задач перед государственными органами по автоматизации, созданию информационных систем, разработке цифровых платформ электронной инфраструктуры всего государства (Laraeva, 2021). В связи с чем представляется невозможным отрицать колоссальное влияние новых технологий, таких как блокчейн, криптовалюта, цифровая валюта, искусственный интеллект на все государственные и общественные системы (Lyutova & Fialkovskaya, 2021).

Государства сталкиваются с новыми вызовами и угрозами, что диктует необходимость внедрения гибких нормативных правовых документов в свои юрисдикции, адаптации национального законодательства требованиям мегарегуляторов. На успешную экономическую деятельность влияет согласованное использование частнопровых и публично-правовых регуляторов в деятельности бизнеса, с одной стороны, и динамичное управленческое регулирование за счет новых информационных технологий, с другой (Tikhomirov & Talarina, 2020). Такие тенденции вынуждают государства оценивать новые риски как в национальной системе, так и в международно-правовых отношениях. В этой связи необходимым является кросс-культурный анализ современных тенденций развития технологий и права, проведение компаративистских исследований в данных областях (Zainutdinova, 2021).

Одной из наиболее уязвимых систем, которой коснулись технологические изменения, стала сфера противодействия отмыванию доходов, финансированию терроризма, финансированию распространения оружия массового уничтожения (далее — ПОД/ФТ/ФРОМУ).

Борьба с отмыванием доходов и финансированием терроризма, финансированием распространения оружия массового уничтожения (далее — ОД/ФТ/ФРОМУ) — важнейшая задача государства по защите ее финансовой системы, в основе которой лежит использование риск-ориентированного подхода, так как именно своевременное реагирование на риски позволяет государственным органам реализовывать полномочия по выявлению операций, свидетельствующих о незаконном осуществлении сделок с имуществом или операций с денежными средствами, связанных с террористической деятельностью и отмыванием доходов, а также осуществление государственной политики в сфере ПОД/ФТ/ФРОМУ.

Отметим, что новые технологии появились не только у государственных органов, но и у лиц, осуществляющих преступную деятельность. Применение новых технологий оказывает влияние на режим ПОД/ФТ/ФРОМУ как с точки зрения применения таких технологий в работе аналитиков, осуществляющих поиск и анализ транзакций на предмет противоправной деятельности, так и с точки зрения применения новых технологий в преступных схемах отмывания доходов и финансирования терроризма (Aksenova, 2021).

В этой связи вопросы обеспечения стабильности экономической системы, государственного управления, а также финансовой системы государства в условиях влияния новых технологий станут главными целями законодательного регулирования в ближайшие годы.

Искусственный интеллект

Применение искусственного интеллекта в работе государственных органов, военной, космической, медицинской, промышленной отраслях уже сложно назвать «новой тенденцией» (Gavrilova, 2021). О перспективах использования искусственного интеллекта написано немало, однако учеными до сих пор не решен вопрос ответственности за ошибки в работе искусственного интеллекта, а ведь именно этот вопрос является решающим на пути к повсеместному использованию технологии (Ananenko, 2021).

Как сообщают СМИ, впервые военный квадрокоптер, находясь в автономном режиме работы, убил человека¹. И это не первый случай подобных инцидентов: ранее, в Аризоне беспилотный автомобиль, принадлежащий компании, сбил насмерть велосипедистку, пересекавшую дорогу. Из-за несовместимых с жизнью увечий женщина позднее скончалась в больнице. Основная проблема, с которой столкнулись государственные органы — вопрос ответственности, который до сегодняшнего дня так и остался нерешенным².

Учитывая тенденции быстрого развития искусственного интеллекта, его активной интеграции в работу государственных органов (Bessonov, 2021), основными задачами правового регулирования в данной области являются: анализ юридических последствий такой интеграции, статус искусственного интеллекта, выработка универсальных принципов использования искусственного интеллекта (Momotov, 2021), разработка категориально-понятийного аппарата, ответственность искусственного интеллекта. Очевидно востребованными стали вопросы, связанные с природой и типологией человеко-машинных решений, с выбором оснований и мер ответственности за технические и социальные нарушения правопорядка (Tikhomirov & Saria, 2020).

В целом, использование искусственного интеллекта может иметь последствия для гражданского права как в отношении контрактных, так и неконтрактных обязательств (Stepanian, 2021).

Что касается непосредственного влияния на режим ПОД/ФТ/ФРОМУ, то все более распространенными инструментами такого противодействия становятся искусственный интеллект и машинное обучение. Это означает, что банкам в ближайшее время придется больше опираться не на то, что, как полагает человек, будет делать преступник с «грязными» деньгами, а на то, что искусственный интеллект знает, исходя из прошлого поведения клиента, предварительно проанализированных закономерностей и обнаруженных отклонений. Например, искусственный интеллект может обнаруживать отклонения от привычного поведения и определять новые схемы отмывания денег, а затем группировать вокруг них определенные субъекты.

Государства активно внедряют искусственный интеллект в работу государственных органов, участвующих в реализации политики ПОД/ФТ/ФРОМУ.

¹ New Scientist Technology by David Hambling. Available at: <https://www.newscientist.com/article/2278852-drones-may-have-attacked-humans-fully-autonomously-for-the-first-time/> (дата обращения: 21.11.2021).

² Артем Филипенко. РБК. Режим доступа: <https://www.rbc.ru/rbcfreenews/5ab012be9a7947bcf784aaeb> (дата обращения: 25.11.2021).

Федеральная служба по финансовому мониторингу (Росфинмониторинг) совместно с Академией наук и Министерством образования проводит работу по разработке системы поддержки принятия решений в области ПОД/ФТ/ФРОМУ, использующей элементы искусственного интеллекта.

Директор Росфинмониторинга³ на встрече с Президентом Российской Федерации В. В. Путиным в 2019 г. сообщил, что «в ходе дальнейшей работы по уголовным делам, финансовым расследованиям машина сама отбирает и уже дополняет информацию по своим признакам. Она уже сама работает, и сама постоянно дополняет»⁴.

Проанализировав работу ряда государственных органов зарубежных стран, ответственных за реализацию режима ПОД/ФТ/ФРОМУ по использованию искусственного интеллекта в их работе, можно сделать вывод, что наиболее успешный опыт демонстрируют США и Сингапур.

Система искусственного интеллекта США связывает и оценивает отчеты о крупных операциях с наличными для выявления потенциального отмывания денег. Целью данной системы является обнаружение ранее неизвестных, потенциально значимых объектов для возможного расследования, тем самым система формирует свою базу данных об объектах расследований, а также объединяет работу аналитиков и искусственного интеллекта в совместной задаче обнаружения сведений в очень большом массиве данных.

Такая интеграция искусственного интеллекта в работу аналитиков позволяет обработать приблизительно 200 000 транзакций в неделю и в результате сформировать более 400 отчетов об инициированных расследованиях, соответствующих более 1 млрд долларов США потенциально отмытых денег (Senator, Goldberg, Wooton & Cottini, et al., 2019).

Согласно опубликованным данным государственных органов Сингапура, а также сайта проекта по развитию искусственного интеллекта и облачных технологий Сингапура государство поставило целью объединить все сингапурские научно-исследовательские институты и экосистему стартапов по искусственному интеллекту, а также компаний, разрабатывающих продукты в области искусственного интеллекта. Основными участниками заявлены: Национальный исследовательский фонд, Управление умной нации и цифрового Правительства, Совета по экономическому развитию, Управления по развитию медиа. Одной из целей проекта является разработка алгоритма для искусственного интеллекта, который будет способен благодаря анализу большого массива данных, отслеживать денежные потоки через финансовые учреждения. Инвестирование программы достигает 150 млн долларов США⁵.

Такое взаимодействие государственного и частного партнерства с привлечением научного сообщества является наиболее перспективной моделью с целью формирования общей политики государства в области правового регулирования интеграции новых технологий в государственные системы.

³ Чиханчин Ю.А. — директор Федеральной службы по финансовому мониторингу с 13 июня 2012 г. Действительный государственный советник Российской Федерации 1 класса, кандидат экономических наук.

⁴ Сайт Президента Российской Федерации. Режим доступа: <http://kremlin.ru/events/president/news/60031> (дата обращения: 20.11.2021).

⁵ AI Singapore, National research foundation. Available at: <https://perma.cc/BS78-E64C> (дата обращения: 11.11.2021).

В ближайшее время будет проделана огромная работа в области разработки нормативной правовой базы, которая будет отвечать вызовам нашего времени.

Так, Федеральным законом от 24 апреля 2020 г. № 123-ФЗ «О проведении эксперимента по установлению специального регулирования в целях создания необходимых условий для разработки и внедрения технологий искусственного интеллекта в субъекте Российской Федерации — городе федерального значения Москве и внесении изменений в статьи 6 и 10 Федерального закона «О персональных данных» устанавливается специальный режим «в целях создания необходимых условий для разработки и внедрения технологий искусственного интеллекта в субъекте Российской Федерации — городе федерального значения Москве, а также последующего возможного использования результатов применения искусственного интеллекта»⁶.

Также принят Федеральный закон от 31.07.2020 № 258-ФЗ «Об экспериментальных правовых режимах в сфере цифровых инноваций в Российской Федерации»⁷, который определяет возможные сферы внедрения искусственного интеллекта, принципы, а также порядок правового регулирования отношений, связанных с установлением и реализацией экспериментального правового режима.

В отношении участников экспериментального правового режима (ЭПР) в течение определенного срока будет применяться специальное регулирование, которое устанавливается нормативными правовыми актами города Москвы. Данные акты не могут противоречить федеральным законам, относящимся к ведению РФ или совместному ведению. Результатом эксперимента не может быть ограничение конституционных прав и свобод граждан и введение для них дополнительных обязанностей.

Под экспериментальным правовым режимом понимается применение в течение 5 лет в отношении участников ЭПР (юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, включенные в специальный реестр) специального регулирования в целях создания необходимых условий для разработки и внедрения технологий искусственного интеллекта в городе Москве, а также последующего возможного использования результатов его применения.

Искусственный интеллект согласно определению, данному в статье 2 Федерального закона от 24 апреля 2020 г. № 123-ФЗ, представляет собой комплекс технологических решений, позволяющий имитировать когнитивные функции человека и получать при выполнении конкретных задач результаты, сопоставимые, как минимум, с результатами интеллектуальной деятельности человека. Комплекс технологических решений включает в себя информационно-коммуникационную инфраструктуру, программное обеспечение, процессы и сервисы по обработке данных и поиску решений.

⁶ Федеральный закон от 24 апреля 2020 г. № 123-ФЗ «О проведении эксперимента по установлению специального регулирования в целях создания необходимых условий для разработки и внедрения технологий искусственного интеллекта в субъекте Российской Федерации — городе федерального значения Москве и внесении изменений в статьи 6 и 10 Федерального закона «О персональных данных» Официальный интернет-портал правовой информации (www.pravo.gov.ru) от 24.04.2020 г.

⁷ Федеральный закон от 31.07.2020 № 258-ФЗ «Об экспериментальных правовых режимах в сфере цифровых инноваций в Российской Федерации» Официальный интернет-портал правовой информации (www.pravo.gov.ru).

Отметим своевременность и перспективность принятия подобных документов, однако, в текущих работах законодательного регулирования не решен вопрос правосубъектности искусственного интеллекта (Parshikov, 2021).

Вопросы присвоения статуса искусственному интеллекту вызывают серьезную научную дискуссию и уже сегодня имеются определенные теоретические разработки в данной области (Yastrebov, 2017a; 2017b; 2018). Ведется обсуждение по поводу включения в правовое поле нового квазисубъекта — «электронного лица» (Morhat, 2017), а также о наделении его публично-властными полномочиями.

Криптовалюта

Интеграция новых по форме и содержанию элементов в экономику государства является одной из ведущих задач сегодня (Mira, 2021). В целях модернизации экономики в Российской Федерации утверждена Программа «Цифровая экономика Российской Федерации»⁸.

Однако технологический прогресс делает сложным процессы цифровизации в связи с нарастающей популярностью новых инструментов, зачастую применяющихся в обход государственному регулированию.

Примером такого нового «элемента» является так называемые криптовалюты (англ. Cryptocurrency (or “crypto”) — безусловно явление международного характера, ведь именно трансграничность — отличительная черта криптовалют.

В рекомендациях Группы разработки финансовых мер борьбы с отмыванием денег (ФАТФ) криптовалюта определяется как разновидность виртуальных денег, которым присуща определенная специфика, такая как конвертируемость, распределенность, а также децентрализованность.

Как отмечено в руководстве ФАТФ «Виртуальные активы и провайдеры услуг виртуальных активов (ПУВА)»: странам следует обеспечить, чтобы ПУВА, лицензированные или осуществляющие деятельность в их юрисдикциях, рассмотрели, могут ли они управлять и снижать риски, связанные с деятельностью, предусматривающую использование технологий или механизмов, повышающих анонимность, включая, но не только, криптовалюты, обеспечивающие повышенную степень анонимности, «миксеры», «смесители» и других технологий, маскирующих личность, отправителей, получателей, держателей или бенефициарных владельцев виртуальных активов. Если ПУВА не могут управлять и снижать риски, исходящие от участия в такой деятельности, то провайдерам услуг виртуальных активов должно быть запрещено заниматься такой деятельностью.

С целью соответствия стандартам ФАТФ законодатель сделал первый шаг на пути к регулированию криптовалюты на территории Российской Федерации: согласно Федеральному закону «О цифровых финансовых активах, цифровой валюте и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» от 31.07.2020 № 259-ФЗ криптовалюта определяется как вид

⁸ Программа «Цифровая экономика Российской Федерации», утверждена распоряжением Правительства РФ от 28.07.2017 № 1632-р. Режим доступа: <http://base.garant.ru/71734878/> (дата обращения: 20.11.2021).

цифрового финансового актива, создаваемый и учитываемый в распределенном реестре цифровых транзакций участниками этого реестра в соответствии с правилами ведения реестра цифровых транзакций. В свою очередь цифровой финансовый актив — имущество в электронной форме, созданное с использованием шифровальных (криптографических) средств.

Этим же законом вводится запрет на использование криптовалюты в качестве оплаты товаров, услуг. Неоднозначность в трактовке норм, регулирующих криптовалюту, вызывает ряд вопросов к разработчикам данного документа: нет прямого запрета оборота криптовалюты, ее правовой статус не определен, в том числе на доктринальном уровне, что в значительной части сдерживает дальнейшую разработку законодательства в данной сфере.

Главной же сложностью, которая стоит перед законодателем в части правового регулирования криптовалюты, является его гармонизация — оптимальное сочетание заинтересованности пользователей в конфиденциальности, с одной стороны, и централизованного надзора со стороны государственных органов, позволяющего обеспечить соблюдение норм ПОД/ФТ/ФРОМУ и надлежащей проверки клиента — с другой.

Одновременное внедрение мер обеспечения конфиденциальности транзакций и государственного мониторинга позволяет получить необходимый баланс, при котором активы в криптовалюте остаются конфиденциальными, в то же время подпадая под действие законов.

В этой связи Р.М. Янковский отмечает, каким целям послужит полный запрет целой группы экономических отношений — использования криптовалюты в качестве средства оплаты? Позволит ли этот запрет защитить права граждан, инвесторов, предпринимателей? Как он поможет защитить права кредиторов, обеспечить исполнимость контрактов, в том числе трансграничных? (Yankovsky, 2020).

Отвечая на эти вопросы, однозначно, что полного запрета на оборот криптовалюты достичь невозможно. В силу своей природы криптовалюта имеет достаточно сложную специфику для ее полного вывода из оборота.

Однако с точки зрения режима ПОД/ФТ/ФРОМУ криптовалюта представляет собой реальную угрозу для безопасности страны и даже ее суверенитету.

Криптовалюта позволяет легко скрыть транзакции. Если биткоин (BTC) еще можно отследить с помощью современных инструментов, то некоторые операции с другими криптовалютами совершенно не отслеживаются.

Криптовалюта, как инструмент финансирования терроризма, представляет собой проблему для органов, осуществляющих защиту и охрану безопасности государства. Компетентные органы могут блокировать профиль человека в социальной сети и его банковский счет, однако из-за децентрализованной природы новых технологий заблокировать адрес криптовалюты бывает невозможно. Мощным оружием в борьбе с этой угрозой является обмен информацией. Однако открытой информации о финансировании терроризма криптовалютой немного, поскольку в большинстве случаев это — конфиденциальная информация, либо она засекречена по соображениям национальной безопасности.

Отслеживание операций с криптовалютой в целях ПОД/ФТ/ФРОМУ имеет решающее значение для государственной безопасности. Наблюдение за

денежными потоками, циркулирующими между участниками операций с популярными криптовалютами, таким как биткоин (BTC), эфириум (ETH) и другими, может дать бесценную информацию для предотвращения ОД/ФТ/ФРОМУ.

Как сообщает GRC World Forums, в 2024 г. на территории Европейского Союза начнет функционировать новый орган по надзору в сфере ПОД. Его создание напрямую связано с распространением криптовалюты по всему миру (Lener, 2021).

Европейский комиссар по финансовым услугам, финансовой стабильности и союза рынков г-жа Мейрид МакГиннесс сообщила об ужесточении политики в отношении операций с криптовалютой. Криптовалютные транзакции стали проблемой в последнее время в связи с атаками программ-вымогателей в ЕС и США, в которых организованные преступные группировки требовали выкуп в анонимных криптовалютах⁹.

Так, в мае атакой программы-вымогателя была парализована вся ИТ-инфраструктура Ирландии¹⁰.

Еще одним важным аспектом при использовании криптовалюты является незащищенность информации, носящей конфиденциальный характер. В этом вопросе в противоречие вступает публичный и частный интерес со стороны государства и частного сектора.

При использовании криптовалют право на конфиденциальность частной жизни во многих отношениях противопоставляется прозрачности, которая необходима государству в борьбе с ОД/ФТ/ФРОМУ.

Безусловно, криптовалюты имеют реальную выгоду для клиентов. Сторонники введения криптовалюты в оборот считают, что использование таких новых технологий позволит производить платежи более быстро, удобно и безопасно. Однако с данными выводами не соглашаются большинство Центральные банки стран. В Российской Федерации Банк России не поддерживает столь оптимистичных прогнозов и выступает противником легализации криптовалют как платежного средства. Согласно исследованию, проведенному аналитиками компании Clain, Российская Федерация стала лидером на рынке теневых криптоопераций с долей более 40%¹¹.

В докладах Банка России отмечается, одним из самых популярных выводов похищенных денежных средств является вывод на обменники, в том числе криптообменники. Обменники — сервисы, которые предоставляют возможность покупки/продажи валюты (криптовалюты), при которой сервис выступает в роли покупателя/продавца¹².

⁹ Europe's new AML watchdog will be in place by 2024. Available at: <https://www.grcworldforums.com/money-laundering/europes-new-aml-watchdog-will-be-in-place-by-2024/1655.article> [Accessed 10th November 2021].

¹⁰ Ирландская служба здравоохранения пострадала от атаки шифровальщика. Режим доступа: <https://haker.ru/2021/05/17/hse-conti/> (дата обращения: 08.11.2021).

¹¹ Доклад Клэйн Технологии «В 2020 году через высокорисковые биржи прошло около 20 млрд. долларов». Режим доступа: <https://clain.io/blog/post/near-20b-passed-through-high-risk-exchanges-in-2020> (дата обращения: 20.11.2021).

¹² Доклад Банка России: «Основные типы компьютерных атак в кредитно-финансовой сфере в 2019–2020 годах». Режим доступа: http://www.cbr.ru/collection/collection/file/32122/attack_2019-2020.pdf С.-36 (дата обращения: 25.11.2021).

Руководство ФАТФ 2019 г. определило поставщиков услуг в сфере виртуальных активов как предприятия, которые переводят средства в форме криптовалют. К таким предприятиям относятся и криптобиржи. Правило обязало предприятия собирать и хранить данные надлежащей проверки клиента, распространив это требование как на отправителя, так и на получателя транзакции.

19 марта 2021 г. ФАТФ опубликовала проект руководства по риск-ориентированному подходу к виртуальным активам¹³. В нем указывается на необходимость регулирования режима ПОД и надлежащей проверки клиента не только в отношении стейблкоинов, но и активов в виде так называемых децентрализованных финансов (англ. *decentralized finance* — DeFi) и невзаимозаменяемых токенов (англ. *non-fungible token* — NFT).

Понятие децентрализованных финансов используется для обозначения финансовых инструментов, построенных на открытых блокчейнах, в первую очередь, на сети Ethereum. Эти инструменты используют виртуальные активы, такие как биткойн, эфириум, и не предполагают хранения активов каким-либо физическим или юридическим лицом. Вместо этого соответствующие активы посылаются в адрес смарт-контракта (компьютерный код, хранящийся в соответствующей блокчейн-сети), где будут оставаться заблокированными до тех пор, пока пользователь или соответствующий код не отправят этот актив в другое место.

Это означает, что после того, как транзакция инициируется пользователем, смарт-контракты будут выполнять транзакцию прозрачно, не прибегая к услугам посредников. Любой человек, у кого есть доступ в Интернет, может подтвердить результат транзакции.

Сторонники децентрализованных финансов стремятся создать альтернативы практически всем традиционным финансовым услугам, включая кредитование, розничные платежи, депозитные и сберегательные счета, страхование и торговлю активами, обмен и распоряжение активами.

Еще одной новеллой опубликованного проекта стало регулирование режима ПОД в отношении невзаимозаменяемых токенов. За последнее время заинтересованность общества к невзаимозаменяемым токенам резко возросла¹⁴.

Невзаимозаменяемые токены — это уникальные цифровые активы на основе блокчейна, которые можно привязать к произведениям искусства, видеоконтенту, музыкальным файлам, обложкам журналов и т.д. Невзаимозаменяемые токены позволяют владельцу заявлять свои особые права на базовый актив.

Отмывание денег с помощью таких токенов трудно отследить и невозможно доказать причастность к такому преступлению с точки зрения права, так как преступник может вложить незаконно нажитые деньги в коллекцию поддельных произведений искусства или в цифровое искусство. Цена невзаимозаменяемых токенов определяется покупателем, а ценность предмета искусства субъективна. Преступник может купить невзаимозаменяемые токены у себя по той цене, которую сам же и назначает¹⁵.

¹³ Public consultation on FATF draft guidance on a risk-based approach to virtual assets and virtual asset service providers. Available at: <http://www.fatfgafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/public-consultation-guidance-vasp.html> [Accessed 25th November 2021].

¹⁴ FATF and the future of decentralised finance. Available at: <https://www.iflr.com/article/b1rcp6dz98ch05/fatf-and-the-future-of-decentralised-finance> [Accessed 18th November 2021].

¹⁵ How to Launder Money With NFTs. Available at: <https://medium.com/yardcouch-com/how-to-launder-money-with-nfts-56f1789e5591> [Accessed 10th November 2021].

Настолько быстро меняющийся мир виртуальных активов диктует свои правила его игрокам, и ФАТФ соответствующим образом обновляет свое руководство. В случае его принятия страны должны будут обеспечить соблюдение норм в своих юрисдикциях даже в случае отсутствия конкретного единого органа, ответственного за надзор в сфере криптовалют.

США обновили Закон о борьбе с отмыванием денег¹⁶, где расширили определение понятия «предприятие денежных переводов» и «финансовая организация», содержащиеся в Законе об отчетности о валютных операциях и иностранных операциях¹⁷. А именно, теперь это предприятия, участвующие в обмене или передаче «стоимости, заменяющей валюту».

Расширение Конгрессом этих определений предоставляет подразделению финансовой разведки США дополнительные законодательные полномочия по регулированию не только существующих виртуальных валют, но и новых методов оплаты и новых активов.

На сегодняшний день подразделение финансовой разведки США не выпустило руководящих указаний или правил конкретно по невзаимозаменяемым токенам. Однако, учитывая волну интереса к таким новым токенам, высокую стоимость их продаж и связанных с этим факторам риска по линии ПОД, можно ожидать, что невзаимозаменяемые токены привлекут внимание регулирующих органов США.

Стоит также обозначить еще одну проблематику в части законодательного регулирования криптовалют, которая особенно прослеживается при имплементации норм — это достаточно неуниверсальный категориально-понятийный аппарат. Отсутствие стройной модели категорий, используемых в различных рода исследованиях, означает, что фактически не выявлена связь между понятиями.

Споры вокруг криптовалюты приобретают все более широкий характер, как и в научном, так и в государственном секторе. Государственные органы пытаются найти грань между запретительными и дозволительными нормами в правоотношениях в сфере криптовалют.

Необходимо констатировать, что мы видим отсутствие стройного законодательства и механизмов, а также инструментов по модернизации нормативной правовой базы в юрисдикциях, использующих криптовалюты.

Стоит отметить, что одним из важных шагов на пути к всестороннему регулированию криптовалют является выпуск так называемых национальных цифровых валют или же цифровых валют центральных банков.

Национальная цифровая валюта

Расширение рынков в рамках цифровой экономики происходит посредством внедрения цифровых товаров, работ, услуг или же посредством применения новой сферы обращения, а именно Интернета (Skorobogatov, 2021).

¹⁶ Anti-Money Laundering Act — AMLA. Available at: https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1998/892_892_892/en [Accessed 15th November 2021].

¹⁷ Bank Secrecy Act/ Anti-Money Laundering. Available at: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2012-title31/pdf/USCODE-2012-title31-subtitleIV-chap53-subchapII-sec5311.pdf> [Accessed 18th November 2021].

Во многом влияние на трансформацию государственных режимов оказала также пандемия коронавируса, значительно усилив востребованность бесконтактных платежей и электронной коммерции, увеличив спрос потребителей на быстрые, низкозатратные транзакции, что существенно ускорило процессы внедрения новых технологий как альтернативы наличному обороту.

Новеллой в финансовом секторе стала инициатива некоторых государств по созданию национальных цифровых валют или же цифровых валют центральных банков.

Ряд стран (Европейский союз, Япония, Австралия, Великобритания, Египет, Гана, Руанда, Тунис, Индонезия, ОАЭ и др.) на данном этапе проводят исследования проекта по внедрению национальных цифровых валют. Некоторыми (Швеция, Уругвай, Литва, Южная Корея, Сингапур, Гонконг, Южная Африка и др.) был запущен пилотный проект по внедрению таких валют на государственном уровне. Юрисдикциями, которые на государственном уровне запустили цифровую валюту центральных банков, являются: Китай, Бразилия, Багамские острова¹⁸.

В последнее время данной теме уделяется все больший интерес. Финансовая корпорация Mastercard уже презентовала виртуальную среду для тестирования цифровых валют центральных банков, в которой банки могут моделировать выпуск национальных цифровых валют и протестировать их совместимость с платежной экосистемой Mastercard¹⁹.

Совместно с Центральным банком Багамских островов стартовала программа Mastercard по поддержке национальных цифровых валют на основе предоплаченных карт, которые позволяют мгновенно конвертировать цифровую валюту в фиатные деньги и оплачивать товары и услуги везде, где принимаются карты Mastercard на островах и во всем мире²⁰.

Анализ общедоступной информации о перспективах национальных цифровых валют, а также официальных документов центральных банков показывает, что на первом этапе этот инструмент планируется запустить как аналог наличных денег для использования населением. В этой связи по мере роста спроса на национальные цифровые валюты будут выводиться из оборота фиатные деньги для сохранения баланса на рынке.

По оценкам главы Федеральной резервной системы США, сегодня более 2 триллионов долларов США находятся в обращении в банкнотах и примерно половина этой суммы находит в международном обороте. В этой связи замещение фиатного доллара цифровым с учетом текущей неопределенности модели национальных цифровых валют США может иметь серьезные последствия для инвестиций в наличную валюту США.

¹⁸ Sergio Luis Nández Alonso, Javier Jorge-Vazquez, Ricardo Francisco Reier Forradellas, DEKIS Research Group, Department of Economics, Catholic University of Ávila «Central Banks Digital Currency: Detection of Optimal Countries for the Implementation of a CBDC and the Implication for Payment Industry Open Innovation». Available at: <https://www.mdpi.com/2199-8531/7/1/72> [Accessed 10th November 2021].

¹⁹ Mastercard Launches Central Bank Digital Currencies (CBDCs) Testing Platform, Enabling Central Banks to Assess and Explore National Digital Currencies. Available at: <https://mastercardcontentexchange.com/newsroom/press-releases/2020/september/mastercard-launches-central-bank-digital-currencies-cbdc-testing-platform/> [Accessed 10th November 2021].

²⁰ Bloomberg. Available at: <https://www.coindesk.com/bahamas-sand-dollar-central-bank-digital-currency> [Accessed 1st November 2021].

В любом случае при использовании национальных цифровых валют в качестве аналога наличных или безналичных средств при совершении трансграничных операций существуют риски раскрытия информации о всей цепочки движения цифровой валюты. Это связано прежде всего с сущностью цифровой валюты, записи о движении которой, начиная с момента выпуска денежной единицы в оборот, хранятся в системе.

Еще одной проблемой, которая может быть связана с развитием цифровых валют — возможность их анонимности. Сочетание анонимности, способности к трансграничному перемещению и массовости является основным риском с точки зрения ОД/ФТ/ФРОМУ. Уже сейчас апробируются проекты, которые предусматривают возможность использования prepaid карт, привязанных к национальным цифровым валютам и анонимных цифровых кошельков с небольшим лимитом использования. В этих случаях привлекательность таких возможностей для потребителя может создать определенные риски вывода за рубеж средств криминального происхождения и средств, используемых для организации террористической деятельности, а также финансирования оружия массового уничтожения.

Сущность всех современных технологий делает невозможным игнорирование влияния таких инструментов на все государственные режимы, поэтому государству необходимо встраиваться в современную повестку и все больше усилий прикладывать к разработке правовой базы для интеграции этих технологий.

В этой связи в апреле 2021 г. Банк России представил «Концепцию цифрового рубля», которая определяет вектор дальнейшей цифровизации экономики государства, а также новую форму российской национальной валюты. Это важнейший шаг на пути к интеграции новых технологий во все системы государства.

Как отмечено в докладе: будут предложены изменения, которые определяли бы полномочия Банка России по организации денежного обращения на основе цифрового рубля, его полномочия как оператора цифровой платформы, в рамках которой будет обращаться цифровой рубль, права и обязанности участников данной цифровой платформы, права Банка России по осуществлению банковских операций с применением цифрового рубля не только с кредитными организациями, но и юридическими и физическими лицами²¹.

Безусловно, законодателю необходимо определить правовой режим цифрового рубля при его использовании в гражданских правоотношениях, а также обеспечивать защиту информации об операциях с использованием цифрового рубля как сведений, составляющую банковскую тайну.

В докладе также отмечено, что система правовой защиты обладания цифровым рублем и совершения операций с ним потребует внесения некоторых изменений в систему уголовного законодательства.

В ближайшее время планируется внести изменения в следующие федеральные законы: «О банках и банковской деятельности», «О национальной платежной системе», «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма», «О валютном регулировании и валютном контроле» и ряд иных законодательных актов.

²¹ Доклад Банка России. Режим доступа: http://www.cbr.ru/Content/Document/File/120075/concept_08042021.pdf (дата обращения: 10.11.2021).

Заключение

Подводя итоги, сформулируем несколько выводов и дальнейших направлений развития законодательства в сфере ПОД/ФТ/ФРОМУ, важных для современного правоприменения в сфере регулирования новых технологий.

Такие технологии «ставят в тупик» традиционные, опирающиеся на нормативный подход системы, неспособные развиваться и адаптироваться к новым и сложным сценариям развития инструментов.

Необходимо подготовить законодательные основы функционирования искусственного интеллекта, криптовалюты, блокчейна, цифровых активов и т.д. Это необходимо для всех юрисдикций, причем в качестве превентивного инструмента для защиты интересов частного и государственного секторов от возможных рисков в их деятельности с применением таких новых технологий.

Принципиально важным кажется учитывать необходимость создания нормативной правовой базы, которая потенциально была бы применима для полноценной экономической интеграции в глобальное трансграничное пространство и в тоже время смогла разграничить юрисдикционную особенность отдельно взятого государства. Иначе есть вероятность, что мировые финансовые корпорации смогут получить долю значительного влияния на рынки, что несет экономические риски для юрисдикций.

Благодаря имплементации нормативной правовой базы в юрисдикции, возможности регулирования и контроля со стороны публично-властных органов безусловно расширяются. Важным этапом в законодательном регулировании таких технологий как например, криптовалюта, является регулирование выпуска и оборота цифровых валют центральных (национальными) банков. Регуляторные условия позволяют с наименьшими рисками запустить подобный инструмент и определить его влияние на весь государственный рынок.

При использовании национальных цифровых валют в качестве аналога наличных или безналичных средств при совершении трансграничных операций существуют риски раскрытия информации о всей цепочки движения цифровой валюты. В этой связи необходимо нарабатывать техническую оснащенность государственных систем, особое внимание уделить вопросам национальной безопасности.

С этой целью активно внедряется искусственный интеллект в работу государственных органов, в том числе участвующих в реализации политики ПОД/ФТ/ФРОМУ.

Есть много преимуществ использования, например, искусственного интеллекта в осуществлении государственными органами функций по реализации политики ПОД/ФТ/ФРОМУ: повышение эффективности и производительности за счет автоматизации, сокращение ошибок, вызванных психологическими или эмоциональными факторами, улучшение качества информации, увеличение возможности анализа больших массивов данных.

С каждым годом выявление новых схем ОД/ФТ/ФРОМУ становится сложным для аналитиков, которые отслеживают перемещение денежных средств. Это связано с ростом использования новых технологий в преступных схемах. Отслеживание операций с криптовалютой в целях ПОД/ФТ/ФРОМУ имеет решающее значение для государственной безопасности сегодня.

Несмотря на то, что криптовалюта стала неотъемлемой частью финансового мира, ведется ее активная торговля, все же криптовалюта остается главным инструментом сокрытия незаконных транзакций.

Риски, возникающие в результате новых по форме и содержанию правовых отношений должны быть минимизированы и учтены в разработке законодательства.

В ближайшее время для законодателя наступит период активной модернизации правовой базы Российского государства, что продиктовано активной интеграцией новых технологий во все государственные системы и режимы. Научному сообществу необходимо принимать участие в подобных инициативах и разработках более активно, ведь как показывает зарубежный опыт, именно благодаря совместной работе государственных органов, частного партнерства и ученых возможен прорыв в развитии законодательства страны. В этой части именно ученые ведущих ВУЗов должно стать флагманом развития новых технологий и их интеграции в правовую систему государства.

References / Список литературы

- Aksenova, M.A. (2021) *Artificial Intelligence in ensuring the anti-money Laundering and financing of terrorism regime: monograph*. Moscow, RUDN University. (in Russian).
Аксенова М.А. Искусственный интеллект в обеспечении режима противодействия отмыванию доходов и финансированию терроризма: монография. М.: РУДН, 2021. 113 с.
- Ananenko, A.O. (2021) Unmanned vehicle use: legal responsibility. *Courier of Kutafin Moscow State Law University (MSAL)*. (6), 155—161. <https://doi.org/10.17803/2311-5998.2021.82.6.155-161> (in Russian).
Ананенко А.О. Юридическая ответственность в области использования беспилотных транспортных средств // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2021. № 6. С. 155—161. <https://doi.org/10.17803/2311-5998.2021.82.6.155-161>
- Bessonov, A.A. (2021) The use of artificial intelligence algorithms in the criminalistic study of criminal activity (on the example of serial crimes). *Courier of Kutafin Moscow State Law University (MSAL)*. (2), 45—53. <https://doi.org/10.17803/2311-5998.2021.78.2.045-053> (in Russian).
Бессонов А.А. Использование алгоритмов искусственного интеллекта в криминалистическом изучении преступной деятельности (на примере серийных преступлений) // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2021. № 2. С. 45—53. <https://doi.org/10.17803/2311-5998.2021.78.2.045-053>
- Gavrilova, Yu.A. (2021) The concept of integrating artificial intelligence into the legal system. *RUDN Journal of Law*. 25 (3), 673—692. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2021-25-3-673-692> (in Russian).
Гаврилова Ю.А. Концепция интеграции искусственного интеллекта в правовую систему // RUDN Journal of Law. 2021. Т. 25. № 3. С. 673—692. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2021-25-3-673-692>
- Lapaeva, V.V. (2021) The law of technogenic civilization in the face of the challenges of technological dehumanization. *Law. Journal of the Higher School of Economics*. (3), 4—35. (in Russian).
Лапаева В.В. Право техногенной цивилизации перед вызовами технологической дегуманизации // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 3. С. 4—35.
- Lener, R. (2021) The development of Fintech in Italy and in Europe. *Courier of Kutafin Moscow State Law University (MSAL)*. (1), 126—139. <https://doi.org/10.17803/2311-5998.2021.77.1.126-139>. (in Russian).

- Ленер Р.* Развитие финансовых технологий в Италии и Европе // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2021. № 1. С. 126—139. <https://doi.org/10.17803/2311-5998.2021.77.1.126-139>
- Lyutova, O.I. & Fialkovskaya, I.D. (2021) Blockchain technology in tax law theory and tax administration. *RUDN Journal of Law*. 25 (3), 693—710. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2021-25-3-693-710> (in Russian).
- Лютова О.И., Фиалковская И.Д.* Применение технологии блокчейн в налоговом администрировании // RUDN Journal of Law. 2021. Т. 25. № 3. С. 693—710. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2021-25-3-693-710>
- Morhat, P.M. (2017) *Artificial Intelligence: Legal View: Scientific Monograph*. Institute of State-Confessional Relations and Law. Moscow, Buki Vedi Publ. (in Russian).
- Морхат П.М.* Искусственный интеллект: правовой взгляд: научная монография / РОО «Институт государственно-конфессиональных отношений и права». М.: Буки Веди, 2017. 257 с.
- Momotov, V.V. (2021) Artificial intelligence in litigation: state and prospects for use. *Courier of Kutafin Moscow State Law University (MSAL)*. (5), 188—191. <https://doi.org/10.17803/2311-5998.2021.81.5.188-191> (in Russian).
- Момотов В.В.* Искусственный интеллект в судопроизводстве: состояние, перспективы использования // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2021. № 5. С. 188—191. <https://doi.org/10.17803/2311-5998.2021.81.5.188-191>
- Mira, K.A., (2021) Property in the form of an information object having monetary equivalent, as an object of theft of someone else's property. *Courier of Kutafin Moscow State Law University (MSAL)*. (2), 170—176. <https://doi.org/10.17803/2311-5998.2021.78.2.170-176>. (in Russian).
- Мира К.А.* Имущество в виде информационного объекта, имеющего денежный эквивалент, как предмет хищения чужого имущества // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2021. № 2, 170—176. <https://doi.org/10.17803/2311-5998.2021.78.2.170-176>
- Parshikov, V.I. (2021) About some problems of development and use of algorithms of investigation of certain types of crimes. *Courier of Kutafin Moscow State Law University (MSAL)*. (2), 100—107. <https://doi.org/10.17803/2311-5998.2021.78.2.100-107> (in Russian).
- Паршиков В.И.* О некоторых проблемах разработки и использования алгоритмов расследования отдельных видов преступлений // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2021. № 2. С. 100—107. <https://doi.org/10.17803/2311-5998.2021.78.2.100-107>
- Skorobogatov, A.V. (2021) Legal consciousness as the basis of legal research in the digitalization era. *Courier of Kutafin Moscow State Law University (MSAL)*. (5), 145—152. <https://doi.org/10.17803/2311-5998.2021.81.5.145-152> (in Russian).
- Скоробогатов А.В.* Правопонимание как основа юридических исследований в эпоху цифровизации // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2021. № 5. С. 145—152. Doi: <https://doi.org/10.17803/2311-5998.2021.81.5.145-152>
- Stepanian, A.G., (2021) The European Union Artificial Intelligence Act: the first look at the project. *Courier of Kutafin Moscow State Law University (MSAL)*. (7), 93—98. <https://doi.org/10.17803/2311-5998.2021.83.7.093-098> (in Russian).
- Степанян А.Ж.* Регламент Европейского Союза об искусственном интеллекте (Artificial Intelligence Act): первый взгляд на проект // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2021. №7. С. 93—98. <https://doi.org/10.17803/2311-5998.2021.83.7.093-098>
- Senator, T.E., Goldberg, H.G., Wooton, J. & Cottini, M.A. et al. (2019) *The FinCEN artificial intelligence system: identifying potential money laundering from reports of large cash transactions*. Available at: <https://www.aaai.org/Papers/IAAI/1995/IAAI95-015.pdf> [Accessed 1st November 2021].
- Tikhomirov, Y.A. & Saria, B. N. (2020) Robotization: dynamics of legal regulation. *Vestnik of Saint Petersburg University. Law*. 11(3), 532—549. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2020.301> (in Russian).

- Тихомиров Ю.А. Роботизация: динамика правового регулирования // Вестник Санкт-Петербургского университета. Право. 2020. Т. 11. № 3. С. 532—549. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2020.301>
- Tikhomirov, Y.A. & Talapina, E.V. (2020) Law as an effective factor of economic development. *Law. Journal of the Higher School of Economics*. No. 1. P. 4—26. (in Russian).
- Тихомиров Ю.А., Талапина Э.В. Право как эффективный фактор экономического развития // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 1. С. 4—26.
- Yankovsky, R.M., (2020) Cryptocurrencies in Russian law: surrogates, “other property” and digital money. *Law. Journal of the Higher School of Economics*. (4), 43—77. (in Russian).
- Янковский П.М. Криптовалюты в российском праве: суррогаты, «иное имущество» и цифровые деньги // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 4. С. 43—77.
- Yastrebov, O.A., (2017a) Discussion about the prerequisites for assigning robots the legal status of “electronic persons”. *Problems of jurisprudence*. (1(39)), 189—202. (in Russian).
- Ястребов О.А., Дискуссия о предпосылках для присвоения роботам правового статуса «электронных лиц» // Вопросы правоведения. 2017. № 1 (39). С. 189—202.
- Yastrebov, O.A. (2017b) Artificial intelligence in the legal space: conceptual and theoretical approaches. In: *Legal personality: general theoretical, sectoral and international legal analysis: Collection of materials for the XII Annual scientific readings in memory of Bratus' S.N.* Moscow, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation; Statute Publ. P. 271—283. (in Russian).
- Ястребов О.А., Искусственный интеллект в правовом пространстве: концептуальные и теоретические подходы // Правосубъектность: общетеоретические, отраслевое и международно-правовой анализ: Сб. матер. к XII Ежегод. науч. чтениям памяти С.Н. Братуся. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ; Статут, 2017. С. 271—283.
- Yastrebov, O.A. (2018) Legal personality of an electronic person: theoretical and methodological approaches. *Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS*. 13(2), 36—55. (in Russian).
- Ястребов О.А., Правосубъектность электронного лица: теоретико-методологические подходы // Труды Института государства и права РАН. 2018. Т. 13. № 2. С. 36—55.
- Zainutdinova, E.V. (2021) Models of legal regulation of a smart contract: general and specific. *Law. Journal of the Higher School of Economics*. (3), 126—147. <https://doi.org/10.24411/2520-6990-2020-11924> (in Russian).
- Зайнутдинова Е.В. Модели правового регулирования смарт-контракта: общее и особенное // Право. Журнал Высшей школы экономики. № 3. С. 126—147. <https://doi.org/10.24411/2520-6990-2020-11924>

Об авторе:

Аксенова Марина Алексеевна — соискатель степени кандидата юридических наук, ассистент кафедры финансового мониторинга, Юридический институт, Российский университет дружбы народов; 117198, Российская Федерация, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6
ORCID ID: 0000-0001-5467-974X
e-mail: aksenova_ma@list.ru

About the author:


Marina A. Aksenova — Applicant for the degree of candidate of legal sciences, assistant of the Financial Monitoring Department, Law Institute, Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University); 6 Miklukho-Maklaya str., Moscow, 117198, Russian Federation
ORCID ID: 0000-0001-5467-974X
e-mail: aksenova_ma@list.ru

<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-129-148>

Научная статья

Защита интересов розничного инвестора в США, Китае и России: на примере брокерской деятельности

А.А. Бикташев  

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»,
г. Москва, Российская Федерация;
Банк России, г. Москва, Российская Федерация;
Масариков университет, г. Брно, Чешская Республика
 abiktshv@hse.ru

Аннотация. Основными целями при регулировании брокерской деятельности являются обеспечение защиты интересов клиентов брокеров при минимизации регуляторной нагрузки. В настоящий момент в связи с перетоком активов населения на рынок ценных бумаг Банк России активно развивает прямые инструменты защиты интересов инвесторов, в том числе механизм квалификации инвесторов. Однако его эффективность ставится под сомнение экспертным и профессиональным сообществом. Для оценки результатов применения прямых и косвенных инструментов регулирования, направленных на защиту розничных инвесторов, проведен сравнительный анализ регуляторной политики в данной сфере в странах, имеющих наиболее развитый финансовый рынок. По результатам анализа регулирования в США и Китае установлено использование ими инструментов как прямого, так и косвенного регуляторного воздействия. Несмотря на наличие отличий в регулировании в обоих случаях акцент в регулировании сделан на непрямые меры воздействия. Прямые запреты на доступ к финансовым инструментам определенных категорий инвесторов в рассмотренных странах не применяются. Также отмечено, что несмотря на применение в России отдельных мер, аналогичных непрямоу регулированию в США и Китае, их реализация зачастую осуществляется недостаточно качественно, что снижает результативность таких мер.

Ключевые слова: регулирование брокерской деятельности, риски брокерской деятельности, защищенность инвесторов, умное регулирование, оптимизация регуляторной нагрузки

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 5 сентября 2021 г.

Дата принятия к печати: 15 января 2022 г.

Для цитирования:


Бикташев А.А. Защита интересов розничного инвестора в США, Китае и России: на примере брокерской деятельности // RUDN Journal of Law. 2022. Т. 26. № 1. С. 129—148. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-129-148>

<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-129-148>

Research Article

Protecting the interests of a retail investor in the United States, China and Russia: the example of brokerage

Ainur A. Biktashev  

National Research University Higher School of Economics, *Moscow, Russian Federation*;
Bank of Russia, *Moscow, Russian Federation*;
Masaryk University, *Brno, Czech Republic*
 abiktshv@hse.ru

Abstract. The main objectives in regulating brokerage activities are to ensure the interests of brokers' clients while minimizing the regulatory burden. At the moment, in connection with the flow of households' assets to the securities market, the Bank of Russia is actively developing direct tools to protect the interests of investors, including the mechanism for qualifying investors. However, its effectiveness is questioned by the expert and professional community. To assess the results of the use of direct and indirect regulatory instruments aimed at protecting retail investors, a comparative analysis of the regulatory policy in this area in countries with the most developed financial markets was carried out. Based on the results of the analysis of regulation in the United States and China, it was established that they used tools of both direct and indirect regulatory impact. Despite the differences in regulation in both cases, the emphasis in regulation is placed on indirect measures of influence. Direct bans on access to financial instruments for certain categories of investors in the countries under consideration are not applied. It was also noted that despite applying certain measures in Russia, similar to the indirect regulation in the United States and China, their implementation is often sufficient, which reduces their effectiveness.

Key words: regulation of brokerage activities, risks of brokerage activities, protection of investors, smart regulation, optimization of the regulatory load

Conflicts of interest. The author declares no conflict of interest.

Article received 5th September 2021

Article accepted 15th January 2022

For citation:

Biktashev, A.A. (2022) Protecting the interests of a retail investor in the United States, China and Russia: the example of brokerage. *RUDN Journal of Law*. 26 (1), 129—148. (in Russian). <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-129-148>

Введение

Наличие развитого финансового рынка является залогом стабильного экономического роста в стране. Благодаря нему обеспечивается наличие источников финансирования, сохранение и привлечение капитала в экономику страны,

инвестирование и преумножение средств населением. Поэтому регулирование финансового рынка является важным аспектом деятельности органов публичного управления.

Основными организациями, посредством которых осуществляется доступ физических и юридических лиц к рынку ценных бумаг, выступают брокерские организации. На сегодняшний день в сфере регулирования работы брокеров действует порядка 60 нормативных актов. Вместе с тем в научном (Abramov, Radygin & Chernova, 2014); Alifanova & Yevlakhova, 2011) и профессиональном сообществе¹ регулярно звучат заявления о несовершенстве имеющегося действующего регулирования. На практике данный тезис подтверждают как тенденция постоянного снижения официальных доходов брокеров, так и факты значительного количества аннулирования лицензий на осуществление брокерской деятельности (Рисунок 1). При этом в подобных случаях клиенты брокеров часто не получают внесенные денежные средства. Показателен пример того, как клиенты банка Траст, приобретавшие кредитные ноты (на общую сумму около 20 млрд руб.), оказались незащищенными при санации банка в 2015 г. А клиенты компании МФЦ (в основном физические лица) лишились ценных бумаг на сумму не менее 200 млн руб. в результате незаконного списания ценных бумаг с их счетов.

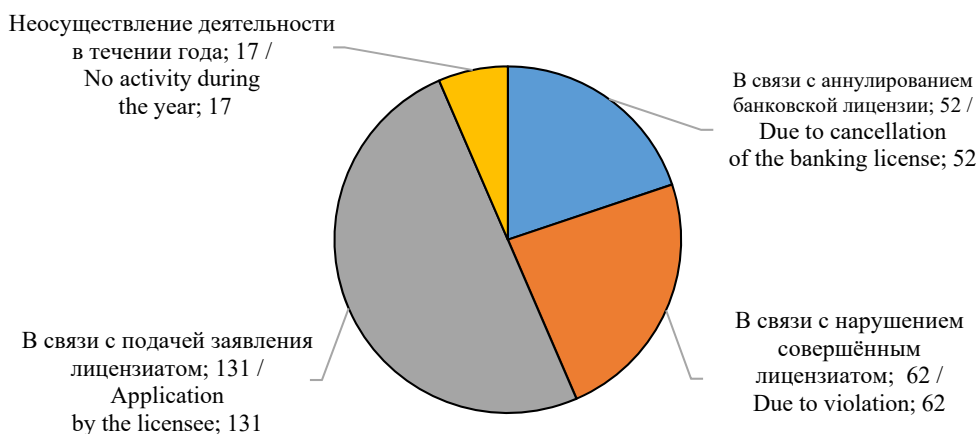


Рис. 1. Структура основания аннулирования брокерских лицензий в 2017—2019 гг. /

Fig. 1. Structure of grounds for cancellation of brokerage licenses in 2017—2019

Источник: составлен автором на основе Реестра аннулированных лицензий профессиональных участников рынка ценных бумаг

Соответственно, важнейшей защищаемой общественной ценностью регулирования брокерской деятельности является защита средств инвесторов. При этом защита не должна создавать избыточные издержки, которые будут снижать выгоды от инвестирования в рынок ценных бумаг. Так, реализуемыми на данный

¹ Проактивный надзор ЦБР дорого обходится участникам рынка // Reuters. 30.01.2019; Финансовый рынок выбрал нормы для «регуляторной гильотины» ЦБ // РБК. 03.10.2019

момент документами стратегического развития финансового рынка² отмечена необходимость оптимизации регулирования с целью снижения нагрузки на поднадзорные организации. Помимо этого, механизм реализуемой на данный момент российским правительством «регуляторной гильотины» (Golodnikova, Efremov & Tsygankov, 2021) затронул регулирование, разрабатываемое Банком России, который также сейчас рассматривает возможность ликвидации излишних требований.

Вместе с тем в связи с резким ростом в 2020—2021 гг. количества граждан, инвестирующих в ценные бумаги³, регулятором была предложена новая мера ограничения рисков (неквалифицированных) инвесторов. Согласно предлагаемым изменениям нормативного регулирования деятельности брокеров предлагается ограничить возможности инвестирования неквалифицированных инвесторов. Несмотря на то, что инструмент квалификации инвесторов применяется на данный момент, наряду с совокупностью иных мер прямого регулирования, предлагаемая модель требует более сложных процедур оценки квалификации, а также сужает перечень инструментов, доступных неквалифицированному инвестору⁴. Разработка и обсуждение данных изменений повлекли волну критики со стороны представителей СРО на финансовом рынке и экспертов данной области⁵, которые отмечали избыточность директивных регуляторных мер и возможность использования в рамках регулирования более мягких инструментов.

В описанных условиях более явной становится проблема недостаточного качества регулирования, обеспечивающего защиту клиентов брокеров.

Данная проблема, лежащая в рамках правового и правоприменительного взаимодействия государства и бизнеса, также имеет теоретический аспект. В теории регулирования подход «smart regulation» направлен на решение проблемы совершенствования регулирования с целью устранения провалов рынка при одновременном сохранении достаточной свободы деятельности его участников. Для этого подход предлагает осуществлять разработку и внедрение регуляций на основе принципов прозрачности и гибкости аналитических методов обоснования, верифицируемых данных (Jones & Zeitz, 2019). При этом подход не дает понимания того, всегда ли прямые регуляции в результате оказывают планируемое воздействие, как разные инструменты регулирования и их комбинации могут влиять на один объект регулирования, какие инструменты

² Стратегия экономической безопасности Российской Федерации до 2030 г., утвержденная Указом Президента Российской Федерации от 13.05.2017 г. № 208.

Основные направления развития финансового рынка Российской Федерации на период 2019–2021 годов // Банк России. 2019.

³ Согласно данным Московской биржи за 2020 г. количество клиентов, имеющих брокерские счета, выросло в 2,4 раза: с 3,9 млн до 9,5 млн человек; согласно данным НАУФОР объем средств частных клиентов на фондовом рынке за 2020 г. вырос в 1,8 раза: с 3,4 трлн рублей до 6 трлн рублей.

⁴ Государственная Дума РФ приняла во втором чтении законопроект о защите неквалифицированных розничных инвесторов // Банк России. 2020. Режим доступа: <https://www.cbr.ru/press/event/?id=6918> (дата обращения: 11.10.2021).

⁵ ЦБ на два года ограничит инвесторам доступ к рискованным активам // Ведомости. 2020. Режим доступа: <https://www.vedomosti.ru/economics/articles/2020/12/27/852665-ogranichit-investoram> (дата обращения: 06.10.2021).

регулирующие являются наиболее эффективными с учетом издержек, которые они влекут для участников рынка?

Относительно проблемы повышения качества публичного управления при снижении нагрузки на объекты регулирования говорит также подход «Behavioral Public Administration», выросший из поведенческой экономики (Grimmelikhuijsen, Jilke, Olsen & Tummers, 2017). Он предлагает учитывать поведение людей при принятии решений органами власти. Реализуемые в рамках него меры государственного воздействия (получившие название «nudging») не устанавливают непосредственные требования, а лишь стимулируют к определенному поведению. Его сторонники апеллируют к тому, что цели регулирования достигаются без излишней нагрузки на бизнес. Однако, предлагая данный альтернативный инструмент непрямого регулирования, подход не учитывает, какие издержки несет бизнес от таких мер, а также не отвечает на вопрос всегда ли можно заменить инструменты прямого регулирования непрямыми мерами?

Решение описанной проблемы способствует как решению данных теоретических вопросов, так и совершенствованию регулирования на практике. В данный момент в силу снижения темпов экономического роста население заинтересовано в наличии возможности сбережения и увеличения капитала с помощью инструментов финансового рынка. Сами участники рынка также заинтересованы в формировании прозрачных и недорогих для исполнения «правил игры». О готовности общества к таким изменениям свидетельствует дискуссия, развернувшаяся вокруг предложений по ограничению доступа на рынок неквалифицированных инвесторов. Противостояние данной инициативе показало неготовность брокеров мириться с уменьшением возможностей для работы, а населения — с лишением доступа к финансовым услугам.

Для решения проблемы недостаточного качества регулирования защиты клиентов брокеров необходимо ответить на вопросы о том, какое воздействие оказывают имеющиеся и предлагаемые прямые инструменты регулирования на защищенность розничных инвесторов и есть ли более эффективные инструменты регулирования?

Для ответа на эти вопросы потребовалось проверить следующие гипотезы:

H1: применяемые в данный момент и предлагаемые прямые регуляции в отношении брокеров способствуют повышению защищенности инвесторов.

Данное предположение основывается на подходе «smart regulation», однако предлагается анализировать влияние уже реализованных мер регулирования. Проверка гипотезы обоснует необходимость учитывать не только нагрузку, но и обеспечение цели регулирования, а также позволит установить качество имеющегося регулирования.

H2: альтернативные механизмы поведенческого воздействия на брокеров с целью защиты интересов их клиентов менее эффективны чем инструменты прямого регулирования.

Данное предположение основывается на подходе «Behavioral Public Administration», который говорит о том, что поведенческое регулирование всегда ведет к снижению нагрузки. Проверка гипотезы позволит оценить данное утверждение, а также определить целесообразность разработки мер непрямого регулирования.

Исходные предпосылки. Обзор литературы

Изучение регулирования в науке государственного управления существовало уже с момента ее обособления от иных социальных дисциплин. Новый виток исследовательских работ был запущен с возникновением в 1998 г. теоретического подхода *smart regulation*, в рамках которого изучались частные случаи регулирования в различных контекстах. Оценка воздействия инструментов регулирования и поиск наиболее эффективных из них часто становится объектом рассмотрения исследователей государственного управления. При этом изучаемые авторами проблемы и проверяемые гипотезы порой коррелируют с предложенными нами в данной работе.

Наиболее часто рассматриваемой гипотезой в рамках таких работ выступает основная гипотеза нашего исследования Н1 о необеспечении регуляциями целей, для достижения которых они были разработаны или разрабатываются. При этом указанные работы можно разделить на группы в соответствии с методом, на основании которого осуществляется проверка гипотезы.

Первая группа исследователей подтверждает свои предположения с помощью верификационных методов. Так, отечественные исследователи А.А. Абрамов, А.Д. Радыгин, М.И. Чернова, а также Е. Jones и А. Zeitz используют в своих работах эконометрические регрессионные модели для оценки соответствия применяемого регулирования страновым факторам. И.В. Ларионова для оценки регулирования также рассматривает статистические данные, но не без применения эконометрических моделей (Larionova, 2014). В рассмотренных работах указанные методы используются для оценки в целом модели регулирования, а не конкретных мер / решений. Вместе с тем верификационные методы применимы для проверки гипотезы Н1, однако в силу ограниченности доступных данных по тематике исследования, их применение представляется нецелесообразным.

Другая группа исследований использует для проверки гипотезы фальсификационные методы (чаще всего кейс-стади). При этом, как и в случае с верификационным методом, авторы часто рассматривают модель регулирования в целом и/или ее отдельных компонентов (Spendzharova, 2016; Quaglia, 2019; Lall, 2015; Baker, 2010). Все указанные исследования подтверждают несоответствие применяемых регуляторных моделей целям их реализации.

Также на основе кейс-стади оценивается соответствие целям из разработки отдельных регуляций. Некоторые авторы заявляют о несоответствии регулирования его целям (Kastner, 2014; Finlayson, 2009). Вместе с тем другие ученые, напротив, говорят о достижении целей внедренного метода непрямого регулирования по большинству рассматриваемых показателей (Makarova et al., 2019; Fransen & Burgoon, 2012).

Третья группа исследований, рассматривающих соответствие результата регулирования целям его применения, основывается на методе системно-логического анализа. С помощью данного метода рассмотрен глобальный уровень регулирования (Wolff, 2019; Rixen, 2013; Baker, 2010; Zhao, Ke & Yi, 2020). В отдельных случаях на основе системно-логического анализа исследуются

отдельные аспекты регулирования. На это направлены работы Abbott K.W., Levi-Faur D., Snidal D., а также Bernstein S., Ven H. В целом метод системно-логического анализа, на наш взгляд, применим для оценки достижения целей регулирования по защите прав инвесторов путем рассмотрения существующих результатов реализации наборов регуляторных инструментов.

Менее часто встречается, но все же является объектом изучения обширного ряда работ гипотеза о повышении качества регуляторного воздействия вследствие замены инструментов прямого регулирования. Исследования, рассматривающие гипотезы, схожие с поставленной нами гипотезой H2, также можно сгруппировать в соответствии с применяемыми исследовательскими методами.

Первая группа исследований отличается применением комбинации из верификационных и фальсификационных методов для проверки гипотез. Практически во всех работах, отнесенных к данной группе, используется анализ статистических данных (в том числе с использованием эконометрических инструментов), а также сравнение кейсов, кроме того в отдельных случаях добавляются методы интервью и юридического анализа (Pastushenko & Zemtsova, 2017; DeMenno, 2019; Grossman & Woll, 2014; Redert, 2020; Abbott & Snidal, 2000; Horner, 2019). При этом основным инструментом для оценки воздействия в перечисленных исследованиях выступает анализ статистических данных. Рассматриваемые авторами проблемы, как правило, носят масштабный и общий характер, а не конкретный и точный, как в нашем исследовании, поэтому логично использование в работе фальсификационного метода.

Вторая группа исследований, рассматривающих влияние изменения регулирования на фактическое регуляторное воздействие, опирается на фальсификационные методы доказательства. Метод анализа кейсов лежит в основе работ следующих авторов: C. Dunlop и др., Overdevest C., Zeitlin J., Browne J., Stellinga B., Mügge D., Mennillo G., Roy S., Baker A. (Dunlop et al., 2012; Overdevest & Zeitlin, 2014; Browne, 2020; Stellinga & Mügge, 2017; Mennillo & Roy, 2014; Baker, 2010, 2018).

Кроме того, многие исследования реализуются на основе комбинирования метода изучения кейсов и компаративистики. Данная методология используется для оценки моделей регулирования в целом (Quaglia, 2019; Stellinga, 2020). При этом рассматривают и делают выводы в отношении конкретных инструментов регулирования (Underhill & Zhang, 2008; Campbell-Verduyn et al, 2017).

Как мы видим, в описанных исследованиях метод проверки гипотезы различается. Для обоснования гипотез используются как статистические методы, так и метод кейс-стади, при этом обособленное применение статистического анализа используется редко из-за необходимости его обоснования качественными методами. На наш взгляд, в силу необходимости учета опыта других отраслей и стран при несопоставимости статистических данных, а также с учетом рассмотрения не отдельных примеров, обусловленных локальными особенностями, а универсальных комплексов мер в нашем исследовании целесообразно применение компаративистского анализа для проверки последней гипотезы.

Методология исследования

По результатам рассмотрения имеющихся исследований было решено использовать в рамках работы системно-логический метод исследования. В рамках него рассматриваются примеры успешного регулирования финансового рынка, способствовавшего развитию и конкурентности рынка при обеспечении защиты прав инвесторов. Детальное изучение опыта регулирования, направленного на обеспечение защиты прав инвесторов, позволяет определить методы и инструменты, применяемые наиболее эффективными регуляторами, а также оценить результаты использования таких инструментов / методов.

На основе сформулированных ранее гипотез исследования и с учетом выбранного метода были определены технические гипотезы:

H1: регуляторы наиболее развитых финансовых рынков используют для защиты интересов инвесторов инструменты прямого регулирования, в том числе механизм квалификации инвесторов и ограничения доступа к отдельным финансовым продуктам.

H2: успешность регулирования наиболее развитых финансовых рынков по защите интересов инвесторов обуславливается неприменением ими инструментов непрямого регулирования.

При этом, как отмечалось ранее, исследование основывается на положениях теоретических подходов Smart Regulation и Behavioral Public Administration. Согласно подходу Smart Regulation, регулирование должно учитывать интересы участников регулирования и обеспечивать достижение своей начальной цели. Принимая во внимание указанное, решено руководствоваться допущением о том, что поскольку рассматриваемые примеры финансовых рынков являются наиболее успешными и масштабными, а доля розничных инвесторов на них значительна, регулирование защиты интересов инвесторов в указанных случаях можно считать эффективным. В то же время Behavioral Public Administration утверждает о целесообразности использования поведенческих инструментов регулирования в связи с тем, что любой инструмент косвенного воздействия требует меньше затрат (как со стороны надзорного органа, так и поднадзорного лица), чем исполнение прямого директивного требования. Соответственно, для подтверждения их эффективности необходимо обеспечение такими инструментами цели их разработки. Указанные особенности учитывались при формировании и проверке гипотез.

Использование верификационного анализа также возможно для изучения проблемы, рассматриваемой нами, в случае наличия количественных данных, собранных по единой методологии по одному или сопоставимым объектам наблюдения. В нашем случае, принимая во внимание непродолжительный во времени опыт регулирования брокерской деятельности в России, такой анализ нецелесообразен.

Результаты исследования

Для объективной оценки мер по защите клиентов брокеров в России была изучена зарубежный опыт регулирования защиты интересов розничных инвесторов. Для рассмотрения были выбраны США и Китай. Выбор данных стран

обусловлен тем, что США, являющиеся лидерами по развитости и масштабности финансового рынка, обладают отработанными инструментами по защите клиентов. Процент населения США, инвестирующего в финансовые инструменты, с 2000 г. не снижался ниже 50%⁶. В то же время финансовый рынок Китая отмечает довольно динамичный рост, что позволяет характеризовать его как развивающийся (аналогично российскому). Капитализация ценных бумаг китайского рынка с начала века выросла более чем в 10 раз⁷. При этом обе страны занимают значимую роль на мировом финансовом рынке, что позволяет говорить об успешности их политики по развитию финансового рынка.

В США защита клиентов брокеров входит в систему государственных мер защиты потребителей финансовых услуг, однако учитывает специфику. Оно реализуется в рамках подхода политико-административного цикла регулирования, через систему нормативных актов и мер государственных органов. Регулирование постоянно совершенствуется в связи с развитием рынка, созданием новых продуктов, формированием новых схем работы. В целом регулирование по защите инвесторов в США можно разделить на предотвращающее и исправляющее (Kulakova, 2017).

Первые включают в себя контроль над продуктами (услугами) и ценами, требования к лицензированию и раскрытию информации, ресурсы и мероприятия по содействию финансовой грамотности. Как мы видим, регулирование основывается не только на классическом директивном подходе, но поведенческих инструментах.

Необходимо отметить, что меры по защите инвесторов первоочередно реализуются путем установления обязанностей финансовых организаций (в нашем случае — брокеров). В рамках контроля за ценами установлена обязанность организаций предоставлять услуги клиентам на аналогичных условиях, не допуская их дискриминации. Также установлены запреты на действия, признанные регулятором недобросовестными. Предусмотрена обязанность по обеспечению защиты личных данных клиентов, а также сведений об их сделках и финансовом состоянии (Spendsharova, 2016). Кроме того, персональные данные клиента допустимо запрашивать только при наличии соответствующих оснований и в соответствующем объеме. Однако в отношении финансовых консультантов установлена обязанность по учету информации о клиенте для максимально эффективного консультирования.

Требования к лицензированию стандартны и аналогичны системам лицензирования большинства стран. Однако следует отметить, что при лицензировании сотрудники брокера проходят обучение этическим нормам, а брокеры несут ответственность за их соблюдение.

Защита прав потребителей финансовых услуг связана с антимонопольным регулированием. В США антимонопольное законодательство особенно сильно и, хотя оно позволяет избегать искусственного завышения цен, в соответствии с ним брокерами не используются инструментов универсализации. В случае применения шаблонных документов и предоставления абсолютно аналогичных

⁶ Gallup Annual Economy and Personal Finance Survey // Gallup. 2020.

⁷ Market Data From official website of China Security Regulatory Commission. Режим доступа: <http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/sjtj/> (дата обращения: 10.11.2021).

услуг защита прав потребителей обеспечивалась бы с большей степенью, однако лишила бы их возможности выбора (Alifanova & Yevlakhova, 2011).

Как мы видим, прямые регуляторные требования и запреты не предполагают огромных и неоправданных затрат брокеров на их исполнение. Кроме того, содержание требований и порядок их принятия обеспечивают учет интересов заинтересованных сторон. Открытые обсуждения инициатив, а также более внимательная работа с лоббированием интересов позволяют реализовывать регулирование в соответствии с принципами Smart Regulation и избегать захвата регулятора отдельными участниками рынка.

Однако в качестве основного механизма защиты инвесторов в США выступает раскрытие информации. На финансовом рынке раскрытие информации является обязанностью не только брокеров, но и иных организаций, участвующих в работе рынка. Данное требование обеспечивает полноту информации при принятии инвестором решения. Помимо того, что нормативно установлен перечень раскрываемых сведений, предусмотрена обязанность публикации любой иной существенной информации для всех инвесторов одновременно и в полном объеме. При этом раскрытие информации обязательно даже при приобретении финансовых инструментов через онлайн и мобильные сервисы. Более того, именно через раскрытие информации (отдельных сведений / документов) регулирующими органами точно реализуется политика регулирующего «подталкивания» инвесторов, которая заставляет их принимать более точное решение. Преобладающая роль данного инструмента позволяет характеризовать регулирование, как основанное на постулатах подхода поведенческого регулирования.

Другим важным элементом системы обеспечения интересов инвесторов, также основывающемся на поведенческих теориях, является повышение финансовой грамотности населения. Он взаимосвязан с раскрытием информации, поскольку даже при наличии информации недостаточно компетентный потребитель не может извлечь из нее пользу. Реализуется данная мера с привлечением и финансированием некоммерческих организаций, при этом в число таких организаций входят крупные веб-сайты в сети Интернет, пользующиеся мировым признанием (Abbott & Snidal, 2000).

Другая часть мер регулирования носит исправляющий характер (DeMenno, 2019). Отслеживается качество предоставления брокерами услуг, что нивелирует проблемы принципал-агентского характера брокерских услуг. На основе доступных источников информации регулирующий орган отслеживает недобросовестные, вводящие в заблуждение, мошеннические действия и может вмешаться в решение проблемной ситуации. При этом урегулирование спорной ситуации должно осуществляться через суд.

Кроме того, после кризиса 2008 г. созданы институты адвоката инвесторов и омбудсмана инвесторов. Целью их деятельности является представление интересов инвесторов в государственных органах, что должно снизить вероятность «захвата регулятора» участниками рынка (согласно одноименной теории) и ущемления интересов инвесторов.

Также следует отметить, что нормативные акты в США предусматривают дополнительные меры защиты для отдельных категорий инвесторов (Kaurova, 2012). Регуляторами установлены повышенные негативные санкции за

предложение и осуществление недобросовестных или мошеннических действий в отношении пожилых или лиц с ограниченными возможностями. Другой категорией выступают малообеспеченные граждане, для которых потеря средств еще более критична. В отношении них предусмотрена возможность льготного повышения финансовой грамотности. Также запрещено предлагать определенные продукты молодым людям в силу их недостаточной финансовой грамотности, обусловленной возрастом (в отношении молодежи также осуществляются меры по повышению финансовой грамотности). Вместе с тем ни в одном из указанных случаев право указанных групп населения на приобретение отдельных финансовых продуктов не ограничено. В целом, несмотря на реализацию мер с помощью некоторых нормативных требований, поскольку для инвестора какой-либо запрет не установлен, характер воздействия реализуется в соответствии с теорией поведенческого подталкивания.

Таким образом, основными инструментами защиты прав розничных инвесторов в США выступают раскрытие информации и обеспечение финансовой грамотности населения. Данный факт свидетельствует о построении системы регулирования защиты клиентов брокеров на основе теоретических подходов умного регулирования и поведенческого подталкивания. Также используются механизмы дополнительной защиты отдельных групп потребителей, требования общему предоставлению услуг и меры оперативного реагирования на новые кейсы. Кроме того, использование индивидуальных данных о клиентах для предоставления услуг на персональной основе допускается, но только для финансовых консультантов.

Система защиты инвесторов, реализуемая в Китае, несколько отличается. В стране более распространено прямое регулирование, что обусловлено меньшим влиянием теории дерегулирования. Отличительной чертой является использование системы страхования⁸. Фонд защиты инвесторов, созданный в Китае, компенсирует убытки клиентов, понесенные вследствие недобросовестной деятельности лицензированных брокеров. Формирование фонда осуществляется за счет части комиссий, полученных биржами, а также (в основном) отчислениями брокеров, зависящими от величины, получаемых ими доходов.

Создание системы страхования обусловлено наличием большого количества розничных инвесторов на финансовом рынке, а также его высокой волатильностью. В связи с этим мелкие инвесторы могут нести убытки в том числе в результате ошибок брокеров. При этом возможная паника и бегство инвесторов, составляющих значительную долю рынка, негативно скажется на его состоянии. Поэтому регулятор стабилизирует состояние рынка путем страхования. В целом данная мера также носит характер поведенческого воздействия, поскольку, снижая риски инвесторов, влечет их уверенность в безопасности и подталкивает к более активному инвестированию. Выплаты из фонда ограничены в размерах, однако достаточны для удовлетворения требований средних розничных инвесторов (в том числе нерезидентов).

⁸ International Monetary Fund, World Bank. People's Republic of China Financial Sector Assessment Program: IOSCO Objectives and Principals of Securities Regulation. World Bank. 2017.

Развитое корпоративное регулирование прав миноритариев, также оказывает положительное подталкивание на инвесторов. Права владельцев небольших пакетов акций обеспечивают их защиту от размывания доли участия, снижения размеров выплаты дивидендов, отстранения от управления компанией. Также нормативно закреплены требования о минимально допустимых долях акций, которые должны реально торговаться в открытом доступе.

Если говорить о регулировании деятельности брокеров, то в отношении них установлен запрет на совместный учет и хранение собственных и клиентских активов. Таким образом клиентские средства всегда хранятся обособлено, что позволяет упростить контроль за их использованием и сохранностью.

Вместе с тем в Китае развиты инструменты, основанные на теории поведенческого регулирования. Так, на участников финансового рынка возложены обязанности по раскрытию информации. Также как и в США, данный инструмент довольно развит в Китае. Требования к раскрытию сведений довольно строги. При этом некоторые сведения должны раскрываться на ежедневной основе. Нормативно закреплены требования о раскрытии, имеющие явный характер «подталкивания» инвестора на более осмотрительную и осторожную работу на финансовом рынке.

Для снижения убытков розничных инвесторов предусмотрено оповещение о значительном изменении цены активов. Кроме того, в такой ситуации эмитент обязан предпринять действия по сдерживанию изменения цен путем раскрытия любой доступной информации. Также в данной ситуации должен проводиться анализ сделок на предмет сговора и манипулирования ценой актива. Также информирование включает в себя маркировку активов, несущих повышенные риски. Так, брокеры и биржи должны пометить активы эмитентов, в отношении которых отмечаются признаки неблагоприятного финансового состояния (Stellinga & Mügge, 2017).

При этом нормативно предусмотрены жесткие санкции за нераскрытие установленной информации. Данный факт свидетельствует о том, что классическая нормативная теория регулирования также учитывается регулятором при установлении санкций.

Другим важным инструментом регуляторной защиты прав инвесторов, основанным на принципах подхода умного регулирования, выступает стандартизация содержания договоров с клиентами (Stellinga, 2020). В отличие от США, где стандартизация не применяется в силу антимонопольного законодательства, Китай активно использует данный инструмент. Данный инструмент позволил снизить риски предоставления клиентам услуг, смысл которых не прозрачен и которые фактически позволяют брокеру получать дополнительный доход за счет активов клиентов, что снижало защищенность розничного клиента.

Следующим инструментом защиты инвесторов, основанным на теории поведенческого подталкивания, выступает повышение финансовой грамотности граждан (Nie & Nan, 2019). В Китае он реализован отлично от США. Для повышения образования регулятором создан специальный центр образования. Он осуществляет обучение в классическом формате и в ограниченном объеме, а масштабы и охват его деятельности значительно ниже, чем в США. Однако

регулятором обеспечивается наличие в открытом доступе множества справочной информации и рекомендаций для инвесторов. Информирование пожилых и молодых граждан о финансовых рисках и мошенничестве осуществляется ограничено с помощью СМИ, информационных бюллетеней, лекций и т.п.

Также необходимо отметить меры регулирования, направленные на исправление нарушения прав инвесторов. Так же, как и в США, они первоочередно нивелируют последствия, обусловленные принципал-агентской теорией (Mennillo & Roy, 2014). В Китае реализуется инструмент экстренного прекращения предоставления проблемных продуктов, который достаточно эффективен в силу обязательности исполнения заявления регулятора.

Для урегулирования спорных ситуаций между клиентом и брокером может использоваться инструмент досудебного арбитража. Данный инструмент, реализуемый в соответствии с требованиями подхода умного регулирования, является более простым и эффективным для клиентов, а признание его результатов делает китайский рынок более привлекательным для иностранных инвесторов. Для рассмотрения финансовых споров на следующем уровне создан специальный финансовый арбитражный суд. В силу его узкой специализации качество и оперативность его деятельности находятся на высоком уровне.

Таким образом, основным механизмом защиты клиентов в Китае выступает страхование их активов. Кроме того, довольно развито использование раскрытия информации для защиты инвесторов. Также используются меры по защите миноритарных акционеров, стандартизации договоров, повышению финансовой грамотности, оперативному выявлению опасных финансовых продуктов и арбитражному урегулированию споров. Данные меры позволяют говорить о том, что регулирование защиты прав розничных инвесторов во многом реализуется в соответствии с подходом умного регулирования с помощью поведенческих инструментов.

По результатам рассмотрения опыта использования регуляторных инструментов защиты прав инвесторов на рынке ценных бумаг в США и Китае можно отметить существование аналогичных инструментов и решений. Их наличие и характер свидетельствуют о разработке и реализации регулирования в рассмотренных странах в соответствии с подходом умного регулирования. Более того, наиболее развитыми и эффективными являются меры поведенческого воздействия, разработанные в соответствии с теорией Behavioral Public Administration.

Так, инструментами, реализуемыми в обеих странах, являются раскрытие информации и повышение финансовой грамотности населения. При этом требования о раскрытии сведений несут в себе цель стимулировать потребителя к тому или иному поведению, что позволяет говорить о том, что они являются частью политики регуляторного «подталкивания». Однако это возможно при наличии достаточного образования и компетентности граждан в данной сфере.

Отличительными чертами защиты инвесторов в США являются меры по защите равноправия клиентов и информации о них, а также заложенные в процедуру лицензирования меры по обучению этическим нормам брокеров. Также специфика заключается в наличии институтов адвоката и омбудсмена инвесторов, представляющих интересы розничных клиентов при разработке регуляторных решений.

В свою очередь отличает регулирование в Китае наличие фонда компенсации убытков инвесторов. Данная мера наиболее кардинальна и затратна, однако и эффект от нее наиболее заметен. Также отлична практика защиты прав миноритариев и стандартизации условий договоров с клиентами. Отличается регулирование, направленное на исправление нарушений прав инвесторов, эффективно реализуемое в Китае посредством механизма экстренного прекращения негативной практики, а также путем качественного решения споров во внесудебном и судебном порядке.

Таким образом, можно сделать вывод, что отличия в странах обусловлены доминированием различных теорий к регулированию в целом, сложившимся исторически. Если в США регуляторы стремятся к минимизации регулирования в соответствии с теорией дерегулирования, то в Китае используется классическая нормативная теория регулирования. Также необходимо отметить, что реализация подхода Smart Regulation рассмотренных странах несколько различается. Так если США нацелены на достижение эффективности регулирования и его максимальную открытость, то в Китае эффективность достигается за счет широкого спектра мер, не оказывающих излишнего воздействия.

Сравнивая меры, реализуемые в целях защиты розничных инвесторов в России, с описанными выше примерами США и Китая, можно отметить использование аналогичных / схожих инструментов. Данный факт логичен, так как при разработке мер регулятор описывается на существующие успешные примеры, вместе с тем зачастую их фактическая реализация может отличаться.

Первоочередно следует отметить, что Банк России реализует защиту клиентов путем регламентации услуг, предоставляемых брокерами. По аналогии с рассмотренными странами нормативные акты устанавливают необходимость предоставления услуг на равных условиях, защиты данных о клиентах, а также разграничений собственных и клиентских активов. Однако российское регулирование дополнительно вносит детальные формализованные требования к порядку предоставления клиентам услуг и действиям, недопустимым при этом. Данная детализация, с одной стороны, предотвращает отдельные недобросовестные / рискованные действия брокеров, однако с другой стороны, снижает бдительность регулятора и открывает возможность камуфлирования реальных сделок брокеров при формальном соблюдении требований (Selivanovsky, 2014). Акцент на прямом регулировании обусловлен работой регулятора в основном в рамках классической нормативной теории регулирования.

Требования к объему, содержанию и периодичности раскрываемой информации в России не столь строгие. Более того, формальность требований позволяет организациям усложнять возможность ознакомления с информацией, что снижает эффективность ее раскрытия. Более того, необходимый для использования раскрываемой информации уровень финансовой грамотности также не обеспечивается. Деятельность по повышению финансовой грамотности начата государственными органами не так давно и касается в первую очередь борьбы с мошенничеством, а не работе на финансовом рынке.

Инструмент страхования и компенсации убытков инвесторов, обусловленных деятельностью брокера, предусмотрен в российском законодательстве,

однако фактически данный механизм не реализован. Более того, с учетом наличия фактов утраты средств клиентов брокерами, а также и без того высокой регуляторной нагрузки, влекущей финансовые издержки брокеров, на текущем этапе формирование такого механизма возможно нецелесообразно. Также регулятором установлены отдельные требования к содержанию брокерских договоров. Вместе с тем их недостаточно для искоренения возможности введения клиента в заблуждение и использования его активов.

Возможность для оперативного прекращения определенной негативной практики имеется у Банка России. Вместе с тем по имеющейся практике в силу сложности внутренних процессов регулятора, издание таких документов (устанавливающих запрет на осуществление деятельности) фактически не является оперативным и может растягиваться на неопределенный срок.

Как мы видим, большинство инструментов подталкивающего характера существуют лишь формально. Их эффективная реализация затруднена невосприятием регулятором теорий, противоречащих классическому нормативному регулированию.

Также в рамках регулирования защиты прав инвесторов, исправительного характера, следует отметить недавно сформированный институт финансового омбудсмана. Данный институт должен рассматривать обращения клиентов финансовых организаций в досудебном порядке (в обязательном порядке). Принимая во внимание первые результаты деятельности финансового омбудсмана, согласно которым меры к финансовым организациям им не принимаются, можно предположить, что фактически данный институт является лишь дополнительным звеном, которое не защищает интересы клиента, а лишь усложняет процедуру защиты.

Если же говорить об инструменте «квалификации» инвесторов, то в рассмотренных нами странах не применяется. Как было отмечено, единственный случай, когда учитываются индивидуальные характеристики клиента — это предоставление услуг по финансовому консультированию в США. Вместе с тем деятельность консультантов и брокеров в корне отличается. Если первые оказывают влияние на решения клиента по управлению активами, то вторые — должны обеспечить исполнение его поручения максимально беспристрастно. Оценивание инвестиционного профиля клиента и предоставление услуг в соответствии с ним обязательно для доверительных управляющих и консультантов в России. С учетом изложенного предлагаемая мера по осуществлению квалификации клиентов и ограничению допустимых для клиента операций по результатам квалификации представляется недостаточно обоснованной. Более того, принимая во внимание формализованность процедуры квалификации, а также затратность ее исполнения, представляется, что введение требования повлечет ее обход брокерами. Таким образом клиентам (вероятно, за дополнительную плату) будет предоставляться доступ к необходимым операциям путем оформления необходимых документов. При этом клиенты будут нести дополнительные издержки, а уровень их осведомленности о рисках и защищенности не повысится.

Данный факт подтверждается существующей процедурой признания квалифицированным инвестором. Хотя на данный момент данный статус дает не так

много преимуществ инвесторам, можно отметить наличие фактов продажи документов, необходимых для его получения, а также фактов формальной проверки таких документов брокерами. Разработка именно такой меры в период повышения рисков частных инвесторов обусловлено тем, что регулятору проще применять меры, привычного характера, основанные на классической нормативной теории.

Таким образом, можно утверждать, что рассмотренные примеры успешного регулирования в сфере защиты прав инвесторов не позволяют сделать вывод о необходимости использования инструмента ограничения доступа клиентов к финансовым инструментам на основе их квалификации. Кроме того, результаты исследования свидетельствуют о недостаточно качественном применении российским регулятором инструментов, применяемых в зарубежном опыте и зарекомендовавших себя. При этом российское регулирование делает акцент на строгом директивном установлении норм. Данный факт подтверждает фактическое непринятие (при номинальном использовании) регулятором положений современных подходов умного и поведенческого регулирования. В то же время зарубежные примеры успешной защиты прав инвестора строятся не только на прямых запретах, но и инструментах, стимулирующих розничных инвесторов к более осторожной и осмотрительной деятельности. Как представляется, на данный момент потенциал развития российского регулирования в данной сфере заложен именно в данных инструментах.

Выводы

По результатам проведенного анализа установлено, что регулирование, обеспечивающее защищенность инвесторов на развитых рынках, включает в себя использование инструментов прямого воздействия. Вместе с тем в рассмотренных случаях применяемый и развивающийся сейчас в России инструмент квалификации инвесторов не используется. Таким образом, можно сделать вывод о том, что гипотеза Н1 частично опровергнута. При этом необходимо понимать, что часть регуляций директивного характера обязательна для здорового функционирования рынка, как на успешных и развитых рынках, так и на российском финансовом рынке.

Вместе с тем результаты исследования свидетельствуют о том, что в целом теория нормативного регулирования частично утратила актуальность на сегодняшний день. Как установлено в ходе работы, нормативные требования и ограничения непосредственного воздействия целесообразно применять для становления общих основ, принципов и рамок деятельности. В то же время для воздействия на конкретные действия и аспекты применение прямого регулирования может быть неэффективно.

Кроме того, метод нашего исследования развивает возможности применения подхода умного регулирования. По результатам исследования можно говорить о возможности обоснования эффективности реализуемого регулирования путем рассмотрения эффективности и затратности инструментов, применяемых в иных государствах для достижения целей рассматриваемого регулирования.

Гипотеза H2 опровергнута, так как инструменты непрямого воздействия широко применяются иностранными регуляторами. Однако несмотря на доминирующую роль инструментов косвенного воздействия в защите интересов инвесторов на развитых финансовых рынках, от некоторых мер прямого воздействия отказаться невозможно, как отмечалось ранее. Данный вывод позволяет говорить о частичном опровержении теории поведенческого регулирования в части неуниверсальности поведенческих инструментов.

При этом рассмотренные примеры свидетельствуют об эффективности и успешности применения непрямого регулирования при защите частных инвесторов. Более того, результаты развития и функционирования рассмотренных финансовых рынков свидетельствуют о том, что применяемые поведенческие регуляции не носят сиюминутный характер, лишь откладывая принятие решения инвестором, не способный изменить общие тренды, который предполагается многими исследователями поведенческого подхода. Выявленное обеспечение поведенческим регулированием (при его качественной проработке и обеспечении исполнения) глобальных целей в долгосрочном периоде развивает существующие положения теории поведенческого регулирования.

Однако если существующие в российском регулировании директивные требования в данной сфере не сильно отстают от рассмотренных примеров, то относительно косвенных мер такой вывод невозможен. Практика обеспечения защиты прав инвесторов на основе косвенных инструментов в России значительно уступает успешным практикам. Некоторые меры, адаптированные под имеющиеся условия, в значительной степени исполняются формально и не дают необходимого результата. Более того, ряд мер, доступных регулятору, просто не используется в наблюдаемой практике, хотя их применение может дать значительный толчок для масштабирования финансового рынка. Такие меры касаются как защиты розничных инвесторов на предварительной основе, так и исправления ситуации.

Таким образом, можно предположить, что на основе рассмотренных инструментов, в том числе раскрытии информации, повышении финансовой грамотности, страховании убытков, урегулирования недобросовестных практик может осуществляться совершенствование защиты прав розничных инвесторов. При этом необходимо отметить возможность использования отдельных инструментов прямого регулирования. Одновременно в отношении активно развиваемого в данный момент инструмента квалификации инвесторов отсутствует подтверждение его эффективности для защиты клиентов брокеров. В то же время в отношении не прямых мер воздействия прослеживается значительный потенциал их использования. В случае их корректного внедрения и применения уровень защиты интересов розничных инвесторов будет повышен без значительного увеличения регуляторных издержек брокеров. Реализация такого сценария способствует достижению целей регулирования и, как следствие, развитию финансового рынка.

References / Список литературы

- Abbott, K., Levi-Faur, D. & Snidal, D. (2017) Theorizing regulatory intermediaries: The RIT model. *The ANNALS of the American academy of political and social science*. 670(1), 14—35. <https://doi.org/10.1177/0002716216688272>

- Abbott, K. & Snidal, D. (2000) Hard and soft law in international governance. *International organization*. 54(3), 421—456. <https://doi.org/10.1177/0002716216688272>
- Abramov, A., Radygin, A. & Chernova, M. (2014) Regulation of financial markets: models, evolution, efficiency. *Problems of Economics*. (2), 33—49. (in Russian).
Абрамов А., Радыгин А., Чернова М. Регулирование финансовых рынков: модели, эволюция, эффективность // Вопросы экономики. 2014. № 2. С. 33—49.
- Alifanova, E. & Yevlakhova, Yu.S. (2011) Trends in reforming the institutions of regulation of national financial markets. *Finance and credit*. 35(467), 2—6. (in Russian).
Алифанова Е. Н., Евлахова Ю. С. Тенденции реформирования институтов регулирования национальных финансовых рынков // Финансы и кредит. 2011. №. 35 (467). С. 2—6.
- Aglietta, M. & Rigot, S. (2009) The regulation of hedge funds under the prism of the financial crisis. Policy implications. *Recherches économiques de Louvain*. 75(1), 5—34. <https://doi.org/10.3917/rel.751.0005>
- Baker, A. (2018) Macroprudential regimes and the politics of social purpose. *Review of international political economy*. 25 (3), 293—316. <https://doi.org/10.1080/09692290.2018.1459780>
- Baker, A. (2010) Restraining regulatory capture? Anglo-America, crisis politics and trajectories of change in global financial governance. *International Affairs*. 86(3), 647—663. <https://doi.org/10.1111/j.1468-2346.2010.00903.x>
- Bernstein, S. & van der Ven H. (2017) Best practices in global governance. *Review of International Studies*. 43 (3), 534. <https://doi.org/10.1017/S0260210516000425>
- Browne, J. (2020) The regulatory gift: Politics, Regulation and governance. *Regulation & Governance*. 14(2), 203—218. <https://doi.org/10.1111/rego.12194>
- Campbell-Verduyn, M., Goguen, M. & Porter, T. (2017) Big Data and algorithmic governance: the case of financial practices. *New Political Economy*. 22(2), 219—236. <https://doi.org/10.1080/13563467.2016.1216533>
- Crain, M. (2018) The limits of transparency: Data brokers and commodification. *New media & society*. 20(1), 88—104. <https://doi.org/10.14763/2020.2.1469>
- DeMenno, M. (2019) Banking on burden reduction: how the global financial crisis shaped the political economy of banking regulation. *Journal of banking regulation*. 1—28. <https://doi.org/10.1057/s41261-019-00120-1>
- Dunlop, C., Maggetti, M., Radaelli, C. & Russel, D. (2012) The many uses of regulatory impact assessment: A meta-analysis of EU and UK cases. *Regulation & Governance*. 6(1), 23—45. <https://doi.org/10.1111/j.1748-5991.2011.01123.x>
- Finlayson, A. (2009) Financialisation, financial literacy and asset-based welfare. *The British Journal of Politics and International Relations*. 11 (3), 400—421. <https://doi.org/10.1111/j.1467-856X.2009.00378.x>
- Fransen, L. & Burgoon, B. (2012) A market for worker rights: Explaining business support for international private labour regulation. *Review of International Political Economy*. 19(2), 236—266. <https://doi.org/10.1080/09692290.2011.552788>
- Golodnikova, A., Efremov, A. & Tsygankov, D. (2021) Under the sign of the “regulatory guillotine”: how to break the vicious circle of deregulation and re-regulation? *Law*. (2), 105—117. (in Russian).
Голодникова А. Е., Ефремов А. А., Цыганков Д. Б. Под знаком «регуляторной гильотины»: как разорвать замкнутый круг дерегулирования и ре-регулирования? // Закон. 2021. № 2. С. 105—117.
- Grimmelikhuijsen, S., Jilke, S., Olsen, A.L. & Tummers, L. (2017) Behavioral Public Administration: Combining Insights from Public Administration and Psychology. *Public Administration Review*. (1), 45—56. <https://doi.org/10.1111/puar.12609>
- Grossman, E. & Woll, C. (2014) Saving the banks: The political economy of bailouts. *Comparative Political Studies*. 47 (4), 574—600. <https://doi.org/10.1177/0010414013488540>
- Horner, R. (2019) India’s Pharmaceutical Industry and the Enduring Public Regulation Challenge. *Business Responsibility and Sustainability in India*. 275—304. <https://doi.org/10.4324/9781315684321>

- Jones, E. & Zeitz, A. (2019) Regulatory Convergence in the Financial Periphery: How Interdependence Shapes Regulators' Decisions. *International Studies Quarterly*. 63(4), 908—922. <https://doi.org/10.1093/isq/sqz068>
- Kastner, L. (2014) 'Much ado about nothing?' Transnational civil society, consumer protection and financial regulatory reform. *Review of International Political Economy*. 21(6), 1313—1345. <https://doi.org/10.1080/09692290.2013.870084>
- Kaurova, N. (2012) Macroprudential regulation of financial markets. *Financial journal*. 1. (in Russian).
Каурова Н.Н. Макропруденциальное регулирование финансовых рынков // Финансовый журнал. 2012. № 1.
- Kulakova, V. (2017) Financial regulation in the United States under the new president D. Trump. *Money and credit*. 10, 57—63. (in Russian).
Кулакова В. К. Финансовое регулирование в США при новом президенте Д. Трампе // Деньги и кредит. 2017. №. 10. С. 57—63.
- Lall, R. (2015) Timing as a source of regulatory influence: A technical elite network analysis of global finance. *Regulation & Governance*. 9(2), 125—143. <https://doi.org/10.1080/09638180500252078>
- Larionova, I. (2014) Model for assessing the effectiveness of banking sector regulation. *Vestnik MGIMO*. (1), 127—135. (in Russian).
Ларионова И.В. Модель оценки эффективности регулирования банковского сектора // Вестник МГИМО. 2014. № 1. С. 127—135.
- Makarova, A. S. et al. (2019) Environmental performance assessment of the chemical industries involved in the Responsible Care® Program: Case study of the Russian Federation. *Journal of Cleaner Production*. (222), 971—985. <https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2019.02.218>
- Mennillo, G. & Roy, S. (2014) Ratings and regulation: a case of an irreversible marriage? *Weatherhead Center for International Affairs Working Paper*. 14-0004. <https://doi.org/10.1080/02646811.2016.1132825>
- Nie, Y. & Han, X. (2019) Research on consumers' protection in advantageous operation of big data brokers. *Cluster Computing*. 22 (4), 8387—8400. <https://doi.org/10.1109/ACCESS.2021.3070017>
- Overdeest, C. & Zeitlin, J. (2014) Assembling an experimentalist regime: Transnational governance interactions in the forest sector. *Regulation & governance*. 8 (1), 22—48. <https://doi.org/10.1111/j.1748-5991.2012.01133.x>
- Quaglia, L. (2019) The politics of state compliance with international “soft law” in finance. *Governance*. 32 (1), 45—62. <https://doi.org/10.1017/bap.2019.3>
- Pastushenko, E. & Zemtsova, L. (2017) The role of legal acts of the Central Bank of the Russian Federation in the regulation of relations in the sphere of the financial market. *Actual problems of state and law*. 35 (in Russian).
Пастушенко Е.Н., Земцова Л.Н. Роль правовых актов Центрального банка Российской Федерации в регулировании отношений в сфере финансового рынка // Актуальные проблемы государства и права. 2017. С. 35.
- Redert, B. (2020) Stakeholder Mobilization in Financial Regulation: A Comparison of EU Regulatory Politics over Time. *JCMS: Journal of Common Market Studies*. 1—19. <https://doi.org/10.1111/jcms.13046>
- Rixen, T. (2013) Why reregulation after the crisis is feeble: Shadow banking, offshore financial centers, and jurisdictional competition. *Regulation & Governance*. 7 (4), 435—459. <https://doi.org/10.1111/rego.12024>
- Selivanovsky, A. (2014) Protection of Investors' Rights in the Stock Market: Modern Challenges. *Economy and Law*. 37 (in Russian).
Селивановский А.С. Защита прав инвесторов на фондовом рынке: современные вызовы // Хозяйство и право. 2014. С. 37.

- Spendzharova, A. (2016) Regulatory cascading: Limitations of policy design in European banking structural reforms. *Policy and society*. 3, 227—237. <https://doi.org/10.1016/j.polsoc.2016.09.001>
- Stellinga, B. (2020) The open-endedness of macroprudential policy. Endogenous risks as an obstacle to countercyclical financial regulation. *Business and Politics*. 22 (1), 224—251. <https://doi.org/10.1016/j.polsoc.2016.09.001>
- Stellinga, B. & Mügge, D. (2017) The regulator's conundrum. How market reflexivity limits fundamental financial reform. *Review of international political economy*. 24 (3), 393—423. <https://doi.org/10.1080/09692290.2017.1320300>
- Underhill, G. R. D. & Zhang, X. (2008) Setting the rules: private power, political underpinnings, and legitimacy in global monetary and financial governance. *International Affairs*. 84 (3), 535—554. <https://doi.org/10.1111/j.1468-2346.2008.00723.x>
- Wolff, J. (2019) Fighting risk with risk: solar radiation management, regulatory drift, and minimal justice. *Critical Review of International Social and Political Philosophy*. 1—20. <https://doi.org/10.1080/13698230.2020.1694214>
- Zhao, M., Ke, Y. & Yi, Y. (2020) The effects of risk factor disclosure on analysts' earnings forecasts: evidence from Chinese IPOs. *Asia-Pacific Journal of Accounting & Economics*. 1—30. <https://doi.org/10.1080/16081625.2020.1772089>

Об авторе:

Бикташев Айну́р Альфритович — аспирант, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»; 109028, Российская Федерация, г. Москва, Большой Трёхсвятительский пер., д. 3; Главный эксперт, Банк России, Российская Федерация, г. Москва; Масариков университет; Чешская Республика, 616 00, г. Брно, ул. Вэвэржи, д. 102

ORCID: 0000-0001-7314-2980

e-mail: abiktshv@hse.ru

About the author:

Ainur A. Biktashev — Doctoral Student, National Research University «Higher School of Economics»; bld. 3, Bolshoy Trekhsvyatitelskiy by-street, Moscow, 109028, Russian Federation; Doctoral Student, Masaryk University; 102, Veverí str., Brno, 616 00, Czech Republic

ORCID: 0000-0001-7314-2980

e-mail: abiktshv@hse.ru


<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-149-170>

Research Article

Planning as a basis for effective financial support of public procurement

Vitaly V. Kikavets  

Russian State University of Justice, *Moscow, Russian Federation*

 kikavetsvv@rsuj.ru

Abstract. The article substantiates the importance of planning public procurement, expressed by the legal possibility of solving the assigned tasks in a timely manner by concentrating resources on priority areas. Despite the fact that public procurement planning is designed to ensure effective management at all stages of procurement, including management decisions, insufficient attention is paid to aspects of legal regulation and financial support for procurement planning, which reduces the overall effect in this area. Moreover, public needs in the procurement planning process can be overridden by departmental needs or the private interests of an individual official or a group of individuals. The essence of planning public procurement in Russia is investigated by using the methods of consistency, analysis, synthesis, and the comparative legal method. As a result of the study, the main features that characterize the specifics of planning public procurement have been identified; among them are universality, balance, bureaucracy, and ensuring public interest. Highlighting such basic elements of public procurement planning as goal setting, planning depth, accounting and coordination of public and private interests, adaptation, and discretion allowed to formulate a proposal for implementing prospective procurement planning. At the same time, it was proposed to understand the prospective procurement plan as an independent document, approved after funding (allocation of budget funds), and ensuring the implementation of management decisions within the framework of goal setting and synchronization of public and private interests for the medium and long term. The author's hypothesis was confirmed that prospective procurement planning is aimed at synchronizing public and private interests, integrated into the budget process system, resource supply of the country, or a separate entity.

Key words: public procurement, planning public procurement, financial right, financial support for public procurement, budget resources, public and private interests

Conflicts of interest. The author declares no conflict of interest.

Article received 15th August 2021

Article accepted 15th January 2022

© Kikavets V.V., 2022



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

For citation:

Kikavets, V.V. (2022) Planning as a basis for effective financial support of public procurement. *RUDN Journal of Law*. 26 (1), 149—170. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-149-170>

<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-149-170>

Научная статья

Планирование как основа эффективного финансового обеспечения публичных закупок

В.В. Кикавец  

Российский государственный университет правосудия,
г. Москва, Российская Федерация

kikavetsvv@rsuj.ru

Аннотация. Обоснована значимость планирования публичных закупок, выраженная легальной возможностью решения поставленных задач в установленные сроки путем концентрации ресурсов на приоритетных направлениях. Несмотря на то, что планирование публичных закупок призвано обеспечить эффективность управления на всех этапах закупки, включая принятие управленческих решений, аспектам правового регулирования и финансового обеспечения планирования закупок уделяется недостаточно внимания, что снижает общий эффект в указанной сфере. Кроме того, публичные потребности в процессе планирования закупок могут быть подменены ведомственными потребностями либо частными интересами отдельного должностного лица или группы лиц. Сущность планирования публичных закупок в России исследована путем использования методов системности, анализа, синтеза и сравнительно-правового метода. В результате исследования выявлены основные признаки, характеризующие особенности планирования публичных закупок, среди которых: универсальность, сбалансированность, бюрократизм, обеспечение публичного интереса. Выделение таких основных элементов планирования публичных закупок, как: целеполагание, глубина планирования, учет и согласование публичного и частного интересов, адаптация, свобода усмотрения, позволили сформировать предложение о внедрении перспективного планирования закупок. При этом под перспективным планом закупок предложено понимать самостоятельный документ, утверждаемый после доведения объема финансирования (выделения бюджетных средств) и обеспечивающий реализацию управленческих решений в рамках целеполагания и синхронизации публичного и частного интересов на среднесрочный и долгосрочный периоды. Подтверждена авторская гипотеза о том, что перспективное планирование закупок направлено на синхронизацию публичного и частного интересов, интегрированную в систему бюджетного процесса, в ресурсное снабжение страны, или отдельного субъекта.

Ключевые слова: публичные закупки, планирование публичных закупок, финансовое право, финансовое обеспечение публичных закупок, бюджетные средства, публичные и частные интересы

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 15 августа 2021 г.

Дата принятия к печати: 15 января 2022 г.

Для цитирования:

Кикавец В.В. Планирование как основа эффективного финансового обеспечения публичных закупок // *RUDN Journal of Law*. 2022. Т. 26. № 1. С. 149—170. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-149-170>

Introduction

The complex, complicated procurement system, repeatedly resulted in the inefficient expenditure of budget funds, was noted at the beginning of 2020 by the Chairman of the Government of the Russian Federation M.V. Mishustin¹. Later, following the Report on the results of the expert-analytical event “Monitoring the development of the system of state and corporate procurement in the Russian Federation for 2019”, the Accounts Chamber of the Russian Federation pointed to the lack of an effective procurement system. According to the auditors, this can be explained by poor understanding by regulators of the interests of procurement participants, and lack of unity in approaches to planning and pricing².

The crisis that arose in early 2020 in many countries of the world, including Russia, is associated with the introduction of a “high alert mode” to prevent spreading a new COVID-19 coronavirus infection. This situation enhanced significant adjustments to public procurement functioning, including planning and financial provision of public demand for goods, works, and services.

From our point of view, the restrictions and prohibitions imposed by the Government of the Russian Federation aimed at minimizing the crisis and its consequences, did not affect the priority problems of planning public needs, but only showed the inconsistency of the norms designed to ensure effective spending of budget funds.

Planning and its essence

The significance and essence of planning in the process of managerial activity has been considered by many scientists. Back in 1914 E.N. Berendts noted that “in a state governed by the rule of law, not a single penny of public funds should be spent except for legitimate purposes and in the manner prescribed, specified or permitted by law,” (Berendts, 2014:44). Indeed, the principle of planning financial activities of the state determines mandatory financial planning acts, the competent preparation of which allows to spend budget funds efficiently, economically, and effectively.

Yu.A. Tikhomirov pointed out that “planning acts as the first embodiment of the plan, which is expressed in forecasts and represents a comprehensive, scientifically

¹ See: Mishustin instructed the Ministry of Finance to prepare amendments to 44-FZ: it is still complex and cumbersome. “Interfax-PROзакупки” (20.02.2020) Available at: <http://prozakupki.interfax.ru/articles/1639> [Accessed 10th October 2021].

² See: Accounting Chamber: the potential of the contract system has not yet been revealed (28.07.2020) Available at: <http://ach.gov.ru/checks/schetnaya-palata-potentsial-kontraktnoy-sistemy-raskryt-poka-nedalos> [Accessed 20th October 2021].

based program for solving socio-economic, technical, cultural and other tasks” (Tikhomirov, 1972:16).

O.V. Boltinova noted that “without planning it is impossible to carry out financial activities of the state and municipalities, implement targeted programs, including priority national projects, and ensure social stability of society” (Boltinova, 2008:37).

V.V. Vanin revealed the essence of planning public needs through formalization and concretization by the state of public economic interest, which forms the content of legal planning acts, quantitative and qualitative indicators (Vanin, 2007:9-10).

Professor O.E. Kutafin asserted that “planning and management correlate as part and whole” (Kutafin, 1979:30). He and G.V. Atamanchuk proposed to consider planning “...either as a special management function, or only as an element of a more general, universal management function, realized in developing and adopting managerial decisions, or as a management method” (Atamanchuk, 2000:49).

O.N. Gorbunova believes that “planning as a function of public administration can be described as developing plans and forming state strategies based on relations with the external environment that reflects the choice of missions, and spheres of activity” (Gorbunova, 2018:16).

The legal positions presented above define planning as a managerial function and contain a single basis; a plan is a developed, optimal and coordinated algorithm for solving tasks necessary to achieve the goal. For example, the state acquires a certain benefit in order to ensure public interest. The acquisition takes place not in an isolated space (vacuum), but in an existing market functioning according to the laws and rules of market economy. Within the framework of regulating such legal relations, the state performs the function of a regulator, influencing these relations directly or indirectly.

Consequently, in the process of ensuring public needs the state, acts both as a regulator of social and economic relations, providing for disposition and equality of parties to the transaction, non-discrimination, free competition, etc., and as a consumer (buyer) who wishes to gain good value for money.

In the first case, the state exercises the powers of the public authority, in the second — the owner, who pays for the needs at the expense of the budget and state extra-budgetary funds. At the same time, both of the above statuses oblige the state to carry out mandatory planning of public needs, expressed in the intention of a particular customer to purchase specific goods, works, and/or services.

It is necessary to emphasize the negative point in the procurement planning process — **public needs can be replaced** by *departmental needs* (at best) or by *private interests* of an individual official or a group of persons (at worst). At the same time, although the purchase is planned for specific budget classification code and the customer’s areas of activity, it is not directly linked to the latter’s responsibility for ensuring public interest. Each purchase is limited exclusively to its result (according to a specific item of the procurement schedule). Therefore, the society will not be able to understand, and the controller will not be able to assess what the budget funds are planned for, and how a single purchase contributes to the effective provision of public interest.

The above gives the opportunity to consider planning as a result of transformation of public economic interests into public interests through their legal formalization and concretization (goals and priorities). A customer, like any other consumer of the good, is obliged to proceed from the need to direct budget funds to ensure public interest with mandatory monitoring and control of the achievement of the specified (planned) results.

The essence of procurement planning is presented in the legislation on the contract system, but without legal consolidation of this concept and its content. Procurement planning is carried out by forming, approving, and maintaining purchase plans-schedules in accordance with the procedure determined by the Government of the Russian Federation.³ Thus, the purchase plans-schedules include:

- 1) purchase identification codes (PIC),
- 2) the name of the object and (or) the names of the objects of procurement,
- 3) the amount of financial support for procurement,
- 4) timing (frequency) of planned purchases,
- 5) information about mandatory public discussion of purchases,
- 6) other information determined by the Government of the Russian Federation.

The above allows us to identify the features that characterize the specifics of public procurement planning:

— **universality** (planning requirements should be universal, since public needs are not the needs of one particular economic entity),

— **balance** (in the planning process, public and private interests should be considered and well balanced),

— **bureaucracy** (the customer acting on behalf of the state cannot, at its discretion, react quickly to market changes (make a decision outside the approved algorithm),

— **ensuring public interest** (due to existence of different interests — public, private, or a separate group of persons — it is difficult to assess the degree of satisfaction of the public interest by acquiring benefits for budgetary funds).

According to Article 72 of the Budget Code of the Russian Federation, public procurement is carried out in accordance with the legislation on public procurement. Contracts are concluded on the basis of procurement schedules and are paid within the allocated budget funds.

Thus, the current legislation suggests an exclusively formal connection of procurement planning with budget legislation because of the exceptional need to pay for contracts executed due to the availability of a procurement schedule.

³ See: Article 19 of Federal Law No. 44-FZ dated 05.04.2013 “On the Contract System in the Field of Procurement of Goods, Works, Services for State and Municipal Needs”; Decree of the Government of the Russian Federation No. 1279 dated 30.09.2019 “On Establishing the Procedure for the Formation, Approval of Procurement Schedules, Amendments to Such Schedules, Placement of Procurement Schedules in the Unified Information System in the Field of Procurement, Specifics of Including Information in Such Schedules and Requirements for the Form of Procurement Schedules and on Invalidation of Certain Decisions of the Government of the Russian Federation”.

Public Procurement Planning Elements

The fact that there is no legal definition of public procurement planning suggests paying attention to the essence, content, and signs of planning. The study allows to highlight the following elements of public procurement planning:

— **goal setting** — the purchase purpose defining the reference point of realization,

— **planning depth** — the time period for drawing up a plan,

— **accounting and coordination of public and private interests**,

— **adaptation** — operational change of the procurement plan due to the external factors impact,

— **freedom of discretion** — discretion of powers of officials responsible for planning, and financial support of public procurement.

Competent planning of public procurement, considering comprehensive and full-fledged financial support, not only strengthens its regulatory impact and effective expenditure of budget funds, but also enhances public confidence in the state.

The main target of *goal setting* is to conform the goal of planning both for each purchase individually and for all purchases collectively to public interests. A while ago, I.H. Ozerov noted that the financial policy plan dictated by the requirements of financial science often remains only an ideal, since strong interests of different groups invade practical politics and force politics to deviate from its ideal, which makes it motley, unstable, and going against science intentions (Ozerov, 1911:3).

R.O. Khalfina drew attention to the need for a combination of multi-level goals. She noted that “the private, current goals of the management cycle should correspond to the general and long-term goals set up at a higher level. A specific goal of the management cycle, often expressed in precise numerical and subject definitions, should serve to implement the goals of a higher level of the ‘goal tree’” (Khalfina, 1988:84).

Obviously, with this approach, the legal regulation of financial support for public procurement should initially include both the general purpose of procurement planning and the goals of planning each purchase. For example, due to a significant delay in the capital construction of a hospital building, it is impractical to purchase furniture, expensive equipment, etc. without changing the originally planned terms, cost, and conditions for fulfilling contractual obligations. It is necessary to take into account the additional costs of logistics, storage and other foreseeable risks.

Therefore, effective solutions in terms of financial support for public procurement are solutions that correspond to both the overall goal of the procurement schedule and the goals of each purchase. This confirms that in the absence of a clearly formulated and consolidated set of goals in the plan, the plan loses its legal force and is not subject to financial support.

There are no clearly defined planning objectives in the procurement legislation. The analysis of regulatory legal acts regulating the public procurement and the norms of financial legislation provides an opportunity to compare the purpose of procurement planning with the objectives of budget planning. As a result, we get that procurement

planning is designed to properly ensure public interest (the need for goods, works, and services beneficial to society). Consequently, procurement planning is not aimed at satisfying the private, spontaneous interests of individual officials (the customer) or other officials responsible for budget funds allocation.

Since the public interest is expressed in the form of specific goals and serves as their source, procurement planning is always carried out exclusively in the public interest. The latter cannot be directly stated as a planning goal, since it has an expression in the form of a public need for goods, works, and services.

The “*planning depth*” concept allows to determine the boundaries of time, needs and financing, the limits of which the customer may not violate. The depth of planning is a guideline for setting specific tasks, ensuring full implementation of the procurement plan, and confirming the axiom that “spatial and temporal parameters are integral elements of law” (Rybakov, 2010:81—85).

Such time horizon, which depends entirely on the ability of the customer to predict, indicates the limits of the rights and obligations of the latter, as well as the authority responsible for the financial support of purchases.

On the one hand, a long planning period for the future always increases the risks of incorrect planning, which can be minimized by making an initially optimal decision to achieve the set goal but not the subsequent control. The consequences of a deliberately unfair decision of the customer to plan the purchase of specific goods, works, and/or services in the determined amount and at marginal cost may be irreversible. For example, in the current version of Law No. 44-FZ there are no rules on risk assessment in calculating *initial (maximum) contract price (IMCP)* and risk management of long-term and expensive purchases; this significantly increases the risks of the contractor. The inability to respond promptly and flexibly to risks by changing the contract leads to the failure of timely and duly fulfillment of contractual obligation.

On the other hand, there is always a possibility of significant errors in planning or impossibility of implementing the approved plan in the future. The plan is an important element of the customer’s goal setting. The plan must be approved and put into operation if there is a real possibility of its implementation at the time of its formation and approval.

The norm of Article 72 of the Budget Code of the Russian Federation establishes that the depth of public procurement planning, except for cases directly established in the Budget Code of the Russian Federation, is equal to the validity period of approved financial limits (the next financial year and planning period). It turns out that a customer is formally limited to a 3-year purchase planning period but will enjoy goods, works and/or services purchased under the contract for a long period, additionally incurring costs (maintenance, operation, spare parts, materials, etc.). The customer cannot take these costs into account in the current public procurement plan for a clear formation of the public need and the costs of its implementation. Taken together, this does not allow for effective use of budget funds, since it is impossible to consider the cost of owning a good beyond this period in the plan.

For example, a planned purchase of diagnostic equipment by a laboratory must necessarily provide for a prospective planning of a number of purchases of services for maintenance and operation, software updates, purchase of consumables, etc. This is possible only with allocation of an additional amount of funding that was not previously provided for this customer, or a reduction in the volume of other needs that will be determined as secondary.

In the process of studying the financial support of public procurement, we have established the following dependence: *budget planning* (the amount of budget expenditure) depends on the *quality of procurement planning* (proper determination of the object of purchase and its cost), and *procurement planning* (the number of changes per year or for the entire period) directly *depends on the quality of budget planning* (the amount of budget revenue), including the timely provision of targeted subsidies allocated under federal or regional programs, and/or national projects.

This conclusion is confirmed by the arguments of Yu.V. Arbatskaya, who believes that the state can provide financing for any of its expenses, but such expenses must be planned on a single reasonable basis (Arbatskaya, 2003:13—14).

The revealed dependence indicates the need to improve the quality of procurement planning by increasing the depth of planning. It allows to reflect in one document not only the cost of purchased goods, works, and/or services, but also the forecasted cost of ownership of the fulfilled contractual obligation result. This indicates *the need to integrate public procurement planning into the budget process*.

The development of legal regulation of procurement history has shown a gradual evolution of planning from the usual register of necessary goods, works, and/or services through an attempt to introduce a revolutionary two-level planning (three-year procurement plan and one-year procurement schedule) to a single procurement schedule for the next financial year and planning period (analogy with budget planning). Despite the fact that evolution of planning has passed from departmental processes to placement of public procurement plans on the Internet for free access and familiarization, we believe that the three-year limit of public procurement planning should be revised upwards, for example, for a medium-term period of 3—5 years or a long-term period of over 5 years.

Planning is a management solution, and any management is a purposeful activity. Note the main difference: for current planning, goal setting occurs from the present to the result in the future, and for prospective (long-term) procurement planning, a “reverse movement” is assumed from the future (the formation of a specific goal) to the present (formation of a need with subsequent individualization and determination of the total cost).

That is why the “reverse movement” from the goal to the plan reduces the uncertainty of the future and assumes setting a goal as the main and legally significant element of public procurement planning. Prospective procurement planning does not involve extrapolation of the past or present as a basis; it is a management decision to implement a public need (including the fulfillment of a state task by a budgetary or state-owned institution). *Prospective procurement planning* is the modeling of a

specific procurement goal (obtaining a specific benefit in the future), based on the optimal requirements to goods, works, and/or services and their financial support.

The Constitutional Court of the Russian Federation expressed clear and convincing position on the matter: “The Constitution of the Russian Federation binds to create the most favorable conditions for a market economy both by directly regulating state impact and by stimulating free economic activity based on the principles of self-organization, balance of private and public interests, corporate interaction and cooperation, in order to develop a state economic policy that meets the interests and needs of society”.⁴ The projection of this position on public procurement leads to the question of sufficiency of the “depth of planning”, a significant part of which is limited to one, maximum three years. From our point of view, public procurement planning for one to three years cannot ensure public and private interests.

We believe that increasing the depth of procurement planning will minimize possible manipulations of the customer with regard to goal setting, formation of public needs by specifying the number of goods, amount of work or services and their cost. The prospective need of the customer based on all indicators, including forecasts for financial costs currently attributed to different periods, will be summarized in one planning document determining the amount of necessary financial support.

Thus, a public procurement plan for a longer period (a prospective procurement plan) can become the basis for forming a draft budget in terms of expenses for public needs. The prospective procurement plan will contribute to a qualitative change in the customer's need for financial support, putting to a new level with the possibility of prolongation, forecast changes (adjustments) of procurement goals, exhaustive control, and comprehensive evaluation of results taking liability measures against officials who did not ensure the achievement of the goal. Therefore, the deadline for procurement planning should not coincide with the time frame of the budget law; the budget adjustment will form the ground for making appropriate changes to the prospective procurement plan.

We emphasize that we propose to increase the timing of procurement planning, but not financial planning with actual “convergence” of the executive and legislative authorities! Longer financial planning period (more than one year) was previously proposed by M.I. Piskotin with the aim to form the necessary flexibility of budget policy (Piskotin, 1971:25). The three-year time limit of financial planning is sufficient and optimal. Longer term may affect accuracy and reliability of financial planning, especially during inflation or other crisis situations, the result of which leads to a forced reduction of financial planning period.⁵

⁴ The ruling of the Constitutional Court of the Russian Federation of 10.02.2009 No. 461-O-O “On the refusal to accept for consideration the complaint of citizen Vasily Grigoryevich Misovets about violation of his constitutional rights” by Articles 15 and 24.6 of the Federal Law “On Appraisal Activities in the Russian Federation”. [electronic access] Available at: <http://legalacts.ru/doc/opredelenie-konstitutsionnogo-suda-rf-ot-10022009-n/> [Accessed 10th October 2021].

⁵ See, for example: RF Law No. 2296-I of 06.02.1992 “On the Budget of the Pension Fund of the Russian Federation for the first quarter of 1992”; RF Law No. 3126-I of 26.06.1992 “On the Budget of the Federal Road

Planning, as a result of management decision, may contain certain risks, whose implication and harm may initially be unknown. Therefore, legal regulation of prospective procurement planning should provide expert assessment of possible consequences both at the stage of plan preparation and after its approval. Moreover, the results of the expert assessment should be in the open access for public scrutiny and comments (feedback). This will allow to determine the degree of compliance of customer's actions with public interest, identify the circle of interested persons, and ensure adopting an optimal decision to secure public interest in the process of effective expenditure of budget funds.

It is necessary to develop and legalize norms defining the procedure and criteria for expert evaluation of a prospective procurement plan at the stage of its project and after approval. It is essential to take into account the consequences of an operational change in the project or plan (if necessary); liability measures to officials who did not provide the proper result according to the original goals or demonstrated inefficient use of budget funds must also be considered. Expert evaluation is proposed to be carried out by authorized bodies, mainly independent, and on a voluntary basis such as public organizations.

Consideration and coordination of public and private interests are expressed in a clear and adequate definition of the customer's needs, as well as in the relationship of the procurement plan with the budget. The public interest is expressed by the actions of the customer's officials and confirmed by a multi-stage agreement in terms of financial security. In Russia, over the years, a concept has been formed according to which participation of all interested parties in decision-making means that the decision was made in the public interest. We strongly disagree with this approach. It does not provide for personal and full financial responsibility of officials for decisions resulted in additional and unjustified budget expenditure.

In foreign countries, in the process of planning and financial support of public procurement, special attention is paid to the protection of the rights of each individual and fair compensation to everyone whose rights are violated (Campbel H., Marshall R., 2002:178; Carvallo J.P., Sanstad A.H. & Larsen P.H., 2019:4—15; Patrucco, A.S., Luzzini, D., Ronchi, S., 2017:229—269). For example, the importance of public procurement planning in Brazil is fixed in the legally established procurement requirements, in procurement planning documents and institutional planning documents (strategic and master plan) (Barboza L., Cysneiros Filho G., De Souza R., 2016:229—238).

The above once again confirms the need to identify all interested parties (do not forget that a wide range of persons is limited to a single public interest) and reasonable consideration of their interests in the planning process, including based on expert assessment and search of a possible alternative solution.

Fund of the Russian Federation for the second Half of 1992 and 1992"; Federal Law No. 359-FZ of 14.12.2015 "On the Federal Budget for 2016".

Otherwise, a responsible official seeking to act in the public interest in terms of the public need for certain goods, works, and/or services may infringe on the interests of a certain circle of persons. Therefore, the customer must define priorities as clearly as possible and by his actions realize the interest of the public majority, while minimizing the infringement of other persons interests (maintaining balance).

Multiple external factors affecting implementation of public interest obliges customers to respond promptly and duly, including by changing the procurement plan and procedure for financial support (*adaptation*). Planning is carried out in dynamics so legal possibility of such operational changes in the planning and financial support of procurement, considering the discretion of authority provided to officials, is an important component of the concept of legal regulation of financial support for public procurement.

The importance of adapting a prospective procurement plan lies in the possibility of operational adjustment of conditions and characteristics of the plan items (up to their exclusion due to loss of relevance), initially established in the conditions of future uncertainty. All changes in external and internal conditions must be promptly taken into account, both during draft prospective procurement plan preparation and approval, and during its realization. At the same time, partial changes are not allowed without a comprehensive revision of the prospective procurement plan.

Discretionary powers (*discretion*) of officials responsible for planning, financial support of public procurement should ensure the effective implementation of legal relations in terms of planning. It should be noted that such legal relations arise both in the process of preparing (developing) a procurement plan and in the process of its implementation.

As a common negative example of discretion, one can cite the inability (unwillingness) of many customers to predict the required number of goods and amount of work, and/or services. As a result, the customer, having some idea of the required quantity (volume) needed, splits the purchase into several separate operations that involve additional costs of “procurement service bureaucracy”.

Public procurement prospective planning

The identified elements of public procurement planning allow us to formulate the author’s definition of a long-term procurement plan. A prospective procurement plan is an independent document approved after allocation of budget funds; it ensures management decisions implementation within the framework of goal setting and synchronization of public and private interests for medium-term (3-5 years) and long-term (over 5 years) periods.

Customer’s structural units prepare request forms for necessary benefits to generate the total cost estimate. The body that provides financial support to the customer correlates the latter’s requests (planned expenses) with planned revenues (funds allocated from the budget) and makes appropriate adjustments. The agreed estimate is the basis for prospective procurement planning by the customer.

Availability of a prospective procurement plan, from our point of view, will ensure:

- setting up indicators, as well as public interest implementation timing in strict relation to financial security,
- developing the system of the main goals and objectives of the customer's procurement within the framework of public interest implementation,
- unifying methodological approaches in terms of addressing problems within the framework of public interest implementation,
- operational concentration of limited material and financial resources of the customer to address unforeseen problems within the framework of public interest implementation,
- possibility of additional attraction of extra-budgetary funds, funds of interested economic entities and other attracted funds of potential domestic and foreign investors,
- full implementation of financial, departmental, and public control in the process of establishing goals and objectives to ensure public interest at the expense of budgetary funds.

The draft prospective procurement plan is aimed at expressing public interest in the form of public need for specific goods, works, and/or services requiring financial support from the appropriate budget. It provides goal setting, which, in fact, forms an integral part of budget expenditure planning, because there are no expenses without a goal.

The targeted nature of the use of budgetary funds was first indicated by P.M. Godme; he divided expenditures into neutral (not affecting social and economic conditions due to state non-interference in the economy) and active (the high role of budgetary funds due to state intervention in all spheres of activity).

Currently, considering high proportion of state intervention in the national economy, active government spending can pursue political, economic, social, and other goals (Povetkina, 2015:16—22).

The customer must prepare the draft prospective procurement plan with respect to the principle of resource security determined by the system of national economic planning, as well as customer rationing policy; their planned needs are designed to ensure the implementation of certain functions and state tasks but must be economically feasible and reasonable (financially prudent). The above restrictions must be taken into account; otherwise, the customer's needs may be recognized as unreasonable, and budget costs of such procurement plan excessive. Consequently, in the process of reviewing the draft of the relevant budget, they will be rejected or significantly reduced. Mandatory rationing of the customer's needs for goods, works, and/or services will contribute to higher efficiency of budget expenditures and, as a result, to their overall reduction.

Rationing can be established by quality, quantity (volume), and marginal cost of goods, works, and/or services.

Initially, to effectively plan budget expenditures and determine budget estimates indicators, the federal state institutions approved Methodological Recommendations⁶ According to these recommendations the costs directly related to public services rendering, as well as the costs of maintaining the property of federal state institutions, were subject to mandatory rationing.

The quality of cost planning depends on the availability of reliable and exhaustive information necessary for their calculation. In this respect, the customer should clearly understand the size of prospective expenditures for public services rendering, have all the data available for maintaining movable and immovable property and follow a single methodology for accounting these costs.

In order to simplify, unify, and justify public needs requiring financial support, executive authorities in the early 2000s began to form national projects/national programs reflecting the public interest. These programs will enjoy appropriate financial support and customers will receive the necessary data to minimize the risks of prospective procurement planning. In fact, transition from cost management to results management in budget expenditures planning did not lead to tangible results in public procurement planning, which customers continued to carry out with minimal perspective of implementation timing, and without considering possible risks.

Planning is aimed at minimizing risks, therefore, the procedure, form, and requirements for preparing a draft prospective procurement plan should be developed jointly with scientists. It is a mistake to accept plans only based on the opinions of politicians and officials. For example, the mandatory draft of a long-term procurement plan speaks about secondary nature of the budget. Earlier, D.L. Komyagin rightly pointed out that budget expenditures and revenues are predetermined by previously accepted obligations and legal acts, but budget parameters should be determined by strategic plans. The scientist suggests solving this ambiguity with the help of budget policy: "...if we shift the beginning of the budget process from the budget message to commitments, which should not only be linked, but should also flow from state strategic plans, this will require a clear legal procedure for coordinating obligations with strategic plans. At the same time, some principles of strategic planning concerning formation of budget expenditures and revenues, and criteria for admissibility of sources of budget deficit coverage should be fixed" (Komyagin, 2012:17).

Public procurement prospective planning and "digitalization"

Russian scholars have already noted the results of the impact of budget legislation on public administration in the context of digital economy development (Tsindeliani et al., 2019:17—27).

⁶ Order of the Ministry of Finance of the Russian Federation No. 137n, Ministry of Economic Development of the Russian Federation No. 527 of 29.10.2010 "On methodological recommendations on the calculation of regulatory costs for the provision of public services by federal state institutions and regulatory costs for the maintenance of property of federal state institutions" (expired from 01.01.2016).

The large-scale application of digitalization in the process of long-term procurement planning will contribute not only to the effective provision of public interest, but also to rational use of budget funds. “Digitalization” can provide for:

- identification and generalization of all customer needs,
- communication of responsible officials,
- complete exclusion of repeated (duplicate purchases),
- logical sequence of purchased and implemented works (pipe repair, asphalt laying, road surface marking),
- timely complaints and warranty repairs.

We share the established position: any detailing of the procurement plan should be carried out with respect to economic feasibility and selected planning horizon with the help of digital technologies (Keshelava et al., 2017:27). Digitalization in the planning process helps to choose the best price, deadlines for fulfilling obligations, and other necessary parameters from the proposed data array. Digitalization organizes information, including financial; it systematizes and analyzes information.

O.N. Gorbunova was the first to draw attention to cybernetic (digital) communications (technologies) in financial (budgetary) relations. She asserts that using computer technology in calculating budget for income and expenses, as well as forming a state plan allows to calculate to what extent and where it is more necessary to direct budget funds (Gorbunova, 2003:6—35). In modern budget conditions, it should be understood not as classical planning but as a dynamic system with real-time feedback. This system will monitor the “plan-fact” at all stages of budget implementation, make accurate forecasts considering all budget receipts, as well as respond to deviations and optimize daily, monthly, annual and other kinds of plans with the view of changing needs in real time. A fundamental decision on the necessary details of planning in the real economy (public and private sectors) should be made with respect of the economic feasibility and selected planning horizon (Keshelava et al., 2017:26).

In the future, as part of digitalization of the new concept of public procurement, it is necessary to develop forms and means that will minimize the role of the human factor. For example, the cost of construction of facilities for the Winter Olympics in Sochi was originally planned at 314 billion rubles.⁷ Later, the price repeatedly increased. It was possible to foresee this at the planning stage, subject to engaging a wide range of specialists, as well as integrated digitalization of the process.

“Digitalization”, including its functionality (both positive and negative), is currently insufficiently studied. This does not allow now to declare the exceptionally positive effect of its use in the prospective planning of public procurement unequivocally and categorically. Minimization of the “human factor” in the process of digital prospective procurement planning can be leveled, for example, by “interference in digital content” of distorted software, hacker attacks, etc.

⁷ See: The cost of the Sochi Olympics has exceeded 1.5 trillion rubles. Available at: <http://www.rbc.ru/economics/04/02/2013/570402ff9a7947fcb44546d> [Accessed 10th October 2021].

Public Procurement Planning and Budgeting Process

In general, legal relations associated with prospective procurement planning precede budget planning for the new budget period and budgetary legal relations, as well as others — tax, customs, insurance, banking, etc. That is why procurement planning should be maximally integrated into the system of the budgetary process and resource supply of the country, or a separate entity. This presupposes the presence of key components that must be taken into account in the system of legal regulation and financial support.

Based on the foregoing, it seems appropriate to divide legal relationship arising in the process of planning public procurement into two stages:

— the stage of development and approval of the draft prospective procurement plan,

— the stage of approval and implementation of a prospective procurement plan.

At the stage of development and approval of the draft prospective procurement plan, the goals of the customer are determined and specified, considering the prospect of resource provision and rationing, as well as customer's functionality, including the draft state assignment, and priorities of the planned costs are determined according to the general goal setting. Moreover, at this stage, the draft prospective plan must be placed in the public domain, not only for control bodies, but also for free access of the public.

Both the controllers and representatives of the public should have the opportunity to submit their comments and suggestions, which can subsequently result in appropriate changes and adjustments in terms of cost and content of public procurement and to ensure public interest by a specific customer.

It is necessary to immediately shift the focus and attention of all control bodies from the procedural part to preparation and planning of public procurement, since the procurement procedure is just a process of implementing what has been repeatedly agreed and approved by many officials. The identification of inappropriate purchases or “luxury purchases” with subsequent “exposure” and termination should not be the completion of control. It is necessary to hold accountable all officials who initially admitted this inappropriate procurement in the plan, as well as in terms of its financial support during the relevant budget draft preparation and its subsequent approval.

The expediency of the purchase is the ability of the customer to prioritize in order to ensure public interest. Otherwise, it may mean that at the end of the financial year, the result paid for from the budget under the contract will not meet the needs of the customer or will not provide public interest. For example, one healthcare institution demonstrates excessive amount of medication (lack of demand, purchase of new drugs still having the early purchased), in another there is a shortage requiring prompt purchase of medication.

Budgetary institutions, even within the same department, cannot independently transfer medicines among themselves as inventory items. The Chief Administrator of Budgetary Funds (CABF) under Article 158 of the Budget Code of the Russian

Federation is authorized to approve state tasks but is not authorized to control the use of goods, works, and services purchased by a subordinate customer. As a result — in the first institution — there will be the disposal of unclaimed drugs after the expiration date, in the second institution, additional budget expenditures will be required for the purchase of the necessary amount of medicines.

Responsibility for the expediency of each specific purchase should be imposed on both the customer official who developed the draft procurement plan poorly and inefficiently, and the CABF official who approved this project and authorized its financial support. This confirms our argument that procurement planning is an indicator of functioning of a well-established system for converting state resources in the form of budgetary funds into public interest in the form of public need of goods, works, and/or services. Public procurement planning allows to determine the needs of the customer, legal means and instruments for procurement, amount of financial support, and terms and procedure for payment of contractual obligations.

Thus, at the planning stage, any interested person can determine the purchase rationality (objectivity of the customer’s needs and fairness of the IMCP calculation), compliance with public interest, including financial security, as well as assess the real possibilities of full and timely fulfillment of the contractual obligation.

Currently, there is a low level of interconnection between the budget process and procurement planning, which entails inefficient expenditure of budget funds and low level of contractual obligations fulfillment (Fig. 1).

We explain this, first of all, by the lack of necessary understanding of the problem of rationing the customer needs at the level of legislator, including the connection of the need with the real financial, economic and socio-political state of society. This can also be explained by the absence of a legally established procedure for the IMCP formation, justification, and calculation specified in the procurement schedule.

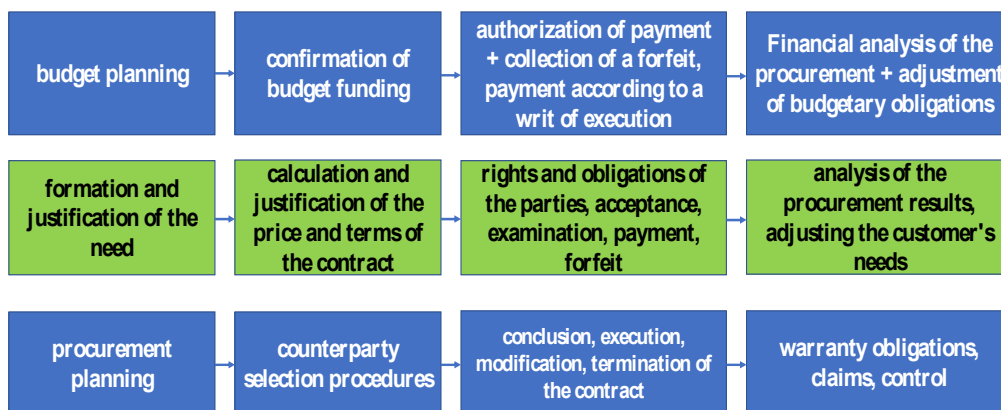


Fig. 1. General diagram of public procurement organization and budgetary process

It is appropriate to cite the position of I.Y. Ivliev, who, considering the system of allocating inter-budgetary transfers from the federal budget, pointed out as the main

drawback that “the share of expenditures of the subjects of the Russian Federation in the volume of the consolidated budget of the country is calculated based on the actual volume of their expenditures on their powers implementation in the previous period. Such approach does not consider that much more funds are needed for the fulfillment (but not for declaration) of obligations than they are actually spent” (Ivliev, 2010:27).

The main problem of rationing is to determine the conformity of the customer’s needs in the acquired good in fact, especially in terms of its connection with the real financial, economic, and socio-political state of society in order to avoid inappropriate expenditure of budgetary funds. This problem has not been solved at present, despite several federal regulatory legal acts as well as acts in each of the constituents of the Russian Federation.⁸

In the course of testing the hypothesis of formation and justification by IMCP customers, we conducted a survey.⁹ The survey showed that the majority of contract service employees (contract managers) of customers form IMCP based on the allocated amount of budget funds. In case of a decrease in funding, the volume of demand decreases. However, with an increase in the amount of financial security, including savings received as a result of other purchases, the customer, as a rule, does not increase the volume of demand due to rationing restrictions, but improves the quality of the purchased good. This is due to the fact that the customer’s savings within the framework of financial (budget) control are perceived not as the result of the customer’s high-quality work aimed at saving budget funds, but as actual “non-fulfillment of the budget”.

We are strongly against the IMCP dependence on the allocated budget funds. This approach allows customers to plan the purchase of goods that are not conditioned by rationing, the cost of which is significantly higher than the market, since it is calculated without considering the functioning market conjuncture. The current regulatory legal acts, which have a significant number of reference norms in terms of IMCP planning and determining, do not provide for a full and comprehensive regulation of the identified problem. At the same time, procurement planning should

⁸ See, for example: The Decree of the Government of the Russian Federation No. 1084 of 20.10.2014 “On the Procedure for Determining the Regulatory Costs for Ensuring the Functions of Federal State Bodies, Management Bodies of State Extra-Budgetary Funds of the Russian Federation, Determined in Accordance with the Budget Code of the Russian Federation of the Most Significant Institutions of Science, Education, Culture and Healthcare, Including, Respectively, Territorial Bodies and Subordinate State Institutions, as well as the State Atomic Energy Corporation Rosatom, the State Corporation for Space Activities Roscosmos and their subordinate organizations”; Decree of the Government of the Russian Federation No. 476 of 18.05.2015 “On Approval of General Requirements for the Procedure for the Development and Adoption of Legal Acts on Rationing in the Field of Procurement, the Content of these Acts and Ensuring their Execution”; Decree of the Government of the Russian Federation No. 926 of 02.09.2015 “On Approval of the General Rules for Determining Requirements for Certain Types of Goods, Works, Services Purchased by Customers (including marginal prices of goods, works, services)”; Decree of the Government of Moscow No. 953-PP of 25.12.2015 “On Approval of the Requirements for the Procedure for the Development and Adoption of Legal Acts on Rationing in the Field of Procurement of Goods, Works, Services to Meet the State Needs of the City of Moscow, the Content of these Acts and Ensuring their Execution”.

⁹ Author’s note: The author conducted an anonymous survey of contract service employees (contract managers) of 50 customers from different constituents of the Russian Federation regarding the specifics of the IMCP formation and justification.

depend on the budget process since the purchase can be carried out only if there is financial support. It is necessary to reconsider the essence of the “non-fulfillment of the budget” concept and exclude the cases of justified cancellation of the purchase or refusal of the customer to carry out previously planned purchases, including non-use of savings received in the procurement process.

Our position fully coincides with the previously expressed point of view of R.K. Arykbayev, who rejects the direct dependence of the IMCP calculation on the size of the budget allocated to the customer for public procurement. The price is an economic instrument of monetary expression of the product value; it is a subjective cost instrument of the customer, by means of which the necessary level of satisfaction of public needs is achieved. At the same time, IMCP is designed to ensure an adequate ratio of the minimum acceptable level for performers of the product real consumer value with a clear functional relationship with its quality parameters, concerning the risks associated with contracts execution and the costs of conducting competitive procedures (Arykbaev, 2010:28).

This confirms that in order to increase the efficiency of financial support for public procurement, it is necessary to create a unified digital price monitoring system that provides for an analysis of market prices and conjuncture, both in the functioning market and based on the results of fulfilled contractual obligations within the framework of public procurement. The formation of a single digital database of prices (actual, reference, statistical, etc.) with the possibility of automatic use of various coefficients (territorial, functional, etc.), including the dynamics of prices for the period, allows to reasonably set IMCP. This contributes to the correct forecast of the customer’s needs and calculation of the necessary financing.

When establishing an IMCP, customers need to maintain balance that ensures the ratio of the price of products acceptable for the business entity, its consumer value and quality with the risks associated with contractual obligation fulfillment, as well as costs of the customer for the purchase.

Results

Planning helps both the customer and the business entity in solving problems by concentrating resources (material, financial, production, labor, etc.) in priority areas.

The importance of planning lies in the fact that it is designed to ensure the effectiveness of management at all stages of public procurement, including management decision-making. Public procurement planning with all its elements is designed to ensure, first of all, the goal setting, without which the management and financial support of procurement will become spontaneous and unpredictable, and budget expenditures are accepted without focusing on results. Planning begins after determining and identifying the customer’s need for a specific good, calculated in strict accordance with the applicable regulatory legal acts.

Procurement planning is an indicator of functioning of a well-established system for converting state resources in the form of budgetary funds into public interest in the form of public demand for goods, works, and/or services.

It is proposed to identify the following main elements of public procurement planning: goal setting, depth of planning, consideration and coordination of public and private interests, adaptation, and freedom of discretion.

It is necessary to determine the following priority elements of public procurement planning: goal setting, result and cut-off horizon (by analogy with state budget planning). It is possible to implement this through *prospective procurement planning* introduction, which will provide an opportunity to control all stages of procurement, including the quality of the fulfilled contractual obligation and payment of its result.

The prospective procurement planning is proposed to be understood as an independent document approved after allocation of budget funds is completed; it ensures implementation of management decisions within the framework of goal setting and synchronization of public and private interests for medium-term (3-5 years) and long-term (over 5 years) periods.

Thus, prospective procurement planning is synchronization of public and private interests, integrated into the system of budget process and into the resource supply of a country, or a separate entity. Since the purchase of goods, works, and services at the expense of budgetary funds indirectly affects the economy, public procurement becomes a reference point for entrepreneurs to form proposals and mobilize efforts (purchases should be economically interesting, but moderately profitable, that is, without excess profits).

Prospective procurement planning should not only be associated with all stages of the budget process, but also legally included into the context of drawing up a cash plan when forming a forecast of transfers from the budget to pay for fulfilled contractual obligations in relation to the term and amount of monetary obligations payment. Prospective procurement planning should be based on objective and reasonable needs; the cost is calculated based on the cost of ownership or life cycle of products. Planning expenses for the future period with subsequent payment of fulfilled contractual obligations undergoes through all stages of the budget process. Planning helps in solving the most difficult task, that is, reducing the human factor in the process of financial support for public procurement.

Conclusions

Prospective procurement planning will allow accumulating all the necessary needs of customers, including the costs of their purchase, and creating the basis for a new innovative formation, lean concept of financial support for public procurement.

Despite the insufficiency of research into the essence of “digitalization”, we believe that applying “digital” technologies in the process of budget planning and prospective procurement planning can ensure transparency of budget spending, as well as public control over the process of purchasing and paying for goods, works, and/or services at the expense of budget funds. That is why Chapter 18 “Information support of the budget process” was introduced in the draft Budget Code of the Russian

Federation; it consists of five articles (170-174.1) and aims at ensuring transparency of budgetary relations. At the same time, Article 174 “Public Information Resources” provides additional requirements for the integrated portal of the budget system functioning: composition of information, procedure for providing, etc.

References / Список литературы

- Arbatskaya, Yu.V. (2003) *Budget as the basis of the financial system of a constituent entity of the Russian Federation: legal aspects*: Abstract Diss ... cand. Legal of sciences. Moscow, Baikal State University of Economics and Law. (in Russian).
Арбатская Ю.В. Бюджет как основа финансовой системы субъекта Российской Федерации: правовые аспекты: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М.: Байкальский государственный университет экономики и права, 2003. 26 с.
- Arykbaev, R.K. (2010) The organization of price monitoring system for increasing efficiency of financing of state purchases. *Business. Education. Right. Bulletin of the Volgograd Business Institute*. 3(13), 28—35. (in Russian).
Арыкбаев Р.К. Организация системы ценового мониторинга для повышения эффективности финансирования государственных закупок // Бизнес. Образование. Право. Вестник Волгоградского института бизнеса. 2010. № 3 (13). С. 28—35.
- Atamanchuk, G.V. (2000) *Public administration (organizational and functional issues): textbook*. Moscow, Economics Publ. (in Russian).
Атаманчук Г.В. Государственное управление (организационно-функциональные вопросы): учеб. пособие. М.: Экономика, 2000. 303 с.
- Barboza, L., Cysneiros Filho, G. & De Souza, R. (2016) Towards legal compliance in IT procurement planning in Brazil’s Federal Public Administration. *IEEE 24th international requirements engineering conference workshops (rew)*. (1), pp. 229—238. <https://doi.org/10.1109/REW.2016.046>
- Berendts, E.N. (2014) *Russian financial law*. Moscow, RIOR: INFRA-M Publ. (in Russian).
Берендтс Э.Н. Русское финансовое право. М.: РИОР: ИНФРА-М, 2014. 397 с.
- Boltinova, O.V. (2008) *Budgetary process in the Russian Federation: theoretical foundations and development problems*: Abstract Diss ... doct. Legal of sciences. Moscow, Moscow State Law Academy. (in Russian).
Болтинова О.В. Бюджетный процесс в Российской Федерации: теоретические основы и проблемы развития: автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук М.: Московская государственная юридическая академия, 2008. 43 с.
- Campbel, H. & Marshall, R. (2002) Utilitarianism’s Bad Breath? A Re-Evaluation of the Public Interest Justification for Planning. *Planning Theory*. (1), 163—187. <https://doi.org/10.1177/147309520200100205>
- Carvalho, J.P., Sanstad, A.H. & Larsen, P.H. (2019) Exploring the relationship between planning and procurement in western US electric utilities. *Energy*. (183), 4—15. <https://doi.org/10.1016/j.energy.2019.06.122>
- Gorbunova, O.N. (2018) Planning in budgetary relations as a function of public administration: legal problems and solutions. *Financial Law*. (2), 16—19. (in Russian).
Горбунова О.Н. Планирование в бюджетных отношениях как функция государственного управления: правовые проблемы и пути решения // Финансовое право. 2018. № 2. С. 16—19.
- Gorbunova, O.N. (2003) *Financial law and financial monitoring in modern Russia*. Moscow, Vocational education Publ. (in Russian).

- Горбунова О.Н. Финансовое право и финансовый мониторинг в современной России. М.: Профобразование, 2003. 158 с.
- Ivliev, I.Yu. (2010) *Legal regulation of interbudgetary transfers*. Abstract Diss ... cand. Legal of sciences. Moscow, Kutafin Moscow State Law University (MSAL). (in Russian).
- Ивлиев И.Ю. Правовое регулирование межбюджетных трансфертов: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М.: Московская государственная юридическая академия имени О.Е. Кутафина, 2010. 31 с.
- Keshelava, A.V., Budanov, V.G. & Romyantsev, V.Yu. et al. (2017) *Introduction to the "Digital" economy*. Keshelava A.V. (ed.). Ch. "Digital" cons. Zimnenko I.A. Moscow, VNIIGeosystem Publ. (in Russian).
- Введение в «Цифровую» экономику / А.В. Кешелова В.Г. Буданов, В.Ю. Румянцев и др.; под общ. ред. А.В. Кешелова; гл. «цифр.» конс. И.А. Зимненко. М.: ВНИИГеосистем, 2017. 28 с.
- Khalfina, R.O. (1988) *Law as a means of social management*. Piskotin M.I. (ed.). Academy of Sciences of the USSR, Institute of State and Law. Moscow: Nauka Publ. (in Russian).
- Право как средство социального управления / Р.О. Халфина; отв. ред.: М.И. Пискотин; АН СССР, Ин-т государства и права. М.: Наука, 1988. 254 с.
- Komyagin, D.L. (2012) Budget as an element of strategic planning. *Financial Law*. (9), 11—17. (in Russian).
- Комягин Д.Л. Бюджет как элемент стратегического планирования // Финансовое право. 2012. № 9. С. 11—17.
- Kutafin, O.E. (1980) *Planned activity of the Soviet state. State and legal aspect*. Moscow, Yuridicheskaya litliteratura Publ. (in Russian).
- Плановая деятельность советского государства. Государственно-правовой аспект / Кутафин О.Е. М.: Юрид. лит., 1980. 240 с.
- Ozerov, I. Kh. (1911) *Fundamentals of financial science*. Issue I. 4th ed. Moscow, Printing house of the I.D. Sytin. (in Russian).
- Озеров И.Х. Основы финансовой науки. Вып. I. 4-е изд. М.: Типография Т-ва И.Д. Сытина, 1911. 550 с.
- Patrucco, A.S., Luzzini, D. & Ronchi, S. (2017) Research perspectives on public procurement: Content analysis of 14 years of publications in the journal of public procurement. *Journal of Public Procurement*. 17(2), 229—269. <https://doi.org/10.1108/JOPP-17-02-2017-B003>
- Piskotin, M.I. (1971) *Soviet budget law*. Moscow, Yuridicheskaya litliteratura Publ. (in Russian).
- Пискотин М.И. Советское бюджетное право. М.: Юридическая литература. 1971. 312 с.
- Povetkina, N.A. (2015) Efficiency of spending budgetary funds: problems of legal qualification. *Financial Law*. (3), 16—22. (in Russian).
- Поветкина Н.А. Эффективность расходования бюджетных средств: проблемы правовой квалификации // Финансовое право. 2015. № 3. С. 16—22.
- Rybakov, V.A. (2010) Time in the development of law (philosophical and legal aspect). *State and Law*. (8), 81—85. (in Russian).
- Рыбаков В.А. Время в развитии права (философско-юридический аспект) // Государство и право. 2010. № 8. С. 81—85.
- Tikhomirov, Yu.A. (1972) *Management decision*. Moscow, Nauka Publ. (in Russian).
- Тихомиров Ю.А. Управленческое решение. М.: Наука, 1972. 288 с.
- Tsindeliiani, I., Gorbunova, O., Vershilo, T., Kikavets, V., Palozyan, O., Pisenko, K. & Matyanova, E. (2019) Influence of the budgetary law on state management in the conditions of the development of the digital economy. *Informatologia*. 52(1—2), 17—27. <https://doi.org/10.32914/i.52.1-2.3>

Vanin, V.V. (2007) *Legal regulation of meeting state needs in the market economy of Russia: theory and practice: legal issues*: Abstract Diss ... doct. Legal of sciences. Rostov-on-Don, North Caucasus Academy of Public Administration. (in Russian).

Ванин В.В. Правовое регулирование удовлетворения государственных нужд в рыночной экономике России: теория и практика: правовые вопросы: автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. Ростов-на-Дону: Северо-Кавказская академия государственной службы, 2007. 48 с.

About the author:

Vitaly V. Kikavets — Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Deputy head of the Department of Financial Law, Russian State University of Justice; 69 A Novocheremushkin-skaya str., Moscow, 117418, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0002-7931-8497; SPIN-code: 3665-6634; Web of Science Researcher ID: AAD-2180-2021; Scopus ID: 57210853509

e-mail: kikavetsvv@rsuj.ru

Об авторе:

Кикавец Виталий Викторович — кандидат юридических наук, доцент, заместитель заведующего кафедрой финансового права, Российский государственный университет правосудия; 117418, Российская Федерация, г. Москва, Новочеремушкинская ул., д. 69 А

ORCID ID: 0000-0002-7931-8497; SPIN-код: 3665-6634; Web of Science Researcher ID: AAD-2180-2021; Scopus ID: 57210853509

e-mail: kikavetsvv@rsuj.ru

ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО. ПРОКУРОРСКИЙ НАДЗОР

PROCEDURAL LAW. PROSECUTOR SUPERVISION

<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-171-191>

Научная статья

Уголовно-правовой механизм возмещения вреда, причиненного преступлением: законодательная регламентация и практика

Н.Ю. Скрипченко¹✉, С.В. Анощенко²✉

¹Северный (Арктический) федеральный университет им. М.В. Ломоносова,
г. Архангельск, Российская Федерация

²Национальный исследовательский Мордовский государственный университет
им. Н.П. Огарёва, г. Саранск, Российская Федерация

✉n.skripchenko@narfu.ru

Аннотация. *Актуальность исследования.* Отводя компенсационным действиям место то в системе мер принуждения, то в арсенале стимулирующих, законодатель пошел по пути усиления частных интересов, расширяя основания освобождения от уголовной ответственности, снижая требования к посткриминальному поведению обвиняемого. Выявленная законодательная трансформация реституционных действий виновного заложила основу для переоценки правоприменителем их содержания. Признав обязательным исключительно личное участия нарушителя в возмещении ущерба, а также переведа «заглаживание вреда» из числа определенных дефиниций в оценочные, Пленум Верховного Суда заложил основу для формирования практики в новом направлении, изучение которой составляет *цель исследования.* *Результаты исследования.* Критически оценивая формирующуюся практику, авторы поднимают вопросы оправданности освобождения виновных, лично ничего не сделавших для государственного прощения, а также обоснованности отнесения судами к заглаживанию вреда, действий, далеких от компенсационных. В работе обосновывается вывод о том, что исключительно судебское усмотрение в определении заглаживания вреда таит не только коррупционные риски, но и угрожает единообразному применению закона. Накопленный опыт не позволяет выработать универсальные критерии, позволяющие определить не только достаточные, но и минимально необходимые действия виновного для заглаживания вреда, причиненного преступлением, посягающим на публичные интересы. Оперативному устранению дефектного правоприменения могут способствовать разъяснения Пленума

© Скрипченко Н.Ю., Анощенко С.В., 2022



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

Верховного Суда, исключаящие признание в качестве компенсационных, действия виновного по прекращению криминального посягательства, а также образующие по содержанию деятельное раскаяние. *Методологическую основу* составляют общенаучные (анализ и синтез, диалектика) и частнонаучные методы исследования (историко-правовой, системно-структурный, формально-юридический).

Ключевые слова: возмещение вреда, ущерб, преступление, компенсация, освобождение от уголовной ответственности; позитивное посткриминальное поведение, наказание

Конфликт интересов. Авторы заявляют об отсутствии конфликта интересов.

Информация о вкладе авторов: нераздельное соавторство.

Дата поступления в редакцию: 08 июля 2021 г.

Дата принятия к печати: 15 января 2022 г.

Для цитирования:

Скрипченко Н.Ю., Анощенкова С.В. Уголовно-правовой механизм возмещения вреда, причиненного преступлением: законодательная регламентация и практика // RUDN Journal of Law. 2022. Т. 26. № 1. С. 171—191. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-171-191>


<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-171-191>

Research Article

Criminal law mechanism of compensation for harm caused by crime: trends in legislative regulation and practical implementation

Nina Yu. Skripchenko¹  , Svetlana V. Anoshchenkova² 

¹Northern (Arctic) Federal University named after M.V. Lomonosov,
Arkhangelsk, Russian Federation

²Criminalistics and Criminology of the National Research Mordovian State University
named after N.P. Ogareva, Saransk, Russian Federation
 n.skripchenko@narfu.ru

Abstract. *The relevance of research.* Allocating compensatory actions a place either in the system of coercive measures or in the arsenal of stimulating measures, the legislator took the path of strengthening private interests, expanding the grounds for exemption from criminal liability, and reducing the requirements for post-crime behavior of the accused. The revealed legislative transformation of the restorative actions of the guilty party laid the foundation for the reevaluation of their content by a law enforcement officer. By recognizing as optional the solely personal participation of the offender in compensation for damage, as well as transferring “redressing of harm” from certain definitions to evaluative ones, the Plenary Session of the Supreme Court laid the foundation for forming practice in a new direction, the study of which is the *purpose of this article*. *Research results.* Critically assessing the emerging practice, the authors raise the questions of justification for the release of those guilty, who personally did nothing for the state forgiveness, as well as justification for courts to refer to mitigation of harm, actions being far from compensatory. The paper substantiates the conclusion that the solely judicial discretion in determining the redress of harm conceals not only corruption risks, but also threatens the uniform application of the law. The accumulated experience does not allow development of universal criteria that allow to determine not only sufficient, but also the minimum necessary actions of the perpetrator to smooth down the harm caused by a crime infringing on public interests. The Plenum of the

Supreme Court clarifications, which exclude recognition as compensatory actions of the guilty party to terminate the criminal offense, and also form active repentance in content, can facilitate the prompt elimination of defective law enforcement. *The methodological basis* is formed by general scientific (analysis, synthesis, and dialectics) and special scientific research methods (historical and legal, systemic and structural, formal and legal).

Key words: compensation for harm, damage, crime, compensation, exemption from criminal liability, positive post-crime behavior, punishment

Conflicts of interest. The authors declare no conflict of interest.

The participation of the authors: inseparable co-authorship.

Article received 8th July 2021

Article accepted 15th January 2022

For citation:

Skripchenko, N.Yu., Anoshchenkova, S.V. (2022) Criminal law mechanism of compensation for harm caused by crime: trends in legislative regulation and practical implementation. *RUDN Journal of Law*. 26 (1), 171—191. (in Russian). <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-171-191>

Введение

Вопросы возмещения вреда, причиненного преступным деянием, находят нормативное разрешение начиная с первых актов отечественного права, учитывающих частные интересы наравне с публичными. Со временем уголовное законодательство пошло по пути усиления публичных начал и расширения репрессивных мер, что повлекло сокращение восстановительного содержания. Однако и реализуемая на протяжении не одной сотни лет концепция «преступление — наказание» исчерпала себя, доказав, что исключительно карательный подход к решению проблемы борьбы с преступностью неэффективен ни экономически, ни социально.

Опираясь на апробированный за рубежом опыт индивидуализации мер государственного принуждения, внедрения альтернативных способов разрешения уголовно-правовых конфликтов, применения различных мер восстановительного, ресоциализационного и реабилитационного характера, медиативных практик (Feld, 1990: 443—466; Tulkens, 1993: 220; Severson, 1995: 683—691; Bazemore & Schiff, 1996: 311—334; Mallet, 2018: 363—385; Lanterman, 2019: 544—562; Yankah, 2020: 74—112; Gal & Dancig-Rosenberg, 2020: 139—166; Golovko, 2002), российский законодатель пошел по пути гуманизации, ставя во главу угла интересы потерпевших от криминальных посягательств. Наиболее широко восстановительно-компенсационное направление прослеживается в реформировании УК РФ последних лет. Так, в 2011 г. уголовный закон был дополнен¹ ст. 76¹, предусматривающей возмещение ущерба и денежное возмещение в федеральный бюджет в качестве обязательных условий прекращения уголовного преследования, а в результате неоднократного редактирования

¹ Федеральный закон от 7 декабря 2011 г. № 420-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс РФ и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2011. № 50. Ст. 7362.

указанной нормы, ее название отражает исключительно восстановительную природу². В 2016 г.³ перечень освобождающих норм был дополнен ст. 76² УК РФ, обремененной исключительно условием возмещения ущерба или иным образом заглаживания причиненного преступлением вреда. Снижение требовательности компенсируется фискальным содержанием новых норм, предусматривающих выплату денежного возмещения в качестве основания освобождения виновного от ответственности (ст. 76¹ УК РФ) или судебного штрафа, как гарантии окончательности решения о прекращении уголовного преследования (ст. ст. 76², 104⁴, 104⁵ УК РФ).

Расширение освобождающих норм вызвало неоднозначную реакцию в доктрине уголовного права. Одни ученые поддержали стремление законодателя сократить репрессивность уголовного закона, заложить предпосылки для положительных изменений в социальной структуре общества, обеспечить интересы пострадавшей стороны (Antonov, 2013: 20—25; Vetoshkin, 2017: 152—158; Khlebnitsyna, 2017: 33—36), другие критически оценили технико-юридическое оформление и содержание новых норм, внесших дисбаланс в базовые уголовно-правовые институты «наказание» и «освобождение от уголовной ответственности» (Lopashenko, 2017: 84—93; Anoschenkova, 2017: 114—125; Kostroma, 2017: 73—79; Kaufman, 2021: 143—156), третьи – поставили под сомнение либеральный характер заявленных инициатором реформ (Zvecharovsky, 2016: 98—101; Skripchenko, 2017: 106—114; Stepanova & Sokolova, 2017: 74—79; Abashina & Minakov, 2018: 266—274). Ряд специалистов определили новые положения закона как «плохо завуалированный государственный рэкет» (Soloviev & Knyazkov, 2012: 80), «сведение разрешения уголовно-правового конфликта до уровня контрактных обязательств» (Makarova, 2015:116). Определяя анализируемые изменения как экстенсивное направление развития уголовного законодательства, отдельные ученые обратили внимание на то, что резервы гуманизации уголовной политики и права посредством модернизации института освобождения от уголовной ответственности исчерпаны, так как расширение спектра оснований прекращения уголовного преследования влечет трансформацию структуры освобождения от уголовной ответственности, но не объемов (Pudovochkin, 2020: 582—583).

Значительные фискальные обременения ст. 76¹ УК РФ заблокировали ее практическую реализацию, в отличие от ст. 76² УК РФ, оказавшейся востребованной на практике (табл. 1).

² Содержание статьи 76¹ УК РФ изменялось на основании Федеральных законов от 03.07.2016 № 325-ФЗ, от 27.12.2018 № 533-ФЗ, от 27.12.2019 № 500-ФЗ, от 01.04.2020 № 73-ФЗ, от 11.06.2021 № 215-ФЗ. Федеральным законом от 27 декабря 2018 г. № 533-ФЗ законодатель расширил круг составов преступлений, охватываемых статьи 76¹ УК РФ (включив в него отдельные преступления против конституционных прав и свобод и ряд составов против собственности) и изменил название на «Освобождение от уголовной ответственности в связи с возмещением ущерба».

³ Федеральный закон от 3 июля 2016 г. № 323-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс РФ и Уголовно-процессуальный кодекс РФ по вопросам совершенствования оснований и порядка освобождения от уголовной ответственности» // Собрание законодательства РФ. 2016. № 27 (часть II). Ст. 4256.

Таблица 1

Число лиц, в отношении которых уголовное преследование прекращено по основаниям, предусмотренным статьями 76¹, 76² УК РФ с 2016 по 2020 гг.

| Сведения, абсолютные данные (удельный вес) | Год | | | | |
|--|---------------------|---------------------|---------------------|---------------------|---------------------|
| | 2016 | 2017 | 2018 | 2019 | 2020 |
| Статья 76¹ УК Освобождение от уголовной ответственности в связи с возмещением ущерба | 40 (близко к 0%) | 39 (близко к 0%) | 31 (близко к 0%) | 62 (близко к 0%) | 59 (близко к 0%) |
| Статья 76² УК Освобождение от уголовной ответственности с назначением судебного штрафа | — | 20.692 (11,0%) | 33.329 (17,5%) | 52.460 (29,1%) | 56.976 (32,4%) |

Использованы данные Судебного департамента при Верховном Суде РФ. Сводный отчет статистических данных о состоянии судимости за 2016, 2017, 2018, 2019 и 2020 гг. Форма No 10.2 «Отчет об особенностях рассмотрения уголовных дел, применения реальных видов наказания и оснований прекращения уголовных дел». Сайт Судебного департамента при Верховном Суде РФ. Режим доступа: <http://www.cdcp.ru/index.php?id=79> (дата обращения: 20.05.2021).

Table 1

The number of persons in respect of whom the criminal prosecution was terminated on the grounds provided for by Articles 76.1, 76.2 of the Criminal Code of the Russian Federation, 2016—2020

| Intelligence, absolute data (specific gravity) | Year | | | | |
|---|---------------------|---------------------|---------------------|---------------------|---------------------|
| | 2016 | 2017 | 2018 | 2019 | 2020 |
| Article 76.1 of the Criminal Code Exemption from criminal liability in connection with compensation for damage | 40 (close to 0%) | 39 (close to 0%) | 31 (close to 0%) | 62 (close to 0%) | 59 (close to 0%) |
| Article 76.2 of the Criminal Code Exemption from criminal liability with the appointment of a court fine | — | 20.692 (11,0%) | 33.329 (17,5%) | 52.460 (29,1%) | 56.976 (32,4%) |

The data of the Judicial Department at the Supreme Court of the Russian Federation were used. Consolidated report of statistical data on the state of criminal records for 2016, 2017, 2018, 2019 and 2020. Form No. 10.2 “Report on the specifics of the consideration of criminal cases, the application of real types of punishment and the grounds for the termination of criminal cases.” Site of the Judicial Department at the Supreme Court of the Russian Federation. Available at: <http://www.cdcp.ru/index.php?id=79> [Accessed 20th May 2021].

При этом стимулировал действие новой нормы Верховный Суд РФ (инициатор ее закрепления), не только оперативно реагируя на вопросы, возникшие при прекращении уголовного преследования по основаниям, предусмотренным ст. 76² УК РФ⁴, но и корректируя свою позицию в части определения «заглаживания вреда, причиненного преступлением», внося соответствующие изменения и дополнения в практикоформирующий акт⁵.

⁴ Обзор судебной практики освобождения от уголовной ответственности с назначением судебного штрафа (статья 76² УК РФ), утвержденный Президиумом Верховного Суда РФ 10 июля 2019 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2019. № 12.

⁵ Пленум Верховного Суда РФ Постановлениями от 15 ноября 2016 г. № 48 и от 29 ноября 2016 г. № 56 внес изменения и дополнения в Постановление от 27 июня 2013 г. № 19 «О применении судами законодательства, регламентирующего основания и порядок освобождения от уголовной ответственности» (далее по тексту — Постановление от 27 июня 2013 г. № 19) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2013. № 8.

Применяемые на уровне государства меры не снимают остроты проблемы, так как наметившееся в последние годы официальное снижение уровня преступности⁶ сопровождается ростом объемов причиненного ущерба (преимущественно за счет увеличения дистанционных мошеннических операций)⁷, а учитывая, что реальное возмещение вреда, причиненного криминальным деянием, составляет менее 21% (Boyarskaya, 2018:155; Karabanova & Tsepelev, 2016:24—27), потребность изучения резервов уголовно-правового механизма возмещения вреда не утрачивает актуальности. Накопленный опыт применения компенсационных нормы позволяет аккумулировать значительный эмпирический материал, анализ которого дает основание для системно-структурных и формально-догматических выводов.

Исследование базируется на результатах изучения 350 постановлений о прекращении уголовных дел, вынесенных судами Российской Федерации в 2017—2020 гг. (документы размещены в открытом доступе на сайте <https://sudact.ru/regular/>).

Исторические предпосылки законодательного закрепления норм об освобождении от уголовной ответственности при условии возмещения вреда, причиненного преступлением

Имущественные взыскания с виновного всегда сопровождали нарушение охраняемых интересов, находя отражение в текстах первых памятниках древнерусского права. Базируясь на принципе талиона, репарационные санкции изначально были ориентированы не столько на возмездие и компенсацию причиненного вреда, сколько на вознаграждения мстителям за утраченное ими право кровной мести. Так, Договором с Византией 911 г. закреплялось ряд норм, предусматривающих взыскание с виновного (в случае его бегства или смерти с его родни) средств в пользу пострадавшего (семьи убитого). Например, ст. 4 Договора устанавливала: «Если же убийца убежит, а окажется имущим, то ту часть его имущества, которая полагается ему по закону, пусть возьмет родственник убитого...»⁸.

Относя к криминальным деяниям только те, которые причиняют вред конкретному человеку (физический, моральный или материальный), Русская Правда определяла преступление как «обиду», предусматривая за нее и физические, и имущественные наказания, часть из которых носила компенсационный характер. Например, убийство или тяжкое увечье свободных людей и лиц княжеской администрации карались «вирой» и «головничеством», а основная масса других преступлений — «продажей» и «уроком». «Вирь» и «продажи» представляли собой денежные взыскания с виновного или общины, к которой он принадлежал

⁶ В 2016 г. зафиксировано снижение удельного веса зарегистрированных преступлений на 9,6 %, в 2017 г. — на 4,7 %, в 2018 г. — на 3,3 %, в 2019 г. — на 1,6 %, в 2020 г. произошел рост на 1,0 %. См.: Портал правовой статистики. Режим доступа: http://crimestat.ru/offenses_chart. (дата обращения 07.07.2021).

⁷ По данным МВД общий ущерб от преступности в стране по итогам 2019 г. составил 627,7 млрд руб., превышая на 11,5% аналогичный показатель 2018 г. Официальный сайт МВД РФ. Режим доступа: <https://xn--b1aew.xn--p1ai/> (дата обращения 07.07.2021).

⁸ Договор Руси с Византией 911 г. // Российское военно-историческое общество. Режим доступа: <https://doc.histrf.ru/10-16/russko-vizantiyskiy-dogovor/> (дата обращения 07.07.2021).

(«дикая вира»), в пользу князя как представителя высшей власти, а «головничество» и «урок» — в пользу семьи убитого или потерпевшего (Chistyakov (ed.), 2001:72-73). Не нося в указанный период исключительно компенсационной роли, финансовые обременения «обидчика» заложили основу для формирования имущественных наказаний, ставших со временем одной из распространенных форм государственного реагирования на нарушения запретов.

Формирование централизованного государства, сословно-представительной монархии, абсолютизма и становление Российской империи определили переход правосудия в руки центральной власти и трансформацию понятия преступления, а с ним целей и системы уголовных наказаний, изменился подход и к интересам пострадавшей стороны. В соответствии с Судебником 1497 г. преступление определялось как нарушение указа, а преследование виновных стало обязанностью органов государства (Chistyakov, (ed.), 1984:394). Наказание же, ранее выполняющее роль пополнения казны и ориентированное на компенсацию причиненного вреда, было переориентировано на другой интерес — устроить потенциальных нарушителей. Характеризуя законодательство означенного периода, М.Ф. Владимирский-Буданов отмечал, что требования истца уступают требованиям уголовного закона (Chistyakov, (ed.), 1984:405). Так, ст. 39 «Указ о ворах» Судебника 1497 г. определяла: «Если обвиненный в воровстве, разбое, убийстве, злостной клевете или в ином каком лихом деле окажется ведомым лихим человеком, он карается смертной казнью, а из его имущества удовлетворяются убытки, понесенные истцом. Оставшаяся часть имущества поступает наместнику и его тиуну. При отсутствии у обвиненного имущества для удовлетворения убытков, понесенных истцом, он не может быть выдан стороне до обработки или выплаты долга, а должен караться смертной казнью».

Лицо, признанное по итогам судебного поединка виновным в поджоге, убийстве, разбое или воровстве, обязано было выплатить требуемые другой стороной поединка суммы иска и пошлину: «окольничему полтина и доспехи, дьяку четверть, а недельщику полтина и за скрепление сделки сторон о поединке или за организацию его 4 алтына» (ст. 7 Судебника).

Уничтожение межевых знаков, перепашка (покос) чужих земель, карались битьем кнута и взысканием рубля в пользу истца при посягательствах на земли великого князя, боярина или монастыря. Аналогичные действия в отношении крестьянских земель влекли наложение штрафа и взыскание с виновного «вознаграждение в пользу потерпевшего от перепашки», размер которого зависел от личности пострадавшего и количества перепашанного (ст. 62 Судебника).

Отсутствие в указанный период межотраслевой дифференциации определяло интегрированный характер имущественных санкций, которые выполняли и карательную роль, и покрывали судебные издержки, и компенсировали вред, причиненный пострадавшей стороне.

Первое упоминание о добровольном возмещении виновным вреда, причиненного преступным деянием, содержится в Уложении о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. Среди обстоятельств, «в большей или меньшей мере уменьшающих вину, а с тем вместе и строгость следующего за оную наказания», предусмотренных в ст. 140 Уложения, законодатель закрепил такое позитивное

посткриминальное поведение виновного как «...по содеянии преступления старался по крайней мере отворотить хотя некоторые из вредных одного последствий и вознаградить причиненные оным зло или убыток» (Chistyakov (ed.), 1988:174).

По отдельным категориям дел «добровольная уплата пени и вознаграждения» являлось одним из условий прекращения производства по уголовному делу. Так, в соответствии со ст. 20¹ Устава о наказаниях, налагаемых мировыми судьями 1864 г. (в ред. 1895 г.) обвиняемый в незаконной рубке в казенном или частном лесу мог быть освобожден от уголовного преследования, если: 1) совершенное деяние наказывалось только денежным взысканием; 2) виновный выплатил «пени и вознаграждения в высшем размере, определенном в законе»; 3) собственнику возвращен самовольно срубленной лес или стоимость одного (Tagantsev, 1994: 336).

Раздел Уложения «О вознаграждении за убытки, вред и обиды» (Отделение второе, ст.ст. 62—66) устанавливал компенсационные выплаты «сверх наказания», размер которых определялся постановлением суда (ст. 62 Уложения о наказаниях уголовных и исполнительных).

Советское уголовное законодательство вернулось к репрессивному содержанию реституционных действий виновного, отводя им место в системе наказаний, а с 1926 г. — мер «социальной защиты судебно-исправительного характера». Так, Руководящие начала по уголовному праву РСФСР 1919 г. к числу наказаний относили «восстановление, а при невозможности его — возмещение причиненного ущерба» (п. «е» ч. 2 ст. 25) (Shargorodsky, 2003: 320—321), УК РСФСР 1922 г. — «обязанность загладить причиненный вред» (п. «к» ст. 32), УК РСФСР 1926 г. — «возложение обязанности загладить причиненный вред» (п. «и» ст. 20). Соответствующая обязанность могла быть возложена на виновного при условии, «...если суд признает целесообразным, чтобы сам, именно, осужденный устранил последствия совершенного им правонарушения или причиненного потерпевшему ущерба» (п. «к» ст. 32 УК РСФСР 1922 г., ст. 44 УК РСФСР 1926 г.). При этом признавалась недопустимой оценка вреда, причиненного чести и достоинству советского гражданина в деньгах (Gertsenzon, Durmanov, Isayev & Man'kovskiy et al., 1938:367).

Более широко использовал законодатель уголовно-правовые средства для восстановления нарушенных прав в нормах УК РСФСР 1960 г. С одной стороны, закрепляя соответствующую форму позитивного посткриминального поведения виновного в перечне обстоятельств, смягчающих ответственность (п. 1 ст. 38 УК РСФСР), законодатель стимулировал добровольное и полное возмещение вреда, причиненного преступлением, а с другой — обеспечивал его мерами государственного принуждения, определяя в системе наказания (п. 8 ст. 21 УК РСФСР: возложение обязанности загладить причиненный вред) и санкциях статей, предусматривающих ответственность за клевету (ст. 130 УК РСФСР), оскорбление (ст. 131 УК РСФСР), умышленное уничтожение или повреждение имущества (ст. ст. 98, 149 УК РСФСР).

Форма исполнения указанного вида наказания зависела от характера и размера причиненного вреда (ст. 32 УК РСФСР). Если ущерб мог быть возмещен действиями виновного, суд возлагал на осужденного обязанность устранить вред своими силами; имущественный ущерб на сумму, не превышающую 500 рублей,

возмещался за счет средств подсудимого; при посягательстве на честь и достоинство личности либо нарушение правил социалистического общежития (при отсутствии материального ущерба) нарушитель должен был публично извиниться перед потерпевшим или членами соответствующего коллектива.

В ситуации, когда осужденный в установленный срок не выполнял возложенные обязанности, суд мог заменить указанный вид наказания на исправительные работы, штраф или увольнение от должности; вред же взыскивался в порядке гражданского производства, равно как и криминальный ущерб, превышающий 500 рублей (ч. 5 ст. 32 УК РСФСР).

Высшая судебная инстанция «... в целях наиболее полной реализации принципа дифференцированного подхода к назначению наказаний...» ориентировала правоприменителя на реализацию положений ст. 32 УК РСФСР (п. 3 Постановления Пленума Верховного Суда РСФСР от 26 декабря 1989 г. «О практике назначения наказаний, не связанных с лишением свободы»⁹). Эпизодическое же назначение указанного вида наказания, а также двойственность его юридической природы актуализировали предложения по его исключению из числа мер государственного принуждения (Zubkov (ed.), 1997:310).

Похожие по содержанию меры порицания применялись и в отношении несовершеннолетних, но определены они были в системе принудительных мер воспитательного характера. При этом обязанность принести извинение потерпевшему публично (или в иной определенной судом форме) (п. 1 ст. 63 УК РСФСР) могла быть возложена на всех подростков, совершивших преступления, не представляющие большой общественной опасности, наказание которых суд сочтет нецелесообразным, а обязанность возместить материальный ущерб (своим трудом или за счет самостоятельно заработанных средств) — только на несовершеннолетних, достигших пятнадцати лет, при условии, что ущерб не превышал 50 рублей (п. 4 ст. 63 УК РСФСР).

Компенсационные действия нарушителя запретов в механизме современного уголовно-правового регулирования

Современное уголовно-правовое регулирование возмещения вреда, причиненного преступлением, значительно отличается от ранее действовавшего. Не включив возложение обязанности загладить причиненный вред в систему наказаний (ст. 44 УК РФ), сохранив ее только в перечне принудительных мер воспитательного воздействия, без каких-либо ограничений (п. «в» ч. 2 ст. 90 УК РФ), законодатель отвел компенсационным действиям виновного место в системе поощряющих норм, арсенал которых существенно расширил. Так, «добровольное возмещение имущественного ущерба и морального вреда, причинных в результате преступления, иные действия, направленные на заглаживание вреда, причиненного преступлением» не только учитывается судом при назначении наказания в качестве смягчающего обстоятельства (п. «к» ч. 1 ст. 61 УК РФ), но и ограничивают пределы максимального срока наказания (ст. 62 УК РФ), расширяют

⁹ Бюллетень Верховного Суда РСФСР. 1990. № 3.

возможности в части назначения более мягкого наказания, чем предусмотрено законом (ст. 64 УК РФ). Частные интересы имеют приоритетное значение и при решении вопроса о конфискации имущества осужденного (ст. 104³ УК РФ).

Стремление законодателя обеспечить права потерпевшего от преступления в части возмещения причиненного ему вреда, находит отражение в поступательном реформировании УК РФ. Так, Федеральным законом от 28 декабря 2013 г. № 432-ФЗ¹⁰ редактированию, в части стимулирования возмещения обвиняемым причиненного вреда, подверглись нормы, регулирующие отмену условного осуждения, освобождение от наказания, снятие судимости (ст. ст. 74, 79, 80, 86 УК РФ).

Наиболее широко частно-правовые интересы реализованы в статьях, определяющих основания и условия освобождения от уголовной ответственности. Законодатель не только насытил их положениями, обязывающими правоприменителя учитывать мнение потерпевшей стороны при решении вопроса об уголовном преследовании виновного лица (ст. ст. 75, 76 УК РФ), но и пошел по пути расширения освобождающих норм, ориентированных на компенсацию причиненного вреда. Так, в 2011 г. УК РФ был дополнен ст. 76¹, предусматривающей возмещение ущерба и денежное возмещение в федеральный бюджет (в размере двукратной¹¹ суммы причиненного ущерба, полученного дохода, убытков, которые удалось избежать в результате совершения преступления) в качестве обязательных условий прекращения уголовного преследования¹², а пополнившая в 2016 г. УК РФ ст. 76² обременена исключительно условием возмещения ущерба или иным образом заглаживания причиненного преступлением вреда. Снижение требовательности компенсируется фискальным содержанием новых норм, предусматривающих выплату денежного возмещения в качестве основания освобождения виновного от ответственности (ст. 76¹ УК РФ) или судебного штрафа, как гарантии окончательности решения о прекращении уголовного преследования (ст. ст. 76², 104⁴, 104⁵ УК РФ).

В последние годы по инициативе Верховного Суда РФ неоднократно¹³ поднимался вопрос о необходимости расширения арсенала освобождающих норм,

¹⁰ Федеральный закон от 28 декабря 2013 г. № 432-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в целях совершенствования прав потерпевших в уголовном судопроизводстве» // Собрание законодательства РФ. 2013. № 52 (часть I). Ст. 6997.

¹¹ До изменений, внесенных Федеральным законом от 3 июля 2016 г. № 325-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс РФ и Уголовно-процессуальный кодекс РФ» размер в денежного возмещения составлял пятикратную сумму причиненного ущерба, полученного дохода, убытков, которые удалось избежать в результате совершения преступления.

¹² Федеральным законом от 27 декабря 2018 г. № 533-ФЗ законодатель расширил круг составов преступлений, охватываемых ст. 76¹ УК РФ (включив в него отдельные преступления против конституционных прав и свобод и ряд составов против собственности) и изменил название на «Освобождение от уголовной ответственности в связи с возмещением ущерба».

¹³ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 2017 г. № 42 «О внесении в Государственную Думу Федерального Собрания РФ проекта федерального закона «О внесении изменений в Уголовный кодекс РФ и Уголовно-процессуальный кодекс РФ в связи с введением понятия уголовного проступка». Режим доступа: <http://www.suprcourt.ru>; Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 13 октября 2020 г. № 24 «О внесении в Государственную Думу Федерального Собрания РФ проекта федерального закона «О внесении изменений в Уголовный кодекс РФ и Уголовно-процессуальный

обеспечивающих соблюдение баланса частных и публичных интересов: потерпевших, нарушенные права которых восстанавливаются посредством возмещения ущерба; государства, экономящего расходы на уголовном судопроизводстве и общества, обретающего дополнительные предпосылки для положительных изменений в социальной структуре за счет значительного сокращения лиц, имеющих судимость.

Оценивая усиление частно-правовых начал в сугубо публичной отрасли права, как принципиально новый концептуальный поворот в отечественной уголовной политике, отдельные ученые поднимают вопрос о расширении функций уголовного права, относя к ним восстановительно-компенсационную (Anoshchenkova, 2014:56—66). Поступательное изменение уголовно-правового значения компенсационных действий нарушителя запретов, от карательного к стимулирующему не только обеспечивает восстановление нарушенных криминальным деянием прав и законных интересов, но и создает условия для более глубокой дифференциации и индивидуализации уголовной ответственности и наказания.

Расширительное судебное толкование заглаживания вреда, причиненного преступлением

Выявленная законодательная трансформация уголовно-правового значения реституционных действий виновного заложила основу для переоценки правоприменителем их содержания. Так, перевод «возмещения ущерба» из числа мер государственного принуждения в форму поощрения, определил признание на практике необязательным исключительно личного участия нарушителя в заглаживании вреда¹⁴. Правильность такой позиции подтверждена и Пленумом Верховного Суда РФ, допускающим применение статей 75—76² УК РФ и в случаях возмещения вреда третьими лицами, если виновный не имеет реальной возможности выполнить указанные действия (п. 3 Постановления от 27 июня 2013 г. № 19).

Критически оценивая столь широкое судебное видение одного из ключевых понятий, отдельные представители уголовно-правовой науки не только задаются справедливым вопросом об обоснованности «получения самой большой по меркам уголовного права льготы в виде освобождения от уголовной ответственности» виновным (зачастую получившему материальную выгоду от криминального деяния), лично ничего не сделавшему для государственного прощения, но и ставят под сомнение реализацию задачи предупреждения преступлений (ст. 2 УК РФ) (Kostrova, 2017:73). Дополнительно следует отметить, что отступление от персонифицированного возмещения вреда, причиненного криминальным деянием, таит угрозу распространения фактов уклонения от

кодексе РФ в связи с введением понятия уголовного проступка». Режим доступа: <http://www.supcourt.ru>. (дата обращения 07.07.2021).

¹⁴ См., например: Кассационное определение Верховного Суда РФ от 14 октября 2008 г. № 48-О08-77 // СПС «КонсультантПлюс»; Постановление Октябрьского районного суда г. Орска от 10 марта 2015 г. // База судебных актов, судебных решений и нормативных документов «Судебные и нормативные акты РФ». Режим доступа: <http://sudact.ru/regular/doc/XXdaYE6EA1LO/> (дата обращения: 24.11.2020).

государственного порицания лиц, представляющих общественную опасность. Например, заявленный подход исключает вопросы (от правоохранительных органов) об источниках средств, выплаченных в качестве возмещения ущерба (зачастую исчисляемого сотнями тысяч рублей), лицами, не имеющими постоянного дохода, привлеченными к уголовной ответственности за производство и сбыт фальсифицированной алкогольной продукции (ст. 171¹ УК РФ), оборот контрафактных лекарственных средств и медицинских изделий (ст. ст. 235¹, 238¹ УК РФ), незаконную добычу водных биологических ресурсов (ст. 258 УК РФ), незаконную рубку лесных насаждений (ст. 260 УК РФ) и др. Возместив причинный ущерб, лица, организовавшие и руководившие соответствующей преступной деятельностью, не только «выведут» из сферы уголовных правоотношений исполнителей, но и уклонятся от уголовной ответственности.

Изменил правоприменитель и подход к определению форм заглаживания вреда. Так, сориентировав в п. п. 6 и 10 Постановления 2013 г. № 19 органы предварительного расследования и суды, на ставшие привычными способы возмещение вреда: а) в натуре (предоставление имущества взамен утраченного, ремонт или исправление поврежденного имущества); б) в денежной форме (возмещение стоимости утраченного или поврежденного имущества, расходов на лечение); в) в иных действиях виновного, направленных на восстановление нарушенных в результате преступления прав потерпевшего, законных интересов личности, общества и государства, Пленум Верховного Суда РФ, реагируя на вопросы, возникшие при реализации нового основания освобождения от уголовной ответственности — с назначением судебного штрафа (ст. 76² УК РФ), откорректировал свою позицию. Внося в 2016 г. изменения и дополнения в разъясняющий акт, Пленум, по сути, перевел рассматриваемое понятие из числа определенных в оценочные, предложив лишь общие ориентиры в установлении содержания компенсационных действий — «...любые, при условии, что они носят законный характер и не ущемляют права третьих лиц» (п. п. 2¹, 10 Постановления от 27 июня 2013 г. № 19).

Правоприменитель весьма оперативно и творчески отреагировал на новое судебное толкование одного из обязательных условий прекращения уголовного преследования по нереабилитирующим основаниям, усматривая в качестве заглаживания вреда самые разнообразные действия виновного. Распространенность отдельных форм позитивного посткриминального поведения виновного, признаваемых в качестве компенсационных, позволяет сделать вывод о сложившейся практике. Среди них можно выделить:

— перечисления денежных средств на счета благотворительных фондов, реабилитационных центров, организаций, оказывающих помощь наркозависимым гражданам (при отсутствии средств у подсудимого — трудовое участие), а также иных учреждений социальной направленности (детские дома, интернаты, дома престарелых и т.п.);

— размещение на интернет-ресурсах информации, пропагандирующей здоровый образ жизни, о вреде наркотиков; предупреждающей о недопустимости нарушения закона посредством создания, использования и распространения вредоносных компьютерных программ, публичных призывов к осуществлению

экстремистской деятельности, нарушений миграционного законодательства, а также об ответственности за соответствующие действия, нарушающие уголовный закон;

— принесение извинений перед Российской Федерацией (в зале суда или в форме письменного заявления на имя председателя суда, путем направления извинений на официальный сайт губернатора области) или перед работодателем, а также обещания в будущем не совершать новых уголовно-наказуемых деяний;

— прохождение медицинского обследования для получения документов на право управления транспортным средством или трудоустройство (по делам о преступлениях, связанных с использованием поддельных официальных документов) и прочие.

Заглаживанием вреда согласно формирующейся практике признаются и действия, свидетельствующие о деятельном раскаянии виновного («сообщил органом следствия информацию, позволившую задержать лицо, сбывающее наркотические средства», «согласился с предъявленным обвинением, при проверке показаний на месте добровольно указал на участок местности, где произошла приобретенная им конопля», «сообщил правоохранительным органам значимую информацию о реализации контрафактной алкогольной продукции», «подробно рассказал о совершенном и раскаялся в содеянном, активно способствовала расследованию преступления, участвуя в следственных действиях, давая подробную информацию, изобличающую лиц, причастных к совершению преступления» и т.п.), при этом подсудимые освобождаются от ответственности не на основании общей нормы — ч. 1 ст. 75 УК РФ или специальной, закрепленной в примечании к соответствующей статье Особенной части УК РФ, а в связи с назначением судебного штрафа (ст. 76² УК РФ). По своему содержанию соответствующие позитивные формы посткриминального деяния виновного далеки от компенсационных и не могут оцениваться как направленные на восстановление нарушенных социальных благ и интересов. Наметившейся же правоприменительный тренд, игнорирующий поощрительный потенциал деятельного раскаяния, идет вразрез с правилами конкуренции уголовно-правовых норм, определяющими приоритет безусловных видов освобождения от уголовной ответственности перед условными (Inogamova-Negaj, 2015:141).

Отдельные суды в качестве заглаживания вреда признают: получение лицензии, необходимой для осуществления предпринимательской деятельности; прекращение занятия незаконными валютными операциями, регистрация в качестве индивидуального предпринимателя, создание новых рабочих мест; перечисление на счет УВД денежных средств, затраченных при производстве по уголовному делу, возбужденному на основании заведомо ложного доноса; добровольное прибытие в воинскую часть лица, самовольно оставившего место службы; добровольное перечисление денежных средств, переданных в качестве предмета взятки; устранение выявленных нарушений при оказании услуг потребителям; возвратом проигрыша лицам при незаконном проведении азартных игр и т.д. Мы разделяем прогноз А.П. Фильченко в том, что «спектр возможных действий по заглаживанию вреда виновным будет расширяться с накоплением опыта правоприменения» (Filchenko, 2019: 26). Учитывая же, что соответствующие

решения принимаются по делам о преступлениях, причиняющих вред исключительно публичным интересам, все большую актуальность приобретает вопрос оценки соразмерности (достаточности) правосстановительных действий нарушителя запретов. На сегодняшний день постановления о прекращении уголовного преследования в этой части носят уязвимый характер, вызывая вопросы относительно достаточности перечисленных средств на благотворительные цели (или объема выполненных безвозмездных работ) обвиняемым в незаконном хранении наркотических средств или в организации в занятия проституцией, изготовлении, обороте порнографических предметов (или само по себе совершение обвиняемым действий на благо общества уже дает основание для отказа от его осуждения); обоснованности адресата (суд или работодатель) принесения извинений по делам о коррупционных преступлениях; восстановительного содержания действий, связанных с прекращением криминального деяния (законный способ получения официальных документов, лицензии, дающей право на занятие предпринимательской деятельностью). Вместе с тем их устойчивость определяется исключительно судьейским усмотрением, ограниченным двумя критериями — действия виновного должны носить законный характер и не ущемляют права третьих лиц. И вряд ли у заинтересованной стороны есть перспективы отмены обжалуемого решения, в котором суд усмотрел в качестве заглаживания вреда действия виновного, связанные с прекращением криминального деяния (особенно если они подкреплены публичным извинением), так как данные деяния укладываются указанные границы. Однако возникает вопрос: за что виновный освобождается от уголовной ответственности (самой строгой из всех видов юридической ответственности)? (Zvecharovsky, 2016:98—101). За то, что, будучи, по сути, избалованным, прекратил криминальный промысел, получив необходимую лицензию или официальный документ взамен поддельного или вернув взятку и т.д. Ответ, конечно, иной и кроется в затратах (судебный штраф), которые несет виновный за свое освобождение. Формально соответствуя закону, складывающееся правоприменение, на наш взгляд, подрывает авторитет уголовного закона, снижает уровень правосознания, сказывается на формировании правового нигилизма. Еще в конце XIX в. известный русский ученый-правовед И.Я. Фойницкий справедливо отмечал, «государство, пополняющее казну за счет преступлений, поступает аморально» (Foynitskiy, 1889).

Незначительный накопленный опыт применения закона не позволяет выработать универсальные критерии, позволяющие определить не только достаточные, но и минимально необходимые действия виновного для заглаживания вреда, причиненного криминальным деянием, посягающим на интересы общества и государства. А обеспечить единообразное правоприменение могут разъяснения Пленума Верховного Суда РФ, исключаящие признание в качестве компенсационных действия виновного, связанные с прекращением криминального посягательства.

Широкое распространение на практике получило и признание необязательным заглаживание вреда, по делам о преступлениях с формальным составом (при отсутствии потерпевшего) (Boyarskaya, 2018:154—163; Filchenko, 2019:21—27).

Обоснование соответствующих решений сводится к следующей логической цепочке: фактическое отсутствие вреда исключает объективную возможность его возмещения, следовательно, невозможно выполнить все условия, предусмотренные ст. 76² УК РФ, что не исключает ее применение в силу отсутствия соответствующего запрета. Упречность предложенной аргументации кроется в игнорировании одного из качественных признаков преступления — общественная опасность. Выступая объективным свойством преступления, общественная опасность означает, что деяние причиняет или создает угрозу причинения вреда общественным отношениям, охраняемым уголовным законом. Обязательность и имманентность указанного признака для каждого криминализованного и фактически совершенного преступного деяния означает, что преступление всегда влечет негативные изменения общественных отношений, взятых под охрану уголовным законом, т.е. вред существует вне зависимости от конструкции объективной стороны состава преступления, и вне зависимости от наличия или отсутствия потерпевшего. Не случайно и в Определении Конституционного Суд РФ от 26 октября 2017 г. № 2257-О¹⁵, и в разъяснениях Пленума Верховного Суда РФ (п. 25³ Постановления от 27 июня 2013 г. № 19), и в Обзоре судебной практики освобождения от уголовной ответственности с назначением судебного штрафа (ст. 76² УК РФ) (п. 1) акцентируется внимание на том, что отсутствие в диспозиции соответствующей статьи Особенной части УК РФ последствий в качестве признака состава преступления не означает, что совершение этого преступления не влечет причинение вреда или реальную угрозу его причинения. На суде же лежит обязанность оценивать достаточность предпринятых лицом, совершившим преступление, действий для того, чтобы расценить уменьшение общественной опасности содеянного как позволяющее освободить лицо от уголовной ответственности.

В этой части следует отметить, что соответствующая оценка должна производиться и по делам о преступлениях, по которым есть потерпевший, но вред причиняется двум и более объектам уголовно-правовой охраны (преступления, связанные с нарушением требований охраны труда, правил транспортной безопасности и безопасности и при производстве различного рода работ, преступления против правосудия, коррупционной направленности и т.п.). Решение об освобождении виновного от уголовной ответственности по данной категории дел может быть принято только при условии возмещения ущерба, причиненного конкретному лицу, а также заглаживания вреда, причиненного интересам общества и государства. На практике же суды крайне редко акцентируют внимание на негативных последствиях многообъектных криминальных посягательств, не усматривая препятствий для прекращения уголовного преследования по ст. 76² УК РФ, установив соответствующее согласие потерпевшего, не имеющего претензий в части возмещения вреда.

¹⁵ Определение Конституционного Суда РФ от 26 октября 2017 г. № 2257-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Гафитулиной Таисии Ивановны на нарушение ее конституционных прав пунктом 1 статьи 1 Федерального закона от 3 июля 2016 г. № 323-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс РФ и Уголовно-процессуальный кодекс РФ по вопросам совершенствования оснований и порядка освобождения от уголовной ответственности» // СПС «КонсультантПлюс».

Проведенный в ходе исследования анализ свидетельствует о том, что выявленное изменение судебного толкования «заглаживание вреда, причиненного преступлением» кроется не столько в перманентном реформировании института освобождения от уголовной ответственности, сколько в стремлении правоприменителя существенно расширить реализацию норм, предусматривающих прекращение уголовного преследования по нереабилитирующим основаниям. При этом в качестве приоритетного направления развития правоприменительской практики выступают не только компенсационные интересы, но и фискальные.

Трансформация законодательного определения восстановительного механизма из карательного в поощрительной повлекла как расширение спектра действий, оцениваемых в качестве заглаживания вреда, так и увеличение интересов, по которым допускается заглаживание причиненного вреда. Осознавая необратимость и невозможность компенсации вреда, причиненного публичным интересам, законодатель обременяет вновь водимые виды освобождения от уголовной ответственности дополнительными «выплатами» (ст. 76¹ УК РФ — двукратные выплаты) и «штрафами» (ст. 76² УК РФ — судебный штраф).

При этом на законодательном уровне никаких препятствий на перевод невозможного вреда в некую оплату нет. Напротив, возмещение виновным вреда рассматривается как позитивное посткриминальное поведение, а нормы, допускающие улучшение положения субъекта уголовно-правовых отношений в связи с возмещением вреда, обычно именуются поощрительными (хотя, конечно, поощрение в уголовном праве — это нонсенс, такие нормы в теории права именуются стимулирующими). Но суть одна — при осуществлении определенных выплат (и вовсе не обязательно конкретному потерпевшему) положение виновного лица улучшается.

Изложенное подтверждает прогнозы А.Э. Жалинского в отношении экономического подхода к уголовному правотворчеству (Zhalinsky, 2009:186). Видный отечественный ученый еще в начале века отмечал, что все имеет цену, в том числе и преступность, значит, имеет цену и наказание, и уголовное дело (в смысле процесс расследования и отправления правосудия), и уголовная ответственность. Следовательно, и освобождение от уголовной ответственности может иметь цену. Практика сегодняшнего дня актуализирует вопрос реальной оценки уголовной ответственности и критериев ее соотношения: с сэкономленными ресурсами государства или с причиненным вредом.

Заключение

Ретроспективный анализ дореволюционного законодательства свидетельствует о последовательной трансформации правосстановительных санкций: частные вознаграждения мстителем за утраченное ими право кровной мести и денежные взыскания в пользу пострадавших («истцу за обиду») постепенно вытеснились финансовыми требованиями публичного характера (первоначально взыскиваемых в доход представителей власти, позднее — в государственную казну). Заложив основу для формирования имущественных наказаний, компенсационные выплаты нарушителя запретов к середине XIX в. были выведены из числа исключительно карательных, занимая место в системе стимулирующих норм.

Первые советские кодифицированные акты вернулись к репрессивному содержанию реституционных действий виновного, относя их к числу уголовных наказаний. УК РСФСР 1960 г. отнес компенсационные действия нарушителя запретов и к числу карательных, и к стимулирующим мерам, обеспечивая полное и добровольное возмещение вреда, причиненного преступлением. При этом исключалась денежная компенсация вреда, причиненного публичным интересам, чести и достоинству советского гражданина.

Современное уголовное законодательство отводит компенсационным действиям виновного стимулирующую роль. Наиболее широко частно-правовые интересы реализованы в статьях, определяющих основания и условия освобождения от уголовной ответственности, перечень которых постоянно расширяется, при этом снижается требовательность к постриминальному поведению обвиняемого, компенсируемая фискальным содержанием новых норм, предусматривающих выплату денежного возмещения в качестве основания прекращения уголовного преследования (ст. 76¹ УК РФ) или судебного штрафа, как гарантии окончательности решения о прекращении производства по делу (ст. ст. 76², 104⁴, 104⁵ УК РФ).

Выявленная законодательная трансформация уголовно-правового значения реституционных действий виновного заложила основу для переоценки правоприменителем их содержания. Так, перемещение «возмещения ущерба» из числа мер государственного принуждения в форму поощрения, определило: 1) признание на практике необязательным исключительно личного участия нарушителя в заглаживании вреда; 2) перевод рассматриваемой дефиниции из числа определенных в оценочные.

Критически оценивая формирующуюся практику в новом направлении, авторы поднимают вопросы оправданности освобождения виновных от уголовной ответственности, лично ничего не сделавших для государственного прощения, выведения из сферы уголовных правоотношений лиц, организовавших криминальные посягательства, а также обоснованности отнесения судами к заглаживанию вреда, действий обвиняемых, далеких по содержанию от компенсационных.

В работе обосновывается вывод о том, что исключительно судебское усмотрение в определении заглаживании вреда (ограниченное требованиями законности действий виновного и не ущемления права третьих лиц), таит не только коррупционные риски, но и угрожает единообразному применению закона, что может повлечь отступление от принципов уголовного права.

Незначительный накопленный опыт применения закона не позволяет выработать универсальные критерии, позволяющие определить не только достаточные, но и минимально необходимые действия виновного для заглаживания вреда, причиненного криминальным деянием, посягающим на интересы общества и государства. А оперативному устранению дефектного правоприменения могут способствовать разъяснения Пленума Верховного Суда РФ, исключающие признание в качестве компенсационных действия виновного, связанные с прекращением криминального посягательства, а также образующих по содержанию деятельное раскаяние.

Наметившееся экономический подход к уголовному правотворчеству и правоприменению таит доступность освобождающих норм только для состоятельных обвиняемых, способных оперативно возместить любой ущерб и заплатить государству за свое прощение.

References / Список литературы

- Abashina, L.A. & Minakov, G.L. (2018) Judicial fine — a new other measure of a criminal-legal nature. *All-Russian criminological journal*. 12 (2), 266—274. (in Russian).
Абашина Л.А., Минаков Г.Л. Судебный штраф — новая иная мера уголовно-правового характера // *Всероссийский криминологический журнал*. 2018. № 12 (2). С. 266—274.
- Anoschenkova, S.V. (2017) Appointment of a court fine: questions of theory and practice. *Journal of Russian law*. (7), 114—125. https://doi.org/10.12737/article_59522f98a00977.62119826 (in Russian).
Анощенкова С.В. Назначение судебного штрафа: вопросы теории и практики // *Журнал российского права*. 2017. № 7. С. 114—125. https://doi.org/10.12737/article_59522f98a00977.62119826
- Anoschenkova, S.V. (2014) Restorative and compensatory function of criminal law. *Library of criminal law and criminology*. 3, 56—66. (in Russian).
Анощенкова С.В. Восстановительно-компенсационная функция уголовного права // *Библиотека уголовного права и криминологии*. 2014. № 3. С. 56—66.
- Antonov, A.G. (2013) Exemption from criminal liability in cases of crimes in the sphere of economic activity. *Russian Justice*. (5), 20—25. (in Russian).
Антонов А.Г. Освобождение от уголовной ответственности по делам о преступлениях в сфере экономической деятельности // *Российская юстиция*. 2013. № 5. С. 20—25.
- Bazemore, G. & Schiff, M. (1996) Community Justice/Restorative Justice: Prospects for a New Social Ecology for Community Corrections. *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*. 20 (2), 311—334.
- Boyarskaya, A.V. (2018) Judicial fine: problems of the substantive basis and law enforcement. *Law enforcement*. 2(1), 154—163. [https://doi.org/10.24147/2542-1514.2018.2\(1\).154-163](https://doi.org/10.24147/2542-1514.2018.2(1).154-163) (in Russian).
Боярская А.В. Судебный штраф: проблемы материально-правового базиса и правоприменения // *Правоприменение*. 2018. Т. 2. № 1. С. 154—163. [https://doi.org/10.24147/2542-1514.2018.2\(1\).154-163](https://doi.org/10.24147/2542-1514.2018.2(1).154-163)
- Chistyakov, O.I. (ed.) (1984) *Russian legislation of the X—XX centuries*. In 9 vol. Vol. 2: Legislation of Ancient Rus. Moscow, Yuridicheskaya literatura Publ. (in Russian).
Российское законодательство X—XX веков: в 9 т. / под общ. ред. О.И. Чистякова. Т. 2: Законодательство Древней Руси. М.: Юридическая литература, 1984. 694 с.
- Chistyakov, O.I. (ed.) (1988) *Russian legislation of the X—XX centuries*. In 9 vol. Vol. 6: Legislation of the first half of the XIXth century. Moscow, Yuridicheskaya literatura Publ. (in Russian).
Российское законодательство X—XX веков: в 9 т. / под общ. ред. О.И. Чистякова. Т. 6: Законодательство первой половины XIX века. М.: Юридическая литература, 1988. 431 с.
- Chistyakov, O.I. (ed.) (2001) *History of domestic state and law. Part I: Textbook*. 3rd ed., Perab. and add. Moscow, Jurist Pubk. (in Russian).
История отечественного государства и права: учебник. Ч. I / под ред. О.И. Чистякова. 3-е изд., пераб. и доп. М.: Юристъ, 2001. 386 с.
- Foynitskiy, I.Ya. (1889) *The doctrine of punishment in connection with prison science*. Saint Petersburg, Printing house of the Ministry of Railways Publ. (in Russian).
Фойницкий И.Я. Учение о наказании в связи с тюремоведением. СПб.: Типография Министерства путей сообщения, 1889. 503 с.

- Feld, B. (1990) The Punitive Juvenile Court and the Quality of Procedural Justice: Disjunctions between Rhetoric and Reality. *Crime & Delinquency*. (36), 443—466.
- Filchenko, A.P. (2019) Compensation for damage and mitigation of harm as a condition for exemption from criminal liability with the appointment of a court fine. *Advocacy practice*. (4), 21—27. (in Russian).
Фильченко А.П. Возмещение ущерба и заглаживание вреда как условия освобождения от уголовной ответственности с назначением судебного штрафа // Адвокатская практика. 2019. № 4. С. 21—27.
- Gal, T., Dancig-Rosenberg H. (2020) Characterizing multi-door criminal justice: A comparative analysis of three criminal justice mechanisms. *New Criminal Law Review*. 23(1), 139—166. <https://doi.org/10.1525/nclr.2020.23.1.139>
- Gertsenzon, A.A., Durmanov, N.D., Isayev, M.M. & Man'kovskiy, B. et al. (1938) Criminal law. A common part. Moscow, NKJ of the USSR Publ. (in Russian).
Уголовное право. Общая часть: учебник / Герцензон А.А., Дурманов Н.Д., Исаев М.М., Маньковский Б. и др. М.: НКЮ СССР, 1938. 408 с.
- Golovko, L.V. (2002) *Alternatives to criminal prosecution in modern law*. Saint Petersburg, Legal Center Press. (in Russian).
Головко Л.В. Альтернативы уголовному преследованию в современном праве. СПб.: Юридический центр пресс, 2002. 544 с.
- Inogamova-Khegai, L.V. (2015) *Conceptual foundations of competition in criminal law: monograph*. Moscow, NORMA Publ., INFRA-M Publ. (in Russian).
Иногамова-Хегай Л.В. Концептуальные основы конкуренции уголовно-правовых норм: монография. М.: НОРМА, ИНФРА-М, 2015. 288 с.
- Karabanova, E.N. & Tsepelev, K.V. (2016) Stimulating the accused to compensate for the harm caused by the crime: problems and prospects. *Russian Justice*. (5), 24—27. (in Russian).
Карабанова Е.Н., Цепелев К.В. Стимулирование обвиняемого к возмещению причиненного преступлением вреда: проблемы и перспективы // Российская юстиция. 2016. № 5. С. 24—27.
- Kaufman, M.A. (2021) On the issue of the grounds for exemption from criminal liability // *Journal of Russian law*. (1), 143—156. <https://doi.org/10.12737/jrl.2021.012> (in Russian).
Кауфман М.А. К вопросу об основании освобождения от уголовной ответственности // Журнал российского права. 2021. № 1. С. 143—156. <https://doi.org/10.12737/jrl.2021.012>
- Khlebnitsyna, E.A. (2017) Functions of the norms providing for exemption from criminal liability with the appointment of a court fine. *Russian judge*. (7), 33—36. (in Russian).
Хлебницына Е.А. Функции норм, предусматривающих освобождение от уголовной ответственности с назначением судебного штрафа // Российский судья. 2017. № 7. С. 33—36.
- Kostroma, M.B. (2017) Criminal legal mechanisms of a compensatory nature as one of the trends in the “economically oriented” criminal policy of Russia. *Criminal Law*. (4), 73—79. (in Russian).
Кострова М.Б. Уголовно-правовые механизмы компенсационного характера как один из трендов «экономико-ориентированной» уголовной политики России // Уголовное право. 2017. № 4. С. 73—79.
- Lanterman, J.L. (2019) Training partner selection and quality assurance in restorative justice for the criminal justice setting. *Contemporary Justice Review: Issues in Criminal, Social, and Restorative Justice*. 23(4), 544—562. <https://doi.org/10.1080/10282580.2019.1700369>
- Lopashenko, N.A. (2017) Reducing the repressiveness of criminal law: proposed measures and their assessment. *Criminal law*. (4), 84—93. (in Russian).
Лопашенко Н.А. Снижение репрессивности уголовного закона: предлагаемые меры и их оценка // Уголовное право. 2017. № 4. С. 84—93.
- Makarova, O.V. (2015) Exemption from criminal liability in cases of crimes in the sphere of economic activity. *Journal of Russian law*. (1), 111—118. (in Russian).

- Макарова О.В. Освобождение от уголовной ответственности по делам о преступлениях в сфере экономической деятельности // Журнал российского права. 2015. № 1. С. 111—118.
- Mallet, M.L. (2018) Alternative Dispute Resolution forms: a Transformation of the Judicial Ritual to Criminal Law. The Example of Criminal Mediation. *Onati socio-legal series*. 8(3), 363—385.
- Malysheva, O.A. (2020) Prospects for compensation to victims of harm caused by a crime. *Bulletin of the Tomsk State University*. 450, 226—233. (in Russian).
- Мальшиева О.А. Перспективы возмещения потерпевшим вреда, причиненного преступлением // Вестник Томского государственного университета. 2020. № 450. С. 226—233.
- Pudovochkin, Yu.E. (2020) Socio-criminological characteristics of exemption from criminal liability. *All-Russian criminological journal*. 14(4), 581—592. (in Russian).
- Пудовочкин Ю.Е. Социально-криминологическая характеристика освобождения от уголовной ответственности // Всероссийский криминологический журнал. 2020. № 14 (4). С. 581—592.
- Severson, M.M. (1995) Social-work and the pursuit of justice through mediation. *Social work*. 40(5), 683—691.
- Shargorodsky, M.D. (2003) Selected works on criminal law. Saint Petersburg, Legal Center Press Publ. (in Russian).
- Шаргородский М.Д. Избранные труды по уголовному праву. СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. 570 с.
- Skipchenko, N.Yu. (2017) Judicial Fine: Problems of Implementation of Legislative Novels. *Journal of Russian Law*. (7), 106—114. (in Russian).
- Скрипченко Н.Ю. Судебный штраф: проблемы реализации законодательных новелл // Журнал российского права. 2017. № 7. С. 106—114.
- Soloviev, O.G. & Knyazkov, A.A. (2012) On exemption from criminal liability in cases of crimes in the sphere of economic activity (article 76.1 of the Criminal Code of the Russian Federation). *Laws of Russia: experience, analysis, practice*. (7), 80—82. (in Russian).
- Соловьев О.Г., Князьков А.А. Об освобождении от уголовной ответственности по делам о преступлениях в сфере экономической деятельности (статья 76.1 УК РФ) // Законы России: опыт, анализ, практика. 2012. № 7. С. 80—82.
- Stepanova, I.B. & Sokolova, O.V. (2017) Exemption from criminal liability with the appointment of a court fine: problems and prospects. *Criminal law*. (3), 74—79. (in Russian).
- Степанова И.Б., Соколова О.В. Освобождение от уголовной ответственности с назначением судебного штрафа: проблемы и перспективы // Уголовное право. 2017. № 3. С. 74—79.
- Tagantsev, N.S. (1994) *Russian criminal law: lectures*. Part General. In 2 volumes. Vol. 2. Moscow, Nauka Publ. (in Russian).
- Таганцев Н.С. Русское уголовное право: лекции. Часть Общая: в 2 т. Т. 2. М.: Наука, 1994. 480 с.
- Tulkens, F. (1993) Les transformations du droit penal aux Etats-Unis. Pour un autre modele de justice. Nouveaux itinéraires en droit. *En hommage à François Rigaux*. Bruxelles, Bruylant. P. 461—493. (in France).
- Vetoshkin, S.A. (2017) On the accuracy of legal formulations associated with criminal penalties and Russian criminal law policy. *Actual problems of Russian law*. (10), 152—158. (in Russian).
- Ветошкин С.А. О точности юридических формулировок, связанных с уголовными наказаниями, и российской уголовно-правовой политике // Актуальные проблемы российского права. 2017. № 10. С. 152—158.
- Yankah, E.N. (2020) The right to reintegration. *New Criminal Law Review*. 23(1), 74—112. <https://doi.org/10.1525/nclr.2020.23.1.74>
- Zvecharovsky, I.E. (2016) On the legal nature of the court fine (Articles 76², 104⁴ of the Criminal Code of the Russian Federation). *Criminal law*. (6), 98—101. (in Russian).

Звечаровский И.Э. О юридической природе судебного штрафа (ст. 76², 104⁴ УК РФ). Уголовное право. 2016. № 6. С. 98—101.

Zhalinsky, A.E. (2009) *Criminal law in anticipation of changes: theoretical and instrumental analysis*. 2nd ed., Rev. and add. Moscow, Prospect Publ. (in Russian).

Жалинский А.Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2009. 400 с.

Zubkov, A.I. (ed.) (1997) *Criminal executive law of Russia. Textbook*. Moscow, INFRA group Publ. M-NORMA Publ. (in Russian).

Уголовно-исполнительное право России: учебник / под ред. А.И. Зубкова. М.: Издат. группа ИНФРА. М-НОРМА, 1997. 310 с.

Об авторах:

Скрипченко Нина Юрьевна — доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного права и уголовного процесса Северного (Арктического) федерального университета имени М.В. Ломоносова; 163002, Российская Федерация, г. Архангельск, наб. Северной Двины, д. 17

ORCID ID: 0000-0003-2445-2231; SPIN-код: 9849-8083

e-mail: n.skripchenko@narfu.ru

Анощенкова Светлана Владиславовна — кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права, криминалистики и криминологии Национального исследовательского Мордовского государственного университета им. Н.П. Огарёва; 430000, Российская Федерация, Республика Мордовия, г. Саранск, ул. Большевикская, д. 68

ORCID ID: 0000-0002-2045-9236; SPIN-код: 0356-4356

e-mail: anoshenkovas@list.ru

About the authors:

Nina Yu. Skripchenko — Doctor of Legal Sciences, Full Professor of the Department of Criminal Law and Criminal Procedure of the Northern (Arctic) Federal University named after M.V. Lomonosov; 17 nab. Northern Dvina, Arkhangelsk, 163002, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0003-2445-2231; SPIN-code: 9849-8083

e-mail: n.skripchenko@narfu.ru

Svetlana V. Anoshchenkova — Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Department of Criminal Law, Criminalistics and Criminology of the National Research Mordovian State University named after N.P. Ogareva; 68 st. Bolshevik, Saransk, Republic of Mordovia, 430000, Russian Federation.

ORCID ID: 0000-0002-2045-9236; SPIN-code: 0356-4356


e-mail: anoshenkovas@list.ru

<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-192-209>

Research Article

Specifics of resolving disputes in the field of climate protection by state courts and arbitration

Elena P. Ermakova  

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

Abstract. The article is devoted to the study of climate claims, including new types of such claims, recorded in a number of countries in 2020—2021. They involve claims for the protection of human rights and claims against private companies. In addition, the author analyzes the most common grounds for argumentation of the plaintiffs' positions in climate claims based on international, constitutional, administrative, and tort law. The most common legal doctrines that were used by courts as the ground for decisions on climate claims have been studied. The purpose of the study is to form an idea of a new type of claims (claims in the field of climate protection or climate claims) based on the analysis of regulations, judicial practice of foreign countries and scientific sources. The methodology includes empirical methods of comparison, description, and interpretation, theoretical methods of formal and dialectical logic, special methods such as legal-dogmatic and legal norms interpretation. The study showed that judicial and arbitration proceedings on climate issues have become an effective tool used by citizens and non-governmental organizations to ensure compliance with or strengthening of the climate commitments made by governments in accordance with the 2015 Paris Agreement.

Key words: European Union law, Paris Agreement 2015, climate claims, Milieudefensie case 2021

Conflicts of interest. The author declares no conflict of interest.

Information on financing. The study was funded by RFBR, project number 20-011-00270 "a".

Article received 3rd December 2021

Article accepted 15th January 2022

For citation:

Ermakova, E.P. (2022) Specifics of resolving disputes in the field of climate protection by state courts and arbitration. *RUDN Journal of Law*. 26 (1), 192—209. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-192-209>


© Ermakova E.P., 2022



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

Особенности разрешения споров в сфере защиты климата государственными судами и арбитражем

Е.П. Ермакова  

Российский университет дружбы народов, г. Москва, Российская Федерация
ermakova_ep@rudn.ru

Аннотация. Исследование посвящено климатическим искам, в том числе новым видам таких исков, зафиксированных в ряде стран в 2020—2021 гг.: 1) исков о защите прав человека, 2) исков против частных компаний. Кроме того, автор анализирует наиболее распространенные основания аргументации позиций истцов по климатическим искам, основанных на международном, конституционном, административном и деликтном праве. Изучены наиболее распространенные правовые доктрины, которые были положены судами в основание решений по климатическим искам. Цель: сформировать представление о новой разновидности исков — исках в сфере защиты климата, или климатических исков, — на основе анализа нормативных актов, судебной практики зарубежных стран 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, что судебные и арбитражные разбирательства по вопросам климата стали действенным инструментом, используемым гражданами и неправительственными организациями для обеспечения соблюдения или усиления обязательств по климату, взятых правительствами в соответствии с Парижским соглашением 2015 г.

Ключевые слова: право Европейского Союза, Парижское соглашение 2015 года, иски в сфере защиты климата, климатические иски, дело “Milieudefensie” 2021

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: 3 декабря 2021 г.

Дата принятия к печати: 15 января 2022 г.

Для цитирования:

Ермакова Е.П. Особенности разрешения споров в сфере защиты климата государственными судами и арбитражем // *RUDN Journal of Law*. 2022. Т. 26. № 1. С. 192—209. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-192-209>

Introduction

According to the database of the Climate Change Laws of the World (based on research by the Grantham Institute of the London School of Economics and the Sabin Center on Climate Change Law at Columbia University Law School), as of **November 2021**, the total number of climate change lawsuits filed in state courts

reached 1931¹. A report published in July 2021 by British scientists D. Setzer and K. Hyam emphasized that, globally, the cumulative number of climate change-related lawsuits in state courts has more than doubled since 2015. In the period from 1986 to 2014, a little more than 800 cases were initiated, while over the past six years more than 1,000 cases have been brought (Setzer & Higham, 2021).

We would like to emphasize that the above statistics reflect the climate disputes settled only by state courts and administrative bodies, as well as by international or regional courts and tribunals (including the courts of the European Union). Data on the number of disputes between individuals in the field of climate protection against changes before arbitration institutions remain closed due to the arbitration principle of confidentiality. We can learn this information only from reports of individual arbitration institutions, for example, from the Report of the Arbitration and ADR Commission of the International Chamber of Commerce (ICC) on the role of arbitration and ADR in resolving international disputes related to climate change (ICC Report 2019)².

Cases in the field of climate protection are still being initiated in many jurisdictions in both judicial and non-judicial forums, experts from Norton Rose Fulbright E. De Wit and E. McCoach noted in August 2021 (De Wit & McCoach, 2021). Other foreign authors have also repeatedly stressed that, given the recent successful decisions based on human rights (we are talking about the decision of the Hague Court in *Milieudefensie et al. v Royal Dutch Shell plc*)³, similar lawsuits will be brought against governments and corporations (Macchi & Van Zeven, 2021). The fossil fuel sector will remain the main target of the lawsuits, but it is possible that the list of defendants could become more diversified over time, especially if other high-emission sectors are not seen as taking significant measures to reduce emissions or moving towards net zero (Schiermeier, 2021). Experts also predicted a significant risk of starting greenwashing claims as companies and other organizations face closer scrutiny of the actions they take to achieve their publicly announced goals (Peel & Lin, 2019).

Thus, climate litigation has become a powerful tool used by citizens and non-governmental organizations to enforce or strengthen the climate commitments made by governments under the 2015 Paris Agreement (Gershinkova, 2021). Most cases were brought against national governments, usually by non-governmental organizations (NGOs) and individuals. Earlier we wrote about this in sufficient detail (Ermakova, 2020:606).

¹ Climate litigation cases. Climate Change Laws of the World. 2021. Available at: https://climate-laws.org/litigation_cases [Accessed 21th November 2021].

² Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR (ICC COMMISSION REPORT) (2019). International Chamber of Commerce (ICC). November 2019. Available at: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2019/11/icc-arbitration-adr-commission-report-on-resolving-climate-change-related-disputes-english-version.pdf> [Accessed 21th November 2021].

³ *Milieudefensie et al. v Royal Dutch Shell plc*. ECLI:NL:RBDHA:2021:5339. Uitspraken. Available at: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339> [Accessed 21th November 2021].

In this article, we will consider the types of climate claims, including new types of claims, recorded in a number of countries in 2020—2021: 1) claims for the protection of human rights and 2) claims against private companies. In addition, we will list the most common grounds for arguing the position of plaintiffs in climate claims, based on international, constitutional, administrative, and tort law. We will also study the most common legal doctrines that were used by the courts as the basis for decisions on climate claims.

Concept and classification of climate claims

The adoption of the Paris Agreement in December 2015 allowed to use legal instruments to protect against climate change — climate claims. To achieve the strategic goal of limiting global warming to 1.5 °C, the Paris Agreement created obligations for states with additional obligations for various actors. We join the opinion of most authors that in the modern sense, **climate disputes are any disputes arising in connection with the consequences of climate change and climate change policies provided for by the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) and the Paris Agreement of 2015** (Stuart-Smith, 2021). However, the question of the first climate claims, and what specific disputes are included in this concept remains controversial to this day (Robinson & D'Arcy, 2021).

Some authors focus their attention mainly on disputes considered by state courts. For example, American researchers Jacqueline Peel and Jolene Lin wrote that lawsuits raising issues of climate change first appeared as a phenomenon in the United States in the early 1990s (Peel & Lin, 2019). Among the earliest precedents is the decision in *City of Los Angeles and City of New York v. National Highway Transportation Safety Administration, et al*⁴, adopted by the Court of Appeals of the District of Columbia in 1990. The case involved issues related to the application of the 1970 National Environmental Policy Act. The decision in the case became the prototype for the vast majority of subsequent climate change cases in the United States.

Other researchers also refer to climate claims interstate disputes and disputes in the field of international commercial arbitration. For example, in 2021, Patrick Tieffry, a French arbitrator and professor at the Sorbonne Law School, noted that arbitration was used as a forum for resolving international disputes long before climate change became an issue, and even before the environment in its modern sense became the subject of disputes (Thieffry, 2021). The scientist emphasized that environmental damage was the subject of well-known groundbreaking arbitrations in

⁴ *City of Los Angeles and City of New York v. National Highway Transportation Safety Administration, et al.* Casetext. Available at: <https://casetext.com/case/city-of-los-angeles-v-national-highway-traffic-safety-admin> [Accessed 21th November 2021].

Trail Smelter (1941)⁵ and “Lake Lanoux” (1957)⁶. In the Trail Smelter case, the United States filed a lawsuit against Canada in the International Arbitration Court; it sued Canada for damages, as well as an injunction against the activities of the Canadian Trail Smelter Corporation for air pollution in Washington State. The Lake Lanoux case concerned the use of the waters of Lake Lanoux in the Pyrenees: the French Government intended to carry out certain works to use the waters of the lake, but the Spanish Government feared that those works would negatively affect the rights and interests of Spain in violation of the Bayonne Treaty between France and Spain of May 26, 1866.

In our opinion, both authors are right. The reality is that most researchers now give equal attention to claims filed in national state courts, and claims filed in international courts and arbitration institutions (Arbitration Court at the International Chamber of Commerce, London International Arbitration Court, etc.) (Setzer & Higham, 2021).

It should be noted that the adoption of the Paris Agreement in 2015 caused a flurry of judicial and arbitration proceedings in search of eliminating climate change effects and putting pressure on state and non-state actors to take more ambitious actions to address the climate change challenge (Savaresi & Auz, 2019). Therefore, many foreign experts and research groups have come up with various theories concerning the classification of claims in the field of climate change, or the so-called climate claims (Ermakova, 2021:56).

For example, American lawyers E. De Wit and E. McCouch identified the following five categories of climate protection claims:

- 1) claims for the protection of human rights and constitutional claims;
- 2) claims against governments;
- 3) claims in the field of private law;
- 4) claims in the field of planning and permitting;
- 5) claims in the field of administrative law and torts (De Wit & McCoach, 2021).

English authors D. Setzer and K. Higham focused on three types of climate litigations: 1) constitutional and human rights disputes; 2) claims against individuals — disputes in the field of corporate law and financial markets; 3) claims related to adaptation to climate change (Setzer & Higham, 2021).

In our opinion, the authors often confuse criteria for classifying climate claims, combining different frames of reference: **industry claims** (constitutional, corporate, financial, administrative), **claim purpose** (claims related to adaptation to climate change; claims in planning and issuance of permits) and **composition of the disputing parties** (claims against governments, claims

⁵ Trail Smelter Arbitration (United States of America v Canada) (1941) 3 RIAA 1905. Office of Legal Affairs. UNITED NATIONS. Available at: https://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf [Accessed 21th November 2021].

⁶ Lake Lanoux Arbitration (France v Spain) (1957) 12 riaa 281; 24 ilr 101 // ECOLEX. URL: <https://www.ecolex.org/details/court-decision/lake-lanoux-arbitration-france-v-spain-b09cb956-2cb5-479e-ba3a-bbfd4f7b68fc/> [Accessed 21th November 2021].

against individuals). The confusion of criteria is a serious weak point and a reason for criticism. It is obvious that various sectoral claims can be filed against both governments and individuals: constitutional (protection of human rights), financial, administrative, etc. Further, we will illustrate this thesis with specific examples.

This article is focused on certain types of climate claims, depending on industry: 1) constitutional claims (including claims for the protection of human rights), 2) administrative claims (including planning and permitting), and 3) corporate claims.

Constitutional climate laws

The scope of human rights arguments in climate cases continues to grow, according to the Climate Change Laws of the World database. There are currently more than 100 (112 to be exact) cases of human rights violations identified worldwide, including in the United States, with 29 of these cases filed in 2020 and five more by May 2021. Most (93) of these cases were brought against governments, and a minority (16) sued private companies. Positive decisions were reached in 25 of these cases, and negative decisions were made in 32 cases (Setzer & Higham, 2021). As a reminder, the “Climate Change Laws of the World” database mainly includes cases brought by state national courts.

Urgenda case. One of the most notable climate change court decisions is the landmark decision of **the District Court in The Hague on June 24, 2015**. The Dutch environmental group Urgenda Foundation and 900 Dutch citizens have sued the Dutch government urging it acted more actively to prevent global climate change (Ermakova, 2020:612; Ermakova & Frolova, 2021:1798). The court found that the state had violated the “standard of due diligence” for its citizens, which, according to Art. Article 21 of the Dutch Constitution and Dutch tort law is a wrongful act. The court ruled that the Netherlands should take additional measures to reduce greenhouse gas emissions⁷. That was the first judicial decision to pin the state down to limit greenhouse gas emissions. The District Court’s ruling was upheld by a ruling by the Supreme Court of the Netherlands on 20 December 2019.

It should be noted that although the decision of the Dutch Supreme Court is not binding on courts in other countries, the principles contained in this case have significantly strengthened the position of citizens in terms of global legal and political pressure on their governments to take urgent action on climate change. The decision has had and will continue to have particular weight in the European Union as it is based in part on the provisions of the European Convention on Human Rights (ECHR).

⁷ District Court of the Hague 24 June 2015, ECLI: NL: RBDHA: 2015:7145. Rechtspraak. Available at: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2015:7145> [Accessed 21th November 2021].

Neubauer and Others v. Germany. In February 2020, nine German youths filed a constitutional complaint with the German Federal Constitutional Court. The plaintiffs' complaint argued that the target of reducing greenhouse gas emissions established in the German Federal Climate Protection Act of December 2019 (55% of the 1990 level by 2030) is insufficient to meet Germany's obligations under the 2015 Paris Agreement. It was further argued that "insufficient aim" violates the rights of individuals (the plaintiffs) to human dignity, life and physical integrity protected by Articles 1 and 2 of the German Constitution in conjunction with article 20a of the Constitution, which provides that Germany must protect the natural foundations of life, bearing in mind its responsibility to future generations.

In the judgment published on April 29, 2021, Germany's Federal Constitutional Court joined other courts around the world in criticizing governments for failing to take effective actions against climate change. The court ruled that the German Climate Protection Act of December 2019 was insufficient to fulfill Germany's obligations.

The principle of sustainable development underlies reasoning that requires political action, considering the consequences for present and future generations (Bäumler, 2021). The court ruled that the government must amend the Federal Law on Climate Protection with updated reduction targets by December 31, 2022.

Greenpeace Nordic Ass'n and Nature and Youth v Ministry of Petroleum and Energy. In November 2016, Greenpeace Nordic Association, and the environmental group Nature and Youth filed a lawsuit with the Oslo District Court against the Norwegian government, arguing that the government violated Article 112 of the Norwegian Constitution by their decision to grant licenses for deep-sea oil production⁸. Article 112 of the Constitution provides that "everyone has the right to an environment conducive to health and to a natural environment whose productivity and diversity are preserved". It has been argued that Article 112 gives the Court jurisdiction to invalidate the issuance of deep-sea licenses because the decision violates the rights that this Article is intended to protect. The plaintiffs requested the relevant orders.

In January 2018, the Oslo District Court ruled in the government's favor. The plaintiffs appealed this decision to the Borgarting Court of Appeal in Oslo, arguing that the District Court erred in its interpretation of section 112 of the Norwegian Constitution. In January 2020, the Borgarting Court of Appeal upheld the District Court's decision. The plaintiffs appealed against this second ruling in February 2020. In December 2020, the Norwegian Supreme Court ruled in favor of the government. The Supreme Court ruled that Article 112 of the Norwegian Constitution protects individuals from the risks of climate change but upheld the deep-sea oil licenses and ruled that the Norwegian government did not violate Article 112 of the Constitution.

⁸ Greenpeace Nordic Ass'n and Nature and Youth v Ministry of Petroleum and Energy. Creative Commons Attribution-ShareAlike 4.0 International. 4 May 2021. Available at: https://climatelitigation.miraheze.org/wiki/Greenpeace_Nordic_Ass%E2%80%99n_v._Ministry_of_Petroleum_and_Energy [Accessed 21th November 2021].

The court clarified that the uncertainty surrounding future emissions from exported oil is insufficient to prevent granting licenses.

After failing in national courts, in June 2021, a group of Norwegian climate activists, Greenpeace and Young Friends of the Earth, applied to the European Court of Human Rights (ECHR). The petition claims that Norway's plans for additional exploration and drilling for oil in the Arctic deprive young people of their basic human rights (De Wit & McCoach, 2021).

The victories of climate activists in human rights lawsuits led to an interesting phenomenon: lawyers began to study the issue of the possibility of considering human rights claims by international commercial arbitration. Traditionally, such claims have not been the subject of commercial arbitration. But in 2011, the Human Rights Council of the UN General Assembly published Guiding Principles on Business and Human Rights⁹. Various jurisdictions have implemented the UN Guiding Principles in their national legislation or are in the process of doing so. For example, under the 2017 French Vigilance Law (*Loi de Vigilance*)¹⁰, multinational corporations domiciled in France are liable to stakeholders for damages resulting from violation of legal obligations related to human rights. Similar bills are being developed in the European Union and Germany. However, these projects did not pay much attention to arbitration.

In fact, some of the unique advantages of international arbitration, such as the right of parties to appoint a tribunal, procedural flexibility, efficiency in obtaining evidence and ability to maintain confidentiality, ideally fit the special needs of disputing parties in cases related to “protecting human rights in business” (Business Human Rights (BHR)). It is even more striking that arbitration has not yet played a prominent role in discussions connected to ensuring the observance of human rights in business, German lawyer N.J. Saugg noted in 2021 (Zaugg, 2021).

Administrative climate claims

Notre Affaire à Tous and others v France. On December 17, 2018, four non-profit organizations Notre Affaire à Tous, Fondation pour la Nature et l'Homme, Greenpeace France and Oxfam France provided legal notice (*Lettre préalable indemnitaire*) to the French government, arguing that its failure to take appropriate actions to effectively tackle climate change violates its statutory duty to act. This “letter” initiated the first round of legal proceedings against the French government for inadequate actions in the fight against climate change¹¹.

⁹ United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights. Available at: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf [Accessed 21th November 2021].

¹⁰ LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (1). Legifrance. Available at: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034290626/> [Accessed 21th November 2021].

¹¹ Notre Affaire à Tous and Others v. Total. Climate Change Laws of the World. January 28, 2020. Available at: https://climate-laws.org/geographies/france/litigation_cases/notre-affaire-a-tous-and-others-v-total [Accessed 21th November 2021].

This letter is part of a lawsuit known as “recours en carence fautive”. The plaintiffs argued that the French government’s failure to take appropriate measures to effectively tackle climate change violated its statutory duty to act. On February 15, 2019, the French government rejected the plaintiffs’ letter (Ermakova, 2020:617—619).

On March 14, 2019, the plaintiffs filed a claim with the Paris Administrative Court (Tribunal administratif de Paris). The petition accompanying their initiative, *L’Affaire du siècle*, or Matter of the Century, has received a record 2.1 million signatures. The plaintiffs asked the court to order the government to pay compensation for the damage caused and to take measures to address the problem of climate change.

On February 3, 2021, the Paris Administrative Court issued a judgment. The court found that the government caused environmental damage; however, the government was not ordered to pay compensation. The court also recognized the existence of non-pecuniary damage and ordered the government to compensate each claimant for damage caused by the government’s failure to act. The court also recognized the non-pecuniary damage and ordered the government to compensate each claimant for damage caused by the government’s failure to act. The court indicated that, within 2 months of notifying the parties of the judgment, additional information should be provided on how the government plans to achieve its change goals before deciding on measures to be taken by the government to tackle climate change (De Wit & McCoach, 2021).

Sharma v Minister for the Environment¹². In May 2021, a judge in the Australian Federal Court handed down a landmark decision in the *Sharma v Minister for the Environment* climate change case, which received a lot of backlash both in Australia and internationally (Rock, 2021). This was a negligence suit by the Australian Minister of the Environment (hereinafter the Minister), initiated in connection with an application to expand a coal mine in the NSW region. Vickery Coal Pty Ltd planned to expand the scope of its existing coal mining permit. The environmental impact of this application meant it was a “controlled action” under Australia’s Environment and Biodiversity Act 1999, which stated that a permit could not be issued without the approval of the Minister. The case was brought by a group of eight children, led by A. Sharma, against the federal minister to protect young people from future harm that could be caused by the proposed New South Wales Coal Expansion Project (Vickery Project).

On 8 July 2021, the Court ruled that the Minister must take care to avoid bodily harm or death to Australian children from CO₂ emissions when deciding whether to approve the Vickery Project. On July 16, 2021, the minister appealed this decision (De Wit & McCoach, 2021).

¹² *Sharma v Minister for the Environment*/Environmental Law Australia. Available at: <http://envlaw.com.au/sharma/> [Accessed 21th November 2021].

The Sharma decision is fundamentally changing understanding of government liability and its individual members in the context of climate change. The potential recognition of the duty of “caring for future generations”, if supported by courts in other countries, may become a prerequisite for decision-making not only for governments, but also for private actors to pursue new developments and projects.

However, two weeks after the Court’s ruling in *Sharma v Minister for the Environment*, the Minister granted permission to expand another major coal mine, the Mangula mine in New South Wales. Australian human rights activists have called it Groundhog Day. They argued that “the near-word-for-word repetition of formulaic reasoning in approving the expansion of two mines is not accidental, but deliberate strategy (developed by agency officials and lawyers advising the minister) to minimize the possibility of a successful judicial review of a climate change court decision”.

Corporate climate claims

The Milieudefensie et al. v Royal Dutch Shell plc. On May 26, 2021, the District Court of The Hague ruled for the first time in class actions brought by several non-governmental organizations (NGOs) (including Friends of the Earth (Milieudefensie)) against a private company, Royal Dutch Shell plc (Shell)¹³. The NGOs argued that Shell should have reduced its total CO₂ emissions by at least 45% from 2019 levels by the end of 2030 (the “target reduction”). The court ruled in favor of non-governmental organizations and ordered Shell to achieve the target reduction. **This is the first time when a court has ordered a private company** to cut CO₂ emissions in line with the climate targets included in the Paris Agreement.

As the Dutch scholars Chiara Mackey and Josephine Van Zeben (Wageningen University, Netherlands) have emphasized, nation-states are still the only full-fledged subjects of international law, except for corporations, which are not considered to have direct obligations under international law in the field of human rights. Accordingly, all existing international human rights treaties are stipulated by states for states, and corporations cannot be defendants in any international human rights body or court. At the same time, the actions of transnational corporations have significant social and environmental impacts. In addition, these corporations enjoy broad rights under international investment law (Macchi & Van Zeben, 2021).

A number of regional and international initiatives have sought to bridge the resulting governance gaps with regard to the transnational activities of complex business conglomerates and corporate networks. However, attempts to impose direct

¹³ Milieudefensie et al. v Royal Dutch Shell plc. ECLI:NL:RBDHA:2021:5339. Uitspraken. Available at: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339> [Accessed 21th November 2021].

international human rights obligations on corporations, including those under the auspices of the UN, have proved politically controversial and ultimately failed. Even the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights are formulated as a traditional international instrument that is binding on states and not on private actors.

The 2021 Milieudefensie ruling by the Hague Court reflects a general trend towards increased scrutiny by national governments over the environmental impacts of multinational corporations. This decision obliges Royal Dutch Shell (RDS) to strengthen its corporate environmental due diligence policy and the responsibilities set out in the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights, however none of these responsibilities are formally enforceable (Macchi & Van Zeven, 2021).

Case merits: In 2019, Milieudefensie, on behalf of itself, six other non-governmental organizations and over 17,000 Dutch nationals, filed a class action lawsuit in the District Court of The Hague against RDS, the parent company of a global network of subsidiaries engaged in oil and gas production and distribution. The plaintiffs argued that RDS is obligated, based on an unwritten standard of care, under section 162 of the Dutch Civil Code, to help prevent dangerous climate change. In light of this commitment, the plaintiffs requested the Court to order RDS to reduce CO₂ emissions by 45 per cent by 2030 compared to 2019, including emissions based on its own business operations as well as those generated through the sale of its energy products. The lawsuit was directed, inter alia, against Royal Dutch Shell as the parent company of the Shell group and the entity that sets the overall policy for the entire group. RDS's corporate policy has been identified by the plaintiffs as "dangerous and disastrous ... in line with the global climate target to prevent dangerous climate change to protect humanity, the human environment and nature".

With regard to the choice of applicable law, the main discussion point was the interpretation of "event causing damage" within the meaning of Article 7 of the EU Rome II Regulation¹⁴. The court found that RDS corporate policy in the Netherlands constituted the event allowing to apply Dutch tort law. However, the Court recognized that due to the nature of "environmental liability", situations may arise where multiple events lead to damage in several countries. This means that more than one national law may be enforced, which could have implications for other cases against corporations acting internationally.

The judgment of the Court is based on the tort law of the Netherlands (Article 6: 162 of the Dutch Civil Code). In its assessment of whether Shell acted in defiance of the unwritten "duty of care" within the meaning of this Civil Code provision, the Court referred to so-called "soft provisions" of international law, such as the United

¹⁴ Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II). EUR-lex. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32007R0864> [Accessed 21th November 2021].

Nations Guiding Principles on Business and Human Rights, and took into account all the circumstances of the case, including: (a) the consequences of Shell's CO₂ emissions; b) the impact of Shell on CO₂ emissions; c) provisions for the protection of human rights.

Considering this, the Court noted that if Shell did not achieve the “reduction target” then the company would act contrary to its unwritten “duty of care” and therefore ordered Shell to achieve the “reduction target”. The Court ruled that Shell 1) must satisfy an “obligation of result” in terms of the activities of the Shell group; this means that Shell must ensure that the companies in its group achieve the “reduction target”, 2) must undertake a “significant best-efforts obligation” in relation to Shell's business partners, including end users, which entails taking the necessary steps to eliminate or prevent a significant risk arising from CO₂ emissions from business partners of Shell, and use their influence to limit as much as possible any long-term consequences of such emissions.

Shell announced in a July 20, 2021 press statement that Shell would appeal the court ruling (De Wit & McCoach, 2021).

However, Shell chose to act differently. In November 2021, reports emerged that “the oil and gas company Royal Dutch Shell decided to change its shareholding structure, become a UK tax resident instead of the Netherlands and shorten the name simply to “Shell”. These are the most significant changes in the company since its formation in 2005. The Dutch government said it was “unpleasantly surprised” by the company's statement”¹⁵. Therefore, we fully agree with the opinion of K. McKee and J. Van Zeben that the *Milieudefensie v RDS* decision, similar to the *Urgenda* decision, can be regarded as a means of accelerating and ensuring fulfillment of obligations agreed within the framework of the UNFCCC process. At the same time, as it was especially clear in the *Urgenda* case, these decisions can have complex links to national and regional climate policies that reflect hard-won agreements on political goals.

Okpabi and others v Royal Dutch Shell Plc. On 12 February 2021, the UK Supreme Court ruled on the case of *Okpabi and others v Royal Dutch Shell Plc*¹⁶. The case concerned two negligence claims brought by Nigerian citizens against Royal Dutch Shell (based in the UK) and its Nigerian operating subsidiary that operated the pipeline. The plaintiffs argued that they suffered damage as a result of the allegedly negligent operation of the pipeline and that Shell was under an obligation to take care of the alleged environmental damage and human rights violations due to its alleged control of its subsidiary.

¹⁵ Tairov R. Shell zaplanirovala samye krupnye korporativnye izmeneniya s 2005 goda // Forbes. 15.11.2021. Available from: https://www.forbes.ru/biznes/446047-shell-zaplanirovala-samye-krupnye-korporativnye-izmeneniya-s-2005-goda?utm_source=facebook&utm_medium=social&utm_campaign=neftegazovaya-kompaniya-royal-dutch-shell [Accessed 21th November 2021]. (in Russian).

¹⁶ *Okpabi and others v Royal Dutch Shell Plc*. Case ID: UKSC 2018/0068. The Supreme Court. Available at: <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2018-0068.html> [Accessed 21th November 2021].

Attorney Claire Connellan (White & Case firm) emphasized that the UK Supreme Court issued the latest in a series of landmark decisions on parent company liability under UK law in lawsuits addressing environmental and human rights violations (Connellan, 2021). Unanimously overturning the decision of the Court of Appeal, the Supreme Court concluded that, based on the degree of control and de facto management, it could be argued that the parent company has a duty of care for the alleged environmental damage and human rights violations by Shell's Nigerian subsidiary.

Case merits. More than 40,000 citizens of the two affected Niger Delta regions (the plaintiffs) have filed a class action lawsuit against Royal Dutch Shell (RDS) and one of its Nigerian subsidiaries, Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd (SPDC). The plaintiffs argued that oil spills and pipelines pollution by SPDC caused significant environmental damage, as a result of which natural sources of water cannot be safely used for drinking, fishing, agricultural, washing or recreational purposes.

The plaintiffs attempted to sue the parent company, RDS, directly responsible for the actions of its subsidiary, alleging that RDS had a duty of care for environmental damage. RDS has breached this obligation by failing to remedy the significant harm caused to the plaintiffs' communities. The plaintiffs also argued that RDS exercised control over SPDC and its operations, and therefore RDS is responsible for the actions of SPDC, including through RDS's corporate policies, which, on their point of view, in their point of view, are related to the damage caused.

Both the High Court and the Court of Appeal ruled in favor of the defendants on the grounds that the plaintiffs failed to present a duly reasoned argument that Royal Dutch Shell had a duty of care for the alleged environmental damage.

Having considered the disputable issue of plaintiffs' arguments and applying the general principles of negligence, the UK Supreme Court concluded that RDS (the respondent) had failed to prove that the plaintiffs' arguments were "demonstrably untrue or unsupported". On the contrary, the Supreme Court is convinced that there is a "real issue to be tried". The court found the evidence particularly compelling that the Shell group was organized along business and functional lines rather than according to a corporate form (i.e., a separate corporate entity).

This ruling emphasizes that a parent company incorporated in England may be liable in English courts for claims brought by non-UK plaintiffs (where it can be argued that the parent company has a duty of care in relation to environmental damage incurred by the actions of its subsidiary). It also shows that the limit for plaintiffs to file such claims in English courts is lower than previously thought (De Wit & McCoach, 2021).

Multinational corporate groups need to have a clear understanding of how and to whom responsibility for management functions across the group is delegated. According to Claire Connellan, this issue will be in the focus of attention of companies operating not only in the UK, but also in the European Union, as the number of lawsuits where plaintiffs seek to hold companies accountable for damage

to human rights and the environment, as well as in connection with the Draft of new EU Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD)¹⁷ requiring mandatory due diligence on human rights, environment and good governance throughout the value chain is growing (Connellan, 2021).

Legal doctrines in climate claims

Due Diligence is a core standard of international law that encompasses a wide range of due diligence terminology, but there is no legally binding definition to be found anywhere (Monnheimer, 2021). Scientific writings use a variety of terms to denote due diligence, including “doctrine,” “requirement,” “duty,” “obligation,” or “standard,” noted Polish author D. Kulesza (Kulesza, 2016).

The doctrine of a state’s “due diligence” for its citizens has been used by many courts to reason their decisions on climate disputes. For example, the District Court of The Hague, in the *Urgenda* case, found that “the state had violated the ‘standard of due diligence’ for its citizens, which is illegal under Dutch tort law”. Similar arguments were used by the Federal Court of Australia in its decision in the case **Sharma v Minister for the Environment** in May 2021.

The doctrine of “due diligence” is at the heart of the United Nations’ Guiding Principles on Business and Human Rights, which set international benchmarks for addressing corporate responsibility for human rights violations (Bonnitcha & McCorquodale, 2017). This was clearly demonstrated in the decision of the District Court of The Hague in the case *Milieudefensie et al. v Royal Dutch Shell plc* in May 2021. The due diligence standard was the basis for the UK Supreme Court decision in the case of *Okpabi and others v Royal Dutch Shell Plc*, delivered in February 2021.

The Public Trust Doctrine is a common law doctrine that stems from Roman law. It was based on the idea that certain common properties such as rivers, seashore, forests and air are under the tutelage of the government for free and unimpeded use by the general public. According to Roman law, these resources either belonged to no one (*Res Nullius*), or belonged to all (*Res Communis*). According to the doctrine of “public trust”, the state holds natural resources in trust and, as a trustee, is obliged to use these resources rationally and for the benefit of citizens (Sagarin, Turnipseed, 2012).

In climate protection cases, the “public trust doctrine” is best known for the landmark constitutional climate lawsuit *Juliana v. United States*¹⁸. In 2015, 21 young people, represented by Our Children’s Trust, filed a lawsuit against the United States in the Federal District Court for the District of Oregon. The plaintiffs argued that the

¹⁷ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2013/34/EU, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC and Regulation (EU) No 537/2014, as regards corporate sustainability reporting. COM/2021/189 final. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021PC0189> [Accessed 21th November 2021].

¹⁸ *Juliana v. United States*. Climate Change Litigation Databases. 2021. Available at: <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/case/juliana-v-united-states/> [Accessed 21th November 2021].

US government knowingly violated their constitutional rights to life, liberty and property, and violated the government's sovereign duty to protect public resources, that is, the doctrine of public trust, by encouraging and permitting the burning of fossil fuels. As of June 2021, the issue of an amicable settlement of the dispute is under discussion (Peel & Lin, 2019).

The doctrine of legitimate expectations. As such, “legitimate expectations” claims are based on the assumption that government agencies must act consistently and not override their own decisions. Individuals who reasonably rely on statements by a government agency should have the right to enforce them; if necessary through the court. For a “legitimate expectation” to arise, a government statement must be clear, unambiguous and unconditional. Interference with “legitimate expectations” may in some cases be justified by public policy considerations (Tomlinson, 2020).

A stable and predictable legal environment is one of the main factors in the investment process. This is especially important in the energy sector, with its characteristic long-term investments that require significant financial costs (Krzykowski, 2021). As an example of climate lawsuits based on the doctrine of “legitimate expectations”, one can cite the so-called “solar cases”, initiated over the past 10 years by investors against Spain, Italy and the Czech Republic. These disputes focus on the question of whether governments can adjust incentives such as subsidies and feed-in tariffs in the renewable energy sector to the detriment of investors, after those investors have relied on these subsidies to make their investments. Among the “solar cases” brought against the Czech Republic are the following: “Natland Investment Group NV, Natland Group Limited, G.I.H.G. Limited, and Radiance Energy Holding S.à r.l. v. Czech Republic” (2013); “Voltaic Network GmbH v. Czech Republic” (2013); “ICW Europe Investments Limited v. Czech Republic” (2013) and others. A number of “solar cases” were also initiated against Italy, including “Veolia Propreté SAS v. Italy” (ICSID Case No. ARB / 18/20); “VC Holding II S.à r.l. and others v. Italy” (ICSID Case No. ARB / 16/39); “Eskosol S.p.A. in Liquidazione v. Italy” (ICSID Case No. ARB / 15/50) and others.

Conclusion

The study showed that judicial and arbitration proceedings on climate issues have become an effective tool used by citizens and non-governmental organizations to ensure compliance with or strengthen the climate commitments made by governments in accordance with the 2015 Paris Agreement.

The author came to the following conclusions:

1) climate disputes are any disputes arising in connection with the consequences of climate change and climate change policies provided for by the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) and the 2015 Paris Agreement;

2) claims in the field of climate change protection include claims filed with national state courts and other claims filed with international courts and international arbitration institutions (international arbitrations);

3) it is possible to distinguish certain types of climate claims depending on their industry affiliation (substantive classification of claims): a) constitutional claims (including claims for the protection of human rights); b) administrative claims (including planning and permitting); c) corporate claims.

4) in most cases in the field of climate protection, the arguments of the plaintiffs and the conclusions of courts and arbitrations are based (except for international and national regulations) on various doctrines: the doctrine of “due diligence”; the doctrine of “public trust”; the doctrine of “legitimate expectations”.

References / Список литературы

- Bäumler, J. (2021) Sustainable Development made justiciable: The German Constitutional Court’s climate ruling on intra- and inter-generational equity. *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*. Available at: <https://www.ejiltalk.org/sustainable-development-made-justiciable-the-german-constitutional-courts-climate-ruling-on-intra-and-inter-generational-equity/> [Accessed 21th November 2021].
- Bonnitcha, J. & McCorquodale, R. (2017) The Concept of ‘Due Diligence’ in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights. *European Journal of International Law*. 28(3), 899—919. <https://doi.org/10.1093/ejil/chx042>
- Connellan, C. et al (2021) Okpabi v Royal Dutch Shell Plc: UK Supreme Court allows Nigerian citizens’ environmental damage claim to proceed against UK parent company. *White & Case LLP*. Available at: <https://www.whitecase.com/publications/alert/okpabi-v-royal-dutch-shell-plc-uk-supreme-court-allows-nigerian-citizens> [Accessed 21th November 2021].
- De Wit, E., McCoach, A. (2021). Climate change litigation update. *Norton Rose Fulbright*. Available at: <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/56ccc2b1/climate-change-litigation-update> [Accessed 21th November 2021].
- Ermakova, E.P. (2021) Arbitrazh kak sredstvo razresheniya sporov ob izmenenii klimata. *Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS*. 16(5), 55—78. <https://doi.org/10.35427/2073-4522-2021-16-5> (in Russian).
Ермакова Е.П. Арбитраж как средство разрешения споров об изменении климата // Труды Института государства и права РАН. 2021. Т. 16. № 5. С. 55—78. https://doi.org/10.35427/2073-4522-2021-16-5
- Ermakova, E.P. (2020) Lawsuits against governments and private companies of european countries over climate protection under the Paris Agreement 2015 (UK, Netherlands, Germany and France). *Perm University Herald. Juridical Sciences*. 3(49), 604—625. <https://doi.org/10.17072/1995-4190-2020-49-604-625> (in Russian).
Ермакова Е. П. Судебные иски к правительствам и частным компаниям стран Европы о защите климата в рамках Парижского соглашения 2015 г. (Великобритания, Нидерланды, Германия, Франция) // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2020. Вып. 3 (49). С. 604—625. https://doi.org/10.17072/1995-4190-2020-49-604-625
- Ermakova, E.P. & Frolova, E.E. (2021) Combating climate change by finance — the experience of the Netherlands. *Lecture Notes in Networks and Systems*. (198), 1794—1806. https://doi.org/10.1007/978-3-030-69415-9_198

- Gershinkova, D.A. (2021) Climate Litigation: Foreign Experience and Prospects in Russia. *Journal of Foreign Legislation and Comparative Law*. (3), 116—131. <https://doi.org/10.12737/jflcl.2021.033> (in Russian).
- Гершинкова Д.А. Климатические судебные иски: зарубежный опыт и перспективы в России // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2021. № 3. С. 116—131. <https://doi.org/10.12737/jflcl.2021.033>
- Krzykowski, M. et al. (2021) Principle of reasonable and legitimate expectations in international law as a premise for investments in the energy sector. *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*. (21), 75—91. Doi: <https://doi.org/10.1007/s10784-020-09471-x>
- Kulesza, J. (2016) Due Diligence in International Law. Series: Queen Mary Studies in International Law, Publisher: Brill Nijhoff. (26), 262—275. https://doi.org/10.1163/9789004325197_006
- Macchi, C. & Van Zeben, J. (2021) Business and human rights implications of climate change litigation: Milieudefensie et al. v Royal Dutch Shell. *RECIEL Review of European, Comparative and International Environmental Law*. 30(3), 409—415. <https://doi.org/10.1111/reel.12416>
- Monnheimer, M. (2021) The Components of the Due Diligence Standard. In: *Due Diligence Obligations in International Human Rights Law*. Cambridge: Cambridge University Press. pp. 116—141. Doi: <https://doi.org/doi:10.1017/9781108894784.005>
- Peel, J. & Lin, J. (2019) Transnational Climate Litigation: The Contribution of the Global South. *American Journal of International Law*. 113(4), 679—726. <https://doi.org/10.1017/ajil.2019.48>
- Robinson, S. & D'Arcy, C. (2021) A just alternative to litigation: applying restorative justice to climate-related loss and damage. *Climate Policy*. 21, (5), 1384—1395 <https://doi.org/10.1080/14693062.2020.1867047>
- Rock, E. (2021) Superimposing private duties on the exercise of public powers: Sharma v Minister for the Environment. *AUSPUBLAW*. Available at: <https://auspublaw.org/2021/08/superimposing-private-duties-on-the-exercise-of-public-powers-sharma-v-minister-for-the-environment/> [Accessed 21th November 2021].
- Sagarin, R. & Turnipseed, M. (2012) The Public Trust Doctrine: Where Ecology Meets Natural Resources Management. *Annual Review of Environment and Resources*. (37), 473—496. <https://doi.org/10.1146/annurev-enviro-031411-165249>
- Savaresi, A. & Auz, J. (2019) Climate Change Litigation and Human Rights: Pushing the Boundaries. *Climate Law*. 9(3), 244—262. <https://doi.org/10.1163/18786561-00903006>
- Schiermeier, Q. (2021) Climate science is supporting lawsuits that could help save the world. *Nature*. (597), 169—171. <https://doi.org/10.1038/d41586-021-02424-7>
- Setzer, J. & Higham, C. (2021) *Global trends in climate litigation: 2021 snapshot*. London: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science. Available at: https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wp-content/uploads/2021/07/Global-trends-in-climate-change-litigation_2021-snapshot.pdf [Accessed 19th November 2021].
- Stuart-Smith, R. et al. (2021) Filling the evidentiary gap in climate litigation. *Nature Climate Change*. (11), 651—655. <https://doi.org/10.1038/s41558-021-01086-7>
- Thieffry, P. (2021) Chapter 20 International Arbitration of Climate-Related Disputes: Prospects for Alternative Dispute Resolution. In: *Climate Change Litigation: Global Perspectives*. Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff. Pp. 462—480. https://doi.org/10.1163/9789004447615_021
- Tomlinson, J. (2020) Do we need a theory of legitimate expectations? *Legal Studies*. 40(2), 286—300. <https://doi.org/10.1017/lst.2019.29>

Zaugg, N. (2021) Business Human Rights emerging as a new field of arbitration? *CMS Legal*. Available at: <https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2021/09/business-human-rights-emerging-as-a-new-field-of-arbitration> [Accessed 21th November 2021].

About the author:

Elena P. Ermakova — Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of of the 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

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

ПЕРЕВОДНЫЕ СТАТЬИ


TRANSLATED ARTICLES

<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-210-235>

Переводная статья

Обязательная вакцинация: социальное благо или нарушение индивидуальных прав

О.А. Ястребов  

Российский университет дружбы народов, г. Москва, Российская Федерация
 yastrebov_oa@rudn.university

Аннотация. Массовая вакцинация и ее противоречивые оценки оказались в центре общественного внимания в условиях пандемии коронавируса. Вспышки заболеваний и широкое распространение движения против вакцин требуют изучения правовых основ медицинского вмешательства и ограничения свобод, которые стали результатом признания серьезных рисков для здравоохранения и санитарно-эпидемиологического благополучия населения. Проблема сводится к расстановке приоритетов — что важнее: патерналистская власть государства или индивидуальные права и свобода решать, на какой риск идти. С точки зрения распределения ответственности люди часто воспринимают вакцины как нечто более опасное, чем сами инфекционные заболевания, что и объясняет важность рассмотрения обязательной вакцинации как правового феномена. В современном законодательстве оформились разные подходы к трактовке личных свобод. Одни страны напрямую увязывают вакцинацию с возможностью обучения (США), другие — скорее со «здоровоохранением» (Австралия), финансовыми ограничениями (Польша) или ограничением свобод (Пакистан). С точки зрения этики здравоохранения вакцинация схожа с использованием ремней безопасности в автомобиле, т.е. обязательная вакцинация объясняется теми же причинами, что и требование пристегиваться: сначала оно было воспринято резко негативно, но затем стало не только законодательной, но и социальной нормой благодаря своей обязательности. Схожий подход применим к вакцинации: меры обязательной вакцинации могут превратить ее в социальную норму. Однако с юридической точки зрения обязательная вакцинация — это принудительное медицинское вмешательство, порождающее вопрос об ограничении

Автор представил перевод своей статьи, которая впервые была опубликована им на английском языке в журнале «Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Социология». 2021. Т. 21. № 4.

Выходные данные первоисточника: *Yastrebov O.A.* Compulsory vaccination: Public benefit or individual's right limitation // RUDN Journal of Sociology. 2021. Vol. 21. N. 4. P. 755—768. DOI: 10.22363/2313-2272-2021-21-4-755-768

© Ястребов О.А., 2022

© Yastrebov O.A., 2021



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

индивидуальных прав и свобод во имя сохранения общественного здоровья. В статье рассмотрены противоречивые аспекты государственной политики обязательной вакцинации и ее нормативное обоснование. Автор предлагает определение обязательной вакцинации, определяет ее типы, описывает особенности ее законодательного обеспечения в разных странах и санкции за отказ от вакцинации, объясняет ее социальную необходимость и целесообразность как общественного блага.

Ключевые слова: вакцинация, обязательная вакцинация, общественные интересы, индивидуальные права и свободы, ограничение прав и свобод, частная жизнь, здравоохранение

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 19 ноября 2021 г.

Дата принятия к печати: 15 января 2022 г.

Для цитирования:

Ястребов О.А. Обязательная вакцинация: социальное благо или нарушение индивидуальных прав // *RUDN Journal of Law*. 2022. Т. 26. No 1. С. 210—235. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-210-235> (In Eng.: Yastrebov O.A. Compulsory vaccination: Public benefit or individual's right limitation // *RUDN Journal of Sociology*. 2021. Vol. 21. N. 4. P. 755—768. DOI: 10.22363/2313- 2272-2021-21-4-755-768)


<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-210-235>

Translated article

Compulsory vaccination: Public benefit or individual's right limitation

Oleg A. Yastrebov  

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

 yastrebov_oa@rudn.university

Abstract. Mass vaccination and its controversial assessments have become key issues under the COVID-19 pandemic. Outbreaks of diseases and popularity of anti-vaccination movements require a study of legal foundations for medical interventions and freedom restrictions which are considered as the result of serious risks to health and sanitary-epidemiological well-being of the population. The question is what should be prioritized — paternalistic powers of the state or individual rights and freedoms to decide what risks to take. In terms of responsibility distribution, people often consider vaccines as more dangerous than infectious diseases, which makes compulsory vaccination a legal phenomenon of particular importance. In the contemporary legislation, there are various national approaches to the individual autonomy and freedoms. In some countries, vaccination is directly linked to the possibility to study (USA), in others it is associated with 'public health' (Australia), financial sanctions (Poland) or freedoms' limitations (Pakistan). In terms of public health ethics, vaccination is similar to the use of seat-belts in cars, and compulsory vaccination policy is ethically justified by the same reasons as mandatory seat-belt laws: at first, they were met with great opposition; later the use of seat belts acquired the significance of not only a legal but also a social norm precisely because it was made mandatory. The similar approach is applicable to vaccination: the policy of compulsory vaccination can make it a social norm. However, in the legal perspective, compulsory vaccination is a compulsory medical intervention which raises the question about whether it is possible to limit individual rights and freedoms in the name of public health safety. The article considers contradictory issues in the state policy of compulsory vaccination and its legal support. The author presents a definition of compulsory vaccination, identifies

its types, describes the specifics of its national legal regulation and sanctions for the refusal to be vaccinated, and explains its social necessity and expediency as a public good.

Key words: vaccination, compulsory vaccination, public interest, individual rights and freedoms, restriction of rights and freedoms, private life, public health

Conflicts of interest. The author declares no conflict of interest.

Article received 19th November 2021

Article accepted 15th January 2022

For citation:

Yastrebov O.A. Compulsory vaccination: Public benefit or individual's right limitation // *RUDN Journal of Sociology*. 2021. Vol. 21. N. 4. P. 755—768. DOI: 10.22363/2313-2272-2021-21-4-755-768 (Transl. in Russ.: Ястребов О.А. Обязательная вакцинация: социальное благо или нарушение индивидуальных прав // *RUDN Journal of Law*. 2022. Т. 26. No 1. С. 210—235. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-210-235>)

Введение

Массовая вакцинация и неоднозначная ее оценка населением стали ключевыми вопросами здравоохранения в условиях пандемии, вызванной новым коронавирусом COVID-19. Вспышки заболевания и популярность движений против вакцинации вызывают необходимость всестороннего изучения правовых основ медицинского вмешательства в деятельность человеческого организма и ограничения свобод, которые предоставлены частному лицу в ситуации серьезных рисков для здоровья и санитарно-эпидемиологического благополучия населения. В этих условиях возрастающая в современном обществе значимость индивидуальных прав и свобод оказывается объективно противопоставленной опасности, которая вызывается их нерациональным использованием.

Одним из важных аспектов этой проблемы является вопрос о том, чему следует отдать приоритет — патерналистским полномочиям государства в сфере здравоохранения или индивидуальным правам личности и особенно свободе решать, какой риск брать на себя или на своих детей. Этот вопрос обусловлен довольно распространенным среди населения мнением, что с точки зрения распределения ответственности быть вакцинированными хуже, чем подвергнутыми инфекционным заболеваниям, которые можно предотвратить с помощью вакцин, даже если травма одинакова и риск, связанный с заболеванием, выше (Ritov & Baron, 1990).

В этом контексте особую значимость приобретает проблема обязательной вакцинации как правового явления. В законодательстве современных государств используются различные подходы к ее решению в зависимости от исторического развития индивидуальной автономии личности и предоставленных ей свобод. В одних странах вакцинация ставится в непосредственную связь с возможностью обучения (США с 2015 г.) (Wang et al, 2014), в других ассоциируется с «публичным здоровьем» (Австралия с 2016 г.)¹, в третьих государство пытается убедить

¹ Требования к иммунизации и проверке здоровья для получения семейного налогового пособия. Режим доступа: <https://www.dss.gov.au/our-responsibilities/families-and-children/benefits-payments/strengthening-immunisation-for-young-children>

граждан в необходимости вакцинации, предусматривая финансовые санкции (Польша) или даже ограничивая их свободу (Пакистан)².

С точки зрения этики общественного здравоохранения, вакцинация в значительной степени аналогична использованию ремней безопасности в автомобилях, и политика обязательной вакцинации получает этическое оправдание по тем же причинам, по которым законы о принудительном ремне безопасности этически оправданы (Giubilini & Savulescu, 2019).

Первоначально законы об обязательных ремнях безопасности встретили большое сопротивление; основной конфликт ценностей заключался между индивидуальной автономией, с одной стороны, и благоприятным анализом затрат и общественной пользы, с другой. Примечательно, что например, в США только один из пяти человек постоянно пользовался ремнями безопасности до принятия обязательных законов, а в некоторых штатах почти половина населения была против законов об обязательных ремнях безопасности. В течение нескольких лет применение ремней безопасности стало широко распространенным и получило одобрение в большинстве стран. В литературе было высказано заслуживающее внимания мнение, что правило о применении ремней безопасности приобрело значение не только правовой, но и социальной нормы именно потому, что ее сделали обязательной, и люди начали пристегиваться (Adams, 1982).

Можно предположить, что подобный подход применим к вакцинации, учитывая небольшие риски, которые с ней связаны. При проведении политики обязательной вакцинации она могла бы стать социальной нормой, точно так же, как применение ремней безопасности в тех странах, где они являются обязательными.

Вместе с тем с юридической точки зрения обязательная вакцинация, будучи инвазивной процедурой, должна идентифицироваться как принудительное медицинское вмешательство. В этом аспекте весьма важным представляется уточнение вопросов о том, возможно ли ограничение индивидуальных прав и свобод для целей общественного здравоохранения в контексте противодействия двух ценностей: личной неприкосновенности и общественной безопасности? Какой из этих ценностей должен отдаваться и отдается приоритет на уровне законодательства и правоприменительной практики?

В отечественной литературе предпринимались отдельные попытки изучения этой проблематики (Anan'eva, Ivliev & Shmaeva, 2021). Для дальнейшего, более развернутого ее исследования следует обратиться в первую очередь к опыту тех стран, где правовая защита индивидуальных прав осуществляется в историческом измерении достаточно давно и наиболее последовательно (Pierik, 2018).

Основная часть

1. Опыт современных государств в правовом регулировании обязательной вакцинации: выбор ценностных приоритетов

В организационном плане вакцинация представляет собой комплекс мероприятий, направленных на формирование противоионфекционного иммунитета с

² Так, около 500 пакистанских родителей было арестовано по причине неполучения их детьми вакцины от полиомиелита. Режим доступа: <http://edition.cnn.com/2015/03/03/asia/pakistan-polio-vaccine-arrests>

помощью введения в организм человека вакцин, которые официально рекомендуются или предписываются в связи с тем, что инфекционные заболевания представляют серьезную угрозу для здоровья отдельных граждан и санитарно-эпидемиологического благополучия населения. Она может осуществляться как на добровольной основе, так и в обязательном порядке. Многие современные государства сталкиваются с таким явлением, как антивакцинаторство, которое, в частности, выражается в оспаривании безопасности и эффективности прививок и сопровождается появлением групп людей, которые отказываются вакцинировать себя или своих детей. При этом многие из них могут думать, что вакцины в целом — это хорошо, и даже утверждать, что у людей есть моральное обязательство быть вакцинированными, но они выступают против государственного принуждения во имя индивидуальной свободы или какой-либо другой ценности, например, такой, как физическая неприкосновенность (Vines & Faunce, 2012).

Современное государство предоставляет им достаточно развернутую систему средств правовой защиты индивидуальных прав от необоснованных ограничений. Вместе с тем государство как носитель публичного интереса обязано защитить не только права отдельного индивида, но и общество в целом от тех масштабных угроз, которые могут повлечь массовые инфекционные заболевания.

В связи с этим возникает необходимость разработки государственной политики, направленной на гармонизацию интересов личности в реализации индивидуальных прав и публичных интересов в защите общества как целого. В качестве инструмента такой политики в современных государствах выступает *обязательная вакцинация*, которая позволяет повысить охват населения прививками для снижения заболеваемости и смертности.

Для обозначения такого вида вакцинации в английском языке используются такие термины, как “mandatory vaccination”, “compulsory vaccination”, “coercive vaccination”, “obligatory vaccination” без акцентирования внимания на каких-либо смысловых оттенках и различиях между ними. Вместе с тем в современных литературных и документальных источниках прослеживается тенденция выделять две основные формы обязательной вакцинации: прямую и косвенную. Под *прямой формой обязательной вакцинации* понимается такая система вакцинации, в которой выполнение обязанности по прохождению прививки в конечном счете обеспечивается принудительным введением вакцины. В рамках этой формы граждан вынуждают к вакцинации путем установления прямой юридической обязанности вакцинироваться и прямой угрозы наступления неблагоприятных последствий, в том числе угрозы уголовного наказания³. Это — обязательная вакцинация «в ее абсолютной форме», которая по определению проводится независимо от того, дал человек согласие или нет, а отсутствие согласия и посягательство на физическую неприкосновенность человека недвусмысленно противоречат положениям статьи 8 Европейской конвенции по правам человека (Krasser, 2021). Эта форма вакцинации, на наш взгляд, может быть обозначена как *принудительная вакцинация*.

³ COVID-19 and mandatory vaccination: Ethical considerations and caveats. Available at: <https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-Policy-brief-Mandatory-vaccination-2021.1>

Косвенная форма обязательной вакцинации предполагает косвенные, относительные формы принуждения, которые влекут за собой негативные последствия в случае отказа от вакцинации, но не включают принудительное введение вакцины. Эту форму (систему) обязательной вакцинации выбирает большинство современных государств. В ее рамках обязанность вакцинироваться устанавливается не прямо, а путем ограничения индивидуального выбора особыми способами, делая прививку условием, например, пользования определенными услугами (посещение ресторанов, театров и др.) либо работы в определенных отраслях (здравоохранение и др.) или осуществления права доступа к государственным льготам.

Эта форма обязательной вакцинации характеризуется тем, что государство устанавливает юридически значимые условия, косвенным образом вынуждающие частных лиц сделать выбор в пользу прививки. С учетом данной формы понятие обязательной вакцинации можно определить как такую систему вакцинации, которая предусматривает определенные негативные последствия в результате отказа от прививки, способные повлиять и предназначенные для того, чтобы повлиять на решение лица о вакцинации.

В правовом смысле термин «обязательная» применительно к вакцинации означает, что ее реализация является юридическим требованием, которое в прямой или косвенной форме обеспечивается предусмотренными законом мерами правового принуждения. Исходя из этого под обязательной вакцинацией следует понимать такой правовой режим, в соответствии с которым отказ от вакцинации признается незаконным и возникают основания наступления для лица неблагоприятных юридических последствий.

Анализ опыта современных государств дает основания полагать, что в качестве обязательной вакцинации может рассматриваться такое правовое регулирование, когда, например, на родителей непривитых детей налагается штраф или когда предоставление определенных благ ставится в зависимость от вакцинации детей (Salmon et al, 2005), например, исключение детей из государственных школ без возможности немедицинского оправдания отсутствия вакцинации, или когда от работы отстраняются непривитые работники, которые в соответствии с действующим законодательством подлежат обязательной вакцинации (Navin & Largent, 2017).

В специальных исследованиях на основе данных по 108 странам мира все подобного рода негативные юридические последствия для лиц, на законных основаниях подлежащих вакцинации, но не прошедших ее, предлагается обозначать как штрафные санкции (penalties) (Gravagna, Becker & Valeris-Chacin et al., 2020). Они подразделяются на четыре вида:

- 1) финансовые санкции (штрафы), предназначенные для воздействия на финансовое положение отдельного непривитого лица. Такие штрафы установлены в 32 странах, и в отдельных из этих стран могут исчисляться суммой более, чем в тысячу долларов США;
- 2) санкции, касающиеся ограничения родительских прав или потери статуса опекуна. Например, в Италии существуют процедуры, позволяющие временно лишить права опеки в результате несоблюдения требований о вакцинации;

3) санкции образовательного характера наказания, которые направлены на то, чтобы повлиять на доступ непривитого ребенка к образованию, например, отказ в зачислении или отстранения от занятий;

4) санкции в виде лишения свободы, предполагающие тюремное заключение на срок до 6 месяцев. Применяются в 12 странах и наиболее распространены в Африке (Gravagna, Becker & Valeris-Chacin et al., 2020).

Полагаем, что помимо указанных четырех видов штрафных санкций следует также выделить такие, как отстранение от работы непривитых работников, которые в соответствии с действующим законодательством подлежат обязательной вакцинации и ограничение права пользования определенными рода услугами (посещение ресторанов, театров, пользования общественным транспортом и др.) или благами (государственными льготами и пособиями).

Правила обязательной вакцинации действуют более чем в 100 странах мира. Они характеризуются определенным своеобразием и особенностями практики применения в государствах, относящихся к различным правовым системам.

1.2. Использование механизма обязательной вакцинации в англо-саксонских странах (опыт Австралии и США)

Модель обязательной вакцинации, когда предоставление определенных благ ставится в зависимость от получения прививки, широко используется в Австралии. Билль о правах 2017 г.⁴ устанавливает, что каждый человек имеет право на физическую и психологическую неприкосновенность (ст.12), а каждый ребенок обладает основными правами и свободами, изложенными в настоящем Билле о правах, в наибольшей степени совместимыми с возрастом отдельного ребенка (ст. 18). При этом в ст. 3 этого Билля определяется, что изложенные в нем права и свободы подлежат только таким разумным ограничениям, предусмотренным законом, которые могут быть явно оправданы в свободном и демократическом обществе (ст. 3).

Закон федерального правительства Австралии “Без укола, без оплаты” (“*No Jab, No Pay*”), вводя ограничения индивидуальных прав, требует, чтобы родители вакцинировали своих детей для получения финансовых льгот и лишает их права свободно рассматривать риски и преимущества медицинского вмешательства в виде вакцинации. Это прямо противоречит Австралийскому Руководству по иммунизации, в котором изложены критерии *юридически действительного согласия* на медицинское вмешательство. Такое согласие, во-первых, «должно быть дано добровольно в отсутствие необоснованного давления, принуждения или манипуляций», и во-вторых, оно «может быть дано только после того, как потенциальные риски и преимущества соответствующей вакцины, риски ее отсутствия и любые альтернативные варианты были объяснены лицу»⁵.

Таким образом, можно констатировать наличие очевидного конфликта между законом федерального правительства Австралии “Без укола, без оплаты”

⁴ Australian Bill of Rights Bill 2017. Available at: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2017B00161>

⁵ Australian Immunisation Handbook (AIH). Available at: 2013-9047.pdf - Yandex.Documents

и правом на юридически действительное согласие, который игнорируется политиками и врачами и до сих пор остается не урегулированным.

В Австралии дети должны пройти все прививки по *графику вакцинации* детей раннего возраста, чтобы получить доступ к финансовым пособиям. С момента вступления в силу закона «Без укола, без оплаты» в январе 2016 г. этот график продолжает в содержательном плане увеличиваться за счет добавления в него еще одного укола от дифтерии, столбняка и коклюша в 18 месяцев (теперь до шести доз для детей), а также недавно включенной комбинированной вакцины против менингококка ACWY для 12-месячных детей⁶.

Таким образом, в целях достижения публичного блага австралийское государство прибегает к принуждению своих граждан, а именно родителей детей определенного возраста, к вакцинации своих детей.

В Австралии имели место случаи, когда суды разрешали вакцинацию ребенка вопреки согласию хотя бы одного из родителей. Во всех случаях судьи постановляли, что они действовали «в наилучших интересах ребенка», и основывали свое решение на представленных научных доказательствах, включая оценки риска практикующими врачами.

Так, в деле Гиллик и Мэрион⁷, рассмотренном в Верховном суде Квинсленда, участвовали оба родителя, которые отказались вакцинировать ребенка, рожденного от матери с хроническим гепатитом В, тем самым подвергнув ребенка 10—20 % риску заражения. В случае инфицирования у ребенка была 90 % вероятность развития хронической инфекции и, следовательно, 25 % вероятность развития цирроза и/или гепатоцеллюлярной карциномы. Младенца нельзя было обследовать до девяти месяцев, но можно было сразу же сделать прививку от возможности заражения. Медицинская бригада утверждала, что ребенок должен быть вакцинирован, чтобы значительно снизить риск заражения. В этом случае судья Далтон принял решение сделать ребенку прививку.

Для раскрытия правового института обязательной вакцинации в контексте защиты индивидуальных прав и свобод весьма значительный интерес представляет также опыт США. В этой стране в 1901 г. смертельная эпидемия оспы прокатилась по северо-востоку, и советы здравоохранения Бостона и Кембриджа потребовали вакцинации всех жителей. Однако некоторые из них отказались сделать прививку, заявив, что постановление о вакцинации нарушает их личные права и свободы, которыми они обладают в соответствии с Конституцией.

Один из этих противников прививки — пастор Хеннинг Якобсон довел свой крестовый поход против вакцины до Верховного суда США, который в 1905 г. по делу «Якобсон против Массачусетс» принял историческое решение⁸. В этом решении суд признал право правительства «разумно» посягать на личные свободы во время кризиса общественного здравоохранения, наложив штраф на тех, кто отказался от вакцинации. Более того, судом было отмечено, что на

⁶ National Immunisation Program Schedule. Available at: <https://beta.health.gov.au/health-topics/immunisation/immunisation-throughout-life/national-immunisation-program-schedule>

⁷ Re H [2011] QSC 427.

⁸ Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11 (1905). Available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/197/11/>

государстве лежит обязанность по применению принуждения, если это необходимо для защиты жизни граждан от угрозы смертельного заболевания.

Решение Верховного Суда США по делу Якобсона против Массачусетса приобрело характер судебного прецедента. В самом начале пандемии COVID-19, когда штаты издали приказы о закрытии предприятий и запретили массовые собрания, несколько судей оправдали эти ограничения, сославшись на дело Якобсона против Массачусетса, поскольку это было последнее постановление Верховного суда, которое прямо касалось полномочий штата во время эпидемии. Учитывая существование этого прецедента, можно предположить, что иски о нарушении конституционных прав принудительной вакцинацией, заявленные на территории США, будут проиграны.

Вместе с тем в решении Верховного Суда США по делу Якобсона против Массачусетса имеется несколько важных моментов, на которые нельзя не обратить внимание. Один из таких моментов связан с тем, что указанная позиция Верховного Суда США, как явствует из его решения, может считаться обоснованной, только если смертельная угроза реальна и не является организованной политической уловкой, и лица, организующие обман, не являются одновременно субъектами, уполномоченными определять реальность угрозы. Вместе с тем Суд допустил, что угроза может и не быть реальной, в случае если те, кто принимают решение о вакцинации, верят в ее реальность. Эта часть судебного решения обеспечила лазейку для чиновников, которые могут сослаться на то, что им дали плохой совет.

В штате Техас⁹ в суд был заявлен иск 117 сотрудников госпиталя, которые требовали отмены принудительной вакцинации. В частности, в иске было заявлено о нарушении медицинских этических стандартов, известных как Нюрнбергский кодекс¹⁰. В иске было также заявлено о недопустимости принудительной вакцинации как условия продолжения работы в больнице.

Эксперты по данному делу сразу заявили о спорности утверждения истцов о том, что вакцина носит экспериментальный характер: десятки тысяч людей проходили клинические испытания третьей фазы вакцин против мРНК, и никаких проблем с безопасностью обнаружено не было. Между тем истцы обвиняли госпитальную администрацию в нарушении законодательства штата, а также федерального закона о здравоохранении, касающегося использования медицинских изделий в чрезвычайных ситуациях, заявляя, что вакцины против коронавируса были разрешены только для экстренного использования и поэтому не могут быть санкционированы. Истцы просили суд издать приказ, запрещающий госпиталю увольнять непривитых сотрудников. Однако их иск был судом отклонен (Hough-Telford et al., 2016).

⁹ 117 staffers sue over Houston hospital's vaccine mandate, saying they don't want to be 'guinea pigs'. Available at: <https://www.washingtonpost.com/nation/2021/05/29/texas-hospital-vaccine-lawsuit/>

¹⁰ Нюрнбергский кодекс — первый международный документ, составленный американскими судьями по итогам Нюрнбергского процесса и вводящий этические нормы для ученых, занимающихся медицинскими экспериментами на людях. Он включает 10 принципов, главным из которых является обязательное добровольное согласие участника будущих исследований. При этом человек должен быть информирован о характере, продолжительности, цели и возможных последствиях опыта и способа его проведения.

Данное судебное дело, как и аналогичные дела, проходящие через судебную систему, могут повлиять решения, касающиеся на требования вакцинации работников. Поскольку пандемия унесла жизни огромного числа американцев и обнажила масштабный кризис в системе публичного здравоохранения, можно предположить, что судьи могут признать право работодателей требовать вакцинации от своих работников.

Для раскрытия механизма обязательной вакцинации как правового института в США важно также обратиться к судебному прецеденту, сложившемуся в некоторых штатах. Речь идет о тех случаях, когда отказ родителей от вакцинации детей рассматривается судами как медицинское пренебрежение, которое может повлечь уголовно-правовое преследование. Медицинское пренебрежение — это отказ от обращения за медицинской помощью для предотвращения, исследования или лечения болезни¹¹.

Помимо возможности вмешательства лица, назначенного государством, пренебрежение медицинским обслуживанием может также привести к очень серьезным юридическим последствиям для родителя или опекуна. Например, родителю может быть предъявлено обвинение в жестоком обращении с ребенком, что может привести к уголовному штрафу и тюремному заключению.

Пренебрежение медицинским обслуживанием — это разновидность пренебрежения к ребенку, которая относится к бездействию родителей в уходе за своим ребенком, а не только к медицинской помощи. Как пренебрежение детьми, так и жестокое обращение с ними (действия родителей, которые приводят к причинению вреда ребенку) представляют собой жестокое обращение с детьми и караются согласно уголовному законодательству США.

Таким образом, в качестве одной из важных государственных стратегий обязательной вакцинации в США состоит в установке рассматривать отказ от вакцины как медицинское пренебрежение и сообщать о родителях в службу защиты детей (CPS) или другое аналогичное агентство (Chervenak, McCullough & Brent, 2016). Суть этой стратегии выражается в требовании вакцинировать ребенка, чтобы он или она мог посещать государственную, частную или приходскую школу или обеспечивать «другое адекватное и систематическое обучение», такое как домашний репетитор. Так, законодательство штата Арканзас устанавливает требование о вакцинации как условие посещения аккредитованной школы и не допускает каких-либо религиозных исключений из этого правила. Соответственно, отказ родителей от вакцинации, когда он мешает ребенку посещать школу, в судебных решениях рассматривается как является пренебрежение¹².

В отдельных штатах США органы здравоохранения наделены так называемыми *чрезвычайными полномочиями* в сфере здравоохранения в части принуждения лиц к вакцинации. Например, в штате Висконсин¹³ в чрезвычайных

¹¹ DePasquale S. Childhood immunizations and the role of a county department of social services. *Juvenile Law Bull.* January 2015; No. 2015/01.

¹² *Cude v State*, Supreme Court of Arkansas (1964), *Mannis v State*, Supreme Court of Arkansas (1966).

¹³ 2016 Wisconsin Statutes & Annotations. 252. Communicable diseases. 252.041 Compulsory vaccination during a state of emergency. Available at: <https://law.justia.com/codes/wisconsin/2016/chapter-252/section-252.041/>

случаях орган общественного здравоохранения может при необходимости предпринять следующие действия для устранения чрезвычайной ситуации в области общественного здравоохранения:

— приказывать любому человеку сделать вакцинацию, если только вакцинация не может причинить серьезный вред человеку или если человек по религиозным причинам не отказывается от вакцинации;

— изолировать или поместить в карантин любое лицо, которое не может или не желает по причинам, указанным в предыдущем подпункте, получить вакцинацию.

В штате Коннектикут¹⁴ в случае чрезвычайной ситуации в области общественного здравоохранения, объявленной губернатором, уполномоченный им комиссар может издать приказ о вакцинации лиц, присутствующих в пределах географического региона или области, которую комиссар считает разумной и необходимой для предотвращения распространения или остановки развития инфекционного заболевания или заражения, которые стали причиной объявления такой чрезвычайной ситуации. Комиссар должен информировать лиц, попадающих под действие такого постановления о вакцинации, о преимуществах и рисках вакцины, а также о возможности отказа от вакцинации по любой причине, включая, помимо прочего, по медицинским показаниям, по религиозным или иным убеждениям. Ни один человек не может быть вакцинирован, если это лицо является несовершеннолетним, его родитель или опекун не предоставили письменное согласие на вакцинацию. Однако комиссар может издать приказ о карантине или изоляции, в зависимости от обстоятельств, любого человека или группы лиц, которые не могут или не хотят по какой-либо из указанных причин пройти вакцинацию.

В штате Нью Мехико¹⁵, во время чрезвычайной ситуации в области общественного здравоохранения для защиты от распространения инфекционного заболевания министр здравоохранения может изолировать или поместить в карантин человека, который не может или не желает по состоянию здоровья, религии или убеждениям пройти вакцинацию.

1.3. Опыт использования правового механизма обязательной вакцинации в странах Евросоюза

Статья 3 Хартии Европейского Союза (CFR) об основных правах¹⁶ гарантирует право на неприкосновенность личности. В соответствии с данной статьей каждый человек имеет право на уважение своей физической и психической неприкосновенности. В области медицины и биологии необходимо, в частности, соблюдать свободное и осознанное согласие заинтересованного лица на

¹⁴ 2013 Connecticut General Statutes. Title 19a — Public Health and Well-Being. Chapter 368a — Department of Public Health. Section 19a-131e — Orders of vaccination. Appeal of order. Hearing. Available at: <https://law.justia.com/codes/connecticut/2013/title-19a/chapter-368a/section-19a-131e/>

¹⁵ 2006 New Mexico Statutes — Section 12-10A-13 — Vaccination and treatment. Available at: https://law.justia.com/codes/new-mexico/2006/nmrc/jd_12-10a-13-73cf.html

¹⁶ Charter of Fundamental Rights of the European Union. Available at: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf/

медицинское вмешательство в соответствии с процедурами, установленными законом. Вместе с тем согласно ст. 35 Хартии, посвященной здравоохранению, «каждый человек имеет право на доступ к профилактической медицинской помощи и право на получение медицинской помощи на условиях, установленных национальными законами и практикой. Высокий уровень охраны здоровья человека должен быть обеспечен при определении и осуществлении всей политики и деятельности Союза».

Таким образом, в Хартии право на физическую неприкосновенность коррелирует высокой ценности публичного здравоохранения Евросоюза. Для того, чтобы понять реальный механизма этой корреляции и уточнить, приоритет какой ценности будет отдан на практике, следует обратиться к соответствующим судебным актам.

В первую очередь среди таких актов необходимо выделить решение Европейского Суда по правам человека (ЕСПЧ) в отношении обязательной вакцинации (*compulsory vaccination*), в котором она признается необходимой в демократическом государстве независимо от того, какие компоненты ее составляют¹⁷.

В этом решении по группе дел «Вавржичка против Чешской Республики», возбужденных по заявлениям чешских семей, наказанных за отказ от обязательных инъекций для своих детей, ЕСПЧ в апреле 2021 г. постановил, что демократические государства могут делать вакцинацию обязательной и это не следует рассматривать как нарушение демократических норм¹⁸. Это решение об обязательной вакцинации против детских заболеваний, как справедливо полагают эксперты, может иметь последствия для политики вакцинации против COVID-19, хотя случаи заболевания в Чехии, о которых речь идет в деле, были зарегистрированы задолго до нынешней пандемии и касаются вакцинации маленьких детей¹⁹.

В указанном решении ЕСПЧ установил, что в Чешской Республике существует общая юридическая обязанность вакцинировать детей от девяти болезней, которые хорошо известны медицинской науке. Соблюдение обязанности не может быть приравнено к физическому принуждению. Родители не соблюдающие данную обязанность без уважительной причины, могут быть оштрафованы. Невакцинированные дети не принимаются в детские сады (исключение сделано для тех, кто не может быть вакцинирован по состоянию здоровья).

ЕСПЧ было также установлено, что в соответствии с действующими судебными прецедентами обязательная вакцинация как недобровольное медицинское вмешательство представляет собой посягательство на физическую целостность и таким образом затрагивает уважение частной жизни, защищаемое ст. 8 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее — Европейская конвенция).

¹⁷ Europe Rights Court Backs Obligatory Vaccinations. Available at: [Europe Rights Court Backs Obligatory Vaccinations | Barron's \(barrons.com\)](https://www.barrons.com/news/europe-rights-court-backs-obligatory-vaccinations)

¹⁸ Pavel Vavříčka and others v. Czech republic (N° 47621/13). Available at: <https://eclj.org/conscientious-objection/echr/pavel>

¹⁹ European human rights court: compulsory vaccinations are “necessary” and don’t violate human rights, no matter what’s in the vaccine. Available at: <https://www.medicine.news/2021-04-09-europe-court-compulsory-vaccinations-legal-mandatory-coronavirus.html>

Решая вопрос о допустимости такого вмешательства в сферу действия ст. 8 данной Конвенции, ЕСПЧ исходил из того, что он должен решить, соответствовало ли обжалуемое вмешательство «насушной общественной потребности, было ли оно» соразмерно преследуемой законной цели, являются ли причины, приведенные национальными властями для его оправдания, относящимися к делу и достаточными.

В ходе разбирательства дела Суд признал, что чешская политика преследовала законные цели защиты здоровья, а также прав граждан, отметив, что вакцинация защищает как тех, кто ее получает, так и тех, кто не могут быть вакцинированы по медицинским показаниям и поэтому зависят от коллективного иммунитета для защиты против серьезных заразных заболеваний. Суд также счел, что широкая «свобода усмотрения» является надлежащей для государства-ответчика в этом контексте.

Исходя из этого обязательную вакцинацию можно рассматривать как ответ национальных властей на явную социальную потребность в защите индивидуального и общественного здоровья от рассматриваемых заболеваний и в защите против любой тенденции к снижению показателей вакцинации среди детей. С учетом этого Суд заявил, что политика в области здравоохранения Чехии соответствует «наилучшим интересам» детей²⁰. По мнению суда, цель должна заключаться в том, чтобы каждый ребенок был защищен от серьезных заболеваний с помощью вакцинации или в силу коллективного иммунитета.

В результате ЕСПЧ постановил, что в действиях чешских властей по установлению обязательной вакцинации не было нарушения ст. 8 Европейской конвенции, устанавливающей право на уважение частной жизни. В силу этого их решения «полностью соответствовали соображениям защиты здоровья населения».

В деле Соломахин против Украины²¹ ЕСПЧ постановил, что обязательная вакцинация является вмешательством в право человека на неприкосновенность, защищаемое статьей 8 Европейской конвенции. Тем не менее он пришел к выводу, что такое вмешательство может быть оправдано, если вызвано «необходимостью контролировать распространение инфекционных заболеваний».

В ходе процесса Суд установил, что профилактические прививки от туберкулеза, полиомиелита, дифтерии, коклюша, столбняка и кори в Украине обязательны. Группы населения и категории работников, подлежащие профилактической вакцинации, в том числе обязательные, порядок и график их проведения определяются Министерством здравоохранения Украины.

Ссылаясь на статью 2 Конвенции, заявитель (Соломахин) жаловался на причинение вреда его здоровью в результате предполагаемой врачебной халатности. В частности, он утверждал, что вакцинация 28 ноября 1998 г. привела к тому, что он заболел рядом хронических заболеваний.

²⁰ Здесь и далее см.: Vavřička and others v. Czech republic (N° 47621/13). Available at: <https://eclj.org/conscientious-objection/echr/pavel Pavel>

²¹ Case OF SOLOMAKHIN v. UKRAINE. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22docname%22%3A%22SOLOMAKHIN%22%2C%22itemid%22%3A%22001-109565%22%7D>

В суде представители правительства согласилось с тем, что обязательная вакцинация представляет собой вмешательство в личную жизнь заявителя. Однако они утверждали, что такое вмешательство было оправдано в настоящем деле. Они отметили, что в соответствии со ст. 27 Закона о здравоохранении и борьбе с болезнями 1994 г. профилактическая вакцинация против дифтерии была обязательной, и Министерству здравоохранения было поручено определить порядок и сроки такой вакцинации. Министерство сделало это в своих инструкциях (приказ № 14 от 25 января 1996 г.).

Представители правительства также утверждали, что вмешательство преследовало законную цель защиты здоровья населения от дифтерии, которая была очень заразной и опасной болезнью. Учитывая сложную эпидемиологическую ситуацию в стране и регионе, в котором проживал заявитель, вмешательство было необходимо для защиты здоровья заявителя и общества в целом.

ЕСЧП отметил, что утверждения заявителя были тщательно рассмотрены национальными судами и признаны необоснованными. Национальные суды установили только одно незначительное нарушение в процедуре вакцинации, а именно проведение вакцинации вне специальной комнаты для вакцинации. Они обнаружили, что это никоим образом не повлияло на здоровье заявителя. Суды также установили, что у заявителя не проявилось ни одного из известных побочных эффектов вакцинации. Выводы национальных судов были основаны на большом количестве медицинских данных, собранных по ходатайству заявителя и судов. Эти данные, по-видимому, основаны на достаточной доказательной базе, и их выводы не являются произвольными или явно необоснованными. Заявитель не представил никаких доказательств, чтобы оспорить выводы национальных властей.

С учетом вышеизложенного Суд не находит нарушения ст. 8 Конвенции в настоящем деле.

Хотя рассмотренные постановления ЕСПЧ, возможно, создали прецеденты, согласно которым обязательные прививки не противоречат Европейской конвенции, это вовсе не означает, что европейские страны будут принуждать людей к вакцинации.

Как и любое вмешательство в права, гарантированные ст. 8 Европейской конвенции, стратегии вакцинации законны только в том случае, если они соразмерны. Любая политика обязательной вакцинации не должна чрезмерно обременять пострадавших, а льготы должны компенсировать любой причиненный вред «с учетом всех обстоятельств». Обязательная вакцинация может быть оправдана только в том случае, если она необходима и соразмерна достижению главной цели общественного здравоохранения, компетентным органом, полномочным устанавливать цели общественного здравоохранения. При этом не следует, как верно отмечается в аналитической записке ВОЗ, ограничивать индивидуальные свободы больше, чем это необходимо, а значит директивным органам необходимо часто переоценивать использование своих полномочий в этой области, чтобы убедиться, что их применение по-прежнему необходимо и соразмерно достижению целей общественного здравоохранения²².

²² COVID-19 and mandatory vaccination: Ethical considerations and caveats. Available at: COVID-19 and mandatory vaccination: Ethical considerations and caveats (who.int)

Введение обязательной вакцинации является одной из стратегий, принятых некоторыми европейскими странами для защиты населения, когда охват вакцинацией неудовлетворителен. В Италии в 2017 г. вакцинация против дифтерии, столбняка, коклюша, гепатита В, полиовируса, *Haemophilus influenzae* типа b, кори, эпидемического паротита, краснухи и ветряной оспы стала обязательной в детском возрасте (Schmitt et al, 2003).

Однако не только в Италии используется правовой институт обязательной вакцинации. Другие европейские страны рекомендуют или планируют обязательные вакцины²³. Среди них одиннадцать стран имеют обязательную вакцинацию по крайней мере от одной вакцины против дифтерии, столбняка, коклюша, гепатита В, полиовируса, *Haemophilus influenzae* типа b, кори, эпидемического паротита, краснухи и ветряной оспы²⁴.

В Латвии, как и в Италии, есть десять обязательных прививок для детей. Некоторые страны (Болгария, Хорватия, Чешская Республика, Франция, Венгрия, Польша и Словакия) имеют до девяти обязательных детских вакцин. Все европейские страны рекомендовали или ввели обязательные прививки для следующих прививок: столбняка, дифтерии, коклюша, гемофильной инфекции типа В, гепатита В, полиовируса, эпидемического паротита, кори, краснухи, за исключением Исландии, которая не рекомендовала вакцинацию против гепатита В.

Таким образом, практически все страны Европейского Союза имеют давние традиции разработки и реализации программ вакцинации. Между ними существуют большие различия в отношении типа используемой вакцины, количества доз и времени вакцинации, но также различия в том, являются ли вакцинации рекомендуемыми или обязательными. В одиннадцати из тридцати одной рассмотренных нами страны есть как минимум одна обязательная вакцина для увеличения охвата иммунизацией.

Завершая рассмотрение опыта европейских стран, следует отметить, что Всемирная организация здравоохранения (ВОЗ) с пониманием относится к намерениям отдельных стран двигаться в направлении программ обязательной вакцинации, когда они сталкиваются со снижением показателей вакцинации и вспышками болезней. Более того, «ВОЗ очень заинтересована в изучении опыта стран, которые вводят обязательную вакцинацию, чтобы лучше понять влияние на охват иммунизацией, а также сильные и слабые стороны таких подходов» (Walkinshaw, 2011).

Возможность использования правового механизма обязательной вакцинации предусмотрена одним базовых международно-правовых договоров ВОЗ, каковым являются Международные медико-санитарные правила (ММСП) 2005 г.²⁵ Согласно п. 1 ст. 31 этих Правил в определенных ими случаях государство-участник при въезде лиц, совершающих поездку, имеет право потребовать от них проведения вакцинации или справки о вакцинации или проведения других

²³ Vaccine schedules in all countries in the EU/EEA. Available at: <https://vaccine-schedule.ecdc.europa.eu/>

²⁴ Information on policies of mandatory or recommended vaccinations of the European Countries. Available at: <https://ijponline.biomedcentral.com/articles/10.1186/s13052-018-0504-y/tables/1>

²⁵ Международные медико-санитарные правила — IANPHI. Режим доступа: Международные медико-санитарные правила (un.org)

профилактических мер. Согласно п. 2 ст. 31 Правил если лицо, совершающее поездку, в отношении которого государство-участник может потребовать проведения медицинского обследования, вакцинации или других профилактических мер не дает согласия на любую из таких мер, или отказывается предоставить информацию или документы, соответствующее государство-участник может отказать во въезде этому лицу. При наличии данных о неминуемом риске для здоровья населения государство-участник в соответствии с национальным законодательством и в той степени, в которой это необходимо для установления контроля над таким риском, «может вынудить лицо, совершающее поездку, подвергнуться или рекомендовать ему подвергнуться вакцинации» или другим профилактическим мерам, также дополнительным установленным медико-санитарным мерам, которые позволяют предотвратить или установить контроль над распространением болезни, включая изоляцию, карантин или помещение лица, совершающего поездку, под медицинское наблюдение.

Таким образом, анализ опыта современных государств показывает, что механизме правового регулирования обязательной вакцинации включает в самом общем виде такие элементы, как а) наличие законодательных актов или судебных прецедентных решений, обязывающих лиц, относящихся к определенным в законе категориям населения, пройти прививку, б) получение информированного отказа лица от вакцинации, г) наступление для лица, относящегося к одной из этих категорий населения, но не имеющего прививки, неблагоприятных последствий, предусмотренных национальным законом, д) возможность оспаривания этим лицом применения в отношении него нормы закона, предусматривающей наступление неблагоприятных последствий в случае отсутствия прививки.

2. Правовое регулирование обязательной вакцинации в России: вопросы обеспечения публичных интересов и защиты прав частных лиц

В России на законодательном уровне действует общее правило: любая профилактическая вакцинация является добровольной. Это означает, что каждый гражданин имеет право на вакцинацию и право отказаться от вакцинации. Свобода выбора каждого в реализации этих правомочий имеет в своей основе одно из фундаментальных прав граждан в области охраны здоровья — право на информированное добровольное согласие на медицинское вмешательство и на отказ от такого вмешательства. Это право получило нормативное закрепление в ст. 20 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» от 21.11.2011 г. № 323-ФЗ (далее — Закон № 323-ФЗ). Право каждого отказаться от прививок прямо предусмотрено в ст. 5 Федерального закона «Об иммунопрофилактике инфекционных болезней» от 17.09.1998 № 157-ФЗ (далее Закон 3 157-ФЗ). Норма, прямо устанавливающая юридическую обязанность граждан вакцинироваться, в действующих законодательных актах отсутствует.

Вместе с тем в Законе № 157-ФЗ вводится, но легально не определяется понятие «обязательная вакцинация». Это понятие применяется в отношении двух видов прививок, предусмотренных действующим законодательством: а) профилактических (так называемых плановых) прививок, проводимых определенным

категориям граждан против заболеваний, перечень которых исчерпывающе определен в законе (ст. 9) и б) профилактических прививок *по эпидемическим показаниям*, которые проводятся определенным категориям граждан при угрозе возникновения инфекционных болезней, перечень которых устанавливает уполномоченный Правительством РФ федеральный орган исполнительной власти (ст. 10). Однако граждане, которые относятся к указанным в законе категориям лиц, подлежащих обязательной вакцинации, также имеют право в соответствии с ч. 1 ст. 5 Закона № 157-ФЗ отказаться от прививки, т.е. имеют свободу выбора предусмотренных в законе вариантов поведения.

Вакцинация граждан в соответствии с рекомендациями Всемирной организации здравоохранения разделяется на «рутинную» и «экстренную» вакцинацию. С учетом неблагоприятной эпидемической ситуации в РФ до достижения уровня коллективного иммунитета (не менее 60 % от численности взрослого населения) в первой половине 2021 г. начала осуществляться «экстренная» вакцинация²⁶.

В современном противостоянии глобальной короновирусной пандемии одним действенных способов борьбы с ней является не просто экстренная, но и массовая вакцинация. При этом неизбежно актуализируются два важных вопроса: о расширения прививочной активности граждан в условиях отсутствия законодательно установленной прямой юридической обязанности вакцинироваться и об эффективном использовании механизма обязательной вакцинации *по эпидемическим показаниям* в отношении категорий граждан, перечень которых определяется действующими нормативно правовыми актами исходя из специфики их статуса, вида или сферы деятельности.

В правовом плане вопрос об обязательной вакцинации в условиях, вызванных необходимостью ее массовой реализации, приобрел особо актуальное значение в виду того, что отсутствие у этих граждан прививки может повлечь для них неблагоприятные последствия, предусмотренные ч. 2 ст. 5 Закона № 157-ФЗ. В соответствии с этой нормой отсутствие профилактических прививок влечет:

- запрет для граждан на выезд в страны, пребывание в которых в соответствии с международными медико-санитарными правилами либо международными договорами РФ требует конкретных профилактических прививок;
- временный отказ в приеме граждан в образовательные организации и оздоровительные учреждения в случае возникновения массовых инфекционных заболеваний или при угрозе возникновения эпидемий;
- отказ в приеме граждан на работы или отстранение граждан от работ, выполнение которых связано с высоким риском заболевания инфекционными болезнями.

Несомненно, указанные в законе меры влекут определенные ограничения прав непривившихся граждан. Однако эти ограничения установлены федеральным законом в соответствии с ч. 3 ст. 55 Конституции РФ, которая предписывает,

²⁶ Пункт 2.17 Временных методических рекомендаций «Порядок проведения вакцинации взрослого населения против COVID-19» Письмо Минздрава РФ от 29.06. 2021 г. Режим доступа: <Письмо> Минздрава России от 29.06.2021 N 30-4/И/2-9825<О порядке проведения вакцинации взрослого населения против COVID-19>(вместе с "Временными методическими рекомендациями "Порядок проведения вакцинации взрослого населения против COVID-19") (rosreestr.gov.ru)

что ограничение прав и свобод человека и гражданина допускается только федеральным законом и только по определенным основаниям, к числу которых относятся в том числе защита здоровья, прав и законных интересов других лиц.

В правовой основе механизма обязательной вакцинации значительное место занимают подзаконные нормативно-правовые акты, принимаемые в этой сфере органами исполнительной власти. Одна серьезных проблем, связанных с обеспечением непротиворечивости правового регулирования обязательной вакцинации, является вопрос о пределах свободного усмотрения этих органов при использовании своих полномочий в условиях возникновения массовых инфекционных заболеваний или при угрозе возникновения эпидемий.

Эта проблема нашла свое отражение в ходе разбирательства ряда судебных дел, которые начались еще в доковидный период, но решения по ним приобрели особую актуальность в условиях проведения массовой антиковидной вакцинации. Так, Общество с ограниченной ответственностью (далее — общество, заявитель) обратилось в арбитражный суд с заявлением к Территориальному отделу Управления Роспотребнадзора (далее — Управление) о признании недействительным его предписания, которым на заявителя была возложена обязанность по обеспечению вакцинации всех сотрудников против гриппа в эпидсезон 2020/2021 гг. Суд первой инстанции удовлетворил требование заявителя в своем решении, которое было обжаловано Управлением в апелляционный арбитражный суд. Этот суд пришел к следующим выводам: признавая предписание недействительным, «суд первой инстанции правомерно исходил из того, что деятельность в области торговли не входит в Перечень работ, выполнение которых связано с высоким риском заболевания инфекционными болезнями и требует обязательного проведения профилактических прививок, утвержденный Постановлением Правительства Российской Федерации от 15.07.1999 № 825; общество не имеет полномочий обязать своих работников пройти профилактические прививки, поскольку в соответствии с ч. 1 ст. 5, ч. 2 ст. 11 Закона № 157-ФЗ граждане при осуществлении иммунопрофилактики имеют право на отказ от профилактических прививок, профилактические прививки проводятся при наличии информированного добровольного согласия на медицинское вмешательство гражданина, общество не наделено полномочиями обязать своих работников сделать профилактические прививки, иммунопрофилактика граждан является добровольной». Согласившись с позицией суда первой инстанции, апелляционный суд оставил его решение без изменения²⁷.

Суть еще одного судебного дела, начатого еще в доковидную эпоху, такова. В июле 2020 г. Главный государственный санитарный врач РФ вынес постановление, рекомендовавшее работодателям обеспечить массовую иммунизацию сотрудников против гриппа²⁸. Организациям, которые не выполнили рекомендации, содержащиеся в постановлении, и не обеспечили «коллективный

²⁷ Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 2 июня 2021 г. № 17АП-4570/2021-АК по делу № А60-55623/2020 // Справочная база Консультант Плюс.

²⁸ Постановление Главного государственного санитарного врача Российской Федерации от 13.07.2020 № 20 «О мероприятиях по профилактике гриппа и острых респираторных вирусных инфекций, в том числе новой коронавирусной инфекции (COVID-19) в эпидемическом сезоне 2020—2021 годов».

иммунитет», Роспотребнадзор направил предписания с требованием в числе прочего «организовать проведение профилактической вакцинации против гриппа сотрудников организации с достижением не менее 60 — процентного охвата» и представить данные в Роспотребнадзор. Не согласившись с предписанием, организация (сеть кинотеатров) оспорила его в арбитражном суде. Суд первой инстанции заявление организации удовлетворил и признал предписание незаконным. Апелляционный суд в своем постановлении поддержал решение суда первой инстанции²⁹.

При этом он указал на ряд важных правовых моментов и, в частности, отметил, что ч. 2 ст. 5 Закона 157-ФЗ обязывает работодателя произвести отстранение от работы работника при отсутствии профилактических прививок только в отношении работ, выполнение которых связано с высоким риском заболевания инфекционными болезнями. Перечень работ, выполнение которых связано с высоким риском заболевания инфекционными болезнями и требует обязательного проведения профилактических прививок, установлен в Постановлении Правительства РФ от 15.07.1999 № 825. Функции сотрудников центрального аппарата сети, обеспечивающих работу кинотеатров (финансово-экономический, юридический, маркетинговые и прочие блоки), а также сотрудников кинотеатров (управляющих, директоров, менеджеров) не попадают в Перечень работ, выполнение которых связано с высоким риском заболевания инфекционными болезнями. Исходя из этого у организации нет оснований отстранять кого бы то ни было из указанных выше работников при отсутствии у них профилактической прививки по показаниям от выполнения их трудовых функций.

Таким образом, анализ решений апелляционных арбитражных судов позволяет сделать вывод о том, в современной судебной практике начала складываться правовая позиция, в соответствии с которой отстранение от работы работника, осуществляющего трудовую функцию, не связанную с высоким риском заболевания инфекционными болезнями и требующую обязательного проведения профилактических прививок, признается незаконным.

В условиях организации массовой вакцинации против короновирусной инфекции в СМИ и публичных дискуссиях высказываются сомнения в законности расширения Главным государственным санитарным врачом субъекта Федерации перечня работ и работников, подлежащих обязательной вакцинации³⁰. Это проблема имеет для трудоспособных граждан и работодателей принципиальный характер, поскольку с таким перечнем связана реализация законодательной нормы об отказе в приеме на работу или отстранение от работы непривитых сотрудников. Однако перечни работ и работников, подлежащих обязательной вакцинации, утвержденные Главными санитарными врачами субъектов Федерации значительно расходятся по своим позициям Перечнем, утвержденным федеральным Правительством Постановлением № 825.

²⁹ Постановлении Девятого арбитражного апелляционного суда от 8 июля 2021 г. № 09АП-31287/21 по делу № А40-235016/2020.

³⁰ Наталья Ключевская. Обязательная вакцинация, отстранение от работы непривитых сотрудников: экспертная оценка современных методов борьбы с COVID-19 // СПС Гарант.

Так, Главный санитарный врач г. Москвы принял Постановление № 1, в котором обязал руководителей организаций, осуществляющих деятельность на ее территории, организовать проведение профилактических прививок по эпидемическим показаниям против новой коронавирусной инфекции (COVID-19) не менее 60% от общей численности работников, сотрудников³¹. В перечень категорий граждан, подлежащих обязательной вакцинации, в Постановлении № 1 были отнесены работники и сотрудники, работающие в более, чем 20 сферах деятельности, в частности, в торговле, общественном питании, транспорте общего пользования, такси и т.д. В то же время утвержденный Правительством перечень работ, выполнение которых связано с высоким риском заболевания инфекционными болезнями и требует обязательного проведения профилактических прививок, включает всего 12 категорий работ. Соответственно, в перечне, утвержденном региональным должностным лицом, значительно расширено число категорий граждан, подлежащих обязательной вакцинации, и с правительственным перечнем пересекаются только категории граждан, работающих в сфере образования и здравоохранения.

В связи с этим встает вопрос о правомочности такого расширения категорий граждан, подлежащих обязательной вакцинации, Главным санитарным врачом субъекта Федерации. Ответ на этот вопрос предполагает рассмотрение установленной законом компетенции субъектов, осуществляющих правовое регулирование обязательной вакцинации на подзаконном уровне. Согласно ч. 2 ст. 5 Закона № 157-ФЗ, перечень работ, выполнение которых связано с высоким риском заболевания инфекционными болезнями и требует обязательного проведения профилактических прививок, устанавливается уполномоченным Правительством РФ федеральным органом исполнительной власти, т.е. с учетом предписания ч. 3 ст. 10 Закона 157-ФЗ — Минздравом России. Правительство РФ оставило это право за собой и само определило перечень работ. В соответствии с той же ч. 3 ст. 10 Закона 157-ФЗ к полномочиям Минздрава РФ отнесено утверждение Календаря профилактических прививок по эпидемическим показаниям, сроки проведения профилактических прививок и *категории граждан*, подлежащих обязательной вакцинации. Такой календарь был утвержден Минздравом России³².

В соответствии с этим Календарем (Приложение № 2) обязательным профилактическим прививкам против коронавирусной инфекции, вызываемой вирусом SARS-CoV-2, в частности, подлежат: работники медицинских, образовательных организаций, организаций социального обслуживания и

³¹ Постановление Главного государственного санитарного врача по городу Москве от 15 июня 2021 г. № 1 «О проведении профилактических прививок отдельным группам граждан по эпидемическим показаниям». Справочная база Консультант Плюс. Следует отметить, что в июле 2021 г. глава ВОЗ Гебрейесус призвал глав государств через год обеспечить вакцинацию 70 % населения // ВОЗ зафиксировала штамм COVID «дельта» в 98 странах // Интерфакс. 02.07.2021.

³² См., напр.: Постановление Правительства Красноярского края от 16 февраля 2021 года «Об уровнях приоритета при вакцинации против коронавирусной инфекции, вызванной вирусом SARS-CoV-2» № 78-п. Режим доступа: Нормативные акты Красноярского края / Постановление Правительства Красноярского края "Об уровнях приоритета при вакцинации против коронавирусной инфекции, вызванной вирусом SARS-CoV-2" (krskstate.ru)

многофункциональных центров (приоритет 1-го уровня); работники организаций транспорта и энергетики, лица, работающие вахтовым методом, работники организаций сферы предоставления услуг, военнослужащие (приоритет 2-го уровня); государственные гражданские и муниципальные служащие; обучающиеся в профессиональных образовательных организациях и образовательных организациях высшего образования старше 18 лет; лица, подлежащие призыву на военную службу (приоритет 3-го уровня).

Очевидно, что перечень категорий работников, которые подлежат обязательной вакцинации против коронавирусной инфекции, установленный Минздравом РФ в Календаре профилактических прививок по эпидемическим показаниям, не согласуется с Перечнем работ, выполнение которых связано с высоким риском заболевания инфекционными болезнями и требует обязательного проведения профилактических прививок, установленный в Постановлении № 825 федерального правительства.

В этом случае встает вопрос: какой из этих двух федеральных нормативных актов должен иметь приоритет для юридически обоснованного включения в действие механизма массовой обязательной вакцинации против коронавирусной инфекции? На наш взгляд, в сложившейся ситуации приоритет должен иметь перечень, установленный в Календаре профилактических прививок по эпидемическим показаниям. Аргументация этого вывода такова. Во-первых, в правительственном перечне виды работ установлены в самом общем и виде и не могут учесть ситуацию, которая сложилась в условиях страшной коронавирусной пандемии. Во-вторых, в силу ч. 3 ст. 10 Закона № 157-ФЗ Минздрав РФ является тем федеральным органом исполнительной власти, который уполномочен Правительством РФ утверждать Календарь профилактических прививок по эпидемическим показаниям.

Принимая постановления о проведении профилактических прививок отдельным группам граждан по эпидемическим показаниям, главные санитарные врачи субъектов РФ не могут не руководствоваться Календарем, установленным Минздравом РФ. Мотивированные постановления главных государственных санитарных врачей субъектов РФ (и их заместителей) играют весьма важную роль в правовом механизме профилактической вакцинации по показаниям, ибо только при их наличии на территории субъекта федерации становится возможным проведение обязательной вакцинации указанных в Календаре граждан или отдельных групп граждан по эпидемическим показаниям (п. 6 ч. 1 ст. 51 Закона № 52-ФЗ, ст. 10 Закона № 157-ФЗ).

При этом с учетом эпидемической ситуации по решению исполнительных органов государственной власти субъектов РФ при проведении профилактических прививок против *коронавирусной инфекции* уровни приоритета лиц, подлежащих обязательной вакцинации, могут быть изменены (п. 8 Порядка проведения гражданам профилактических прививок в рамках календаря профилактических прививок по эпидемическим показаниям, утв. Приказом Минздрава России от № 125н.) В этом нормативном акте не конкретизируется, какие органы исполнительной власти субъектов Федерации вправе принимать такие решения. На наш взгляд, право принять такое решение может взять на себя правительство

субъекта РФ³³. Однако право принять такое решение может быть отнесено в силу ч. 2 ст. 10 Закона № 157-ФЗ и к компетенции главного санитарного врача субъекта РФ. В силу этой нормы установление количества работников, которые должны быть привиты для предотвращения дальнейшей угрозы распространения коронавирусной инфекции в субъекте РФ, также входит в компетенцию главного санитарного врача в субъекте РФ.

Возвращаясь к анализируемому ранее Постановлению № 1, принятому Главным государственным санитарным врачом г. Москвы, следует отметить, что указанный в нем перечень сфер деятельности, работники которых подлежат обязательной вакцинации, не выходит за рамки их перечня, установленного в Календаре профилактических прививок по эпидемическим показаниям, утвержденному федеральным Минздравом. В постановлении главного санитарного врача субъекта РФ в пределах представленных ему полномочий имеет место не расширение перечня работников, подлежащих обязательной вакцинации, а их конкретизация с целью сделать правовой акт более ясным и понятным населению и правоприменителя. Так, относя к таковым работникам лиц, работающих в сфере торговли, общественного питания, транспорта общего пользования и других, Главный санитарный врач субъекта не более, чем уточняет указанную в Календаре и относящуюся к приоритету 2-го уровня категорию «работники организаций сферы предоставления услуг». Такое уточнение необходимо из-за недостаточной определенности этой категории. Например, ранее действовавший Общероссийский классификатор услуг населению (ОКУН) относил к сфере предоставления услуг более десятка видов таких услуг, в силу чего конкретизация работников этой сферы для целей обязательной вакцинации применительно к уровню субъекта Федерации вполне оправданна и правомерна.

Таким образом, можно констатировать, что в России использование механизма обязательной вакцинации является исключением из действующего общего правила добровольности профилактических прививок. Однако обязательность вакцинации не означает возможность ее проведения без согласия лица, относящегося к категории граждан, подлежащих профилактической прививке по установленным в законе условиям и включенных в Календарь профилактических прививок по эпидемическим показаниям. Из этого следует, что обязательная вакцинация в России, как и в большинстве современных государств, проводится в мягкой, косвенной форме.

Тем не менее даже в такой форме она не может не затрагивать индивидуальных прав граждан. Прежде всего это касается права на уважение частной жизни, защищаемое ст. 8 Европейской конвенции от вмешательства. Однако, как явствует из практики ЕСПЧ по вопросам обязательной вакцинации, такое вмешательство оправдано, если оно необходимо в демократическом обществе, базируется на соответствующей правовой основе (предписано законом) и преследует законную цель.

³³ См., напр.: Постановление Правительства Красноярского края от 16 февраля 2021 года «Об уровнях приоритета при вакцинации против коронавирусной инфекции, вызванной вирусом SARS-CoV-2» № 78-п. Режим доступа: publication.pravo.gov.ru/Document...2400202102200011

Использование российским государством механизма обязательной вакцинации для борьбы с короновирусной инфекцией в полной мере отвечает этим критериям. В России существует достаточно развитая законодательная база, позволяющая гибко проводить политику профилактических прививок в условиях пандемии с целью защиты индивидуального и общественного здоровья и обеспечения коллективного иммунитета. Вместе с тем с учетом накопленного ныне опыта необходимо продолжить совершенствование правовой основы механизма обязательной вакцинации с целью устранения отдельных нестыковок и обеспечения ее согласованности. В частности, одним из нерешенных до конца вопросов, порождающих правовую неопределенность, остается вопрос о правовом регулировании перечня работ, выполнение которых связано с высоким риском заболевания инфекционными болезнями и требует обязательного проведения профилактических прививок. Наиболее целесообразным представляется его решение на федеральном уровне путем внесения соответствующих изменений в Перечень таких работ, утвержденный более двадцати лет назад Правительством РФ, либо Правительство РФ может однозначно уполномочить на установление Перечня таких работ федеральный орган исполнительной власти, как это определяется в ч. 2 ст. 5 Закона 157-ФЗ.

В условиях неблагоприятной эпидемической ситуации необходимость использования механизма обязательной вакцинации в современном обществе вызывает все меньше сомнений. Помимо просветительской деятельности органов публичной власти и общественных объединений, в немалой степени этому способствовал тот факт, что массовая вакцинация в короткий срок позволила существенно снизить количество заболевших, а также процент пациентов с тяжелыми осложнениями после COVID-19. Растет и осознание того, что обязательная вакцинация — один из законных способов борьбы с эпидемическими заболеваниями в цивилизованном демократическом государстве, использование которого отвечает интересам общества и отдельных граждан в сфере охраны здоровья.

Заключение

Права и свободы одного индивида заканчиваются там, где возникает угроза правам и свободам другого. В контексте борьбы с пандемией это означает, что человек, являясь возможным переносчиком опасного заболевания, должен принять индивидуальные меры по предупреждению распространения данного заболевания. В частности, в перечень данных мер входит ношение масок и перчаток, социальная дистанция, вакцинация.

В демократическом обществе государство как носитель публичного интереса обязано защитить не только права отдельного индивида от посягательств на них, но и общество в целом от тех масштабных угроз, которые могут повлечь массовые инфекционные заболевания. Этим обусловлена необходимость разработки государственной политики обязательной вакцинации, которая является средством содействия массовой вакцинации и позволяет повысить охват населения прививками в целях снижения заболеваемости и смертности.

Разработка такой политики включает также необходимость создания гибкого и отлаженного механизма ее правового обеспечения, гарантирующего ее «надлежащую правовую основу». Этот механизм включает в самом общем виде такие элементы, как: а) наличие установленных в законодательстве правил, прямо или косвенно обязывающих лиц, которые относятся к определенным в законе категориям населения, пройти прививку, б) правовая процедура получения информированного согласия лица на проведение вакцинации или его отказа от вакцинации, г) наступление для лица, относящегося к одной из этих категорий населения, но не имеющего прививки, неблагоприятных последствий, предусмотренных национальным законом, д) возможность оспаривания этим лицом применения в отношении него нормы закона, предусматривающей наступление неблагоприятных последствий в случае отсутствия прививки.

Национальные органы государственной власти вправе вводить обязательную вакцинацию, но это не означает, что граждане могут быть физически принуждены к вакцинации путем доставления в медучреждения и насильственного введения вакцины. Более того, в большинстве современных государств обязанность вакцинироваться устанавливается не прямо, а путем ограничения индивидуального выбора особыми способами, делая прививку условием, например, пользования определенными публичными благами и услугами либо работы в определенных отраслях (здравоохранение и др.). Устанавливая такие условия, государство косвенным образом вынуждает частных лиц сделать выбор в пользу прививки. Исходя из этого обязательная вакцинация может быть определена как такая система вакцинации, которая предусматривает в результате отказа от прививки определенные негативные последствия юридического характера, способные повлиять и предназначенные для того, чтобы повлиять на решение лица о вакцинации.

В рассмотренных в данной статье странах законодатель и правоприменитель обоснованно санкционировали обязательную вакцинацию, которая признается как публичное благо, обеспечивающее охрану здоровья как отдельных граждан, так населения в целом. Анализ конституционных актов также показал, что в совокупности норма, гарантирующая высокий уровень здравоохранения и установленная публичная обязанность, заключающаяся в ненарушении прав третьих лиц, создают правовое поле, в рамках которого введение обязательной вакцинации является конституционным правом государства. Более того, как в рациональном, так и в этическом планах государство должно взять на себя и возложить на других небольшие риски вакцинации, поскольку польза для отдельных лиц и публичного блага здравоохранения достаточно велика и жизненно значима.

Публичная юридическая обязанность пройти вакцинацию не может не затрагивать индивидуальных прав граждан. Прежде всего, это касается права на уважение частной жизни, защищаемое ст. 8 Европейской конвенции от вмешательства. Данное право не является абсолютным: в самой Конвенции оговорено, что его использование может быть ограничено, если такое ограничение предусмотрено законом, «необходимо в демократическом обществе» и предназначено для защиты здоровья или прав и свобод других. Из практики ЕСПЧ по вопросам обязательной вакцинации можно сделать вывод, что при ее применении

вмешательство публичной власти оправдано, если оно «необходимо в демократическом обществе», базируется на соответствующей правовой основе (предписано законом) и преследует законную цель.

Вмешательство в частную жизнь и личную свободу при проведении политики обязательной вакцинации как профилактической меры, следует рассматривать не само по себе, а в контексте ограничений этих прав, устанавливаемых законом, и реализации такой публичной цели как защита здоровья и благополучия населения. В этом контексте вмешательство публичной власти в осуществление индивидуальных прав в пределах их ограничений, предусмотренных законом, для достижения социально значимой и этически оправданной публичной цели не может рассматриваться как нарушение этих прав.

References / Список литературы

- Adams, J. (1982) *The Efficacy of Seat Belt Legislation*. SAE Transactions.
- Anan'eva, E.O., Ivliev, P.V. & Shmaeva, T.A. (2021) Vaccination of the population: the right, duty of citizens or the interest of the state. *Zakon i pravo*. (3), 38-42. <https://doi.org/10.24412/2073-3313-2021-3-38-42> (in Russian).
- Ананьева Е.О., Ивлиев П.В., Шмаева Т.А. Вакцинация населения: право, обязанность граждан или интерес государства // Закон и право. 2021. № 3. С. 38—42. <https://doi.org/10.24412/2073-3313-2021-3-38-42>
- Chervenak, F.A., McCullough, L.B., & Brent, R.L. (2016) Professional Responsibility and Early Childhood Vaccination. *The Journal of pediatrics*. (169), 305—309. <https://doi.org/10.1016/j.jpeds.2015.10.076>.
- Giubilini, A. (2019) *The Ethics of Vaccination*. London, Palgrave MacMillan.
- Giubilini, A. & Savulescu, J. (2019) Vaccination, Risks, and Freedom: The Seat Belt Analogy. *Public Health Ethics*. 12(3), 237—249. <https://doi.org/10.1093/phe/phz014>.
- Gravagna, K., Becker, A. & Valeris-Chacin R. et al. (2020) Global assessment of national mandatory vaccination policies and consequences of non-compliance. *Vaccine*. (38), 7865—7873.
- Høyе, A. (2016) How Would Increasing Seat Belt Use Affect the Number of Killed or Seriously Injured Light Vehicle Occupants? *Accident Analysis and Prevention*. (88), 175—186.
- Hough-Telford, C., Kimberlin, D.W., Aban, I., Hitchcock, W.P., Almquist, J., Kratz, R., & O'Connor, K.G. (2016) Vaccine Delays, Refusals, and Patient Dismissals: A Survey of Pediatricians. *Pediatrics*. 138(3), e20162127. <https://doi.org/10.1542/peds.2016-2127>
- Krasser, A. (2021) Compulsory Vaccination in a Fundamental Rights Perspective: Lessons from the ECtHR. *Icl Journal-Vienna Journal on International Constitutional Law*. 15(2), 207—233.
- Navin, M.C. & Largent, M.A. (2017) Improving Nonmedical Vaccine Exemption Policies: Three Case Studies. *Public Health Ethics*. (10), 225—234.
- Pierik, R. (2018) Mandatory Vaccination: An Unqualified Defence. *Journal of Applied Philosophy*. 35(2), 381—398. <https://doi.org/10.1111/japp.12215>
- Ritov, I. & Baron, J. (1990) Reluctance to Vaccinate. Omission Bias and Ambiguity. *Journal of Behavioural Decision Making*.
- Schmitt, H. J., Booy, R., Weil-Olivier, C., Van Damme, P., Cohen, R., & Peltola, H. (2003) Child vaccination policies in Europe: a report from the Summits of Independent European Vaccination Experts. *The Lancet. Infectious diseases*. 3(2), 103—108.
- Salmon, D. A., Moulton, L. H., Omer, S. B., DeHart, M. P., Stokley, S., & Halsey, N. A. (2005) Factors associated with refusal of childhood vaccines among parents of school-aged children: a case-control study. *Archives of pediatrics & adolescent medicine*. 159(5), 470—476.
- Vines, T., & Faunce, T. (2012) Civil liberties and the critics of safe vaccination: Australian Vaccination Network Inc v Health Care Complaints Commission [2012] NSWSC 110. *Journal of law and medicine*. 20(1), 44—58.

- Walkinshaw, E. (2011) Mandatory vaccinations: The international landscape. *CMAJ: Canadian Medical Association journal = journal de l'Association medicale canadienne*. 183(16), E1167—E1168. <https://doi.org/10.1503/cmaj.109-3993>
- Wang, E., Clymer, J., Davis-Hayes, C., & Bутtenheim, A. (2014) Nonmedical exemptions from school immunization requirements: a systematic review. *American journal of public health*. 104(11), e62—e84. <https://doi.org/10.2105/AJPH.2014.302190>

Об авторе:

Ястребов Олег Александрович — доктор юридических наук, доктор экономических наук, профессор, ректор, главный редактор научного журнала «Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки», Российский университет дружбы народов; 117198, Российская Федерация, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6

ORCID ID: 0000-0003-4943-6940

e-mail: yastrebov_oa@rudn.university

About the author:

Oleg A. Yastrebov — Doctor of Legal Sciences, Doctor of Economic Sciences, Full Professor, Rector, Editor-in-chief of the *RUDN Journal of law*, Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University); 6 Miklukho-Maklaya str., Moscow, 117198, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0003-4943-6940

e-mail: yastrebov_oa@rudn.university

РЕЦЕНЗИИ. НАУЧНЫЕ ФОРУМЫ

BOOK REVIEWS. SCIENTIFIC FORUMS

<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-236-243>

Рецензия

Рецензия на книгу:
Нормотворческий процесс в Республике Крым и Севастополе
(по материалам 2019 года): учебное пособие для магистров /
И. В. Бондарчук и др. Симферополь, 2020. 332 с.

Т.Н. Радько¹✉, В.А. Назайкинская² 

¹Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина
(МГЮА), г. Москва, Российская Федерация

²Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»,
г. Москва, Российская Федерация
✉thradko@yandex.ru

Аннотация. В рецензии анализируется содержание учебного пособия «Нормотворческий процесс в Республике Крым и Севастополе», подготовленного коллективом авторов, представляющих не только Крымские вузы, осуществляющих обучение по направлениям подготовки 40.04.01 «Юриспруденция» и 38.04.04 «Государственное и муниципальное управление», но и непосредственно вовлеченные в законодательный процесс. Подчеркивается, что это третья книга из серии изданий на базе ежегодных докладов Государственного Совета Республики Крым и отчетов Законодательного Собрания города Севастополя о состоянии регионального законодательства. Указывается на обоснованное сочетание теоретических и практических основ нормотворческой деятельности в исследуемых субъектах Российской Федерации. Отмечается, что цикл изданий, основанный на правовом мониторинге законотворческой деятельности Государственного Совета Республики Крым и Законодательного Собрания города Севастополя, удачно сочетается с теоретическим обзором вопросов, которые связаны с подготовкой законопроектов. Указанные факты делают пособие полезным источником не только для студентов-магистрантов, но и для всех специалистов, работающих в сфере нормотворческой деятельности.

Ключевые слова: нормотворческая деятельность, нормотворческий процесс, законодательство субъекта Федерации, применение законодательства, принципы законотворчества, региональный законодатель, правотворческая политика, правовой мониторинг

© Радько Т.Н., Назайкинская В.А., 2022



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: 19 июня 2021 г.

Дата принятия к печати: 15 января 2022 г.

Для цитирования:

Радько Т.Н., Назайкинская В.А. Рецензия на книгу: Нормотворческий процесс в Республике Крым и Севастополе (по материалам 2019 года): учебное пособие для магистров / И. В. Бондарчук и др. Симферополь, 2020. 332 с. // *RUDN Journal of Law*. 2022. Т. 26. № 1. С. 236—243. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-236-243>

<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-236-243>

Book review

**Review on the book:
Bondarchuk, I. V., Butkevich, O. V., Rudenko, A. V. et al. (2020)
Rule-making process in the Republic of Crimea and Sevastopol
(based on materials of 2019): a textbook for masters.
Simferopol, Arial publishing house**

Timofey N. Radko¹✉, Varvara A. Nazaykinskaya² 

¹Kutafin Moscow State Law University (MSAL), *Moscow, Russian Federation*

²National Research University Higher School of Economics, *Moscow, Russian Federation*

✉thradko@yandex.ru

Abstract. The review analyzes the content of the textbook “Rule-making process in the Republic of Crimea and Sevastopol”, prepared by a team of authors representing not only Crimean universities that provide training in the areas 40.04.01 “Jurisprudence” and 38.04.04 “State and municipal government”, but also directly involved in the legislative process. It is emphasized that this is the third book in a series of publications based on the annual reports of the State Council of the Republic of Crimea and reports of the Legislative Assembly of the city of Sevastopol on the state of regional legislation. The authors point to a well-grounded combination of theoretical and practical foundations of rule-making activity in the constituents of the Russian Federation under study. It is noted that the cycle of publications based on legal monitoring of the legislative activities of the State Council of the Republic of Crimea and the Legislative Assembly of the city of Sevastopol is successfully combined with a theoretical review of issues related to the preparation of draft laws. These facts make the manual a useful source not only for undergraduate students, but also for all specialists working in the field of regulatory activity.

Key words: regulatory activity, law-making process, legislation of the constituent of the Federation, application of legislation, principles of lawmaking, regional legislator, law-making policy, legal monitoring

Conflicts of interest. The authors declare no conflict of interest.

The participation of the authors: inseparable co-authorship.

Article received 19th Juny 2021

Article accepted 15th January 2022

For citation:

Radko, T.N., Nazaykinskaya, V.A. (2022) Review on the book: Bondarchuk, I. V., Butkevich, O. V., Rudenko, A. V. et al. (2020) Rule-making process in the Republic of Crimea and Sevastopol (based on materials of 2019): a textbook for masters. Simferopol, Arial publishing house. *RUDN Journal of Law*. 26 (1), 236—243. (in Russian). <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-236-243>

В 2020 г. вышло в свет учебное издание «Нормотворческий процесс в Республике Крым и Севастополе (по материалам 2019 года)»¹.

Изданная книга является третьим пособием из серии изданий «Нормотворческий процесс в субъектах Российской Федерации», основанных на ежегодных докладах законодательных (представительных) органов Республики Крым и города федерального значения Севастополя, законодательных и иных актов Республики Крым и города федерального значения Севастополя.

Уже традиционно, рецензируемое пособие готовится коллективом авторов на основе ежегодных докладов Государственного Совета Республики Крым о развитии законодательства Республики Крым и отчетов Законодательного Собрания города Севастополя о состоянии законодательства города федерального значения Севастополь, законодательных и иных актов Республики Крым и города федерального значения Севастополя, принятых в 2019 г. Авторами этой работы являются доктор юридических наук Сергей Трофимов и кандидаты юридических наук Илья Бондарчук, Ольга Буткевич, Артем Руденко, Людмила Рышкова, Ирина Стрельникова, которые занимаются исследованием особенностей правоприменения федерального законодательства на территориях Республики Крым и Севастополя², а также имеют опыт законопроектной работы, научно-экспертной и преподавательской деятельности в Республике Крым. Пособие вышло под общей редакцией профессора департамента теории права и межотраслевых юридических дисциплин факультета права Высшей школы экономики Ю. Г. Арзамасова, председателя Комитета Государственного Совета Республики Крым по законодательству С.А. Трофимова и руководителя секретариата Аппарата Государственного Совета Республики Крым И.В. Бондарчука.

В издании рецензируемого пособия стоит отметить особую роль Комитета по законодательству Государственного Совета Республики Крым, который ежегодно проводит анализ состояния законодательства Республики Крым при участии членов Научного Совета по правотворчеству при Председателе Государственного Совета Республики Крым.

¹ Нормотворческий процесс в Республике Крым и Севастополе (по материалам 2019 года): учебное пособие для магистров / И.В. Бондарчук, О.В. Буткевич, А.В. Руденко [и др.]; под ред. Ю.Г. Арзамасова, С.А. Трофимова, И.В. Бондарчука. Симферополь: ИТ «АРИАЛ», 2020. 332 с.

² См., например: Нормотворческий процесс Республики Крым в системе нормотворчества Российской Федерации: проблемы взаимодействия и баланса / И.В. Бондарчук, О.В. Буткевич, А.В. Руденко [и др.] // Право и современные государства. 2019. № 3. С. 43—52. <https://doi.org/10.14420/tu.2019.3.4>; Бондарчук, И.В. Реформирование регионального законодательства об обращении с животными в свете формирующейся судебной практики / И.В. Бондарчук, А.В. Руденко, А.С. Хоменко // Вестник Московского городского педагогического университета. Серия: Юридические науки. 2021. № 1(41). С. 62—70. <https://doi.org/10.25688/2076-9113.2021.41.1.07>; Бондарчук, И.В. Имплементация позиций Конституционного Суда России в законодательство Республики Крым / И.В. Бондарчук // Журнал российского права. 2020. № 8. С. 45—58. <https://doi.org/10.12737/jrl.2020.093>

Изданное пособие также создано на основе обобщения практического опыта реализации положений Закона Республики Крым от 29 декабря 2016 г. № 340-ЗРК/2016 «О мониторинге нормативных правовых актов Республики Крым» на территории Республики Крым и Закона города Севастополя от 29 сентября 2015 г. № 185-ЗС «О правовых актах города Севастополя», предусматривающего осуществление правового мониторинга в городе Севастополе.

Рецензируемое учебное пособие представляет собой обобщение и анализ нормотворческой деятельности Республики Крым и Севастополя, результат правового мониторинга, что делает его интересным и актуальным как для практических работников, так и для научных работников, преподавателей учебных заведений юридического профиля, интересующихся вопросами регионального нормотворчества. Учебное пособие может быть использовано при подготовке студентов по направлению «Юриспруденция». Таким образом, рецензируемое учебное пособие, безусловно, является актуальным, имеет практическую и юридическую значимость.

Со времен принятия Крыма и Севастополя в состав Российской Федерации активно осуществлялась нормотворческая деятельность в указанных субъектах, но если в первые годы воссоединения она сводилась к обеспечению интеграции Республики Крым и города Севастополя в правовое пространство Российской Федерации, то к 2019 г. эти вопросы были решены.

В связи с чем правовое регулирование на территории исследуемых субъектов осуществлялось в рамках общероссийской правовой системы, и, учитывая, что абсолютное большинство законодательных и других нормативных правовых актов было принято к этому году, актуальным было лишь совершенствование. Это подтверждается тем, что из 120 законов, принятых в Республике Крым, 97 — это законы о внесении изменений в уже действующие законы, и 23 базовых (с. 73). Принятие новых законов связано с регулированием соответствующих общественных отношений по новым правилам или с отсутствием законов, регулирующих определенные правовые отношения.

По сферам правового регулирования большинство законов касается государственного устройства и бюджетного процесса в Республике Крым. Так, в 2019 г. в Республике Крым были приняты законы: от 26 февраля 2019 г. № 572-ЗРК/2019 «О выборах депутатов Государственного Совета Республики Крым»; от 2 июля 2019 г. № 626-ЗРК/2019 «О почетном звании Республики Крым «Населенный пункт воинской доблести»; от 15 августа 2019 г. № 639-ЗРК/2019 «Об утверждении Соглашения между Советом министров Республики Крым (Российская Федерация) и Правительством Республики Южная Осетия о торгово-экономическом, научно-техническом и культурном сотрудничестве»; от 3 декабря 2019 г. № 20-ЗРК/2019 «О порядке утверждения перечней информации о деятельности государственных органов Республики Крым, размещаемой в информационно-телекоммуникационной сети интернет»; № 19-ЗРК/2019 «О бюджете Республики Крым на 2020 год и на плановый период 2021 и 2022 годов»; от 15 августа 2019 г. № 636-ЗРК/2019 «Об инвестиционном налоговом вычете»; от 2 июля 2019 г. № 624-ЗРК/2019 «Об инвестиционной политике и государственной поддержке инвестиционной деятельности в Республике Крым» и др.

В Севастополе в 2019 г. было принято 83 закона, из них 14 — базовых, 69 — о внесении изменений в законы города Севастополя или о признании их утратившими силу. В Севастополе в 2019 г. были приняты законы: от 23 июля 2019 года № 517-ЗС «О порядке отзыва Губернатора города Севастополя»; от 13 августа 2019 г. № 534-ЗС «О региональном материнском капитале в городе Севастополе»; от 5 июня 2019 г. № 507-ЗС «О порядке предоставления жилых помещений специализированного жилищного фонда города Севастополя» и др.

Пособие состоит из трех частей. В первой части пособия рассматриваются теоретические аспекты нормотворческой деятельности. Анализируются понятие, признаки, функции нормотворческой деятельности. При этом авторы рассматривают различные подходы к понятию «нормотворчество» и «нормотворческая» деятельность, соотношение с другими смежными понятиями. Раскрывают признаки и принципы нормотворческой деятельности.

Раскрываются конституционно-правовые основы законодательного процесса в субъектах Российской Федерации. Сначала авторы анализируют конституционные положения разделения предметов ведения между Российской Федерацией и ее субъектами, далее — федеральное законодательство, регулирующее законотворческий процесс в субъектах Российской Федерации. Также авторы анализируют законодательную базу, регламентирующую законотворческий процесс в Республике Крым и городе Севастополе, выявляя общее и особенное в региональном правовом регулировании. Отдельно уделено внимание процедурам оценки регулирующего воздействия проектов нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации и экспертизы нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации, подчеркивается их важность.

Отдельно в пособии сосредоточено внимание на проблемных аспектах нормотворческой деятельности, а именно в вопросах формирования единого правового пространства и «регуляторной гильотины».

Так, авторы отмечают, что вовлеченность в единое правовое пространство нормативных баз регионального и муниципального уровней остается одной из первоочередных задач. Среди проблем формирования единого правового пространства называют несоответствие и противоречивость региональных и муниципальных нормативных правовых актов международным нормам и принципам, нормам Конституции Российской Федерации и федеральным законам, а также нормам морали, современным общественным отношениям; избыточность законодательства, что идет вразрез с принципом стабильности; пробельность и коллизионность нормативных актов; дублирование федерального законодательства; наличие неработающих законов; отсутствие ресурсного обеспечения принимаемых законов; подмена законов подзаконными актами; язык нормотворчества и др. (с. 36). Предложен ряд мер для оптимизации формирования единого правового пространства: четкое определение круга вопросов, по которым региональные органы могут принимать нормативные правовые акты; повышение информационной и разъяснительной работы в нормотворческих органах субъектов Российской Федерации; совершенствование прогнозирования и планирования нормотворческой работы; повышение уровня взаимодействия различных органов власти; повышение уровня экспертной деятельности; введение единых правил юридической техники.

Раскрываются формы участия органов прокуратуры и юстиции в нормотворческом процессе.

Анализируются правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации (далее — КС РФ), которые представляет особый интерес и имеют особое методологическое значение как для нормотворческой деятельности в Крыму и Севастополе, так и для правоприменительной практики.

Итак, первая часть работы раскрывает теоретические аспекты нормотворческой деятельности субъектов Российской Федерации, авторы анализируют федеральные и региональные нормативные правовые акты, регулирующие порядок осуществления нормотворческой деятельности, полномочия в сфере нормотворчества, особенности нормотворческой деятельности в Республике Крым и городе Севастополе.

Во второй и третьей главе, которые условно можно объединить во вторую, практическую часть учебного пособия, анализируется нормотворческий процесс в Республике Крым и городе Севастополе.

Авторы изложили практические результаты законотворческой деятельности в Республике Крым и Севастополе в 2019 г. Особый интерес представляет параграф, в котором приводится обзор законодательства Республики Крым по сферам правового регулирования. Авторы отметили, что разработка и принятие нормативных правовых актов в указанных субъектах Федерации было обусловлено необходимостью совершенствования регионального законодательства и его соответствия федеральному законодательству, а также необходимостью урегулирования различных общественных отношений, складывающихся на территориях этих двух субъектов.

Анализ принятых законов в Республике Крым приводится по следующим сферам правового регулирования: 1) институты гражданского общества; 2) государственное строительство и местное самоуправление; 3) административная ответственность; 4) экономическая, бюджетно-финансовая и налоговая политика; 5) имущественные и земельные отношения; 6) социальная политика и здравоохранение; 7) инфраструктура и жилищные отношения; 8) туризм, экология и аграрная политика; 9) культура, образование и спорт.

Анализ законов города Севастополя проводится по следующим сферам правового регулирования: 1) конституционный строй; 2) основы государственного управления; 3) гражданское право; 4) семья, материнство и детство; 5) жилищные отношения; 6) социальное обеспечение и социальное страхование; 7) финансы; 8) хозяйственная деятельность; 9) природные ресурсы и охрана окружающей природной среды; 10) информация и информатизация; 11) образование, наука и культура; 12) здравоохранение, физическая культура, спорт и туризм; 13) безопасность и охрана правопорядка; 14) правосудие; 15) прокуратура, органы юстиции, адвокатура и нотариат.

В каждой из указанных сфер на основе анализа и систематизации приводятся законы, принятые в соответствующей сфере правового регулирования. Указываются цели принятия соответствующего закона и его краткая характеристика. Особую практическую значимость имеет анализ реализации принятых законов. Например, в рамках реализации федерального и регионального

законодательства об отдыхе и оздоровлении детей на территории Республики Крым, за период летней оздоровительной кампании 2019 г., всеми формами отдыха, оздоровления и занятостью фактически обеспечено 163 541 детей школьного возраста (76,8 %), проживающих на территории Республики Крым (с. 192).

Отдельное внимание в рецензируемом пособии уделено участию прокуратуры и территориального органа Минюста России по субъектам РФ в нормотворческой деятельности. Прокуратура принимает участие в последней в различных формах: через реализацию права законодательной инициативы; через правовую и антикоррупционную экспертизу; участие в заседаниях правотворческих органов, комитетов, рабочих групп. Отмечено, что в 2019 г. законы Республики Крым и постановления Государственного Совета не оспаривались (с. 82). Это можно расценить, что нормативные правовые акты принимались исключительно в рамках действующего закона.

Отдельно уделено внимание в пособии участию институтов гражданского общества в законотворческой деятельности исследуемых субъектов Федерации. Уже традиционно охарактеризовано участие Общественной палаты Республики Крым в правотворческой деятельности. При этом более детальная характеристика нового для Крыма института представлена в ранее изданных аналогичных пособиях³. Также отмечено, что, хотя этот институт не обладает правом законодательной инициативы, тем не менее активно участвует в правотворческой деятельности через иные формы, и прежде всего, общественную экспертизу проектов нормативных правовых актов.

В целом учебное издание представляет собой целостную картину нормотворческой деятельности в Республике Крым и городе Севастополе. Теоретическая и практическая значимость, обозначенная выше, не вызывает сомнения. Теоретическая и практическая части дополняют друг друга. Тем не менее, пособие не лишено недостатков, которые следует расценивать как пожелания для дальнейшей работы.

Так, в качестве пожелания можно отметить расширение информации относительно базовых законов, принятых в соответствующем году. Следует не только указать суть нововведения, но и изложить обоснование принятия данного закона, его предполагаемые или фактические последствия.

Если же рецензируемая книга будет переиздаваться в новом году хорошо было бы дополнить ее главой о практике приведения регионального законодательства в соответствие с Законом Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации от 14 марта 2020 г. № 1-ФКЗ «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти». При переиздании, далее, в главу 1 целесообразно добавить обзор практики разрешения Конституционным Судом РФ публично-правовых споров

³ Нормотворческий процесс в Республике Крым и Севастополе: по материалам 2018 года / И.В. Бондарчук, О.В. Буткевич, А.В. Руденко [и др.]; под ред. С.А. Трофимова, И.В. Бондарчука. Симферополь: Общество с ограниченной ответственностью «Издательство Типография «Ариал», 2019. 424 с.; Нормотворческий процесс в субъектах Российской Федерации: на примере Республики Крым и города федерального значения Севастополя / И.В. Бондарчук, О.В. Буткевич, А.В. Руденко [и др.]. Симферополь: Общество с ограниченной ответственностью «Издательство Типография «Ариал», 2018. 356 с.

между федеральными органами государственной власти и органами государственной власти субъектов Российской Федерации по вопросам нормотворческой компетенции. Глава 2 и 3 выиграли бы, если бы в нее были введены параграфы о практике реализации оценки регулирующего воздействия в Республике Крым и Севастополе.

Вывод: рецензируемая работа посвящена не просто вопросам регионального нормотворчества, а описывает уникальный опыт Республики Крым, как нового субъекта Российской Федерации, по формированию правовой базы. Краткие сроки формирования крымского законодательства, использования предыдущего опыта крымских законодателей создают уникальный симбиоз, позволяющий по-новому взглянуть на механизмы нормотворчества, предоставляющий широкий пласт информации для научного исследования.

Рецензируемая работа в определенной мере несет и историческую ценность, так как в комплексе с другими работами авторов, описывает хронологию становления законодательной базы Крыма, ее трансформации под влиянием политических и общественных факторов. Таким образом, представленное пособие может быть интересно широкому кругу исследователей политических, социальных, юридических и ряда других наук.

Об авторах:

Радко Тимофей Николаевич— Заслуженный юрист Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор, Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА); 125993, Российская Федерация, г. Москва, Садовая-Кудринская ул., д. 9

SPIN-код: 8271-2299

e-mail: thradko@yandex.ru

Назайкинская Варвара Алексеевна— преподаватель, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»; 109028, Российская Федерация, г. Москва, Большой Трёхсвятительский пер., д. 3

ORCID ID: 0000-0001-8913-9903

e-mail: vary07@bk.ru

About the authors:

Timofey N. Radko — Honored lawyer of the Russian Federation, Full Professor, Kutafin Moscow State Law University (MSAL); 9 Sadovaya-Kudrunskaya str., Moscow, 125993, Russian Federation

SPIN-код: 8271-2299

e-mail: thradko@yandex.ru

Varvara A. Nazaykinskaya — Lecturer, National Research University Higher School of Economics; bld. 3 Bolshoy Trekhsvyatitelskiy side str., Moscow, 109028, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0001-8913-9903

e-mail: vary07@bk.ru

<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-244-254>

Информационная статья

Принципы и целеполагание в государственном управлении наукой на современном этапе: сравнительно-правовое исследование

Д.А. Добряков  

Российский университет дружбы народов,
г. Москва, Российская Федерация

 den-dobryakov@yandex.ru

Аннотация. С течением времени значение научно-технического прогресса постоянно повышается, причем происходит это во всех сферах жизнедеятельности общества, включая экономику, политику, социальное обеспечение и проч. В этой связи достаточно остро стоит проблема совершенствования законодательной регламентации государственного управления наукой, одним из существенных элементов которого является определение принципов и целей соответствующей деятельности публичной власти. При разработке конкретных предложений необходимо учитывать не только внутренние условия конкретного государства, но также и опыт зарубежных стран, который способен помочь определить и уточнить национальные приоритеты развития науки, а также избежать уже известных мировому сообществу ошибок и затруднений. Анализу такого опыта и посвящена данная статья.

Ключевые слова: наука, научно-технический прогресс, государственное управление наукой, правовое регулирование

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Информация о финансировании. Статья подготовлена на основании Отчета о выполнении НИР по теме № 091408-1-074 «Экспертно-аналитическое сопровождение формирования пакета предложений о мерах и правотворческих инициативах правового регулирования научной и научно-технической деятельности в Российской Федерации» (шифр «Наука»), выполненной в рамках государственного задания на 2021 год № 1827-20.

Дата поступления в редакцию: 02 декабря 2021 г.

Дата принятия к печати: 15 января 2022 г.

Для цитирования:

Добряков Д.А. Принципы и целеполагание в государственном управлении наукой на современном этапе: сравнительно-правовое исследование // *RUDN Journal of Law*. 2022. Т. 26. № 1. С. 244—254. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-244-254>

<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-244-254>

Information Article

Principles and goals in public administration of science at the present stage: a comparative legal study

Denis A. Dobryakov  

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

Abstract. Over time, the importance of scientific and technological progress is constantly increasing, and this happens in all spheres of society activities, including economic, political, social security, etc. In this regard, the problem of improving legislative regulation of public administration of science is quite acute. One of the essential elements of such problem is determining principles and goals of relevant public authorities' activities of. In developing specific proposals, it is necessary to take into account not only the internal conditions of a particular state, but also experience of foreign countries. Such approach allows to determine and clarify national priorities for the development of science, as well as avoid mistakes and difficulties already known to the world community. This article is devoted to the analysis of such experience.

Key words: science, scientific and technological progress, public administration of science, legal regulation

Conflicts of interest. The author declares no conflict of interest.

Funding information. The article was prepared on the basis of the Report on the implementation of research on topic No. 091408-1-074 Expert and Analytical Support for Forming a Package of Proposals on Measures and Law-Making Initiatives for Legal Regulation of Scientific and Scientific-Technical Activities in the Russian Federation (code "Science"), completed within the framework of the State Assignment for 2021 No. 1827-20.

Article received 02nd December 2021

Article accepted 15th January 2022

For citation:

Dobryakov, D.A. (2022) Principles and goals in public administration of science at the present stage: a comparative legal study. *RUDN Journal of Law*. 26 (1), 244—254. (in Russian). <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-244-254>

Наука представляет собой, с одной стороны, особый вид познавательной деятельности человека, направленный на выработку системы организованных и стремящихся к объективности знаний о мире, а с другой — социальный институт, обеспечивающий осуществление познавательной деятельности ее субъектами¹.

¹ Степин В.С. Наука // Большая российская энциклопедия. Т. 22. М., 2013. С. 142—144.

При этом в качестве познавательной деятельности человека наука является разновидностью его творческой активности наравне с литературным, художественным и другими видами творчества (ч. 1 ст. 44 Конституции Российской Федерации). Поэтому даже имея собственные методы и требования (достоверность, точность (можно даже сказать — однозначность), воспроизводимость, проверяемость и проч. характеристики, которые должны быть присущи научным исследованиям и их результатам), наука в целом базируется на общих принципах творческой деятельности человека, среди которых одну из фундаментальных позиций занимает свобода творчества.

В качестве социального института наука характеризуется определенной степенью самодостаточности и способна создавать и определять собственные нормы и рамки, цели и средства их достижения, причем научное знание порой вступает в определенный конфликт с окружающей человека реальностью и существующими в ней проблемами и явлениями² (например, современная наука не может во всех случаях исцелить человека от рака, однако уже сейчас позволяет — пусть и со множеством оговорок — производить клонирование живых организмов, хотя общество к этому до настоящего времени не готово и в своей массе считает соответствующие технологии неэтичными). Развитие научного знания может идти, что называется, само по себе, без вмешательства сторонних субъектов, однако, учитывая значение науки и результатов научно-исследовательской деятельности для развития общества, это фактически невозможно.

Научно-технический потенциал страны (можно было бы сказать — народа, но это не вполне корректно, поскольку в развитие национальной науки и техники могут вносить свой вклад также и зарубежные специалисты, приглашенные для участия в научно-исследовательской или иной смежной деятельности, т.е. потенциал страны охватывает собой любые научные «ресурсы», используемые в интересах конкретного государства) составляет основу эффективности социально-экономического развития любого современного государства, причем постепенно вклад науки и наукоемких технологий в этот процесс становится все более значимым в сравнении с традиционными (природными и трудовыми) ресурсами³.

Кроме того, наука и ее достижения являются важным фактором обеспечения безопасности государства от внутренних и внешних угроз, причем результаты научных исследований сами по себе могут в определенных условиях стать угрозой — в качестве умозрительного примера можно вспомнить о ядерном или иных видах оружия, создание которых требовало широкого участия ученых, и задуматься, что было бы в случае попадания этих ученых или результатов их изысканий «не в те руки». Все это делает управление наукой важным и даже необходимым элементом деятельности государства, т.е. не только научных ассоциаций (академий, союзов и проч.), действующих на основе принципов самоуправления и независимости, но также специально уполномоченных на то органов публичной власти.

² Степанова Т.Е., Манохина Н.В. Традиции и инновации Российской науки // Креативная экономика. 2015. № 4. С. 422.

³ Куприна И.В., Третьякова И.А. Государственная политика российской Федерации в области науки // Локус: люди, общество, культуры, смыслы. 2016. № 2. С. 67.

Управление наукой выражается, прежде всего, в определении правовых рамок, в которых должна осуществляться деятельность ее субъектов — научных и образовательных организаций, отдельных исследователей или их коллективов. Создание нормативной основы научно-технической деятельности предполагает закрепление ее принципов, приоритетных (с точки зрения конкретного государства) целей и направлений развития, причем формулирование всех этих положений должно учитывать наравне с задачами и вызовами, стоящими перед государством (которое естественным образом воспринимает науку в качестве одного из ресурсов для собственного развития), еще и творческую природу научной деятельности. Последнее обстоятельство представляется предельно важным, поскольку избыточная «зарегулированность» и бюрократизация науки практически неизбежно приводят к снижению ее эффективности (например, действительно значимые результаты научно-исследовательской деятельности могут подменяться стремлением выполнить формально определенные наукометрические требования и показатели).

С учетом современного состояния науки в Российской Федерации, которое характеризуется, помимо прочего, общим отставанием от уровня развитых стран и недостаточным вовлечением в процессы социально-экономического развития, большой интерес имеет опыт зарубежных государств в части правового регулирования науки и смежных видов деятельности. Далее представляется уместным проанализировать отдельные аспекты этого опыта, а именно — принципы и целеполагание в управлении наукой, нашедшие закрепление в нормативных правовых актах таких стран, как Соединенные Штаты Америки, Япония и Республика Корея. Подобный выбор объясняется тем, что названные страны являются одними из наиболее успешных в части научно-технического развития (при этом критериями «успешности» в данном контексте следует считать, в первую очередь, результативность научных исследований и разработок, объемы наукоемкого производства и востребованность технологий в различных сферах жизнедеятельности общества).

В США впервые система принципов организации научных исследований была сформулирована в 1842 году и включала в себя следующие положения: (1) долгосрочность финансовой поддержки ученых; (2) право ученых на выбор направления и цели исследования; (3) свобода публикаций; (4) обеспечение постоянной связи ученых США с международной научной общественностью (как отмечалось в то время, такая связь должна была помочь науке США выйти из «тени европейских достижений», стать конкурентной); (5) направленность поддержки науки на улучшение положения научных работников в американском обществе (т.е. повышение престижности научной деятельности). С течением времени эти принципы стали своеобразным эталоном не только организации научных исследований, но и управления ими⁴.

В современном регулировании государственного управления наукой США большое (можно сказать, фундаментальное) значение имеет закон

⁴ Авдулов А.Н. Кулькин А.М. — Системы государственной поддержки научно-технической деятельности в России и США: Процессы и основные этапы их формирования / РАН. ИНИОН. Центр науч.-информ. исслед. по науке, образованию и технологиям. М.: ИНИОН, 2003. С. 53.

«О национальной политике, организации и приоритетах в области науки и технологий» № 94-282 от 11.05.1976 (это официальное сокращенное название, тогда как полное наименование данного нормативного правового акта выглядит следующим образом: “*An Act to establish a science and technology policy for the United States, to provide for scientific and technological advice and assistance to the President, to provide a comprehensive survey of ways and means for improving the Federal effort in scientific research and information handling, and in the use thereof, to amend the National Science Foundation Act of 1950, and for other purposes*”⁵, т.е. «Закон об установлении научно-технической политики Соединенных Штатов, о предоставлении научных и технических рекомендаций и помощи Президенту, о предоставлении всестороннего обзора направлений и средств совершенствования федеральной политики в области научных исследований, обработки и использования информации, о внесении поправок в Закон о Национальном научном фонде 1950 г. и проч.»). Последние поправки в этот закон вносились в 2017 г.

В названном законе Конгресс США подчеркивает, что наука и технологии имеют глубокое влияние на общество и тесно связаны со всеми сферами его жизнедеятельности, включая экономику, социальные отношения и политику. В этой связи Конгресс также отмечает (п. «а» ст. 1 (*42 U.S.C. 6601*)), что:

1) благосостояние, безопасность, экономическое благополучие и устойчивость нации, сохранение и эффективное использование ее природных и человеческих ресурсов, а также нормальное функционирование правительства и общества в целом требуют поддержки науки и активного использования ее достижений;

2) многие масштабные и сложные научные и технологические процессы оказывают все более значительное влияние на ход внутригосударственных и международных событий и процессов, что требует внимания со стороны правительства, включая долгосрочное и всеобъемлющее планирование, а также разработку программ для учета достижений науки и техники при принятии решений;

3) научный и технологический потенциал Соединенных Штатов, при условии должной поддержки и реализации, может способствовать улучшению качества жизни граждан, прогнозированию и разрешению критических проблем (как глобальных, так и национальных или местных), укреплению экономики государства и достижению его внешнеполитических целей;

4) федеральное финансирование научной деятельности представляет собой инвестиции в будущее, которые необходимы для обеспечения устойчивости национального развития, улучшения положения граждан, в связи с чем такое финансирование должно быть постоянным и соответствующим текущим возможностям государства;

5) кадры научных и технических работников представляют собой бесценный национальный ресурс, который следует использовать настолько это возможно;

⁵ National Science and Technology Policy, Organization, and Priorities Act of 1976 // U.S. Government Information. Available at: <https://www.govinfo.gov/app/details/COMPS-1865> [Accessed 25th October 2021].

б) федеральное правительство и правительства штатов должны развивать свои возможности в областях оценки технологий, технологического планирования и разработки соответствующей политики.

Далее в законе определяются приоритетные цели развития национальной науки и технологий, причем отмечается, что перечень целей открыт, т.е. ограничиваться тем, что указано в законе, не следует (п. «б» ст. 1):

1) поддержание лидерства в поисках международного мира и прогресса на пути к свободе, достоинству и благополучию человека за счет увеличения вклада американских ученых и инженеров в познание человека и окружающего его мира, осуществления ими фундаментальных исследований и открытий, которые должны быть широко доступны не только в Соединенных Штатах, но и за рубежом, а также использования технологий для содействия достижению целей внутренней и внешней политики государства;

2) повышение эффективности использования наиболее значимых материалов и товаров, а также содействие экономическим возможностям, стабильности и поддержанию требуемых показателей экономического роста в целом;

3) обеспечение снабжения продовольствием, материалами и энергией в объеме, достаточном для удовлетворения нужд нации;

4) содействие национальной безопасности;

5) повышение качества медицинского обслуживания и его доступности для всех жителей Соединенных Штатов;

6) сохранение, поддержание и восстановление здоровой и благоприятной (хотя в законе используется слово «*esthetic*», однако вряд ли Конгресс имел в виду именно эстетическую составляющую природы) окружающей среды;

7) обеспечение защиты океанов, прибрежных зон и полярных регионов, а также эффективное использование их ресурсов;

8) укрепление экономики и содействие полной занятости населения за счет внедрения научных и технологических инноваций;

9) повышение качества образовательных услуг и их доступности для всех жителей Соединенных Штатов (интересно, что здесь и в ряде других положений речь идет не о гражданах («*citizens*»), а именно о постоянных жителях — резидентах («*residents*»));

10) содействие сохранению и эффективному использованию природных и человеческих ресурсов нации;

11) улучшение жилищных условий, транспортной системы и прочих элементов инфраструктуры страны, а также обеспечение эффективного предоставления государственных услуг в городских, пригородных и сельских районах;

12) устранение загрязнения воздуха и воды, а также вывод из обращения ненужных, вредных или неэффективных лекарств и пищевых добавок;

13) продвижение (развитие) исследования и использования космического пространства в мирных целях.

С учетом изложенного Конгресс провозгласил, что США будут осуществлять национальную политику в сфере науки и технологий на основе следующих принципов (п. «а» ст. 2 (42 *U.S.C.* 6602)):

1) непрерывная разработка и реализация стратегий обеспечения надлежащего масштаба и направленности научно-технических исследований, основанных на оценке актуальной роли науки и технологий в определении и достижении целей политики Соединенных Штатов и соответствующих представлениям органов публичной власти и представительных общественных групп;

2) применение достижений науки и техники для развития здоровой экономики, причем экономический рост и внедрение инноваций должны происходить при условии разумного и бережливого использования ресурсов и сохранения благоприятной окружающей среды;

3) осуществление научно-технической деятельности в целях удовлетворения внутригосударственных потребностей при одновременном обеспечении решения задач внешней политики;

4) наем, обучение, подготовка и переподготовка достаточного числа научных и технических работников, а также содействие федерального правительства эффективному использованию человеческих ресурсов в области науки, техники и технологии в национальных интересах;

5) развитие и поддержка науки и техники в Соединенных Штатах, включая: (а) активное участие и сотрудничество между органами публичной власти и частным сектором; (б) поддержание и укрепление диверсифицированного научного и технологического потенциала в правительстве, промышленности и образовательных организациях, а также поощрение независимых инициатив, направленных на реализацию такого потенциала, вместе с устранением неоправданных препятствий на пути реализации научных и технических инноваций; (в) эффективное управление научно-технической информацией и ее распространение; (г) установление основных научных, технических и промышленных стандартов, методов измерения и испытаний; (д) содействие более глубокому пониманию науки и техники обществом (т.е. повышение осведомленности населения о достижениях науки и техники);

б) ответственность федерального правительства за выявление и интерпретацию изменяющихся обстоятельств окружающей действительности в целях своевременного обновления правового регулирования управления научной деятельностью.

В Японии наука развивалась в условиях, принципиально отличающихся от большинства развитых стран мира. После поражения во Второй мировой войне японское правительство поставило перед собой цель догнать промышленно развитые страны, имея в своем распоряжении достаточно скудные собственные ресурсы, находящуюся в руинах экономику и возможность использования зарубежных достижений и наработок. Вследствие этого стратегия научно-технического развития Японии в 1950—1980-х гг. была сосредоточена, прежде всего, на копировании технологий и подходов промышленно развитых стран, покупке патентов и лицензий, на основе которых постепенно начинали осуществляться и собственные разработки⁶.

⁶ Проничкин С.В. Поддержка науки в Японии: организационные формы и финансовые механизмы // Вестник МГИМО. 2016. № 5 (50). С. 116—117.

Пройдя непростой путь (и фактически второй раз со времен «революции Мэйдзи» догнав и отчасти перегнав зарубежные страны), Япония к настоящему времени стала одним из мировых лидеров научно-технического прогресса, причем одновременно во многих (если не всех) его областях. Это, как представляется, определяет интерес не только к практической стороне научно-исследовательской деятельности в этой стране, но также и к нормативно-правовому регулированию управления ей.

Принципы государственного управления наукой, установленные в японском законодательстве, ориентируют научно-технический прогресс на развитие в гармонии с человеком и природой, а также на сбалансированность различных направлений исследований. Так, в соответствии с положениями Базового закона Японии № 130 от 15.11.1995 «О науке и технологиях»⁷ научно-технический прогресс должен осуществляться в гармонии с потребностями повседневной жизни людей, обществом и природой на основе принципа привлечения творческих способностей ученых и инженеров с учетом того факта, что наука и технологии являются основой будущего развития Японии и человечества в целом, а накопленные научно-технические знания составляют один из основных интеллектуальных активов (п. 1 ст. 2; это подчеркивает общегуманистическую направленность научно-технического прогресса — при условии его открытости исследования и их результаты, полученные в отдельно взятой стране, могут быть способны оказать положительное воздействие на развитие всего человечества).

При этом в законе отмечается, что по мере развития науки и техники внимание должно уделяться равновесию в различных направлениях научно-исследовательской деятельности, с одной стороны, сочетания фундаментальных и прикладных исследований, а с другой — естественных и гуманитарных наук, что необходимо для обеспечения их сбалансированности и наибольшей эффективности научно-технического прогресса (п. 2 ст. 2).

Отдельный принцип посвящен важности поддержки фундаментальной науки (ст. 5). Так, японский законодатель указывает, что при определении и реализации политики, направленной на развитие науки и технологий, государство (включая центральное правительство и местные органы власти) должно исходить из значимости фундаментальных исследований, которые обуславливают открытие новых явлений, прорывов в их понимании и новые возможности для инноваций, но являются труднопредсказуемыми, поскольку их результаты не всегда имеют очевидное практическое применение.

В *Республике Корея* существует достаточно развитая система правового регулирования управления наукой и смежными сферами деятельности, однако в ней особенно выделяется рамочный закон Республики Корея № 17347 от 09.06.2021 «О науке и технологиях»⁸, в соответствии с которым государство

⁷ Basic Act on Science and Technology № 130 of November 15, 1995. Japanese Law Translation. Available at: <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=2761&vm=02&re=2&new=1> [Accessed 25th October 2021].

⁸ Рамочный закон Республики Корея № 17347 от 09.06.2021 «О науке и технологиях» // Корейский правовой информационный центр. Режим доступа: <https://www.law.go.kr/LSW/lswInfoP.do?lsiSeq=231649#0000> (дата обращения: 30.11.2021), на кор. яз.

создает основу для развития науки и технологий, способствует их инновационности и международной конкурентоспособности в целях содействия национальному экономическому развитию, последующему повышению уровня жизни населения и улучшению условий жизни общества в целом (ст. 1). Представляется, что гуманистический подход государства к целеполаганию в управлении наукой, когда оно определяет приоритетом научно-технического прогресса не само научное развитие как таковое или достижение исключительно экономических целей, но также улучшение условий жизни граждан страны и рост их благосостояния, имеет исключительное значение и притом является универсальным.

В соответствии с названным законом ключевым принципом управления наукой является признание необходимости обеспечения гармоничного сосуществования научно-технологического развития страны с окружающей средой и общечеловеческими этическими ценностями, основанными на признании человеческого достоинства (здесь уместно вспомнить, например, о евгенике, которая, как и у помянутое ранее клонирование, практически повсеместно считается противоречащим этическим требованиям и человеческому достоинству направлением науки). Такая гармонизация необходима для того, чтобы гарантировать, что научно-технологический прогресс и предлагаемые им инновации (в этом контексте инновации уместно рассматривать как практические результаты развития науки и техники) станут движущей силой развития экономики и общества, творческий потенциал и автономия ученых и инженеров уважаются и обеспечиваются, а различные науки (естественные, гуманитарные и социальные) сбалансированно развиваются во взаимодействии друг с другом (ст. 2; последнее обстоятельство подчеркивает признание ценности междисциплинарных исследований и комплексного подхода к развитию науки). Законодатель отмечает также и то обстоятельство, что наука и техника играют ключевую роль в преодолении экономических и социальных проблем и достижении ориентированных на будущее задач развития государства и общества (п. 1 ст. 5).

Кроме того, южнокорейское государство берет на себя ответственность за разработку и реализацию политики в области научно-технологической деятельности, одним из ключевых элементов которой провозглашено применение инноваций в развитии экономики и общества. В этой связи правительство обязуется создать и поддерживать эффективную национальную систему инноваций в области науки и технологий, чтобы предприятия, образовательные учреждения, исследовательские институты, а также научно-технические учреждения и организации активно участвовали в научно-исследовательской деятельности. При этом важным полагается управление этой системой таким образом, чтобы существовала возможность беспрепятственного обмена, подключения и совместного использования человеческих ресурсов, знаний, информации и проч. среди всех субъектов научного творчества (п. 1—2 ст. 4, ст. 6).

В свою очередь частные организации, образовательные и исследовательские учреждения должны принимать участие в осуществлении научных исследований и прилагать все возможные усилия для использования их результатов в своей практической деятельности. Таким образом, южнокорейское государство определяет в качестве одного из приоритетов развития науки ее

практикоориентированность, но это ни в коем случае не означает отказ от поддержки фундаментальных исследований. Напротив, из этого принципа следует стремление организовать управление наукой таким образом, чтобы любые результаты любых исследований находили максимально широкое применение — от использования в последующих изысканиях (что касается, в первую очередь, фундаментальных исследований) до организации производства инновационной продукции (т.е. практической реализации достижений науки и техники).

Ученые и инженеры, непосредственно осуществляющие научно-исследовательскую деятельность при активной поддержке со стороны государства, выраженной в мобилизации необходимых ресурсов, должны проводить ее добровольно и добросовестно, принимая во внимание этические рамки научного прогресса. Кроме того, южнокорейское государство ставит перед собой принципиальную задачу по расширению участия частных лиц и организаций в разработке и реализации научно-технической политики с целью повышения ее прозрачности и рациональности, стараясь наладить «обратную связь» с обществом в соответствующих вопросах (ст. 5, 6).

Обобщая изложенное уместно отметить, что развитие государства в современных условиях немислимо без развития науки и получения наукоемких технологий, лежащих в основе прогресса во всех сферах жизнедеятельности общества⁹. Это утверждение представляется справедливым, если конкретное государство претендует на достойное место в мире и не считает для себя приемлемой роль «сырьевого придатка» более развитых стран или иную «незавидную» участь. Что касается Российской Федерации, то «сфера науки и высоких технологий должна стать одним из драйверов социально-экономического роста», но «справиться с этой ролью она пока не может, даже несмотря на инвестиции со стороны государства»¹⁰.

Решение данной проблемы видится, прежде всего, не в изменении законодательной регламентации принципов и целей управления наукой (хотя это тоже важный фактор), а в поддержке академической свободы и увеличении финансирования науки. В то же время российская наука до сих пор сталкивается с последствиями негативных социально-экономических явлений, имевших место в девяностых годах XX в., когда уровень ее финансирования снизился примерно в пять раз¹¹. С учетом международных тенденций в динамике развития науки и техники финансирование исследований и разработок, в том числе и фундаментальных, должно увеличиваться постоянно и последовательно, причем происходить это должно не только за счет государства — в развитых странах большая часть инвестиций в науку поступает из внебюджетных источников.

⁹ *Попова Н.Ф.* К вопросу о государственном управлении наукой в РФ // Вестник РГГУ. Серия «Экономика. Управление. Право». 2013. № 19 (120). С. 35.

¹⁰ Уровень финансирования российской науки недостаточен для обеспечения технологического прорыва // Счетная палата, 07.02.2020. Режим доступа: <https://ach.gov.ru/checks/9658> (дата обращения: 30.11.2021).

¹¹ *Грибов В.Д., Камчатников Г.В.* Проблемы развития инновационной деятельности в России и пути их преодоления // Известия МГТУ. 2012. № 2. С. 30.

Так, по данным за 2019 г. в США соотношение государственного и частного финансирования исследований и разработок составило 23 % к 62,4 %, в Японии — 14,6 % к 79,1 %, а в Республике Корея — 20,5 % к 76,6 %¹². В Российской Федерации финансирование науки традиционно осуществляется, в первую очередь, за счет государственного бюджета (66,3 % в 2019 г. и 67,8 % в 2020 г.¹³), поскольку отечественные негосударственные структуры остаются недостаточно заинтересованы в науке и инновациях¹⁴. Представляется, что наука должна стать более востребованной российским предпринимательским сообществом, однако для этого необходимо обеспечить не только качественную переориентацию субъектов научного творчества на взаимодействие с частным сектором, но также существенное обновление политики государства в управлении наукой.

Об авторе:

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

About the author:

Denis A. Dobryakov — Candidate of Legal Sciences, 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: 0000-0002-2384-8659; SPIN-code: 7147-4646

e-mail: den-dobryakov@yandex.ru

¹² Ратай Т.В. Структура затрат на науку по источникам финансирования в России и ведущих странах мира // ИСИЭЗ НИУ ВШЭ, 10.12.2020. Режим доступа: <https://issek.hse.ru/news/424276145.html> (дата обращения: 30.11.2021).

¹³ Ратай Т.В. Затраты на науку в России в 2020 году // ИСИЭЗ НИУ ВШЭ, 09.09.2021. Режим доступа: <https://issek.hse.ru/news/504082564.html> (дата обращения: 30.11.2021).


¹⁴ Дегтярев А.Н., Тодосийчук А.В. Формирование и реализация государственной научно-технической и инновационной политики: проблемы и перспективы // Инновации. 2014. №7 (189). С. 84.

<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-255-259>

Информационная статья

Участие РУДН в международной научно-практической конференции «Правотворческая экспертология: доктрина, практика, техника» и презентация специального номера журнала

Ш.Ш. Сатторов  

Российский университет дружбы народов,
г. Москва, Российская Федерация
 sattorov-shsh@rudn.ru

Аннотация. Речь идет о презентации одного из номеров журнала «Вестник РУДН. Юридические науки» на международной научно-практической конференции. Это специальный номер, посвященный проблеме «Биомедицина и право» (2021, № 1). Все публикации издания исследуют соотношение биомедицины и права. Авторы проводят мысль о правовых нормах как одной из главных гарантий планомерного и безопасного развития биомедицинских научных исследований.

Ключевые слова: экспертология, экспертиза, экспертиза нормативных правовых актов, проекты законов, субъекты экспертизы, биомедицина

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 06 октября 2021 г.


Дата принятия к печати: 15 января 2022 г.

Для цитирования:

Сатторов Ш.Ш. Участие РУДН в международной научно-практической конференции «Правотворческая экспертология: доктрина, практика, техника» и презентация специального номера журнала // RUDN Journal of Law. 2022. Т. 26. № 1. С. 255—259. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-255-259>

RUDN University participation in the international scientific and practical conference “Law-making expertology: doctrine, practice, technique” and presentation of the special issue

Shahboz Sh. Sattorov  

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

Abstract. The review is focused on the presentation of one of the issues of the RUDN Journal of Law at the international scientific and practical conference. This is a special issue dedicated to the aspects of Biomedicine and Law, 2021. All publications of the edition are devoted to the relationship between biomedicine and law. The authors analyze the importance of legal norms as one of the main guarantees for the planned and safe development of biomedical research.

Key words: expertology, examination, examination of normative legal acts, draft laws, subjects of examination, biomedicine

Conflicts of interest. The author declares no conflict of interest.

Article received 6th October 2021

Article accepted 15th January 2022

For citation:

Sattorov, Sh.Sh. (2022) RUDN University participation in the international scientific and practical conference “Law-making expertology: doctrine, practice, technique” and presentation of the special issue. *RUDN Journal of Law*. 26 (1), 255—259. (in Russian). <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-1-255-259>

22—25 сентября 2021 г. в Нижнем Новгороде на базе Нижегородской академии МВД России состоялась Международная научно-практическая конференция «Правотворческая экспертология (доктрина, практика, техника)». Учредителями форума выступили Нижегородская академия МВД России, Саратовская государственная академия права, Издательство «Проспект», Нижегородский исследовательский научно-прикладной центр «Юридическая техника».

На обсуждение были вынесены следующие вопросы: понятие, цели и задачи правотворческой экспертологии, правотворческая экспертиза, ее функции; проблема соотношения экспертологии и экспертизы, теоретико-методологические основы экспертизы нормативных правовых актов, проблема независимой экспертизы проектов нормативных юридических документов и др.

Открыл форум (Правотворческая экспертология: сущность, ценность и проблемы функционирования) В.М. Баранов, д.ю.н., профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации, помощник начальника Нижегородской академии МВД России по инновационному развитию научной деятельности, президент Нижегородского исследовательского научно-прикладного центра «Юридическая техника».

С приветственным словом выступили начальник Нижегородской академии МВД России Д.Н. Архипов, ректор Саратовской государственной юридической академии Е.В. Ильгова и др.

На пленарном заседании свои доклады представили Т.Н. Москалькова, Уполномоченный по правам человека в Российской Федерации, д.ю.н., д.фил.н., профессор, заслуженный юрист Российской Федерации; И.М. Мацкевич, д.ю.н., профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации, главный ученый секретарь ВАК при Министерстве науки и высшего образования Российской Федерации; В.Н. Карташов, д.ю.н., профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации, заведующий кафедрой теории и истории государства и права Ярославского государственного университета имени П.Г. Демидова; С.В. Кодан, д.ю.н., профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, профессор Уральского государственного юридического университета и др.

РУДН (Юридический институт) представлял Н.А. Власенко, д.ю.н., профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, выступивший с докладом «Метафоры как средство правовой экспертологии (на примере постсоветской реальности)». В своем выступлении докладчик отметил следующее.

Экспертиза (или экспертология) представляет собой важнейшее средство определения качества и эффективности правовой регламентации в обществе. В юридической науке справедливо отмечается, что экспертиза проникает в различные социальные сферы, и это объективный процесс, связанный с повышением ценности информации. В этой связи, несомненно, актуальна тема настоящей международной научно-практической конференции.

Правотворческая экспертология — разновидность правовой экспертизы. Данные феномены следует анализировать и развивать. Важной составляющей правовой экспертизы, ее разновидности — правотворческой, является использование метафор. В одной из своих научных работ, отметил докладчик, мною активно использовались метафоры с целью более глубокого изучения отдельных сторон отечественной государственности и в этой связи было сформулировано предположение о возможности существования так называемого «метафорического подхода» в правоведении, важности его активного использования и развития. Безусловно, речь не идет о самостоятельном, «статутном» методе в правоведении. Дело в другом — активном и творческом применении метафор в юридической науке и, в частности, в экспертологической деятельности. Нет сомнения, что феномен метафоры, метафорического подхода в правоведении пока изучен достаточно слабо. Между тем в лингвистической литературе встретился следующий вывод специалистов о том, что классические исследования метафоры указывают на взаимосвязь метафоричности и речевого воздействия при порождении высказывания, что связано со способностью метафоры *структурировать, преобразовывать и создавать новые знания*, а также вызывать эмоции и оценки влияния.

Итак, метафора представляет собой сложную языковую единицу и является разновидностью метонимии слов. Феномен метафоры есть проявление закона аналогии в устной или письменной языковой речи. Метафоричность как мыслительный процесс в языковой коммуникации человека есть величайшее благо и достоинство русского языка, ибо, по оценкам специалистов, он наиболее

богат метонимией. По существу, метафоры — это логическая замена слова или словосочетания на образную, иносказательную языковую единицу. В этих случаях иногда говорят о фигурах речи. Юридическая речь достаточно богата метафорами. Их можно подразделить на *научные, нормативные, профессиональные* (нередко приобретающие формы профжарго).

В 1990-е гг. в правоведении метафоры нередко «бичевали», например, в региональных нормативных правовых актах были сформулированы запреты на использование многозначной терминологии, в том числе метафор. В юридической литературе встречались призывы избегать метафоричности в правотворчестве. Я старался противостоять этому, писал, что требование невыполнимо, нужно более глубоко знать природу этого логико-языкового феномена и умело им пользоваться и в научно-исследовательских работах, и в правотворчестве. Здесь остановимся на принципиально важном. «Война» с метафорами завершилась, юридическая наука развернулась лицом к данной проблеме, появились исследования на эту тему, но их немного и глубина темы до сих пор не исчерпана.

От Юридического института РУДН выступила ст. преп., к.ю.н. П.Н. Андреева с докладом «Экспертология качества правового режима инсоляции в РФ». Автор дала понятие инсоляции, под которым понимается прямое солнечное облучение поверхностей и пространств. Докладчик сообщила, что нормативы и стандарты инсоляции в Российской Федерации за последнее время значительно снизились. В СССР требования к инсоляции были достаточно высокие, не допускалась затеняющая плотная и «точечная» застройка, а застройщики не конфликтовали с архитекторами и проектировщиками. Кроме того, выступающая отметила, что с 1 января 2021 г. были отменены более 111 постановлений Главного государственного санитарного врача РФ, многие из которых предусматривали санитарные нормы и правила инсоляции. Все требования, связанные с естественным светом и инсоляцией, перенесены в новый СанПиН 1.2.3685-21 «Гигиенические нормативы и требования к обеспечению безопасности и (или) безвредности для человека факторов среды обитания», принятый 28 января 2021 г. Кроме того, в нем нет пояснительной части и приложений, которые были в ранее действующих актах. П.Н. Андреева считает, что такая ситуация может привести к различным негативным последствиям, начиная от депрессивного состояния населения, заканчивая неблагоприятным видом городов и других населенных пунктов.

РУДН также представила ассистент кафедры теории права и государства А.М. Монгуш с выступлением на тему: «Доктринальные основы экспертологии правовой культуры народов Сибири (на примере Республики Тыва)». В своем сообщении докладчик рассказала об истории возникновения и развития тувинской правовой культуры, а древней тувинской государственности. Привела мнения отечественных и зарубежных ученых, об уровне развития правовой культуры тувинского общества. В докладе А.М. Монгуш сопоставила особенности правовой культуры тувинской республики с культурой других регионов Сибири, в которых прослеживается схожесть уклада и административно территориального деления. Обращено внимание и на существенные отличия, продиктованные

национальными, географическими и религиозными особенностями возникновения и развития этих регионов.

В ходе конференции в рубрике «Интерактивные презентации» состоялось представление первого в юридической науке компактного научного выпуска журнала, полностью посвященного проблеме «Биомедицина и право» (Вестник РУДН. Юридические науки. 2021. № 1). Издание представила ответственный секретарь журнала, ст. преп., к.ю.н. П.Н. Андреева. Журнал вызвал большой интерес, все желающие на бесплатной основе получили по одному экземпляру журнала.

Об авторе:

Сатторов Шахбоз Шавкатович — ассистент кафедры теории права и государства, Юридический институт, Российский университет дружбы народов; 117198, Российская Федерация, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6

ORCID ID: 0000-0002-3728-4743

e-mail: sattorov-shsh@rudn.ru

About the author:

Shahboz Sh. Sattorov — Assistant 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: 0000-0002-3728-4743

e-mail: sattorov-shsh@rudn.ru