

Право

ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

2/2018



ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

Учредитель

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

Редакционный совет

Дж. Айани (Туринский университет, Италия)
Ю. Базедов (Институт Макса Планка, Федеративная Республика Германия)
А.А. Иванов (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
Г.А. Гаджиев (Конституционный Суд Российской Федерации)
С.Ф. Дикин (Кембриджский университет, Великобритания)
Г.Б. Динвуди (Оксфордский университет, Великобритания)
Т.Г. Морщакова (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
Ю.А. Тихомиров (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
Т. Эндикотт (Оксфордский университет, Великобритания)

Редакционная коллегия

Н.А. Богданова (МГУ имени М.В. Ломоносова, Российская Федерация)
Н.Ю. Ерпылева (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
В.Б. Исаков (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
А.Н. Козырин (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
Г.И. Муромцев (РУДН, Российская Федерация)
В.Д. Перевалов (Уральская государственная юридическая академия, Российская Федерация)
В.А. Сивицкий (Конституционный Суд Российской Федерации)

Главный редактор

И.Ю. Богдановская (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)

Адрес редакции

109028 Москва,
Б. Трехсвятительский пер, 3,
офис 113
Тел.: +7 (495) 220-99-87
<http://law-journal.hse.ru>
e-mail: lawjournal@hse.ru

Адрес издателя и распространителя

Фактический: 117418, Москва,
ул. Профсоюзная 33, к. 4
Издательский дом
Высшей школы экономики.
Почтовый: 101000,
Москва, ул. Мясницкая, 20
Тел./факс: +7 (495) 772-95-71
e-mail: id.hse@mail.ru
www.hse.ru

© НИУ ВШЭ, 2018

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

Л.А. Новоселова, О.С. Гринь
Эффективность правовой охраны объектов интеллектуальных прав: административные барьеры 4

С.А. Сеницын
Частные и публичные сервитуты в российском и зарубежном праве26

Н.А. Поветкина, Ю.В. Леднева
«Финтех» и «регтех»: границы правового регулирования46

А.С. Шаталов
Феноменология преступлений, совершенных с использованием современных информационных технологий68

И.И. Нагорная
Обеспечение прав и законных интересов несовершеннолетних средствами уголовного закона84

А.А. Савичев
Модели правового регулирования городского самоуправления в России в середине XIX — начале XX вв. 103

Право в современном мире

Ю.С. Ромашев
Признание практики в качестве правовой нормы (opinio juris) при формировании международного обычая 124

А.А. Каширкина, А.Н. Морозов
Европейский опыт продвижения гуманитарных ценностей для развития евразийской интеграции: будущие ориентиры 149

А.А. Трефилов
Система принципов в уголовном процессе Швейцарии 170

Н.Ю. Ерпылева, И.В. Гетьман-Павлова
Новеллы в международном частном праве Аргентины 193

З.Ч. Чикеева, А.Ш. Маралбаева
Развитие правовой системы Кыргызской Республики на современном этапе 216

Дискуссионный клуб

А.А. Ливеровский
Развитие понятийного аппарата конституционного права229

Рецензии

И.Г. Шаблинский
Развитие избирательных систем: исторический контекст248

Law

JOURNAL

OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

Publisher

National Research
University Higher School
of Economics



ISSUED QUARTERLY

Editorial Council

G. Ajani (University of Torino,
Italy)
J. Basedow (Max-Planck Institute,
Federal Republic of Germany)
A.A. Ivanov (HSE,
Russian Federation)
G.A. Gadzhiev (Constitutional
Court of Russian Federation)
S.F. Deakin (University of
Cambridge, Great Britain)
G.B. Dinwoodie (Oxford
University, Great Britain)
T.G. Morschakova (HSE,
Russian Federation)
Yu.A. Tikhomirov (HSE,
Russian Federation)
T. Endicott (Oxford University,
Great Britain)

Editorial Board

N.A. Bogdanova (Moscow State
University, Russian Federation)
N.Yu. Yerpilyova (HSE,
Russian Federation)
V.B. Isakov (HSE,
Russian Federation)
A.N. Kozyrin (HSE,
Russian Federation)
G.I. Muromtsev (Russian
University of Peoples' Friendship,
Russian Federation)
V.D. Perevalov
(Ural State Law Academy,
Russian Federation)
V.A. Sivitsky
(Constitutional Court
of Russian Federation)

Chief Editor

I.Yu. Bogdanovskaya
(HSE, Russian Federation)

Address:

3 Bolshoy Triokhsviatitelsky Per.,
Moscow 109028, Russia

Tel.: +7 (495) 220-99-87
<http://law-journal.hse.ru>
e-mail: lawjournal@hse.ru

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

L.A. Novoselova, O.S. Grin'

Efficiency of Legal Protection for Intellectual Property Rights:
Administrative Barriers 4

S.A. Sinitsyn

Private and Public Easements in Russian and Foreign Law 26

N.A. Povetkina, Y.V. Ledneva

Fintekh and Redtekh: Boundaries of Legal Regulation 46

A.S. Shatalov

Phenomenology of the Computer-Oriented Crimes 68

I.I. Nagornaya

Ensuring Rights and Legitimate Interests of Minors by Means
of Criminal Law 84

A.A. Savichev

Models of Legal Regulating Urban Self-Government in Russia
in the Middle of 19th Century and Early 20th Century 103

Law in the Modern World

Yu.S. Romashev

Acceptance of Practice as Legal Norm (opinio juris)
in the Formation of International Custom 124

A.A. Kashirkina, A.N. Morozov

European Experience of Promoting Humanitarian Values
for Developing Eurasian Integration: Future Guidelines 149

A.A. Trefilov

System of Principles in the Swiss Criminal Process 170

N.Yu. Erpyleva, I.V. Getman-Pavlova

Novelties of Conflict Regulation in Private International Law
of Argentina 193

Z.Ch. Chikeeva, A.Sh. Maralbaeva

Current Development of the Legal System of the Kyrgyz Republic 216

Discussion Club

A.A. Liverovskii

Development of Constitutional Law Conceptual Framework 229

Book Review

I.G. Shablinsky

Development of Electoral Systems: Historical Context 248

The journal is an edition of the National Research University Higher School of Economics (HSE) to broaden the involvement of the university in the dissemination of legal culture and legal education.

The objectives of the journal include:

- encouraging academic debates
- publishing materials on the most topical legal problems
- contributing to the legal education reform and developing education including the design of new educational courses
- cooperation between educational and academic departments of HSE
- involvement of young scholars and university professors in the academic activity and professional establishment
- arranging panels, conferences, symposiums and similar events

The following key issues are addressed:

legal thought (history and contemporaneity)
Russian law: reality, outlook, commentaries
law in the modern world
legal education reform
academic life

The target audience of the journal comprises university professors, post-graduates, research scholars, expert community, legal practitioners and others who are interested in modern law and its interaction with economics.

The journal is registered in **Web of Science Core Collection Emerging Sources Citation Index, Russian Science Citation Index (RSCI) on the base of Web of Science**, Cyberleninka, HeinOnline, Ulrichsweb, Open J-Gate, Gale

Эффективность правовой охраны объектов интеллектуальных прав: административные барьеры¹



Л.А. Новоселова

профессор, заведующая кафедрой интеллектуальных прав Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук. Адрес: 125993, Российская Федерация, Москва, ул. Садовая-Кудринская, 9. E-mail: la-novosiolova@yandex.ru



О.С. Гринь

доцент кафедры гражданского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук. Адрес: 125993, Российская Федерация, Москва, ул. Садовая-Кудринская, 9. E-mail: o.s.grin@yandex.ru



Аннотация

В программных документах, направленных на трансформацию и модернизацию российской экономики в условиях стремительно развивающихся технологий, поставлена задача устранения административных барьеров для развития науки и техники, изобретательства, эффективности правового регулирования в сфере интеллектуальной собственности. В связи с этим огромное значение приобретает анализ элементов структуры государственного управления в этой области и выявление препятствий для ее результативного функционирования. Целью исследования является определение уровней постановки задач по устранению препятствий в развитии интеллектуальной собственности, анализ функций и структуры государственных органов, осуществляющих регулирование в рассматриваемой сфере, пробелов и противоречий в правовом регулировании в качестве основы разработки предложений по оптимизации усилий государства в сфере развития науки и техники, защиты интеллектуальной собственности. В исследовании использованы диалектический, формально-логический, функциональный и другие общенаучные методы исследования, а также специально-юридические методы, в частности, формально-юридический. Дана характеристика административным правовым барьерам, определено содержание этого понятия в узком и широком значениях, выявлены уровни решения задач устранения барьеров (стратегический, программный, текущий). Определены цели и принципы государственного регулирования результатов интеллектуальной деятельности, выявлены недостатки государственного управления в данной сфере, вызванные распределением функций между многочисленными ведомствами с разнонаправленными интересами и задачами; определены категории текущих задач по устранению административных барьеров

¹ Статья подготовлена в ходе выполнения работы № 29.12476.2018/12.1 в рамках государственного задания Минобрнауки России.

и варианты их решения. Анализ системы формулирования задач позволяет сделать вывод, что цели и принципы государства не находят полного отражения в программных документах, определяющих текущие задачи исполнительных органов; отсутствие единого регулирующего центра — «мегарегулятора» в области интеллектуальных прав — снижает результативность государственного воздействия и создает препятствия развитию науки и техники. Определены некоторые блокирующие правовые механизмы регистрации интеллектуальных прав и их защиты.



Ключевые слова

административные барьеры, интеллектуальная собственность, «мегарегулятор», правовая охрана результатов интеллектуальной деятельности, авторское право, патентное право.

Библиографическое описание: Новоселова Л.А., Гринь О.С. Эффективность правовой охраны объектов интеллектуальных прав: административные барьеры // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018 .№ 2. С. 4–25.

JEL: 320; УДК: 347

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.2.4.25

В условиях стремительного развития технологий, прежде всего цифровых систем искусственного интеллекта, экономики процессов (а не традиционной экономики вещей) одним из главных приоритетов научно-технической политики государства является формирование эффективного механизма, способствующего созданию и распространению инноваций, формированию благоприятной для творчества институциональной среды. Выступая на заседании Совета по науке и образованию, Президент Российской Федерации обратил внимание, что «наличие собственных передовых технологий — это ключевой фактор суверенитета и безопасности государства, конкурентоспособности отечественных компаний, важное условие роста экономики и повышения качества жизни граждан»².

Процесс воспроизводства знаний, разработок и практического опыта, приобретенных ценой концентрации лучших интеллектуальных, трудовых и материальных ресурсов, должен регулироваться в первую очередь, мерами экономического стимулирования распространения нововведений, которые являются главной движущей силой модернизации экономики и вытеснения отживших неэффективных технологий³. Такие меры невозможны без дей-

² «Наукой — побеждать. Владимир Путин приравнял научно-техническое развитие к национальной безопасности» // Российская газета. 21.01.2016.

³ Бендигов М.А., Хрусталева Е.Ю. Интеллектуальная собственность в России: проблемы использования и правовой защиты [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.cfin.ru/press/management/2001-3/02.shtml> (дата обращения: 30.03.2018)

ственных и соответствующих реалиям современного высокотехнологического общества инструментов административного, государственного управления. Одновременно необходимо, чтобы такие инструменты не тормозили процессов научного творчества и реализации прогрессивных технологических разработок, способствовали их внедрению, обеспечивали бы их оборот, а не создавали бы дополнительных затруднений участникам экономических отношений. Вместе с тем должны быть соблюдены и публичные интересы: обеспечение безопасности жизни и здоровья граждан, обороны и безопасности государства, охраны природной среды.

Рыночные отношения в России получили развитие относительно недавно. До 1990-х гг. советское государство проводило целенаправленную политику в области создания, учета, внедрения и использования объектов интеллектуальной собственности, что позволило создать внушительный научно-технический потенциал. Огромная работа велась в области поддержки изобретателей и рационализаторов. В глобальном масштабе треть заявок на изобретение, поданных в 1974 году, приходилась на советских изобретателей⁴.

Вместе с тем громоздкий бюрократический механизм в сочетании с неэффективной экономической стратегией со временем стал препятствием развитию науки и техники, разработкам целого ряда перспективных направлений теоретических и прикладных исследований. Огромное внимание и, следовательно, финансирование преимущественно направлений, имеющих значение для обороны страны, не давало возможности развивать направления, не имевшие с точки зрения административного аппарата такого характера. В результате многие прорывные научные разработки российских ученых, например, в области компьютерных технологий, связи, генетики и т.д., оказались невостребованными, и отставание в технологической сфере продолжало накапливаться.

Коренные изменения существовавшей системы государственного управления в области науки и техники при переходе к рыночным отношениям в начале 1990-х годов не улучшили ситуацию, а первоначально усугубили ее, поскольку длительное время данное направление не выделялось государством как исключительно приоритетное; многие удачные организационные решения были утрачены. Например, были нарушены связи науки и производства, утрачены механизмы внедрения в производство научных разработок, доведение их до уровня технологий производства; серьезно пострадала система подготовки научно-технических кадров, в том числе низшего звена; утратила эффективность система поддержки изобретательства и рационализаторства; существенно пострадала организация патентования научных

⁴ Патентоведение / под ред. Рясенцева В.А. М., 1976. С. 4.

разработок в исследовательских учреждениях — при проблемах с финансированием в первую очередь сокращались сотрудники патентных отделов и отделов изобретательства и рационализации.

В настоящее время в России завершается переход экономики от плановой к рыночной. Изменилась система закрепления прав на результаты интеллектуальной деятельности. Создателям творческого результата, правообладателям оставлена большая экономическая свобода в распоряжении принадлежащим им исключительными правами. Сказанное не означает снижения роли государственного управления, государственного регулирующего воздействия. «Объективная необходимость государственного регулирования рыночных отношений проистекает из ограниченности возможностей рынка в производстве общественных товаров, что является основным мотивом вмешательства государства в сферу экономики, а также из наличия негативных последствий функционирования рыночной экономики»⁵.

Государственное воздействие на хозяйство страны может осуществляться либо с использованием прямых (административных) методов воздействия, либо с помощью косвенных (экономических) рычагов. В сфере интеллектуальной собственности к административным методам воздействия относят, прежде всего, деятельность государства по предоставлению правовой охраны и регистрации изобретений, полезных моделей, промышленных образцов, товарных знаков и знаков обслуживания, наименований мест происхождения товаров, селекционных достижений, по регистрации прав на программы для ЭВМ и топологии интегральных микросхем. Однако сфера административного воздействия на отношения в сфере создания, использования и защиты интеллектуальной собственности отнюдь не исчерпывается при реализации этой функции. К прямым методам воздействия также относятся организация исследований, разработки и внедрения в производство новых научно-технических решений, развитие необходимой инфраструктуры, подготовки кадров и т.д.

К косвенным экономическим средствам воздействия относят меры стимулирования и ограничения имущественного характера: выбор приоритетных направлений государственного финансирования, установление ставок, порядка и сроков выплаты вознаграждения за создание служебного результата интеллектуальной деятельности, установление дифференцированного налогового режима и т.д.

Государственное управление в сфере интеллектуальной собственности осуществляется в формах: нормативного регулирования, регистрации результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации;

⁵ Предпринимательское право Российской Федерации / отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. М., 2010. С. 387.

управления закрепленными за государством исключительными правами на результаты интеллектуальной деятельности; правовой защиты прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации; государственного контроля и надзора в этой сфере.

В российском законодательстве и научной литературе отсутствует единый подход к определению понятия «административный барьер». Так, С.Е. Нарышкин, Т.Я. Хабриева отождествляют понятия «административный барьер» и «**избыточная публичная услуга**», под которыми предлагают понимать услуги, частные издержки от введения которой для хозяйствующего субъекта, подпадающего под ее действие, превышают его частные выгоды и общественные выгоды с учетом эффекта дохода⁶. С.А. Агамагомедова под административным барьером предлагает понимать **избыточную** административную процедуру (оказания государственной услуги или исполнения государственной функции) или ее часть, условие (действие, операция). Отсутствие такой «излишней» процедуры в определенной сфере приведет к более успешному функционированию системы в целом⁷. Критерий «избыточности» при определении категории административного барьера используется в работах других авторов⁸. Проблема неэффективности **чрезмерно** административного регулирования была обозначена в Плане развития мероприятий реализации программы развития конкуренции в Российской Федерации на 2009–2012 годы⁹, где прямо указывалось, что необоснованные административные барьеры снижают стимулы входа новых участников на рынки, повышают непроизводственные издержки и создают условия для коррупции и возникновения административного ресурса.

В широком смысле к административным барьерам можно отнести все препятствия (в том числе связанные с отсутствием государственного регулирования, неэффективностью организационных решений), оказывающие негативное влияние на регулируемую сферу. В таком — широком — смысле используется понятие «административные барьеры», например, в Постановлении Правительства Российской Федерации от 29.09.2017 № 1184 «О по-

⁶ Нарышкин С.Е., Хабриева Т.Я. Административная реформа в России: некоторые итоги и задачи юридической науки // Журнал российского права. 2006. № 11. С. 9

⁷ Агамагомедова С.А. Таможенный контроль товаров, содержащих объекты интеллектуальной собственности, и административные барьеры // Промышленная собственность. 2016. № 9. С. 13–20.

⁸ См.: Тырышкин В.В. Преодоление административных барьеров в правоохранительной деятельности органов внутренних дел Российской Федерации: дис. ... к. ю. н. М., 2014; Ноздрачев А.Ф. Системная регламентация административной деятельности: отечественная доктрина и практика // Законодательство и экономика. 2011. № 8. С. 5–41.

⁹ Распоряжение Правительства России от 19.05.2009 № 691-р «Об утверждении Программы развития конкуренции в Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.

рядке разработки и реализации планов мероприятий («дорожных карт») по совершенствованию законодательства и устранению административных барьеров в целях реализации Национальной технологической инициативы и внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации»¹⁰, где к числу административных барьеров отнесены в том числе пробелы в необходимом правовом или техническом регулировании, правовая неопределенность, препятствующие выводу на рынок передовых технологий, товаров и услуг, обеспечивающих приоритетные позиции российских организаций на формируемых глобальных рынках.

Текущее состояние в сфере государственного управления интеллектуальной собственностью определяет необходимость работы в двух направлениях: выработка единой государственной политики правового регулирования и стимулирования инновационного развития экономики Российской Федерации; корректировка административного механизма регулирования отношений в сфере создания и использования исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности, обеспечивающего, с одной стороны, возможность баланса интересов государства, участников рыночных отношений и авторов, а, с другой — не создающего дополнительных бюрократических трудностей для создания необходимых результатов, их закрепления и эффективного использования.

Одним из базовых документов, определяющих долгосрочные цели и задачи государства в области развития интеллектуальной собственности, является Стратегия инновационного развития Российской Федерации на период до 2020 года, утвержденная распоряжением Правительства России от 08.12.2011 № 2227-р. Стратегия разработана на основе положений Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года (далее — Концепция) в соответствии с Федеральным законом «О науке и государственной научно-технической политике»¹¹. Основной целью Стратегии является определение долгосрочных ориентиров развития субъектам инновационной деятельности, а также ориентиров финансирования сектора фундаментальной и прикладной науки и поддержки коммерциализации разработок. Стратегия опирается на результаты всесторонней оценки инновационного потенциала и долгосрочного научно-технологического прогноза. Стратегические направления развития, в частности, призваны учитывать и обеспечивать баланс публичных

¹⁰ СЗ РФ. 2017. № 41. Ст. 5963.

¹¹ Стратегия инновационного развития Российской Федерации на период до 2020 года (утв. распоряжением Правительства России от 8.12. 2011 № 2227-р) [Электронный ресурс]: // URL: https://rg.ru/pril/63/14/41/2227_strategiia.doc (дата обращения: 30.03.2018)

и частных интересов¹², фиксируя четкие и внятные принципы, положенные в основу государственного регулирования данной сферы. Особое внимание уделяется вопросам коммерциализации результатов интеллектуальной деятельности.

В Стратегии предпринята попытка оценить состояние инвестиционного климата России, ее привлекательности в качестве страны с высоким потенциалом инновационного развития. Способы формирования благоприятных условий для развития включают создание инновационных кластеров (на примере инновационного центра «Сколково»), повышение эффективности системы профессионального образования, развитие сотрудничества между предприятиями и образовательными организациями, предоставление налоговых льгот в соответствии с федеральным законодательством, а также снижение административных барьеров.

Таким образом, Стратегия ориентирует на решение масштабных задач в сфере интеллектуальной собственности для развития инновационного бизнеса, в том числе: 1) повышение «коэффициента изобретательской активности» (числа отечественных патентных заявок на изобретения, поданных в России, в расчете на 10 тыс. чел. населения) — с 2,0 в 2010 до 2,8 в 2020; 2) увеличение числа организаций, осуществляющих технологические инновации, в общем количестве организаций — с 7,7% до 25%; 3) увеличение количества заключенных юридическими лицами (гражданами) Российской Федерации договоров о торговле лицензиями и об отчуждении прав на патенты с 4,9% до 25%.

Однако заявленные в Стратегии задачи и цели не достигнуты, что не свидетельствует об эффективном функционировании системы управления интеллектуальной собственностью. Как отмечает А.В. Минбалеев, несмотря на значительный объем государственных инвестиций в научную и инновационную деятельность, сохраняется ряд проблем, препятствующих развитию рынка интеллектуальной собственности в России¹³. В частности, к ним относятся неэффективное использование созданных за счет государственных средств объектов интеллектуальной собственности, трудности с преодолением административных барьеров в системе управления в сфере интеллектуальной собственности.

¹² Как отмечает Е.А. Войникайнис, юридической задачей является выбор правовых институтов и механизмов как способов защиты определенных ценностей. При этом, что именно защищать и какова цель регулирования, выбирает государство, к функции которого относится обеспечение общественных интересов. См. подробнее: *Войникайнис Е.* Право интеллектуальной собственности в цифровую эпоху: парадигма баланса и гибкости. М., 2016. С. 195–196.

¹³ *Минбалеев А.В.* Система государственного управления в сфере интеллектуальной собственности // Вестник ЮУрГУ. Серия «Право». Т.16. 2016. № 3. С. 112–115.

Текущие показатели реализации Стратегии отличаются от показателей, изначально запланированных в документе. Так, по данным Росстата, коэффициент изобретательской активности на 2013 год составил 2,00 (против 2,1 в Стратегии) и на 2016 год — 1,83 (против 2,3, планируемых Стратегией)¹⁴. По сравнению с 2016 годом в 2017 году количество поданных в Роспатент заявок на изобретение снизилось на 12,3%. Эта тенденция коснулась прежде всего заявок, поданных российскими заявителями (их количество уменьшилось на 15%). По отечественным заявкам это стало результатом снижения количества заявок, поданных по процедуре беспошлинного патентования, а также недостаточной патентной активности российских научно-исследовательских институтов и высших учебных заведений¹⁵.

Официально провозглашенные цели и задачи государства при констатации необходимости борьбы с административными барьерами не могут быть воплощены в жизнь без глубокой проработки программ развития различных направлений, определенных стратегией, процедур их реализации, устранения межведомственных противоречий, а также непосредственной оптимизации управленческих механизмов.

Министерством образования и науки совместно с Институтом законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве России подготовлен проект Федерального закона «О научной, научно-технической и инновационной деятельности в Российской Федерации». Его основной идеей является установление системного и функционально полного правового регулирования общественных отношений, возникающих при осуществлении научной, научно-технической и инновационной деятельности, обеспечение стабильности и преемственности в развитии законодательства о науке, совершенствование законодательных основ функционирования национальной научно-технологической системы, обеспечение высокой эффективности ее деятельности как основного ресурса инновационного развития России¹⁶.

В соответствии с проектом государственное регулирование научной, научно-технической и инновационной деятельности должно осуществляться на основе следующих принципов.

Свободы научного и технического творчества, в том числе в выборе тем и направлений исследований, форм взаимодействия субъектов, осуществляющих научную, научно-техническую и инновационную деятельность, ме-

¹⁴ Федеральная служба государственной статистики [Электронный ресурс]: // URL: www.gkspr.ru/free_doc/new_site/business/nauka/pril4/10.xls (дата обращения: 30.03.2018)

¹⁵ Годовой отчет Роспатента за 2017 год [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.rupto.ru/ru/about/reports> (дата обращения: 12.04.2018)

¹⁶ Концепция проекта федерального закона «О научной, научно-технической и инновационной деятельности в Российской Федерации» [Электронный ресурс]: // URL: <https://минобрнауки.рф/документы/5847/файл/8269/1.doc> (дата обращения: 30.03.2018)

тодов исследований, включая право на риск недостижения предполагаемых (планируемых) результатов и целей, риск несоблюдения сроков реализации научных, научно-технических, инновационных проектов, в том числе проектов полного цикла.

Ответственности субъектов научной, научно-технической и инновационной деятельности, исключающей преследование за обоснованный риск при осуществлении такой деятельности.

Публичности, в том числе при финансировании научно-исследовательских, научно-технических и инновационных проектов из бюджетных средств, при взаимодействии субъектов, осуществляющих научную, научно-техническую и инновационную деятельность, с органами государственной власти и местного самоуправления, обществом, а также с международным сообществом с учетом национальных интересов России.

Системность поддержки научной, научно-технической и инновационной деятельности за счет обеспечения полного цикла получения новых знаний, разработки качественно новых технологий, создания инновационной продукции, формирования новых рынков и обеспечения устойчивого положения на них, при условии стимулирования в первоочередном порядке осуществления фундаментальных исследований, являющихся основой технологического развития.

Интеграции научной, научно-технической, инновационной, инвестиционной и образовательной деятельности для эффективного взаимодействия науки, образования и производства с целью ускоренного социального и экономического развития, создания рынка результатов интеллектуальной деятельности, формирования и стимулирования развития рынка сбыта технологий и (или) инновационной продукции.

Обеспечения недискриминационного и равного доступа субъектов к соответствующим объектам инфраструктуры научной, научно-технической и инновационной деятельности с учетом их назначения, созданным за счет или с привлечением бюджетных средств, предоставления любых мер стимулирования научной, научно-технической и инновационной деятельности на равных и недискриминационных началах.

Обеспечения конкуренции на всех уровнях при распределении средств бюджетной системы России, направленных на финансирование научной, научно-технической и инновационной деятельности, в том числе между координаторами общественного заказа, а также средств, направляемых субъектами инфраструктуры (в том числе институтами развития, фондами поддержки научной, научно-технической, инновационной деятельности), использование публичных механизмов для обеспечения доступа к государственным ресурсам науки наиболее результативных научных и об-

разовательных организаций, научных коллективов, консорциумов, иных субъектов научной, научно-технической и инновационной деятельности независимо от их организационно-правовой формы и формы собственности

Оценки результативности научной, научно-технической и инновационной деятельности.

Доступности информации о результатах, полученных при осуществлении научной, научно-технической и инновационной деятельности за счет или с привлечением средств бюджетной системы России, а также средств, направляемых субъектами инфраструктуры научной, научно-технической и инновационной деятельности (в том числе институтами развития, фондами поддержки научной, научно-технической, инновационной деятельности), с учетом требований федерального законодательства о государственной и иной охраняемой законом тайне.

Указанный проект на настоящий момент не внесен в Государственную Думу; сроки его внесения и перспективы принятия не известны, что не позволяет говорить об официально утвержденной программе действий в области научной, научно-технической и инновационной деятельности. Кроме того, данный проект не охватывает целого ряда базовых направлений государственного регулирования сферы интеллектуальной собственности, в частности, области художественного творчества, охраны прав авторов произведений науки, литературы и искусства, не затрагивает сферы обеспечения интересов общества к обеспечению доступности творческих результатов. Вместе с тем политика государства в этой области исключительно важна; следует четко определить, необходимо ли в этой области дальнейшее усиление механизмов защиты исключительных прав авторов, либо необходимо совершенствовать бизнес-модели, которые способны иным образом обеспечить коммерческие и иные интересы авторов.

На сегодняшний день не выражено отношение государства к концепции «открытой науки», основанной на том, что избыточная правовая защита результатов творческого труда ученых может иметь обратный эффект¹⁷. Не затрагиваются в названных выше документах и вопросы, связанные с оборотом прав на средства индивидуализации, несмотря на особую ценность такого актива в системе рыночных отношений, в том числе для защиты прав потребителей. Программные документы, определяющие основные векторы государственной политики, таким образом, не находят адекватного отражения и развития в актах, определяющих задачи второго уровня.

Примером подхода к созданию задач «второго» уровня может служить Программа «Цифровая экономика Российской Федерации», утвержденная

¹⁷ Войникайнис Е.А. Указ.соч. // СПС КонсультантПлюс.

Распоряжением Правительства России от 28.07.2017 № 1632-р¹⁸, в которой определяются цели, задачи, направления, объемы и сроками реализации основных мер государственной политики по созданию необходимых условий для развития цифровой экономики. Как указывает В.А. Вайпан, программа сфокусирована на двух нижних уровнях цифровой экономики путем развития пяти базовых направлений: нормативное регулирование, кадры и образование, формирование исследовательских компетенций и технических заделов, информационная инфраструктура и информационная безопасность¹⁹.

Очевидно, что стратегическая задача развития общества через развитие науки и технологий не сводится к развитию цифровой экономики и затрагивает целый ряд других важнейших направлений: развитие фундаментальной науки, трансфер технологий, организацию образовательных процессов и многих других. Между тем отсутствие внимания к этим вопросам в ситуации ажиотажа вокруг проблем «цифровой экономики» может повлечь серьезные негативные последствия. В развитие стратегических целей необходима разработка программ развития по базовым направлениям деятельности государства; при этом приоритетно сохранение единства подходов и целей и недопущение их размывания при формулировании задач и путей их решения.

Одним из основных направлений работы по устранению административных барьеров в сфере управления интеллектуальной собственностью является создание качественного государственного «сервиса» интеллектуальной собственности и системы его поддержки. Серьезным препятствием для повышения положительной результативности деятельности государства является размывание функций управления интеллектуальной собственностью. В настоящее время в России действует сложная система государственного регулирования в сфере интеллектуальной собственности. Взаимосвязанными полномочиями, зачастую дублирующими друг друга, в той или иной степени наделены следующие федеральные органы исполнительной власти и государственные учреждения.

*Министерство экономического развития*²⁰ выработывает государственную политику и нормативно-правовое регулирование в области контроля и надзора в сфере правовой охраны и использования результатов интеллектуальной деятельности гражданского, военного, специального и двойного назначения, созданных за счет ассигнований федерального бюджета, контроля

¹⁸ СЗ РФ. 2017. № 32. Ст. 5138.

¹⁹ Вайпан В.А. Основы правового регулирования цифровой экономики // Право и экономика. 2017. № 11. С. 5–48.

²⁰ Постановление Правительства России от 5.06. 2008 № 437 «О Министерстве экономического развития Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.

и надзора в указанной сфере деятельности в отношении государственных заказчиков и организаций-исполнителей государственных контрактов, предусматривающих проведение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ, а также нормативно-правовое регулирование вопросов, касающихся оказания государственных услуг в сфере правовой охраны изобретений, полезных моделей, промышленных образцов, программ для электронно-вычислительных машин, баз данных и топологий интегральных микросхем, в том числе входящих в состав единой технологии, товарных знаков, знаков обслуживания и наименований мест происхождения товаров.

*Федеральная служба по интеллектуальной собственности (Роспатент)*²¹ является федеральным исполнительным органом — основным органом, осуществляющим государственное регулирование отношений в сфере интеллектуальной собственности. Однако государственная регистрация отдельных объектов интеллектуальной собственности может осуществляться не только Роспатентом. Так, секретные изобретения регистрируются федеральными органами исполнительной власти в зависимости от тематической принадлежности таких изобретений²².

*Федеральный институт промышленной собственности*²³, находящееся в ведении Роспатента, включает подразделения, обеспечивающие выполнение всех подготовительных операций для принятия Роспатентом решений в соответствии с положениями Гражданского кодекса Российской Федерации, что позволяет оптимизировать технологические процессы, использовать единую информационную инфраструктуру, сократить численность работников, занятых техническими и административными видами работ.

*Министерство сельского хозяйства*²⁴ является федеральным органом исполнительной власти по селекционным достижениям.

*Министерство культуры*²⁵ занимается выработкой и реализацией государственной политики и нормативно-правового регулирования в сфере авторского права и смежных прав и функции по охране авторского права и

²¹ Положение о Федеральной службе по интеллектуальной собственности, утв. Постановлением Правительства России от 21.03.2012 № 218 // СПС КонсультантПлюс.

²² См. подробнее: Постановление Правительства России от 2.10.2004 № 514 «О федеральных органах исполнительной власти и Государственной корпорации по атомной энергии «Росатом», уполномоченных рассматривать заявки на выдачу патента на секретные изобретения» // СПС КонсультантПлюс.

²³ Создано в соответствии с распоряжением Правительства России от 1.12.2008 № 1791-р // СПС КонсультантПлюс.

²⁴ Постановление Правительства России от 12.06.2008 № 450 «О Министерстве сельского хозяйства Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.

²⁵ Положение о Министерстве культуры России, утв. Постановлением Правительства Российской Федерации от 20.07.2011 № 590 // СПС КонсультантПлюс.

смежных прав, а также по контролю и надзору в указанной сфере деятельности.

*Министерство образования и науки*²⁶ также осуществляет функции выработки и реализации государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере интеллектуальной собственности. К его полномочиям относится нормативно-правовое регулирование вопросов, касающихся контроля, надзора и оказания государственных услуг в сфере правовой охраны изобретений, полезных моделей, промышленных образцов, программ для электронно-вычислительных машин, баз данных и топологий интегральных микросхем, в том числе входящих в состав единой технологии, товарных знаков, знаков обслуживания, наименований мест происхождения товаров.

*Министерство обороны*²⁷ организует патентно-лицензионную, изобретательскую, рационализаторскую работу, в том числе рассмотрение заявок и выдачу патентов на секретные изобретения, относящиеся к средствам вооружения и военной техники, осуществляет управление правами Российской Федерации на результаты интеллектуальной деятельности, находящиеся в ведении Минобороны России, в том числе исключительными правами на них, проводит мониторинг их использования, а также участвует в их правовой защите.

*Федеральная служба по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций*²⁸, находящаяся в ведении Министерства связи и массовых коммуникаций, осуществляет функции, связанные с лицензированием деятельности в области телевизионного вещания и радиовещания. В частности, служба контролирует соблюдением лицензиатами лицензионных условий и требований по изготовлению экземпляров аудиовизуальных произведений, программ для электронных вычислительных машин (программ ЭВМ), баз данных и фонограмм на любых видах носителей (за исключением случаев, если указанная деятельность самостоятельно осуществляется лицами, обладающими правами на использование указанных объектов авторских и смежных прав в силу федерального закона или договора), в соответствии с федеральным законодательством.

²⁶ Положение о Министерстве образования и науки России, утв. Постановлением Правительства Российской Федерации от 3.06. 2013 № 466 // СПС КонсультантПлюс.

²⁷ Положение о Министерстве обороны России, утв. Указом Президента Российской Федерации от 16.08. 2004 № 1082 // СПС КонсультантПлюс.

²⁸ П. 5.1.4.3 Постановления Правительства России от 16.03. 2009 № 228 «О Федеральной службе по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций» // СПС КонсультантПлюс.

Федеральная таможенная служба²⁹ также осуществляет функции по защите прав на объекты интеллектуальной собственности, например, принимает нормативные акты, определяющие порядок ведения таможенного реестра объектов интеллектуальной собственности и порядок подачи заявления о включении объекта интеллектуальной собственности в таможенный реестр объектов интеллектуальной собственности, требования к заявляемым сведениям и документам в зависимости от вида объекта интеллектуальной собственности.

Федеральная антимонопольная служба (ФАС)³⁰ осуществляет функции административного регулятора в сфере интеллектуальной собственности в рамках своих полномочий по пресечению недобросовестной конкуренции. Через ФАС возможно осуществление административно-правового порядка защиты от недобросовестной конкуренции, привлечение виновных к административной ответственности, если при реализации исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности будет установлено нарушение законодательства о защите конкуренции.

Организация органов управления в сфере интеллектуальной собственности на настоящий момент представляет собой систему с большим количеством разноуровневых и не связанных друг с другом элементов. При определенном сходстве и переплетении осуществляемых этими органами функций, они зачастую выражают разнонаправленные интересы. Так, федеральный антимонопольный орган активно ратует за внедрение административной системы принудительного лицензирования, а федеральный исполнительный орган по интеллектуальной собственности полагает такие меры избыточными³¹.

«Неповоротливость» государственного механизма по вопросам охраны и регулирования отношений по управлению интеллектуальной собственностью в значительной степени обусловлена искусственным разделением, дроблением функционала между разными ведомствами. В условиях глобализации технологических и научных достижений очевидно, что сохранение

²⁹ Положение о Федеральной таможенной службе, утв. Постановлением Правительства России от 16.09.2013 № 809 // СПС КонсультантПлюс.

³⁰ Положение о Федеральной антимонопольной службе, утв. Постановлением Правительства России от 30.06.2004 № 331 (ред. от 17.02.2018) // СЗ РФ. 2004. № 31. Ст. 3259.

³¹ «Предложенные ФАС поправки, разрешающие применять новый механизм изъятия интеллектуальной собственности на лекарственные препараты, были признаны Роспатентом избыточными. Эксперты ведомства заявили, что сформулированные ФАС меры могут повредить инвестиционному климату в России и отпугнуть иностранные компании, которые могли бы выпустить на российский рынок свои лекарственные средства» [Электронный ресурс]: // URL: <https://iz.ru/news/720347> (дата обращения: 12.04.2018). См.: Иванов А.Ю. Принудительное лицензирование для инновационного развития: о необходимости балансировки режима интеллектуальных прав // Закон. 2017. № 5. С. 78–93.

прежних методов управления в сфере интеллектуальной собственности неприемлемо.

В качестве возможного способа решения усугубляющихся проблем в 2013 году появились предложения о создании единого «мегарегулятора»³², способного объединить функционал и полномочия различных органов исполнительной власти в сфере интеллектуальной собственности. Советом Федерации были внесены предложения о создании ведомства на базе Роспатента с рабочим вариантом названия «Федеральная служба по регулированию в сфере интеллектуальной собственности»³³. К сожалению, как отметил первый заместитель Правительства России И.И. Шувалов, «пока в этой сфере не удалось добиться главного — до конца текущего политического цикла «организовать единый орган управления интеллектуальной собственностью, который существует в других странах»»³⁴.

Концентрация управленческого функционала в одном государственном органе является шагом, направленным на устранение административных препятствий, вызываемых несогласованностью деятельности многочисленных регуляторов и отсутствием четкой сферы ответственности каждого из них. Создание такого органа можно расценивать как важный шаг в устранении административных барьеров (в широком смысле) в сфере интеллектуальной собственности.

Нынешние административные барьеры в сфере интеллектуальной собственности в узком смысле можно разделить на несколько основных групп: 1) трудности, связанные с процессом правовой охраны результатов интеллектуальной деятельности и внесением сведений об объектах интеллектуальной собственности и их правообладателях в реестры (обязательный учет); 2) препятствия для коммерциализации объектов либо для обеспечения их свободного использования; 3) препятствия для правовой защиты исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности.

К первой категории административных барьеров принадлежат недостатки административных процедур, связанных с подачей, рассмотрением и принятием решений по заявкам о регистрации объектов интеллектуальных прав. Проблемы в этой области связаны с ненадлежащим качеством нормотворчества, с противоречиями и пробелами в административных регламентах работы уполномоченных органов, несвоевременным их обновлением и приведением в соответствие с изменяющимся законодательством.

³² Термин «мегарегулятор» преимущественно используется в российской практике. См.: Право интеллектуальной собственности. Общие положения. Т. 1. М., 2017. С. 380.

³³ В России создадут мегарегулятор в сфере интеллектуальной собственности [Электронный ресурс]: // URL: <https://ria.ru/society/20150804/1161767045.html> (дата обращения: 30.03.2018)

³⁴ В России могут создать единый орган по вопросам интеллектуальной собственности [Электронный ресурс]: // URL: <http://tass.ru/ekonomika/5074369> (дата обращения: 30.03.2018)

В целях устранения существующих административных барьеров, в частности: предложено исключить требование о нотариальном удостоверении доверенностей в сфере интеллектуальной собственности; разработана инициатива, согласной которой у лиц будет возможность использовать простую, а не квалифицированную электронную подпись при подаче электронной заявки на регистрацию объектов интеллектуальной собственности. Это поможет сделать процедуру подачи заявок более доступной и увеличит количество заявителей³⁵; с 2016 года проводится регулярная работа по сокращению сроков предоставления государственных услуг³⁶.

Вместе с тем названные выше меры недостаточны и не охватывают всего спектра барьеров, создаваемых в рамках исполнения функций по регистрации интеллектуальной собственности. Продолжает вызывать претензии процедура оспаривания решений Роспатента по итогам рассмотрения заявок. Правила подачи возражений и заявлений и их рассмотрения в Палате по патентным спорам³⁷, в частности, не предусматривают общих сроков рассмотрения поступивших документов. Срок рассмотрения возражений по патентным спорам может достигать 12 месяцев. Процедура рассмотрения возражений установлена более 15 лет назад и не корректировалась при внесении принципиальных изменений в законодательство, в частности в Гражданский кодекс. В настоящее время Роспатент предпринимает шаги по оптимизации данного процесса. Проведена внутренняя реформа административного аппарата, введена электронная система обмена документами и сведениями между представителями ведомства и заявителями, планы развития Роспатента предполагают общее ускорение процедур, связанных с рассмотрением заявок.

В целях упрощения и ускорения регистрации товарных знаков и знаков обслуживания ведомством предложено введение процедуры оппозиции, которая призвана сократить сроки рассмотрения заявок на регистрацию товарных знаков³⁸. Предполагается, что по заявке о регистрации товарного знака Роспатент проводит сначала формальную экспертизу, а потом проверяет соответствие перечня товаров и услуг требованиям Международной

³⁵ В настоящее время это требование является обязательным в силу требований Постановления Правительства России от 25.06. 2012 № 634 «О видах электронной подписи, использование которых допускается при обращении за получением государственных и муниципальных услуг» // СПС КонсультантПлюс.

³⁶ *Ивлиев Г.П.* Принцип добросовестности в деятельности Федеральной службы по интеллектуальной собственности // Вестник гражданского права. 2017. № 2. С. 56–67.

³⁷ Приказ Роспатента от 22.04.2003 № 56 «О Правилах подачи возражений и заявлений и их рассмотрения в Палате по патентным спорам» // СПС КонсультантПлюс.

³⁸ Проект примерной модели процедуры оппозиции [Электронный ресурс]: // URL: http://www.rupto.ru/press/news_archive/inform2016/Proekt_oppozit/Proekt_oppozit.pdf (дата обращения: 30.03.2018)

классификации товаров и услуг, соответствие заявки требованиям законодательства (пп. 1–5 ст. 1483 ГК РФ). В случае направления заявителю уведомления об отсутствии абсолютных оснований для отказа в регистрации осуществляется публикация сведений о завершении экспертизы заявленного обозначения по абсолютным основаниям с положительным результатом. После такой публикации любое заинтересованное лицо в течение трех месяцев вправе подать возражение против регистрации заявленного обозначения в качестве товарного знака по любым предусмотренным законом основаниям. В случае отсутствия возражения товарный знак подлежит регистрации в течение двух недель с уплатой государственной пошлины. Несмотря на то, что предлагаемый порядок требует доработки, в целом заслуживает поддержки сокращение участия государства в ситуации отсутствия конфликта между интересами частных лиц.

К числу административных *препятствий коммерциализации интеллектуальной собственности* можно отнести противоречивый подход государственных органов к закреплению прав на результаты интеллектуальной деятельности, созданных за счет бюджетного финансирования и отсутствие четкого алгоритма действий государства по использованию таких результатов³⁹.

Недостатки административных процедур проявляются в процессе внесения сведений об объектах интеллектуальной собственности в другой государственный реестр — таможенный реестр объектов интеллектуальной собственности ФТС России⁴⁰. В настоящее время в соответствии с Административным регламентом ФТС не предусмотрена подача заявки на внесение объекта интеллектуальной собственности в реестр в электронной форме⁴¹. Регламент (п. 32) устанавливает, что посредством электронной почты или в электронной форме на материальном носителе (компакт-диск, дисковый накопитель и т.д.) могут быть переданы только отдельные сведения, имеющие отношение к объектам интеллектуальной собственности и носящие описательный характер либо представляющие собой перечень или свод каких-либо данных.

³⁹ См.: Публичная декларация целей и задач Федеральной службы по интеллектуальной собственности на 2017 год (утв. Роспатентом 11.04.2017 № ВН-09-2); *Евстафьев В., Орехов Д., Хитрова Л.* Проблемы управления правами Российской Федерации на результаты интеллектуальной деятельности // *Промышленная собственность*. 2017. № 1. С. 17–22; *Шишков Б.Е.* Механизмы государственно-частного партнерства в оборонно-промышленном комплексе // *Имущественные отношения в Российской Федерации*. 2015. № 12. С. 88–97.

⁴⁰ *Агамагомедова С.А.* Указ. соч. С. 13–20.

⁴¹ Приказ ФТС от 13.08.2009 № 1488 «Об утверждении Административного регламента Федеральной таможенной службы по исполнению государственной функции по ведению таможенного реестра объектов интеллектуальной собственности» // СПС КонсультантПлюс.

Проект федерального закона о таможенном регулировании предполагает возможность обмена документами и (или) сведениями в электронной форме⁴². У заявителя будет возможность обратиться к таможенному органу, в том числе посредством использования личного кабинета на «Едином портале государственных и муниципальных услуг (функций)».

Новые административные барьеры могут также возникать в связи со вступлением страны в международные соглашения или организации. Это обусловлено тем, что международные договоры могут предусматривать более жесткую систему охраны исключительных прав своих участников, чем было изначально распространено на территории отдельной страны. В качестве примера «жестких» международных договоров об охране интеллектуальной собственности можно привести Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (1994) (далее — ТРИПС), которое входит в пакет документов о создании Всемирной торговой организации. Как отмечается в литературе, ТРИПС предусматривают детальные механизмы охраны интеллектуальной собственности с точки зрения административных и судебных процедур⁴³. В частности, как подчеркивается в исследованиях, положения ТРИПС существенным образом влияют на регулирование отношений в сфере здравоохранения⁴⁴.

Так, например, ст. 50 ТРИПС определяет право судебных органов издавать судебный приказ, предписывающий принятие безотлагательных и эффективных мер, направленных на предотвращение нарушения любого права интеллектуальной собственности. В частности, у суда есть возможность принятия таких мер, если существует угроза уничтожения улик в рамках начатого производства по иску о нарушении исключительных прав. Однако принятие таких мер с учетом всех требований, установленных как ТРИПС, так и национальным законодательством, в некоторых случаях может привести к затягиванию процесса. В США нередко суд не успевает рассмотреть основное дело до вступления в силу решения о принятии временных мер по ст. 50 ТРИПС.

В качестве примера административных барьеров, влияющих на эффективность защиты интеллектуальных прав, можно указать на сложную и непонятную для большинства участников отношений систему судебной защиты интеллектуальных прав, в которой однотипные по характеру споры о

⁴² Проект федерального закона «О таможенном регулировании в Российской Федерации» [Электронный ресурс]: // URL: <http://regulation.gov.ru/projects#search=%D0%BE&npa=70040> (дата обращения: 30.03.2018)

⁴³ Anawalt H. International Intellectual Property, Progress, and the Rule of Law // Santa Clara High Technology Law Journal. 2003. Vol. 19. Issue 2. P. 388–392.

⁴⁴ Intellectual Property in the Context of the WTO TRIPS Agreement: Challenges for Public Health. Eds. J. Bermudez, M. Oliveira. Rio de Janeiro, 2004. P. 23–61.

нарушении патентных прав в зависимости от субъектного состава рассматриваются и судами общей юрисдикции, и арбитражными судами.

Предложения по устранению административных барьеров должны основываться на четко сформулированных стратегических принципах и целях государственной политики в области интеллектуальной собственности и согласованных между собой программах основных направлений развития. Выработка мер к устранению административных барьеров как в широком, так и узком смысле, должна осуществляться на основе междисциплинарного анализа, с учетом прежде всего особенностей деятельности по созданию результатов интеллектуальной деятельности и оборота интеллектуальных прав.



Библиография

Агамагомедова С.А. Административные барьеры при прохождении таможенного контроля: понятие, виды и способы преодоления // Журнал российского права. 2017. № 6. С. 79–88.

Вайпан В.А. Основы правового регулирования цифровой экономики // Право и экономика. 2017. № 11. С. 5–18.

Войникайнис Е. Право интеллектуальной собственности в цифровую эпоху: парадигма баланса и гибкости. М.: Юриспруденция, 2016. 552 с.

Евстафьев В., Орехов Д., Хитрова Л. Проблемы управления правами Российской Федерации на результаты интеллектуальной деятельности // ИС. Промышленная собственность. 2017. № 1. С. 17–22.

Иванов А.Ю. Принудительное лицензирование для инновационного развития: о необходимости балансировки режима интеллектуальных прав // Закон. 2017. № 5. С. 78–93.

Ивлиев Г.П. Принцип добросовестности в деятельности Федеральной службы по интеллектуальной собственности // Вестник гражданского права. 2017. № 2. С. 56–62.

Калятин В.О. Развитие системы регулирования распоряжения правами на интеллектуальную собственность в России // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2018. № 2. С. 54–63.

Минбалеев А.В. Система государственного управления в сфере интеллектуальной собственности. // Вестник ЮУрГУ. Серия «Право». Т.16. 2016. № 3. С. 112–115.

Нарышкин С.Е., Хабриева Т.Я. Административная реформа в России: некоторые итоги и задачи юридической науки // Журнал российского права. 2006. № 11. С. 9.

Ноздрачев А.Ф. Системная регламентация административной деятельности: отечественная доктрина и практика // Законодательство и экономика. 2011. № 8. С. 5–41.

Рузакова О.А., Гринь Е.С. Применение технологии Blockchain к систематизации результатов интеллектуальной деятельности // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2017. Вып. 38. С. 508–520.

Фабричный С.Ю., Рузакова О.А. Коммерциализация интеллектуальной собственности: проблемы регулирования // Патенты и лицензии. 2017. № 7. С. 41–48.

Шишков Б.Е. Механизмы государственно-частного партнерства в оборонно-промышленном комплексе // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2015. № 12. С. 88–97.

Anawalt H. International Intellectual Property, Progress, and the Rule of Law // Santa Clara High Technology Law Journal. 2003. Vol. 19. Is. 2. P. 383–405.

Intellectual property in the context of the WTO TRIPS Agreement: challenges for public health / J. Bermudez, M. Oliveira, ed. (2004). Rio de Janeiro: Oswaldo Cruz Foundation, 2004. 170 p.

Efficiency of Legal Protection for Intellectual Property Rights: Administrative Barriers



Ludmila A. Novoselova

Professor, Head, Department of Intellectual Property, Kutafin Moscow State Law University, Doctor of Juridical Sciences. Address: 9 Sadovaya-Kudrinskaya Str., Moscow 125993, Russian Federation. E-mail: la-novosielova@yandex.ru



Oleg S. Grin'

Associate Professor, Department of Civil Law, Kutafin Moscow State Law University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 9 Sadovaya-Kudrinskaya Str., Moscow 125993, Russian Federation. E-mail: o.s.grin@yandex.ru



Abstract

The aim for elimination of administrative burdens in order to develop science and technology, to increase the efficiency of legal regulations in intellectual property sphere is imposed in leading documents for transformation and modernization of the Russian economy. In this case analysis of different elements of the governmental regulations, difficulties signification for its proper administrating are of a significant importance. The purpose of the research is to determine what an administrative burden is to form-up the ways of its overruling on order to develop the intellectual property sphere, to determine the functions and structure of the administrative bodies, to expose legal and regulative gaps as a fundamental guideline for optimization of the scientific and technologic development. Methods used are: dialectical and formal logic, functional and other general scholar methods; specific research methods, in particular legal dogmatic method, were applied too. The results include characteristics of administrative burdens, the meaning is defined narrowly and generally; the ways of overruling are determined at different levels: strategic, scheduled and current. The main aims and purposes for better statutory administration of the IP sphere are proposed. Conclusions: the paper revealed that the strategic aims and principles are not settled down in major documents for current regulations. The absence of the main, single administrative body — “megauthority” — in the intellectual property sphere leads to the decrease in the governmental regulations and to uprising of the burdens for the science and technical development. At the level of particular administrative burdens, some blocking legal mechanisms for registration of intellectual property rights and their protection have been identified, in particular in the field of pharmacology.



Keywords

administrative barriers; intellectual property; “megauthority”; legal protection for intellectual property; copyright; patent law.

Citation: Novoselova L.A., Grin' O.S. (2018) Efficiency of Legal Protection for Intellectual Property Rights: Administrative Barriers. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 4–25 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.2.4.25



References

Agamagomedova S.A. (2017) Administrativnye bar'ery pri prokhozhenii tamozhennogo kontrolya: ponyatie, vidy i sposoby preodoleniya [Administrative barriers in customs control: concept, types and solutions]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 6, pp. 79–88.

Anawalt H. (2003) International Intellectual Property, Progress, and the Rule of Law. *Santa Clara High Technology Law Journal*, vol. 19, issue 2, pp. 383–405.

Bermudez J., Oliveira M. (eds.) (2004) *Intellectual Property in the Context of the WTO TRIPS Agreement: challenges for public health*. Rio de Janeiro: Oswaldo Cruz Foundation, 170 p.

Evstaf'ev V., Orekhov D., Khitrova L. (2017) Problemy upravleniya pravami Rossiyskoy Federatsii na rezul'taty intellektual'noy deyatel'nosti [Issues of administering the rights of the Russian Federation and the results of intellectual activity]. *Promyshlennaya sobstvennost'*, no 1, pp. 17–22.

Fabrichnyi S.Yu., Ruzakova O.A. (2017) Kommerzializatsiya intellektualnoi sobstvennosti: problemy regulirovaniya. *Patenty i licenzii*, no 7, pp. 41–48.

Ivanov A. Yu. (2017) Prinuditel'noe litsenzirovanie dlya innovatsionnogo razvitiya: o neobkhodimosti balansirovki rezhima intellektual'nykh prav [Involuntary licensing of innovative development: on balancing the regime of intellectual rights]. *Zakon*, no 5, pp. 78–93.

Ivliev G.P. (2017) Printsip dobrosovestnosti v deyatel'nosti Federal'noy sluzhby po intellektual'noy sobstvennosti [The principle of good faith in the activity of the Federal Intellectual Property Service]. *Vestnik grazhdanskogo prava*, no 2, pp. 56–62.

Kalyatin V.O. (2018) Razvitie sistemy ewgulirovaniya rasporyazheniya pravami na intellektual'nyu sobstvennost v Rossii [Development of regulating direction of intellectual property rights in Russia]. *Imyschestvennyye otnosheniya v Rossiyskoi Federatsii*, no 2, pp. 54–63.

Minbaleev A.V. (2016) Sistema gosudarstvennogo upravleniya v sfere intellektual'noy sobstvennosti [The system of state administration in intellectual property]. *Vestnik YuUrGU*. Seriya «Pravo», no 3, pp. 112–115.

Naryshkin S.E., Khabrieva T.Ya. (2006) Administrativnaya reforma v Rossii: nekotorye itogi i zadachi yuridicheskoy nauki [Administrative reform in Russia: preliminary results and objectives of legal science]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 11, p. 9.

Nozdrachev A.F. (2011) Sistemnaya reglamentatsiya administrativnoy deyatel'nosti: otechestvennaya doktrina i praktika [System regulation of administrative activity: Russian doctrine and practice]. *Zakonodatel'stvo i ekonomika*, no 8, pp. 5–41.

Ruzakova O.A., Grin' E.S. (2017) Primenenie tekhnologii Blockchain k sistematsizatsii rezul'tatov intellektual'noy deyatel'nosti [Blockchain in Systematizing the results of intellectual property activity]. *Vestnik Permskogo universiteta. Yuridicheskie nauki*, no 38, pp. 508–520.

Shishkov B.E. (2015) Mekhanizmy gosudarstvenno-chastnogo partnerstva v oboronno-promyshlennom komplekse [The mechanisms of public-private partnership in military-

industrial complex]. *Imushchestvennyye otnosheniya v Rossiyskoy Federatsii*, no 12, pp. 88–97.

Vaypan V.A. (2017) Osnovy pravovogo regulirovaniya tsifrovoy ekonomiki [Fundamentals of legal regulation in digital economy]. *Pravo i ekonomika*, no 11, pp. 5–18.

Voynikaynis E. (2016) *Pravo intellektual'noy sobstvennosti v tsifrovuyu epokhu: paradigma balansy i gibkosti* [Intellectual property law in the digital age: paradigm of balance and flexibility]. Moscow: Yurisprudentsiya, 552 p. (in Russian)

Частные и публичные сервитуты в российском и зарубежном праве

 **С.А. Сеницын**

ведущий научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, доктор юридических наук. Адрес: 117218, Российская Федерация, Москва, Б. Черемушкинская ул., 34. E-mail: SynSS@mail.ru, civil@izak.ru

Аннотация

Развитие имущественных отношений предполагает совершенствование правовой регламентации оборота недвижимости и форм землепользования. Исторически правовое регулирование сервитутов, разрешение споров и поиск баланса интересов собственника и сервитутария, с одной стороны, и накопление, обобщение и развитие понятий о специфике и месте сервитутов в системе ограниченных вещных прав, с другой, традиционно составляли наиболее дискуссионные вопросы вещного права в аспектах развития законодательства, правоприменения и доктрины. Регулирование сервитутов как вида ограниченных вещных прав показывает особенности становления и содержания национальной системы права. Восприятие сервитутов не только частным, но и публичным правом наблюдается как в российском, так и в зарубежном праве. В российской действительности исчезновение частной собственности на землю в условиях борьбы советского права с системой и принципами частного права повлекло за собой не только забвение данной подотрасли вещного права с ее основными институтами, но и отказ от правового регулирования разделения вещей на движимые и недвижимые. Соответственно, исследования сущности и определении места сервитутов в системе права надолго утратили актуальность. Необходимость в правовой регламентации сервитутов возникла на постсоветском пространстве в условиях развития рыночных отношений. Понятие «публичный сервитут» в современном российском законодательстве появилось в Указе Президента Российской Федерации «Об основных положениях государственной программы приватизации государственных и муниципальных предприятий после 1 июля 1994 г.». После вступления в силу Гражданского и Земельного кодексов появились основания говорить о легальном разграничении частных и публичных сервитутов. Современное состояние российского законодательства, незаконность реформы гражданского законодательства в части модернизации положений о вещном праве, накопленные правоприменительной практикой подходы к разрешению споров о применении законодательства о сервитутах актуализируют не только вопросы совершенствования законодательных положений о сервитутах, но и ставят задачи для будущих научных исследований.

Ключевые слова

ограниченные вещные права, сервитуты в частном праве, сервитуты в публичном праве, права на недвижимое имущество, система вещных прав, ограничения права собственности, виды вещных прав, осуществление и защита вещных прав.

Библиографическое описание: Сеницын С.А. Частные и публичные сервитуты в российском и зарубежном праве // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 2. С. 26–45.

JEL: K1; УДК: 347

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.2.26.45

Исторически учение о сервитутах занимает особое место в доктрине гражданского права¹. Одни исследователи закрепляли за сервитутом качества едва ли не прототипа всех ограниченных вещных прав, если не колыбели вещных прав вообще². Другие считали полноту регулирования сервитутов необходимым условием ограничения произвола абсолютизма собственника и развития партнерских отношений между землевладельцами в развитых имущественных отношениях при условии законодательных гарантий, что сервитут не превратится в механизм злоупотреблений и раздора, а будет обеспечивать действительные и только вынужденные потребности участия в чужом имуществе³ (естественная ограниченность земли как природного ресурса). Это само по себе может свидетельствовать о регулятивно-сдерживающем, а не одностороннем спекулятивно-эгоистическом действии сервитутов, важном не только для сервитуария, но и правопорядка в целом. Третьи обра-

¹ Их сущность крупнейшими романистами объяснялась расширением границ правовых возможностей сервитуария за счет его активных действий по пользованию чужой недвижимостью и ограничений интересов и правовых возможностей ее собственника. См.: *Glück C-F. Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld*. Erlangen, 1808. Bd. 10, I. S. 1–2.

² *Schönemann O. Die Servituten. Eine Civilistische Abhandlung*. Leipzig, 1866. S. 1–15. *Elvers R. Die Römische Servitutenlehre*. Marburg, 1865. S. 29–41. Интересны объяснения сервитутов не только в истории, но и в современном праве естественно-правовыми концептами. Это позволило некоторым авторам проследить истоки и происхождение современного сервитутного права, его связь с античным — греческим и римским правом. См.: *Möller C. Die Servituten. Entwicklungsgeschichte, Funktion und Struktur der grundstückvermittelten Privatrechtsverhältnisse im römischen Recht. Mit einem Ausblick auf die Rezeptionsgeschichte und das BGB*. Göttingen, 2010. S. 390–396.

Следует обратить внимание и на особенность российской правоприменительной практики, где в разъяснениях высшей судебной инстанции весьма неточно определено место и значение сервитутов — «сервитут, наряду с правом собственности, является вещным правом». Из приведенной формулировки не ясно соотношение элементов системы вещных прав, а, главное, места, отведенного в ней сервитутам, о котором пытается сказать правоприменитель (абз. 2 Преамбулы обзора практики по делам об установлении сервитута на земельный участок, утвержденный Президиумом Верховного Суда России от 26.04. 2017).

³ *Kohler J. Beitrage zum Servitutenrecht*. AcP (1897). Bd. 87. H. 2/3. S. 179; *Hub J. Der Inhalt von Dienstbarkeit*. Tübingen, 1966. S. 55–62; *Hoffmann E. Die Lehre von den Servituten nach Römischen Rechte*. Darmstadt, 1906. S. 3–6.

По этим причинам сервитутные правоотношения можно считать вынужденным компромиссом интересов собственников объектов недвижимости: «Сервитуты суть не более как суррогаты естественных качеств, недостающих поземельным участкам, и представляют собой как будто бы расширение объема собственности одного участка на счет другого». См.: *Гусаков А. К вопросу о теории сервитутного права // Журнал гражданского и уголовного права*. 1884. № 8. С. 55.

щали внимание как на трудность четкого определения содержания сервитутов в аспекте их соотношения со смежными правовыми институтами, в частности, с узуфруктами, так и на проблемы юридической техники, связанные с их восприятием национальным законодательством (в Гражданском кодексе Франции термин «сервитут» не употреблялся — личные сервитуты названы «Droits de jouissance», а реальные — «Services foncières», в Германии сервитут поименован «Dienstbarkeit», в российском праве сервитуты определялись как «служебности» при том, что между приведенными понятиями наблюдаются именно содержательные, а не технико-юридические различия)⁴.

Наконец, модификация в обороте и правоприменительной практике законодательных положений о сервитутах заставили современных цивилистов говорить о том, что в ответ на запросы реальной экономической жизни вынужденное отступление судебной практики от закрытого перечня вещных прав обусловлено именно развитием сервитутного права, за темпами которого законодателю объективно поспеть не всегда удается. В связи с этим высказано предположение, что для признания сервитута возникшим и действительным достаточно его соответствия общим установленным законом признакам сервитута, а не конкретному законодательно регламентированному виду⁵. В развитие данных позиций отмечается, что «нигде не суще-

⁴ Горонович И. Исследование о сервитутах // Журнал гражданского и уголовного права. СПб., 1883. Кн. 7–8. С. 9 и сл. Было отмечено, что узуфрукт подходит под родовое понятие личного сервитута и на него должны распространяться все признаки и характеристики сервитута. См.: Дорн Л. Об узуфрукте по римскому праву. СПб., 1871. С. 3, 34; ср.: Kuntze J.E. Der Servus fructuarius des römischen Rechts. Leipzig, 1889. S. 14–19. Интересно заметить, что в российском праве и практике существовали трудности не только с разграничением права угодий и сервитутов, но и с восприятием более общего понятия — «право участия частного», которое нередко отождествляли только с сервитутами или вообще утверждали, что им не устанавливается никаких прав на чужое имущество, а только ограничения права собственности. См.: Мочульский В.Д. Юридическая природа исков о нарушении права участия частного. Петроград, 1916. С. 5–40. Справедливости ради следует отметить, что и зарубежная литература едва ли отличалась четкостью и последовательностью в разрешении вопросов о сущности и видах сервитутов, что подтверждается, например, постулируемыми выводами, что только личные, а не земельные сервитуты должны относиться к предмету вещного права. См.: Barbo E. Die Theorie der Servituten des französischen Rechts. Mannheim, 1855. S.197–201. Впоследствии было справедливо замечено, что ни в каких сервитутах нет ничего от обязательственного права, а в личных сервитутах соответствующие ограничения устанавливаются по соглашению сторон и вне связи с необходимостью расширения и сужения уже существующих прав на недвижимость, как это было бы характерно для земельных сервитутов, что нисколько не влияет на природу возникших правоотношений между собственником и сервитуарием. См.: Ofner J. Der Servitutenbegriff nach römischen und österreichischen recht. Wien, 1884. S. 45.

⁵ Portmann W. Wesen and System der subjektiven Privatrechte. Zurich, 1996. S. 142; Basler kommentar. Zivilgesetzbuch / hrsg. H. Honsell, N. Vogt, T. Geiser. Basel-Zürich-Bern, 2011. S. 807; Kurzkomentar zum ABGB / herausg. H. Koziol, P. Bydlinski, R. Bollenberger. Wien, 2017. S. 512. Германские цивилисты отмечают, что при таком подходе заслуживает внимания вопрос «увековечивания» обязательственных отношений. См.: Trube C.M. Sicherungsdienstbarkeit und sichernde Dienstbarkeit. Frankfurt, 2001. S. 155–159. При этом типизация вещных прав предполагает и требует чтобы

ствуует количественного ограничения признанных сервитутов»⁶. Сказанное несколько не подтверждает, а скорее опровергает несколько неожиданные выводы современных авторов, что именно экономический анализ права помогает лучше понять действительный смысл сервитута⁷.

Нельзя забывать и о том, что в российской действительности поиск правильного и эффективного нормативного регулирования вещных прав, и сервитутов, в частности, всколыхнул глубокие противоречия между специалистами по гражданскому и природоресурсному праву в правопонимании объема и пределов регулирования имущественных отношений в отраслевом законодательстве, что в итоге вопреки вызовам времени способствовало отложению на неопределенный срок модернизации не только регламентации сервитутов, но и вещного права в целом.

Изначально сервитут устанавливался для регулирования отношений собственников функционально связанных земельных участков, но по ходу развития имущественных отношений сервитут мог наделять правом использования чужой обременяемой недвижимостью лицо, не являвшееся владельцем никакой недвижимости, что несколько затрудняло функциональное объяснение вмешательства в чужое вещное право. Классическое понимание сервитута предполагает наличие господствующего и служащего земельного участков, собственники которых вынуждены взаимодействовать друг с другом, и каждый из них несет риски ограничения и невозможности осуществления своего права в связи с действиями другого. Собственник обремененного земельного участка вынужден претерпевать ограничения права собственности действиями сервитуария, а последний принимает на себя сложности установления и осуществления сервитута. Надо сказать, что отношения собственников господствующей и служащей недвижимостей никогда не были свободными от противоречий и разногласий, что вполне наглядно демонстрируют и текущие судебные споры об установлении сервитутов⁸, размере платы за их осуществление, в которых суды стараются соблюсти баланс интересов участников спора.

конкретная разновидность сервитута была четко предусмотрена законом. См.: *Westermann H., Westermann H.P., Gursky K., Eickmann D. Sachenrecht. Heidelberg, 2011. S. 911.*

⁶ *Bar C. Gemeineuropäisches Sachenrecht. München, 2015. Bd.1. S. 600.*

⁷ *Каранетов А.Г. Экономический анализ права. М., 2016. С. 216.* В связи с этим небезынтересно отметить, что уже столетие назад при помощи экономических критериев объяснялась не сущность сервитута, а возможность упразднения любого сервитута, не основанного на договоре. См.: *Билимович А.В. К вопросу об упразднении сервитутов. Киев, 1911. С. 24–35.* В любом случае не стоит возводить экономические причины и мотивы установления сервитутов, о которых говорит Келлер (*Keller F-L. Pandekten: Aus dem Nachlasse des Verfassers. Leipzig, 1861. S. 314–348*), во всеобщую оценку воздействия сервитутного права.

⁸ Сформулированная недавно одной из высших судебных инстанций правовая позиция, по которой установлению сервитута не может препятствовать уже существующее обязательственное

В юридической литературе давно признано, что, несмотря на срочный характер, осуществление личного сервитута в отличие от земельного не имеет непосредственной цели увеличить объем правовых возможностей управомоченного по использованию собственного имущества за счет стеснения интересов и прав служащего объекта недвижимости. Речь должна идти об идентичных правах⁹. По своему содержанию и цели сервитут предоставляет только право пользования чужой вещью, в связи с чем не представляется возможным согласиться с утверждением, что сервитут может рассматриваться как «охраняемое законом право владения»¹⁰. Применительно к этому уместно вспомнить о том, что сервитут, в отличие от суперфиция или эмфитевзиса, дает сервитуарию именно мыслимое (*unkörperlich*) и при том ограниченное, а не физическое господство над обременяемой им чужой вещью, т.е. оформляет право не на вещь непосредственно, а на присвоение отдельных проявлений ее полезности.

С этим обстоятельством связана конститутивная особенность сервитута — сервитуарий наделен правом использовать обремененный сервитутом объект недвижимости отнюдь не полностью и никак не исключительно по своему усмотрению (например, сервитуарий не может по собственному усмотрению разрешить возможность использования обремененного сервитутом объекта другим лицам наравне или вместо себя), а лишь «в отдельных отношениях» (*in einzelnen Beziehungen*) или в привязке к извлекаемой разумной выгоде (*Vorteil*) господствующим объектом за счет служащего. Это само по себе исключает любые варианты «совладения» служащим объектом недвижимости между управомоченным и обязанным лицом по сервитуту. Такие ограничения вполне очевидны, иначе бы земельный сервитут мог превратиться в подобие вечного узуфрукта, содержание которого бы обременяло не только служащую недвижимость, но и напрямую ограничивало бы правомочия ее правообладателя как субъекта права.

право пользования земельным участком (Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 28.02. 2012 № 11248/11), была скорректирована Верховным Судом Российской Федерации, который отметил, что сервитут может устанавливаться для обеспечения «нужд собственника недвижимого имущества, которые не могут быть обеспечены без установления сервитута» (абз. 6 Преамбулы обзора практики по делам об установлении сервитута на земельный участок). Тем не менее в юридической литературе отмечалась правильность позиции ВАС РФ, так как сервитут по своему существу и в силу бессрочности представляет его обладателю большие правовые гарантии в сравнении с обязательственным правом и сохраняет действие при смене собственника. См.: *Копылов А.В.* Вопросы теории сервитутного права в судебной практике // Вестник ВАС РФ. 2012. № 8.С. 97. Отметим, что ограничения возможности установления сервитута в рассматриваемом случае наиболее отражают действие принципов экономичности, исключительности и объективной обусловленности сервитута, что является необходимым условием соблюдения баланса интересов собственника служащей недвижимости и сервитуария.

⁹ *Bar C.* Op. cit. S. 596.

¹⁰ *Ibid.* S. 601.

Разность конструкций узуфрукта и сервитута исключает возможность извлечения сервитуарием плодов из обремененной вещи, но, вместе с тем, позволяет утверждать, что сервитут обременяет служащую вещь непосредственно как таковую. Это объясняет действие сервитута не только против конкретного лица — собственника служащей недвижимости, а в отношении любых ее производных и последующих титульных владельцев и пользователей (арендаторы, хранители и др.), которые могут потенциально препятствовать осуществлению сервитута.

Вместе с тем нельзя говорить об универсальных и общепризнанных подходах национальных законодательств в этом вопросе. Например, в итальянском праве (ст. 1028 Гражданского кодекса Италии) понятие полезности (*Nozione dell'utilità*) определяется через предоставление дополнительных возможностей использования чужого земельного участка, которое может не связываться напрямую с интересами собственника соседней недвижимости¹¹, а служить цели «получения большего удобства для сообщения с другими владениями и населенными пунктами». Итальянской судебной практикой отмечалось, что понятие полезности при установлении сервитута настолько широко, что включает в себя преимущества не только экономического характера, но и следует из назначения земельных участков, которое может быть установлено и с общественной полезности транспортной инфраструктуры.

По мере усложнения экономических отношений и форм их правового опосредования в европейском праве претерпели известную трансформацию и виды сервитутов. Сегодня европейская правоприменительная практика признает не только право прохода и проезда по чужому земельному участку как классический пример сервитута, но и рассматривает как сервитутные обременения установление световой рекламы на чужом доме или использование балкона соседа, поднятие бушприта стоящего на верфи корабля над чужой набережной, выставление торговой палатки на чужом земельном участке в день ярмарки, установку указательной таблички на чужом здании, действия на территории чужой недвижимости по поддержанию в надлежащем состоянии господствующего строения. С развитием энергоснабжения признано, что именно конструкция сервитута подходит для решения конфликтов, затрагивающих интересы собственника земли и собственника

¹¹ При этом судебная практика руководствуется тем, что «полезность сервитута на право прохода существует даже тогда, когда земельный участок, для нужд пользования которым устанавливается сервитут, также имеет другие или более удобные доступы» (Cass. 25-3-2011, n. 6973, rv. 616844), а содержание сервитута может состоять в запрете собственнику соседнего земельного участка производить строительство на своей земельном участке, если земельный участок в пользу которого устанавливается сервитут о невозможности строительства зданий (*Servitù di non edificare*), «имеет возможности для строительства», что, впрочем, не означает невозможности получения разрешения на строительство в установленном порядке (Cass. 16-4-2008, n. 10048, rv. 602961).

инженерных сетей, а также проблем, связанных с прокладкой, ремонтом и эксплуатацией сетей¹².

В отдельных случаях говорилось и о более существенной принципиальной трансформации понятия сервитута: если для римского права содержание сервитута связывалось с претерпеванием собственником служащей недвижимости действий обладателя господствующей¹³, то уже в старогерманском праве обладатель обремененной сервитутом вещи оказывался обязанным не только претерпевать поведение сервитуария, но и, в отличие от римского понимания (*res propriis poinini servil sens*), мог считаться обязанным к совершению в его пользу отдельных активных действий¹⁴. Отрицание самой возможности совершения активных действий собственником обремененной недвижимости в пользу господствующей вполне объяснимо тем, что сервитут является вещным, а не обязательственным правом. Деление сервитутов на положительные и отрицательные не нивелирует данной особенности, поскольку и в этих случаях активные действия осуществляет исключительно сервитуарий, а собственник в одном случае должен претерпевать осуществление сервитута, а в другом воздерживаться от совершения действий, которые он вполне бы мог совершить при отсутствии сервитута (например, возведение построек на своем участке).

Тем не менее нельзя не видеть, что речь идет об общем правиле, действие которого не освобождает собственника служащей недвижимости от несения расходов по поддержанию в надлежащем состоянии служащей вещи. Это налагает обязанность активного типа (особенно в городских сервитутах или случаях, когда выгоды от эксплуатации служащей вещи извлекает

¹² *Leisner W. Grundeigentum und Versorgungsleitungen. Berlin, 1973. S. 12; Handbuch der Leitungs- und Wegerechte: Benutzung privater und öffentlicher Grundstücke durch Energie- und Wasserversorgungsunternehmen; Erläuterungen – Rechtsprechung — Materialien / von K. Morell. Grundwerk, 1995, S. 36.*

Вместе с тем правовая природа ограничений, устанавливаемых для правообладателей объектов недвижимости сервитутами, обеспечивающими бесперебойную деятельность трубопроводного транспорта и надлежащее состояние его инфраструктуры, требует уточнения. Магистральные трубопроводы, обеспечивающие транспортировку газа, нефти и иных энергоресурсов, являются важным средством снабжения промышленных объектов, в том числе энергоснабжающих и энергогенерирующих производств, а вследствие переработки энергоресурсов в электроэнергию являются необходимым условием и звеном в жизнеобеспечении всего населения страны. Необходимость безопасной эксплуатации, бесперебойного технического обслуживания и оперативного контроля над состоянием магистральных трубопроводов объясняет вынужденные ограничения прав на объекты недвижимости, расположенные в прилегающих к трубопроводному транспорту и его инфраструктуре границах и зонах. Это соответствует более публичным ограничениям, не сконцентрированным на частных интересах собственника соседней недвижимости, что было бы характерно для сервитутов в частном праве.

¹³ *Копылов А.В. Указ. соч. С. 21.*

¹⁴ *Huber J. Abhandlung vom Recht der Dienstbarkeiten für praktische Rechtsgelehrte. Augsburg, 1827. S. 5.*

не только сервитуарий, но и сам собственник). В современной юридической литературе и правоприменительной практике высказаны идеи о расширении понятия и сферы действия сервитутов, что в отдельных случаях может рассматриваться спорным. В частности, предлагается считать, что под влиянием нарастающих экологических угроз (наводнения вследствие разливов рек) гибель здания не должна автоматически и безусловно рассматриваться как основание прекращения установленных сервитутных обременений¹⁵.

Изначально сервитут рассматривался доктриной частного права как «право участия частного», ограниченное вещное право. Именно такой подход был отражен и в программных документах текущей реформы вещного права, положения которых прямо говорили об ошибочности и негативных последствиях законодательного закрепления публичных сервитутов. Накалившиеся в российских условиях споры о корректности употребления в законодательстве, на практике и в науке понятия публичного сервитута во многом не учитывают опыта европейского права. Неоспоримо лишь то, что ни в каких историко-социальных условиях право частной собственности на землю (земельные участки) не было неограниченным, в то время как соответствующие ограничения имели либо частную, либо публичную природу. Вместе с тем Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (п. 5.1.) констатирует как недостаток действующего регулирования отсутствие норм о разрешении коллизий и защите сервитутов, неясность определения содержания сервитутов. Именно в Гражданском кодексе Российской Федерации (далее — ГК РФ) должен быть закреплен содержательно целостный перечень возможных сервитутов, состоящих из: сервитутов перемещения или доступа на чужой участок для прохода, проезда, прогона скота, перевозки груза; коммунальных сервитутов; строительных сервитутов, обеспечивающих строительство использованием чужого здания или земельного участка; сервитутов для пользования участками недр; сервитутов мелиорации.

Важно отметить, что действующее российское законодательство регулирует преимущественно земельные сервитуты, оставляя в стороне правовую идентификацию водных, строительных и лесных сервитутов, что не может говорить о правовой определенности. При этом далеко не очевидна частноправовая природа всех потенциально возможных коммунальных сервитутов и сервитутов мелиорации. Тем не менее, Концепция развития законодательства о вещном праве говорит о коммунальных сервитутах как о сервитутах по прокладке и эксплуатации линий электропередачи, связи и трубопроводов, установлением и действием которых создаются условия для создания нового объекта недвижимости (трубопровод, кабельная линия и

¹⁵ Hausner G. Dienstbarkeiten bei Zerstörung von Bausubstanz. München, 2003. S. 161.

т.д.) (п. 1, 2.1). При таком подходе не до конца учитывается, что отношения правообладателей служащей и господствующей недвижимости перерастают гражданские правоотношения частных лиц, поскольку безопасная и бесперебойная эксплуатация таких сетевых инженерных объектов затрагивает интересы неопределенного круга лиц, приобретая публичную значимость, чем, в сущности, и обусловлены широкие возможности сервитуария и значимые ограничения прав на служащую недвижимость. Значение сервитутов мелиорации в разработанном на базе Концепции развития законодательства о вещном праве законопроекте «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» №47538-6/5 определено только как отвод/подвод воды «для обеспечения нормальной эксплуатации господствующего земельного участка». При таком подходе искусственно сужаются виды и значение деятельности по мелиорации (например, посадка охранительной лесополосы, эксплуатация гидротехнических сооружений), не говоря уже о том, что цели и значение мелиорации не могут замыкаться границами интересов двух частных лиц.

Современное российское и зарубежное гражданское право (доктрина, законодательство и судебная практика) активно используют конструкцию сервитута в широком смысле, не ограничиваясь его пониманием в контексте взаимоотношений только двух собственников недвижимости, для чего выделяются публичные сервитуты как особая разновидность сервитутов. Причем речь по большей части не идет о техническом словоупотреблении. Наблюдается полемика по поводу необходимости и самостоятельности публичных сервитутов: цивилисты отрицают состоятельность этого понятия, лишая его возможности рассматриваться в качестве разновидности сервитута, а административисты, напротив, обосновывают его жизнеспособность и востребованность.

С одной стороны, Концепция развития законодательства о вещном праве исходит из того, что «введенное в Земельный кодекс Российской Федерации понятие «публичный сервитут», обладая признаками публично-правового ограничения права собственности, не является, однако, субъективным правом вообще, что лишь создает терминологическую путаницу и требует исключения»¹⁶; с другой — сторонники введения этой конструкции на протяжении длительного времени настойчиво и в разных формах законодательных инициатив пытаются добиться ее закрепления и развития в законодательстве¹⁷. Руководствуясь общими целями создания единой основы

¹⁶ Вестник ВАС РФ. 2009. № 4. С. 144.

¹⁷ Имеется в виду законопроект Минэкономразвития России «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием нормативно-правового регулирования сервитутов», который впоследствии был переименован в проект федерального закона «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации».

регулирования сервитутов, составители этих законопроектов все внимание посвящают именно расширению регламентации публичных сервитутов. Есть ли здравый смысл в этих идеях или можно смело констатировать, что утверждение в российском праве понятия «публичный сервитут» приведет исключительно к негативным последствиям, вскрывающим правовую неграмотность и невежество?

История и развитие правового регулирования и доктринального обоснования публичных сервитутов обнаруживаются не только в российском приватизационном законодательстве, но и в современном зарубежном праве. Ключевое значение имеют причины, по которым юридическая наука, законодатель и правоприменительная практика считают допустимым разграничение сервитутов на частные и публичные (чаще всего прямо утверждается, что административные сервитуты необходимы именно для государственной, муниципальной и общественной пользы, риск нивелирования которой существует при абсолютизации идеи собственности). Административисты признают, что заимствуют, но при этом развивают конструкции гражданского права, устанавливая соответствующие ограничения в публичном интересе, но при этом и частные, и публичные сервитуты устанавливают ограничения права частной собственности¹⁸. Конституционный совет Франции определил, что доктрина административного права обогащает общее понятие сервитута как родового, видами которого должны считаться сервитуты в административном и частном праве (Cons. Constit., décision du 13 décembre 1985), в связи с чем в доктрине был сделан вывод, что эти понятия являются гетерогенными¹⁹. Однако попытки принятия специального закона об административных сервитутах во Франции были оставлены в первой четверти XX века — разработчикам не удалось определить общей идеи будущего закона, которая бы не напоминала научно-исследовательские изыскания²⁰.

Федерации в связи с совершенствованием нормативно-правового регулирования публичных сервитутов» с сохранением в пояснительной записке прежней цели разработки — «создания единых начал правового регулирования сервитутов в части порядка и условий их установления, использования, прекращения». Законопроект определяет публичный сервитут как право, управомоченное лицо которого именуется обладателем публичного сервитута, а также предусматривает (п. 8 ст. 23) возможность для обладателя публичного сервитута передать свои права иному лицу для осуществления той же деятельности и на тех же условиях, которые были определены решением об установлении публичного сервитута. При этом в законопроекте никак не конкретизируется личность будущего обладателя публичного сервитута, что создает неоправданный риск для субъектов гражданских правоотношений.

¹⁸ *Subra de Bieusses P.* Les servitudes administratives. Paris, 1979. P. 356; *Collard-Dutilleul F., Romi R.* Propriété privée et protection de l'environnement // A.J.D.A. 1994. 20 septembre. P. 571.

¹⁹ *Subra de Bieusse P.* Op. cit. P. 356.

²⁰ *Tanguy Y.* Servitudes en réseaux et propriété fluide, in la propriété, un droit inviolable et sacré. Paris, 1988. P. 206.

Во французской доктрине частного права отмечается, что сервитуты, установленные законом (ст. 649–685 ФГК), в отличие от сервитутов в частном праве, возникающих из «природного расположения объектов недвижимости» или из «договора между двумя владельцами объектов недвижимости», не являются в строгом смысле сервитутами, а представляют собой ограничения права собственности на недвижимость, действующие в силу закона²¹. Эта позиция уточняется тем, что административные сервитуты (*servitudes administratives*) созданы для общественной пользы, а не непосредственно в интересах господствующей недвижимости, которой, впрочем, они, без сомнения, могут принести пользу, но только опосредованно и второстепенно²². В материалах французской судебной практики обращается внимание, что, в отличие от сервитутов, относящихся к частному праву, срок действия административных сервитутов не ограничен (их неиспользование в течение 30 лет не влечет их прекращения); их содержание определено нормой права, а изменение невозможно судебным актом; публичная власть не может их расширить, а частные лица, которым удастся извлечь из них выгоду, не могут от них отказаться, требуя тем самым их прекращения.

В целях примирения интересов частного собственника с прерогативами интересантов административного сервитута французская юриспруденция устанавливает два принципа: публичные (административные) сервитуты не влекут за собой лишения собственника права владения, а собственник не имеет право на полное возмещение убытков; они не являются препятствием праву владельца вносить в собственность изменения, соответствующие ее нормальному использованию²³. Нетрудно усомниться в реалистичности этих утверждений. Судебной практике известны случаи, когда аргументация решения сводилась к выводам, что «установка опор линий электропередачи и прохождение вышеупомянутых линий над собственностью принципиально временны и не наносят никакого ущерба праву собственности»²⁴. Пожалуй, весомость этих аргументов может быть подвергнута сомнению даже незаинтересованным лицом, не говоря о собственнике.

²¹ В связи с этим специально акцентируется внимание на том, что ограничения свободы частной собственности, установленные содержанием публичного сервитута, представляют собой естественные последствия нормальной организации земельной собственности, предусмотренные непосредственно нормами объективного права, когда идея сервитута состоит в ограничении правых интересов именно в частных интересах, что реализовано в том числе и в ст. 659, 651, 652 СС.

²² *Malaurie P., Aynes L.* Les biens. Paris, 2007. P. 367; в швейцарском праве ср.: *Kostkiewicz J., Nobel P., Scwander I., Wolf S.* Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Kommentar. Zürich, 2011. S. 1184.

²³ *Malaurie P., Aynes L.* Op. cit. P. 367.

²⁴ Cass. Civ. 3e, 16 janv. 1979 // Bull. civ. III. № 17.

Вместе с тем нет оснований игнорировать роль публичных сервитутов, которая определена правоприменительной практикой зарубежных правопорядков. Парадоксально, но французская судебная практика, с одной стороны, выработала жесткое правило неприменимости к специфике публичных сервитутов правил, регулирующих частные сервитуты²⁵, с другой — при решении дел о защите нарушенных гражданских прав действием публичных сервитутов, допустила ссылки на действие норм о публичных сервитутах. Одно из таких дел: сосед потребовал демонтировать этаж, надстроенный с нарушением правил градостроительства. Апелляционный суд отклонил требование и приговорил ответчика к возмещению причиненных убытков. Кассационная инстанция констатировала, что здание действительно надстроено с нарушением градостроительных правил и это нанесло персональный ущерб истцу²⁶. В материалах судебной практики делается немаловажный вывод, что третье лицо может ссылаться на несоблюдение сервитута, установленного в общественных целях, только если это несоблюдение создает ему неудобства²⁷.

Во французском праве особым видом публичных сервитутов являются общественные сервитуты (*Servitude d'utilité publique*). К последним относят: сервитуты по сохранению культурного наследия (*Les servitudes relatives à la conservation du patrimoine*) — охрана лесов, парков и морского побережья посредством ограничения прав собственников соседних или прилегающих земельных участков; сервитуты на инфраструктуру и оборудование (*Les servitudes relatives aux ressources et équipements*); сервитуты в горнодобывающей отрасли (*Mines et carrières*) и магистральных коммуникациях (*Canalisations*); сервитуты для национальной обороны (*Les servitudes relatives à la Défense Nationale*). При установлении этих сервитутов собственники обременяемых земельных участков вынуждены претерпевать ограничения использования и воздействие на объект права собственности.

В юридической литературе и судебной практике отмечается, что установление сервитутов на инфраструктуру в сфере электроэнергетики, магистрального транспорта нефти и газа вызвано необходимостью непрерывного функционирования единой системы жизнеобеспечения на территории всей страны. Решение этой задачи налагает на собственников земельных участков ограничения в пользу собственников и пользователей сетей. Сервитутарий в этом случае вправе постоянно или временно находиться на чужом земельном участке, в здании, а также производить отдельные виды

²⁵ *Henry X., Venandet G., Wiederkehr G., Jacob F., Tisserand-Vartin A., Guiomard P.* Code Civil. Paris: Dalloz, 2010. P. 853–854.

²⁶ Cass. Civ. 3e, 18 févr. 1981 // Bull. civ. III. № 38.

²⁷ *Henry X., Venandet G., Wiederkehr G., Jacob F., Tisserand-Vartin A., Guiomard P.* Op. cit. P. 853.

работ: устанавливать поддержки для инженерных коммуникаций, производить вырубку насаждений, если они мешают функционированию инфраструктуры, устанавливать инженерные сети под землей. За осуществление такого сервитута собственнику объекта недвижимости полагается компенсация, размер которой устанавливается или по соглашению сторон, или в административном либо судебном порядке в соответствии с утвержденными методиками исчисления компенсации.

Однако и здесь встают вопросы о соразмерности компенсации: в одном случае суд напомнил, что подземные сооружения фактически не причиняют вреда собственнику земельного участка, в связи с чем компенсировал только вред, причиненный монтажом инженерной инфраструктуры (труб). В другом случае Кассационный суд признал право на пользование чужим земельным участком на время строительства сети (Cass, 3ème Civ 1è juillet 1972, Bull.civ III, n°464).

В сфере гидроэнергетики публичным сервитутом налагаются и еще более существенные обременения на земельный участок, при которых обладатель сервитута вправе поднять уровень воды, что может привести к затоплению земельного участка — в этом случае собственник может отказаться от действия сервитута и потребовать выкупа земельного участка. В сфере магистрального трубопроводного транспорта после утверждения границ и сети магистрального трубопровода застройщик и оператор сети вправе требовать беспрепятственной прокладки труб и иных коммуникаций через чужие прилегающие к зоне трубопровода земельные участки для чего считается наделенным правом вырубать насаждения и возводить сооружения для технического надзора. Аналогичным образом при прокладке дорожных сетей, необходимых для обслуживания объекта магистральной инфраструктуры, обладатель сервитута наделен правом сноса возведенных собственниками ограждений, которым запрещено осуществлять строительство сооружений и посадки деревьев и растений выше установленного уровня.

Итальянское право специально выделяет виды публичных сервитутов, назначение которых не связывается с интересами заранее определенного лица: публичные и промышленные. Как отмечается в комментариях, публичные сервитуты (*Servitù di uso pubblico*) включают в себя сервитуты общественного пользования и закрепляются в праве «с существенной долей общественного участия... и направлены на выгоду определенного сообщества, для удовлетворения его потребностей» (Cass. 19-1-63, n. 76, rv. 260096). В судебной практике отмечается, что, в отличие от земельных сервитутов, публичный сервитут «предназначен для удовлетворения общих потребностей и воплощается в коллективном пользовании, осуществляемым всеми гражданами в большей или меньшей степени (например, проезд на транспорте)», «в

отсутствие специального указания закона суд не может признать единоличного владения сервитутом за конкретным лицом»²⁸. Промышленные сервитуты (*Servitù industriale*) устанавливаются в целях обеспечения промышленного предназначения земельного участка без учета личного субъективного интереса его правообладателя — при осуществлении промышленных сервитутов привлеченные строительные и подрядные организации не являются бенефициарами по сервитуту, а только наделены правомочиями осуществления соответствующей деятельности на чужой недвижимости²⁹.

Нельзя сказать, что конструкция публичного сервитута не известна праву Германии, Австрии и Швейцарии. Германские цивилисты выделяют особое публично-правовое господство над вещью как разновидность сервитута («*Die öffentlichrechtliche Sachherrschaft («Dienstbarkeit»*)). Под ним предлагается понимать особые правомочия по пользованию объектами частной собственности субъектами публичного права, возникающими в силу особых оснований, в том числе указания закона или административного акта. Это, как правило, связывается с публичным назначением вещи, которым устанавливаются особые ограничения в правомочиях относительно вещи для ее собственника и титульных владельцев³⁰. Австрийские комментаторы отмечают, что *Legalservituten* надлежит рассматривать именно как сервитут, с той лишь особенностью в сравнении с частноправовым, что его действие может не связываться с регистрацией в публичном реестре, а назначение может быть совсем неочевидным из обстановки³¹.

Таким образом, приведенные доводы не без доли условности позволяют выделить следующие особенности публичного сервитута: 1) основания его возникновения — административный акт органов исполнительной власти; 2) бессрочность действия; 3) необязательность наличия права собственности у бенефициара сервитута на объект недвижимости; 4) содержание сервитута не формирует права пользования чужой обремененной недвижимостью в интересе бенефициара сервитута как частного лица (*utilis esse*) — назначение публичного сервитута в общественной пользе; 5) основания возникновения административного сервитута устанавливаются публичным (преимущественно административным), а не гражданским законодательством.

В связи с тем, что в российском законодательстве до настоящего времени не реализованы предусмотренные программными документами реформы масштабные новеллы в части вещно-правового регулирования, без существенных изменений осталось и регулирование сервитутов в гражданском

²⁸ Code civile. Annotato con la Giurisprudenz. Milano, 2012. P. 852.

²⁹ Ibid. P. 854.

³⁰ См.: *Wieling H. Sachenrecht*. Heidelberg, 2005. S. 67.

³¹ *Kurzkommentar zum ABGB*. S. 512.

праве. К сожалению, это несколько не повлияло на усиление регламентации публичных сервитутов в природоресурсном и градостроительном законодательстве.

В российском законодательстве уже есть примеры регламентации особых конструкций, которые вопреки их легальной дефиниции имеют весьма отдаленное отношение к частным и публичным сервитутам³² и могут быть установлены в действительности в интересах неопределенного круга лиц под предлогом обеспечения эксплуатации спортивных объектов. Однако цели их установления несколько не соответствуют функциональному назначению публичных сервитутов, определенному в п. 2 ст. 23 Земельного кодекса России (далее — ЗК РФ), что мешает формально отнести их к публичным сервитутам (поименованные законы прямо говорят об интересах лиц, в чьих интересах устанавливается соответствующий сервитут). При этом срок действия таких спортивных сервитутов (не говоря уже о чрезмерном умалении ими принципов неприкосновенности частной собственности) намного превышает сроки упомянутых культурно-зрительных мероприятий, в сущности, интересных лишь отдельным увлеченным категориям народонаселения. Ажиотаж, вызванный их проведением, совсем не отвечает целям всемерного уважения, соблюдения и защиты гражданских прав большинства населения, а сам объем предпосланных такими спортивными сервитутами ограничений носит ярко выраженный дискриминационный характер, ведущий к принудительному отказу и лишению частной собственности.

В целом правовое регулирование публичных сервитутов в российском праве несовершенно не только с точки зрения корректности терминологии, но и с позиций содержания: внятно не определены ни порядок и основания принятия решения об установлении публичного сервитута, ни сам компетентный орган исполнительной власти, полномочный на принятие соответствующего решения. При этом в аспекте корректности терминологии и расширения объема понятия сервитута следует сразу оговориться, что налагаемые публичным сервитутом ограничения едва ли характерны для правовой конструкции сервитута. Права сервитуария предоставляют лишь право ограниченного пользования чужим земельным участком, т.е. их установление должно быть наименее обременительным для правообладателей земельных участков, что, например, при строительстве и реконструкции объектов капитального строительства вряд ли принципиально возможно.

³² Напр., ст. 15² Федерального закона от 1.12. 2007 № 310-ФЗ «Об организации и о проведении XXII Олимпийских зимних игр и XI Параолимпийских зимних игр 2014 года в городе Сочи, развитии города Сочи как горноклиматического курорта и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»; ст. 32 Федерального закона от 7.06. 2013 № 108-ФЗ «О подготовке и проведении в Российской Федерации чемпионата мира по футболу FIFA 2018 года, Кубка конфедераций FIFA 2017 года и внесении изменений в отдельные законодательные акты» // СПС Гарант.

Следует обратить внимание и на текущую российскую законопроектную работу. В частности, законопроект № 187920-7 «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации в части упрощения строительства, реконструкции, капитального ремонта и (или) эксплуатации линейных объектов» предлагает целый комплекс мер, направленных на уточнение оснований и порядка установления публичных сервитутов: применение к публичным сервитутам не гражданского, а земельного законодательства; уточнение перечня случаев, когда допускается установление публичных сервитутов и оснований отказа в их установлении; перечень компетентных органов государственной власти, принимающих решение об установлении публичного сервитута, и определение организаций, которые вправе обратиться с ходатайством об установлении публичного сервитута; возможность установления публичного сервитута независимо от формы собственности на земельный участок; возможность судебного обжалования решения об установлении публичного сервитута; плата за публичный сервитут и перечень убытков, которые не покрываются установленной платой за сервитут с возможностью судебного обжалования установленного размера платы за публичный сервитут; права и обязанности обладателя публичного сервитута; перечень оснований, по которым правообладатель обремененного объекта недвижимости публичным сервитутом будет вправе требовать его прекращения. Уместность и обоснованность законодательных новелл аргументирована в пояснительной записке к законопроекту тем, что «значительную часть линейных объектов (кроме автомобильных и железных дорог) можно разместить на земельном участке, не прерывая текущую хозяйственную деятельность на нем», в связи с чем не усматривается необходимости образования новых земельных участков и (или) прекращения права на них у прежних правообладателей — «достаточно установить ограничение прав, позволяющее установить линейный объект».

С содержательной точки зрения законопроект № 187920-7 реализует существенные ограничения права частной собственности в публичных интересах, во многом допуская дисбаланс в отношениях и интересах обладателя публичного сервитута и правообладателя обремененной и подчиненной недвижимости как субъекта гражданского права — участника гражданских правоотношений. Это еще более усиливается использованием правового режима особых охранных зон, распространяющего действие по воле публичной власти потенциально на любые земельные участки, обнимаемыми такими зонами.

Нельзя не видеть, что по существу и последствиям установление публичных сервитутов в целях развития инженерной и коммунальной инфраструктуры представляет собой механизм изъятия земельных участков из частной

собственности, когда значимость публичных интересов в условиях действия конституционного принципа неприкосновенности и равенства форм собственности не может вести к умалению или игнорированию прав и интересов частного собственника. Во многом законопроект увеличивает удельный вес публичной собственности в сравнении с уже сложившимся регулированием земельных сервитутов в российском праве (ст. 23 ЗК РФ), допуская, в частности, установление публичных сервитутов для складирования строительных материалов и временных вспомогательных сооружений объектов транспортной инфраструктуры федерального и регионального значения, для устройства пересечения и примыканий автомобильных и железнодорожных магистралей и путей или проведения инженерных изысканий только в целях подготовки документации будущих линейных объектов.

В свете уже отмеченной разбалансировки частных и публичных интересов следует обратить внимание, что нормами законопроекта предусмотрено, что связанные с установлением публичного сервитута ограничения, могущие привести к невозможности использования обремененного земельного участка и возведенных на нем объектов недвижимости, не могут рассматриваться как основание, препятствующее установлению публичного сервитута. Предусмотренная законопроектом норма о выкупе обременяемого земельного участка в таком случае не предусматривает возмещения собственнику убытков (как это установлено нормами ЗК РФ при изъятии земельного участка для государственных и муниципальных нужд). При этом сам выкуп обремененного публичным сервитутом земельного участка может быть реализован только если невозможность использования земельного участка не была выявлена компетентным органом на этапе принятия решения об установлении публичного сервитута и, соответственно, собственник не считается вправе требовать прекращения публичного сервитута. Установленная законопроектом плата за публичный сервитут не компенсирует в полной мере причиненных собственнику земельного участка убытков установлением публичного сервитута, поскольку ею не покрываются возможные убытки собственника, связанные с ухудшением качества земли, невозможностью исполнения собственником обязательств перед его контрагентами. По мнению авторов законопроекта, это может быть реализовано особым обращением собственника к обладателю публичного сервитута, порядок заявления и сроки рассмотрения которого однако не предусмотрены.

Необходимо критически оценить закрепленную в законопроекте возможность частных лиц обращаться с ходатайствами об установлении сервитутов в органы власти: цели деятельности субъектов гражданского права едва ли согласуются с целями установления публичных сервитутов (обеспечение интересов государства, местного самоуправления или местного населения).

При игнорировании этого обстоятельства интересанты и бенефициары публичных сервитутов при их помощи будут реализовывать собственные и не всегда добросовестные потребности.



Библиография

- Билимович А.В. К вопросу об упразднении сервитутов. Киев: Типография Императорского Университета, 1911. 63 с.
- Горонович И. Исследование о сервитутах // Журнал гражданского и уголовного права. 1883. Кн. 7–8. С. 5–48.
- Гусаков А. К вопросу о теории сервитутного права // Журнал гражданского и уголовного права. 1884. № 8. С. 31–62.
- Карпетов А.Г. Экономический анализ права. М.: Статут, 2016. 527 с.
- Bar C. *Gemeineuropäisches Sachenrecht*. München: Beck, 2015. Bd. 1. 859 S.
- Hausner G. *Dienstbarkeiten bei Zerstörung von Bausubstanz*. München: Gerhard Johannes Hausner, 2003. 161 S.
- Huber J. *Abhandlung vom Recht der Dienstbarkeiten für praktische Rechtsgelehrte*. Augsburg: Bäumer, 1827. 389 S.
- Kostkiewicz J., Nobel P., Schwander I., Wolf S. *Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Kommentar*. Zürich: Orell Verlag, 2011. 926 S.
- Kurzkommentar zum ABGB* / herausg. H. Koziol, P. Bydlinski, R. Bollenberger. Wien: Verlag Österreich, 2017. 2546 S.
- Malaurie P., Aynes L. *Les biens*. Paris: Defrénois, 2007. 397 p.
- Möller C. *Die Servituten. Entwicklungsgeschichte, Funktion und Struktur der grundstückvermittelten Privatrechtsverhältnisse im römischen Recht. Mit einem Ausblick auf die Rezeptionsgeschichte und das BGB*. Göttingen: Wallstein Verlag, 2010. 446 S.
- Schönemann O. *Die Servituten. Eine Civilistische Abhandlung*. Leipzig: Verlag von Ambrosius Barth, 1866. 195 S.
- Tanguy Y. *Servitudes en réseaux et propriété fluide, in la propriété, un droit inviolable et sacré*. Paris: Presses universitaires de France, 1988. 202 p.
- Trube C.M. *Sicherungsdienstbarkeit und sichernde Dienstbarkeit*. Frankfurt: Verlag von Peter Lang, 2001. 166 S.
- Westermann H., Westermann K., Gursky K., Eickmann D. *Sachenrecht*. Heidelberg: C.F. Müller, 2011. 1079 S.

Private and Public Easements in Russian and Foreign Law



Sergey A. Sinitsyn

Leading Researcher, Department of Civil Law and Process, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Doctor of Juridical Sciences. Address: 34 Bolshaya Cheremushkinskaya Str., Moscow 117218, Russian Federation. E-mail: SynSS@mail.ru, civil@izak.ru



Abstract

The development of property relations involves improving the legal regulation of real estate turnover and the forms land-use. Historically, the legal regulation of easements, the resolution of disputes and the search for a balance between the interests of the owner and the servitor, on the one hand, and the accumulation, generalization and development of scientific ideas about the specifics and place of servitudes in a system of limited property rights, on the other hand, have traditionally been the most controversial issues of corporate law in terms of the development of legislation, law enforcement and doctrine. Legal regulation of easements as a kind of limited property rights reveals the specifics of the formation and content of a specific national system of law. The perception of easements as both private and public law is observed not only in Russian, but also in foreign law, while the discussion on the validity of such a division remains relevant both in Russian and in foreign law. In Russia, the disappearance of private ownership of land in the context of the ideological struggle of Soviet law with the system and the principles of private law entailed not only oblivion of the sub-sector of property law with its basic institutions, but also the refusal of the legal regulation of the division of things into movable and immovable. Accordingly, for many years, the research into the nature and location of servitudes in the legal system has lost relevance. The need for legal regulation of easements has already emerged in the post-Soviet space in the conditions of the development of market relations, which was originally implemented at the level of departmental regulation (Provisional Guide to Land Use Inventory approved by the Committee on Roshydromet on May 17, 1993). For the first time the concept of “public easement” in modern Russian legislation appeared in the Presidential Decree “On the main provisions of the state program of privatization of state and municipal enterprises in the Russian Federation after July 1, 1994”. And only after the entry into force of the civil and land codes (Article 23 of the Land Code, Article 274 of the Civil Code), there were grounds to talk about the legal delineation of private and public easements. The current state of the development of Russian legislation, the incompleteness of the reform of Russian civil legislation with regard to the modernization of provisions on proprietary rights, the accumulated approaches to law enforcement practice in resolving disputes on the application of easement legislation, raise questions about the improvement of legislative provisions on easements and set new tasks and objectives for future research.



Keywords

limited proprietary rights, easements in private law, easements in public law, rights to immovable property, system of corporeal rights, restrictions on property rights, types of real rights, exercise and protection of proprietary rights.

Citation: Sinityn S.A. (2018) Private and Public Easements in Russian and European Law. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 26–45 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.2.26.45



References

- Bar C. (2015) *Gemeineuropäisches Sachenrecht*. Bd.1. München: Beck. 859 p.
- Bilimovich A.V. (1911) *K voprosu ob uprazhnenii servitutov*. [On Eliminating Servitudes]. Kiev: University, 63 p. (in Russian)
- Goronovich I. (1883) Issledovanie o servitutakh [Study in Servitudes] *Zhurnal grazhdanskogo i ugovnogo prava*, no 7–8, pp. 5–48.

- Gusakov A. (1884) K voprosu o teorii servitutnogo prava [On the theory of servitude]. *Zhurnal grazhdanskogo i ugovnogo prava*, no 8, pp. 31–62.
- Hausner G. (2003) *Dienstbarkeiten bei Zerstörung von Bausubstanz*. München: Gerhard Johannes Hausner, 161 S.
- Huber J.J. (1827) *Abhandlung vom Recht der Dienstbarkeiten für praktische Rechtsgelehrte*. Augsburg: Bäumer, 389 S.
- Karapetov A.G. (2016) *Ekonomicheskij analiz prava* [Economic analysis of law]. Moscow: Statut, 527 p.
- Kostkiewicz J.K., Nobel P., Scwander I., Wolf S. (2011) *Schweizerisches Zivilgesetzbuch*. Kommentar. Zürich: Orellfüssli Verlag AG, 1926 S.
- Koziol H., Bydlinski P., Bollenberger R. (2017) *Kurzkomentar zum ABGB*. Wien: Verlag Österreich, 254 S.
- Malaurie P., Aynes L. (2007) *Les biens*. Paris: Defrénois, 397 p.
- Möller C. (2010) *Die Servituten. Entwicklungsgeschichte, Funktion und Struktur der grundstückvermittelten Privatrechtsverhältnisse im römischen Recht. Mit einem Ausblick auf die Rezeptionsgeschichte und das BGB*. Göttingen: Wallstein Verlag, 446 p.
- Schönemann O. (1866) *Die Servituten. Eine Civilistische Abhandlung*. Leipzig: Verlag von Johaun Ambrosius Barth, 195 p.
- Tanguy Y. (1988) *Servitudes en réseaux et propriété fluide, in la propriété, un droit inviolable et sacré*. Paris: Presses universitaires de France, 202 p.
- Trube C.M. (2001) *Sicherungsdienstbarkeit und sichernde Dienstbarkeit*. Frankfurt: Verlag von Peter Lang, 166 p.
- Westermann H., Westermann H.P., Gursky K.H., Eickmann D. (2011) *Sachenrecht*. Heidelberg: C.F. Müller, 1079 p.

«Финтех» и «регтех»: границы правового регулирования

 **Н.А. Поветкина**

заведующая отделом финансового, налогового и бюджетного законодательства Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, доктор юридических наук. Адрес: 117218, Российская Федерация, Москва, ул. Б. Черемушкинская, 34. E-mail: pna127@mail.ru

 **Ю.В. Леднева**

старший научный сотрудник отдела финансового, налогового и бюджетного законодательства Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук. Адрес: 117218, Российская Федерация, Москва, ул. Б. Черемушкинская, 34. E-mail: ulivik@yandex.ru

 **Аннотация**

Статья посвящена определению правовой природы и границ правового регулирования финансовых и регулятивных технологий, в том числе созданию криптовалюты с их использованием. Научный интерес авторов связан с правоприменительной потребностью и одновременной неопределенностью использования новых для Российского государства категорий, имеющих приоритетное значение для его развития в условиях становления цифровой экономики. Цель: определить границы и цели правового регулирования финтеха и регтеха; выявить на основе научного анализа правовую сущность данных понятий, а также смежных категорий. Методы: формально-логический, сравнение, анализ, синтез, сопоставление, обобщение. Результаты: анализ ситуации с использованием и регулированием финансовых и регулятивных технологий в России, а также подходов к определению их правовой сущности; выявление рисков при применении финансовых и регулятивных технологий, формулирование предложений по их предупреждению и нивелированию; выделение этапов и основных возможных направлений правового регулирования финансовых и регулятивных технологий в Российской Федерации; анализ зарубежного опыта правового регулирования финансовых и регулятивных технологий, в том числе в сфере налогообложения; формулирование предложений о налогообложении элементов «финтеха» и «регтеха» в России. Анализ подтверждает, что государство определилось с необходимостью правового регулирования и выделило основные векторы движения в правовом поле. Национальное правовое регулирование находится на этапе зарождения; предпринимаются попытки правового оформления ключевых понятий на рынке финансовых и регулятивных технологий (цифровой финансовый актив, цифровая транзакция, цифровая запись, реестр цифровых транзакций, майнинг, криптовалюта, токен, смарт-контракт и др.). Отмечается, что ключевыми целями правового регулирования должны стать минимизация рисков для финансовой системы государства и национальной безопасности, а также пополнение доходной части бюджета за счет налогообложения оказываемых на рынке финтеха и регтеха услуг, включая налогообложение операций с криптовалютами и токенами.



Ключевые слова

финансовые технологии, финтех, регулятивные технологии, регтех, криптовалюта, биткоин, блокчейн, цифровой финансовый актив, налогообложение, финансовая безопасность, IT-технологии.

Библиографическое описание: Поветкина Н.А., Леднева Ю.В. «Финтех» и «регтех»: границы правового регулирования // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 1. С. 46–67.

JEL: K 30; УДК: 34.096

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.2.46.67

Введение

Финансовые технологии («финтех») и регулятивные технологии («регтех») являются новыми, динамично развивающимися явлениями общественной жизни как в России, так и за рубежом, стремительно проникающими во все сферы функционирования государства¹. Главными причинами все большего использования и популяризации «финтеха» и «регтеха» среди потребителей являются их удобство, привлекательные тарифы, высокое качество и быстрота обслуживания, отсутствие посредников, анонимность и прозрачность совершаемых платежей. Так, например, криптовалюты привлекают пользователей прежде всего в тех государствах, где существуют ограничения на вывоз денег за границу либо местная валюта ослаблена из-за инфляции.

В Российской Федерации отсутствует законодательное оформление финансовых и регулятивных технологий. В отечественной литературе также нет единого понимания как самих терминов «финтех» и «регтех», так и их содержания. Если рассматривать данные категории с точки зрения уровня их исследованности, то наиболее разработан этот вопрос в экономической литературе — прежде всего специалистами в области банковского дела, в то время как научные изыскания российских правоведов по данной проблематике в целом (либо по отдельным ее вопросам) встречаются крайне редко². Это объясняется двумя факторами:

¹ О бурном росте «финтеха» и «регтеха» на рынке услуг свидетельствует, например, увеличение объема инвестиций в сферу финансовых технологий, который по расчетам, произведенным в 2016 году, за два года вырос втрое; запуск биржевого «финтех-индекса» компаниями «Киф», «Брайт и Вудс» и биржей «Насдак»; а также быстрые темпы повышения курса биткоина в 2017 году. Что касается перспектив развития «регтеха», то, по расчетам зарубежных экспертов, к 2020 году только в Соединенных Штатах его рынок будет оцениваться в 120 млрд. долл. США [Электронный ресурс]: // URL: <https://hightech.fm/2017/07/12/meet-regtech> (дата обращения: 29.10.2017)

² См., напр.: Кучеров И.И., Хаванова И.А. Налоговые последствия использования альтернативных платежных средств (теоретико-правовые аспекты) // Вестник Пермского университета.

- экономико-информационной спецификой финансовых и регулятивных технологий, их тесной взаимосвязью с такими высокотехнологичными инновационными категориями, как блокчейн, криптовалюта, смарт-контракт и т.п., которые вызывают трудности понимания у неспециалистов в области IT-технологий;

- отсутствием в нашей стране правового регулирования «финтеха» и «регтеха», что лишает предмета исследования юристов, опирающихся прежде всего на норму права.

В литературе чаще всего под «финтехом» понимаются инновационные технологии оказания финансовых услуг через Интернет. Иногда «финтех» отождествляется с технологией распределенных реестров, в том числе с технологией «блокчейн», или с «Онлайн-банкингом»³.

Несмотря на отсутствие правовой регламентации финансовых технологий, в Российской Федерации они активно используются участниками рынка. Как указывают специалисты⁴, такая цифровая технология, как блокчейн, в финансовой сфере может применяться:

- в межбанковских расчетах вместо SWIFT (Общество всемирных межбанковских финансовых каналов связи);

- для оптимизации процессов выдачи кредитов под залог имущества;

- для оптимизации процессов выдачи аккредитивов.

«Регтех» по сути — рынок информационно-правовых технологий, призванный помогать финансовым компаниям соответствовать требованиям проверяющих органов (регуляторов) или, другими словами, оказывать помощь в сфере регуляторного комплаенса.

С помощью «регтеха» осуществляются следующие действия и операции.

Проверка данных. Компании в сфере «регтеха», как например, Identity-mind или KYC-chain, помогают автоматизировать операции по первичной проверке клиентов в соответствии с правилами регулятора (Know Your Customer, KYC). Некоторые «стартапы» решают отдельные задачи в рамках этих процессов. Например, компании Mitek и Trulioo занимаются только тем, что проверяют достоверность документов, удостоверяющих личность, а сервис Plaid занимается верификацией банковских счетов клиентов;

Автоматизация отчетности. Стартапы помогают соблюдать требования регуляторов при выдаче займов: чтобы различные этнические и социальные

Юридические науки. 2017. № 1. С. 66–72; Недорезков В.В. Криптовалюты на базе технологии блокчейна: проблемы правового регулирования // Банковское право. 2017. № 4. С. 45–49; Ручкина Г.Ф. Банковская деятельность: переход на новую модель осуществления, или «Финтех» как новая реальность // Банковское право. 2017. № 4. С. 55–62.

³ Ручкина Г.Ф. Указ. соч. С. 55.

⁴ Савельев А.И. Некоторые правовые аспекты использования смарт-контрактов и блокчейн-технологий по российскому праву // Закон. 2017. № 5. С. 94–117.

группы получали к ним равный доступ. Кроме того, они помогают формировать периодическую отчетность для многочисленных проверяющих органов. Наиболее крупные игроки на рынке — Cappitech, Fintellix и iDisclose — уже работают с сотнями клиентов, среди которых крупнейшие банки мира;

Защита данных. Здесь выделяется несколько направлений:

- многофакторная идентификация клиентов: по отпечаткам пальцев (Sonavation, Transmit Security), по сетчатке глаза (HYPR), по особенностям поведения (Bio Catch, Socure) и даже по улыбке — смарт-селфи (Smile Identity). Компании обязаны использовать различные формы проверки личности, чтобы соответствовать требованиям регуляторов;

- безопасная передача данных: компании Virtru, Post-Quantum, Wickr обеспечивают шифрование данных и передачу информации пользователям в соответствии со стандартами регуляторов;

- анализ действий и поведения сотрудников;

- тестовые кибератаки с целью выявления слабых мест в защите организаций: Illusive Networks, TrapX. Такие проверки обязательны не только для самих банков, но и для любых организаций, сотрудничающих с ними⁵.

Сервисы, оказывающие регтех-услуги, позволяют компаниям нивелировать межгосударственные торговые барьеры, соблюдая требования официальных регуляторов. Исполнительный директор Нью-Йоркского регтех-сервиса Fiscal Note Т. Хван на конференции по регулятивным технологиям в Гонконге отметил: «Компаниям сегодня приходится работать с сотнями различных нормативных актов. Все, что делают регтех-компании — это собирают на одной платформе все законы, подзаконные акты, судебные решения и прочее»⁶. Это высказывание, на наш взгляд, несмотря на лаконичность, точно характеризует сущность регулятивных технологий.

Теоретико-правовые аспекты понимания финансовых и регулятивных технологий. Особенности и риски

Общей характеристикой «финтеха» и «регтеха» выступает использование цифровых информационных технологий на основе Интернета в сфере оказания финансовых услуг, что порождает отдельные мнения, что «регтех» выступает разновидностью «финтеха»⁷. На наш взгляд обе категории («фин-

⁵ [Электронный ресурс]: // URL: <https://rb.ru/opinion/regtech-what-is> (дата обращения: 29.10.2017)

⁶ [Электронный ресурс]: // URL: <https://hightech.fm/2017/07/12/meet-regtech> (дата обращения: 29.10.2017)

⁷ Википедия [Электронный ресурс]: // URL: (дата обращения: 31.01.2018); 10 трендов в финтех-индустрии в 2018 году [Электронный ресурс]: // URL: <https://prodengi.kz/lenta/10-trendov-v-finteh-industrii-v-2018-godu/> (дата обращения: 31.01.2018) и др.

тех» и «регтех») — близкие понятия, имеющие общую информационно-коммуникационную основу — всемирную сеть Интернет и общую сферу применения — рынок финансовых услуг.

«Финтех» и «регтех» можно отнести к разряду финансово-информационных категорий, к числу которых относится, например, электронный бюджет. Экономическая сущность «финтеха» и «регтеха» выражается в том, что вне зависимости от их правового закрепления и регулирования эти явления, будучи вызванными к жизни потребностями общества в сфере экономики, существуют и будут существовать; их появление стало возможным благодаря высокому уровню развития такого сектора экономики, как сектор IT-технологий.

Возможность и необходимость правового регулирования «финтеха» и «регтеха», определение границ такого правового регулирования зависит от воли государства. Возникает вопрос: а имеется ли необходимость в урегулировании государством отношений, связанных с оказанием финтех-, регтех-услуг, а также обращением и использованием криптовалют? Или государству достаточно роли пассивного наблюдателя⁸? Для ответа на поставленные вопросы необходимо погружение в сущность исследуемых понятий.

Основой финансовых технологий является технология распределенного реестра. Другими словами, использование технологии распределенного реестра в целях оказания финансовых услуг и есть, по сути, «финтех».

Под реестром традиционно понимается список, перечень чего-либо, представляющий собой форму систематизации различной информации, в том числе о деньгах или имуществе. Термин «реестр» широко используется в действующем, в том числе в отечественном финансовом законодательстве⁹. С внедрением компьютерной техники стало возможным переносить информацию с бумаги в цифровой код. Современный уровень развития компьютерных и Интернет-технологий позволяет многим лицам совместно создавать цифровые распределенные реестры. Распределенный реестр — это база данных активов, которая распределена по сети разнообразных сайтов, в разных географических зонах или организациях. Все участники сети могут иметь собственную идентичную копию реестра. Любые изменения в реестре

⁸ По аналогичному вопросу см. подробнее: Сидоренко Э., Савельев А. и др. Нужно ли регулировать биткоин? // Закон. 2017. № 9. С. 20–33. О правовом статусе криптовалют см. подробнее: Никитин К. Правовой статус криптовалют в России // ЭЖ-Юрист. 2017. № 45. С. 6.

⁹ Например, Бюджетный кодекс Российской Федерации от 31.07.1998 № 145-ФЗ содержит требование о ведении реестра расходных обязательств, реестра источников доходов, реестра закупок, реестра участников бюджетного процесса (СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3823). Федеральным законом от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» установлено ведение реестра контрактов, реестра недобросовестных поставщиков, реестра банковских гарантий, реестра единственных поставщиков (СЗ РФ. 2013. № 14. Ст. 1652).

отражаются во всех копиях в течение нескольких минут и даже секунд¹⁰. Самая известная технология на основе распределенного реестра — блокчейн. Она лежит в основе ряда криптовалют, в том числе биткоина, и именно этой сфере применения новейшей технологии уделяется в данный момент больше всего внимания.

Главной особенностью технологии распределенного реестра (блокчейна) является децентрализация платежей и их анонимность. В этом заключаются преимущества технологии распределенного реестра для пользователей, и одновременно это создает проблемы государству с точки зрения регулирования таких платежей и контроля над ними. Дело в том, что при использовании технологии распределенного реестра отсутствует единый эмиссионный центр криптовалют, а данные о собственниках и проведенных операциях хранятся децентрализованно. Технология распределенного реестра считается эффективной, поскольку записи или транзакции в блоках этой базы данных, куда можно только добавлять новые записи, не могут быть изменены без изменения предыдущих блоков в цепочке. Новые блоки присоединяются к уже существующим и защищаются зашифрованной цифровой подписью, достоверность которой подтверждается глобальной вычислительной сетью посредством распределенной системы (майнинга), если речь идет о биткоине. Изменение блока повлечет за собой недействительность всех следующих за ним блоков и, поскольку создается множество копий этой базы данных или реестра, система сразу же определяет неавторизованные изменения¹¹.

Указанные особенности технологии распределенного реестра (блокчейна) могут быть использованы в противозаконных целях, например, лицами, отмывающими преступные доходы и финансирующими терроризм, а в стихийном развитии «финтеха» и «регтеха» заключается одна из главных угроз для финансовой устойчивости России¹² и национальной, в том числе финансовой¹³ безопасности государства. Нерегулируемое развитие «финтеха» и «регтеха» может поставить под угрозу соблюдение Россией как членом ФАТФ (Группы разработки финансовых мер борьбы с отмыванием денег) международных стандартов применения мер идентификации клиентов, контроля над запутанными, сложными операциями, создания правового механизма направления сообщений о подозрительных операциях в уполномоченный орган государства, поскольку использование технологии распределенного

¹⁰ М. Уолпорт — главный научный советник Правительства ее Величества [Электронный ресурс]: // URL: [https:// www.pulsworld.ru](https://www.pulsworld.ru) (дата обращения: 28.11.2017)

¹¹ [Электронный ресурс]: // URL: [https:// www.intel.ru](https://www.intel.ru) (дата обращения: 28.11.2017)

¹² См. подробнее: Правовая доктрина и практика обеспечения / под ред. И.И. Кучерова. М., 2016.

¹³ См. подробнее: Институты финансовой безопасности / отв. ред. И.И. Кучеров. М., 2017.

реестра не позволяет идентифицировать участников финансовой операции и определять лиц, обязанных отслеживать и пресекать подозрительные операции, с возложением на них соответствующих публично-правовых обязанностей. Оказание финансовых услуг на основе блокчейна может сделать невозможным осуществление в их отношении государственного контроля в финансово-бюджетной сфере¹⁴.

На высокие риски, связанные с обращением криптовалют, для сферы противодействия отмыванию доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма (далее — ПОД/ФТ) обратил внимание Центральный банк Российской Федерации (далее — ЦБ РФ), указав в информационном письме от 4.09.2017 «Об использовании частных виртуальных валют (криптовалют)», что «...в силу анонимного характера деятельности по выпуску криптовалют граждане и юридические лица могут быть вовлечены в противоправную деятельность, включая легализацию (отмывание) доходов, полученных преступным путем, и финансирование терроризма»¹⁵.

Следует отметить, что запрета на операции российских граждан и организаций с использованием криптовалюты отечественное законодательство не содержит¹⁶. В то же время оценка государством криптовалют как угрозы для ПОД/ФТ остается актуальной. Так, до настоящего времени не теряет значимости сформулированная Росфинмониторингом¹⁷ в 2014 году позиция, что использование криптовалют при совершении сделок является основанием для рассмотрения вопроса об отнесении таких сделок (операций) к сделкам (операциям), направленным на легализацию (отмывание) доходов, полученных преступным путем, и финансирование терроризма.

Сказанное позволяет выделить следующую тенденцию в развитии российского законодательства — развитие национального законодательства ПОД/ФТ будет напрямую связано с развитием законодательства, регулирующего финансовые и регулятивные технологии, по линии предотвращения использования технологии распределенного реестра (блокчейна), используемой в целях отмывания преступных доходов и финансирования терроризма.

Поскольку оказание финансовых услуг через Интернет посредством новейших ИТ-технологий затрагивает интересы различных социальных групп, то полагаем, что государство будет вынуждено определять общий путь

¹⁴ См. подробнее: Контроль в финансово-бюджетной сфере: научно-практическое пособие / Кучеров И. И. и др. М., 2016.

¹⁵ Вестник Банка России. 2017. № 80.

¹⁶ На данное обстоятельство указывает Федеральная налоговая служба Российской Федерации в письме от 3.10. 2016 № ОА-18-17/1027 // СПС КонсультантПлюс.

¹⁷ Информационное сообщение Федеральной службы по финансовому мониторингу об использовании криптовалют от 06.02.2014 // СПС КонсультантПлюс.

развития «финтеха» и «регтеха», равно как путь развития Интернета и IT-индустрии¹⁸ в целом.

Этапы и направления правового регулирования финансовых и регуляторных технологий

Государство в лице уполномоченных субъектов обеспокоено проблемой стихийного развития рынка «финтеха» и «регтеха». Отношение государства к вопросу о границах правового регулирования «финтеха» и «регтеха» на протяжении нескольких лет не оставалось неизменным. Первой реакцией (в 2014 году) было запретить криптовалюты и все операции с ними. Криптовалюты в тот период рассматривались исключительно с негативной точки зрения — как денежные суррогаты и угроза охраняемым уголовным законом интересам личности, государства и общества. Министерством финансов Российской Федерации во исполнение указания Президента Российской Федерации от 25.03.2014 № Пр-604 были даже подготовлены в апреле 2016 года законопроекты¹⁹ о внесении в Уголовный кодекс Российской Федерации и Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях новых составов, предусматривающих уголовную и административную ответственность за оборот денежных суррогатов. На протяжении 2014–2016 гг. Роскомнадзор блокировал несколько информационных веб-сайтов, посвященных криптовалютам и технологии распределенного реестра²⁰.

Нельзя не согласиться с И.И. Кучеровым, который пишет, что «в идеале денежное обращение должно основываться на использовании исключительно законных платежных средств. Однако суровая финансовая действительность такова, что наряду с последними в обращении периодически возникают и эксплуатируются иные платежные средства, не имеющие соответствующего официального статуса»²¹. К таким квазиденежным средствам или, по-другому, денежным суррогатам планировалось отнести криптова-

¹⁸ Богдановская И.Ю. Сетевая нейтральность: политико-правовые аспекты (на примере опыта США) // Информационное право. 2015. № 4. С. 39–44.

¹⁹ Проекты федеральных законов «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» и «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» в Государственную Думу внесены не были, так как Правительство Российской Федерации признало их требующими доработки с учетом результатов мониторинга обращения денежных суррогатов (в том числе криптовалют), а также проведения с учетом зарубежного опыта дополнительного анализа рисков их возможного использования в противоправных (преступных) целях // СПС КонсультантПлюс.

²⁰ [Электронный ресурс]: // URL: <http://axon.partners/wp-content/uploads/2017/02/Global-Issues-of-Bitcoin-Businesses-Regulation.pdf> (дата обращения: 04.12.2017)

²¹ Кучеров И.И. Законные платежные средства: теоретико-правовое исследование. М., 2016. С. 123.

луту в 2014 году. К настоящему времени позиция государства изменилась: в разработанном Министерством финансов проекте федерального закона «О цифровых финансовых активах»²² криптовалюта наряду с токенами рассматривается в качестве цифрового финансового актива. Однако ответ на вопрос, чем отличается цифровой финансовый актив в виде криптовалюты от денежного суррогата, пока не вполне очевиден.

Одним из первых на новые финансовые вызовы и угрозы отреагировал ЦБ РФ. В выступлении на XXVI Международном финансовом конгрессе 13.07.2017 Председатель Банка России Э.С. Набиуллина отметила, что Банк в сфере финансовых технологий ведет работу по трем направлениям: «Первые два — это поддержка финтеха и предотвращение киберпреступлений в финансовой сфере. Третье — так называемый регтех — это новые подходы в регулировании и надзоре, которые мы должны выработать для того, чтобы адекватно управлять рисками финансовых институтов, которые все больше и больше становятся похожи на технологические компании...»²³.

Отвечая на новые вызовы на рынке финансовых услуг, ЦБ РФ в 2016 году создал новое подразделение — Департамент финансовых технологий, проектов и организации процессов, отвечающий за мониторинг, анализ, оценку и применение перспективных технологий и инноваций на финансовом рынке. Главной причиной изучения финансовых технологий Банком России, по мнению В.В. Калухова²⁴, является развитие финансового рынка, на котором Банк выступает не только в качестве регулятора, но и содействует реализации стартапов, где главная роль отводится технологическому фактору. Как отметил В.В. Калухов, сначала должна развиваться технология, и только потом встает вопрос о ее регулировании.

В 2016 году в Банке России запущен проект для изучения технологии блокчейна. Основными его задачами являются анализ и разработка подходов к применению технологии блокчейна на финансовом рынке. По оценке специалистов ЦБ РФ, на финансовом рынке выделяются закрытые и гибридные сети распределенных реестров с четкой идентификацией и понятными правилами. Криптовалюты, реализуемые в открытых сетях с анонимным доступом, сложными и долгими механизмами подтверждения, автоматической эмиссией денег, сопряжены с серьезными рисками: с утратой конфи-

²² [Электронный ресурс]: // URL: https://www.minfin.ru/ru/document/?id_4=121810&order_4=P_DATE&dir_4=DESC&is_new_4=1&page_4=1&area_id=4&page_id=2104&popup=Y#ixzz55D6qDE9A (дата обращения: 31.01.2018)

²³ [Электронный ресурс]: // URL: http://www.cbr.ru/press/st/press_centre/Nabiullina_170713/ (дата обращения: 29.10.2017)

²⁴ В.В. Калухов — первый руководитель Департамента финансовых технологий, проектов и организации процессов ЦБ РФ (2014–2017) [Электронный ресурс]: // URL: . (дата обращения: 28.11.2017)

денциальных данных, асимметричностью информации на рынках цифровых валют, высокой ресурсоемкостью и неопределенностью последствий эмиссионных решений²⁵.

Поскольку развитие сектора финансовых технологий конкурирует прежде всего с рыночным сектором банковских услуг, являясь вызовом всей банковской системе, то именно банки пытаются исследовать и внедрять финансовые инновации, в том числе технологию блокчейна. В развитие направления изучения и внедрения «финтеха» при непосредственном участии Банка России в 2017 году создана Ассоциация «ФинТех»²⁶ (далее — Ассоциация), членами которой являются ЦБ РФ, Сбербанк России, ВТБ, «Альфа-Банк», «Газпромбанк», Банк «Открытие», НСПК: национальная система платежных карт, QIWI, «АК БАРС Банк», «Тинькофф Банк», «Райффайзен Банк». Наблюдательный совет Ассоциации возглавила заместитель Председателя ЦБ РФ О.Н. Скоробогатова, что говорит о высоком статусе Ассоциации и глобальных масштабах ее целей и задач.

Среди главных направлений работы Ассоциации фигурирует развитие технологий распределенного реестра. В рамках этого направления Ассоциацией поставлены следующие задачи:

Создание «мастерчейна» — доверенной среды обмена информацией и управляющими воздействиями между не доверяющими друг другу сторонами, обеспечивающая:

- снижение участия посредников взаимодействий;
- доступность информации заинтересованным сторонам в момент внесения изменений;
- контролируруемую передачу или обмен прав собственности на финансовые инструменты и активы с выполнением соответствующего учета.

Исследования государственных и частных криптовалют и разработка предложений по их применению.

Создание продуктов и платформ на основе технологии распределенного реестра²⁷.

Таким образом, с уверенностью можно констатировать признание необходимости законодательного регулирования финансовых и регулятивных технологий на государственном уровне и динамичное развитие отношений в исследуемой сфере, связанных с довольно активными действиями в первую очередь Министерства финансов и ЦБ РФ. Однако, на наш взгляд, ре-

²⁵ [Электронный ресурс]: // URL: <https://bits.media/news/v-tsb-rf-sozdan-department-finansovuykh-tekhnologiy> (дата обращения: 29.10.2017)

²⁶ [Электронный ресурс]: // URL: <http://masterchain.rbc.ru> (дата обращения: 29.10.2017)

²⁷ [Электронный ресурс]: // URL: <http://fintechru.org> (дата обращения: 29.10.2017)

гулирование «финтех» и «регтех» — высокотехнологичной и динамично развивающейся сферы — сильно запаздывает.

На государственном уровне делаются попытки «мягкого» регулирования рынка финтех- и регтех-услуг, что, на наш взгляд, является правильным, учитывая общемировое выжидательное или либеральное отношение к данной проблеме. Россия в лице высших органов власти продолжает осуществлять ряд последовательных действий в направлении определения границ правового регулирования «финтех» и «регтех». Так, по итогам состоявшегося 10.10.2017 совещания по вопросу использования цифровых технологий в финансовой сфере Президент Российской Федерации утвердил перечень поручений Правительству совместно с Банком России в рамках реализации программы «Цифровая экономика Российской Федерации»²⁸, среди которых — обеспечить внесение в законодательство изменений, предусматривающих:

- определение статуса цифровых технологий, применяемых в финансовой сфере, и их понятий, в том числе таких, как «технология распределенных реестров», «цифровой аккредитив», «цифровая закладная», «криптовалюта», «токен», «смарт-контракт», исходя из обязательности рубля в качестве единственного законного платежного средства в России;

- установление требований к организации и осуществлению производства, основанного на принципах криптографии в среде распределенных реестров («майнинг»), включая регистрацию хозяйствующих субъектов, осуществляющих такую деятельность, а также определение порядка ее налогообложения;

- регулирование публичного привлечения денежных средств и криптовалют путем размещения токенов по аналогии с регулированием первичного размещения ценных бумаг.

Также Президент Российской Федерации поручил ЦБ РФ совместно с Правительством России подготовить предложения о создании на базе Банка России специальной регулятивной площадки («сэндбокс») для опробования инновационных финансовых технологий, продуктов и услуг до установления правил регулирования отношений, связанных с их применением на финансовом рынке и по формированию единого платежного пространства государств-членов Евразийского экономического союза с применением новых финансовых технологий, в том числе технологии распределенных реестров²⁹.

²⁸ Программа «Цифровая экономика Российской Федерации» утверждена распоряжением Правительства России от 28.07.2017 № 1632-р // СЗ РФ. 2017. № 32. Ст. 5138.

²⁹ [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.kremlin.ru/acts/assignments/orders/55899> (дата обращения: 29.10.2017)

В свою очередь Правительство России в рамках реализации программы «Цифровая экономика Российской Федерации» запланировало разработку и принятие в 2020 году нормативных правовых актов, способствующих внедрению и использованию инновационных технологий на финансовом рынке, включая совершенствование механизмов финансовых услуг в электронной форме и обеспечение их информационной безопасности в целях внедрения и использования инновационных технологий в данном секторе экономики.

Из программы «Цифровая экономика Российской Федерации» следует, что праву отводится важная, как подчеркивают Т.Я. Хабриева и Н.Н. Черногор³⁰, инструментальная роль в развитии цифровой экономики: недаром нормативное регулирование поставлено на первое место среди пяти базовых направлений ее развития.

На сегодняшний день в России с регулированием финансовых и регулятивных технологий сложилась ситуация, при которой указанные технологии существуют и активно используются участниками финансового рынка, но правовое регулирование их отсутствует. На государственном уровне есть признание и понимание проблемы, сформирована общая концепция ее правового регулирования. В связи с этим целесообразна необходимость ускорения непосредственного нормотворческого процесса и правоприменения. При этом нормотворческий процесс должен опираться на конституционные и законодательные положения об основах денежной системы Российской Федерации и национальной платежной системы³¹, предусматривающих принцип признания рубля единственным законным платежным средством России.

Исходя из вышесказанного, полагаем, что правовое регулирование финансовых и регулятивных технологий необходимо; целями регулирования должны стать минимизация рисков для финансовой системы государства и национальной безопасности, а также пополнение доходной части бюджета за счет налогообложения оказываемых на рынке финтех- и регтех-услуг. Причем регулирование с помощью запрета и большого количества ограничений, то есть методов жесткого регулирования, к данной ситуации не подходит. Следствием запретов и большого количества ограничений будет оффшоризация рынка финтех- и регтех-услуг: этот рынок переместится в другие государства, где будет отсутствовать такое регулирование или оно окажется наиболее либеральным. Причем на существование и функциони-

³⁰ Хабриева Т.Я., Черногор Н.Н. Право в условиях цифровой реальности // Журнал российского права. 2018. № 1. С. 88.

³¹ Конституция Российской Федерации (ст.75) принята всенародным голосованием 12.12.1993; Федеральный закон от 10.07.2002 № 86-ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» (ст. 27) // СЗ РФ. 2002. № 28. Ст. 2790; Федеральный закон от 27.06.2011 № 161-ФЗ «О национальной платежной системе» // СЗ РФ. 2011. № 27. Ст. 3872.

рование самого рынка «финтех» и «регтех» запрещающие меры влияния не окажут в силу трансграничного характера финансовых и регулятивных технологий. В то же время, применяя «жесткое регулирование», наше государство может потерять доходы от налогообложения в сфере оказания финансовых услуг на основе финансовых и регулятивных технологий, что приведет к сокращению бюджетных доходов.

Правовое регулирование «финтех» и «регтех» должно следовать в русле общих векторов развития права³² с учетом трех следующих основных направлений:

- предотвращение отмывания доходов, полученных преступным путем, и финансирования терроризма;
- налогообложение;
- защита прав пользователей³³.

Кроме того, законодателю нужно уделить пристальное внимание используемой терминологии и дефинициям понятий, которые пока используются в сфере IT-технологий вне правового поля, поскольку, как справедливо указывает Л.К. Терещенко³⁴, с учетом того, что обязательной чертой установленных государством норм должна быть правовая определенность, необходимо адаптировать новые информационные термины к праву, дать адекватные определения.

Зарубежный опыт правового регулирования финансовых и регулирующих технологий

Нерегулируемое развитие «финтех» и «регтех» — это вызов не отдельному государству. Эта проблема имеет трансграничный характер, что обусловлено использованием Интернета при оказании финтех- и регтех-услуг. Поэтому, вырабатывая подходы и определяя границы правового регулирования «финтех» и «регтех», следует обратиться к опыту зарубежных государств. Наиболее благоприятные условия для развития рынка финтех-, регтех-услуг и обращения и использования криптовалют созданы в Японии, США, Австралии и большинстве европейских государств, в том числе Швейцарии, Великобритании, Германии, Бельгии, Швеции, Беларуси³⁵ и др.

³² О тенденциях и векторах развития права см. подробнее: *Тихомиров Ю.А.* Право в современном мире: векторы развития // Государство и право. 2017. № 5. С. 5–10.

³³ *Недорезков В.В.* Указ. соч. С. 48.

³⁴ *Терещенко Л.К.* Понятийный аппарат информационного и телекоммуникационного права: проблемы правоприменения // Журнал российского права. 2016. № 10. С. 101.

³⁵ 22.12.2017 Президент Беларуси А. Лукашенко подписал декрет «О развитии цифровой экономики», предусматривающий в том числе максимально благоприятные условия для развития технологии блокчейн, включая майнинг и оборот криптовалют [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.tass.ru> (дата обращения: 22.12.2017)

В Японии 1.04. 2017 вступил в силу Закон о валютном регулировании, в соответствии с которым криптовалюта, в том числе биткойны получила статус платежного средства; при этом официальной денежной единицей осталась йена³⁶.

Правовое регулирование криптовалюты в США довольно сложное, что обусловлено особенностями правовой системы, включающей в себя федеральное право и право штатов, а также отсутствием единой позиции среди регуляторов относительно правового статуса криптовалюты. В США криптовалюта рассматривается одновременно как деньги, как собственность и как биржевые товары. На федеральном уровне некоторые криптовалютные компании, например, биржи, должны быть зарегистрированы в качестве операторов перевода денежных средств в Сети борьбы с финансовыми преступлениями (Financial Crimes Enforcement Network). На уровне членов федерации деятельность таких компаний подлежит лицензированию в каждом штате. Например, в Нью-Йорке, Алабаме и некоторых других штатах приняты законы о криптовалютах, предусматривающие получение лицензии для любых транзакций с использованием виртуальной валюты. Принятие таких актов преследует цель упорядочения нормативной и правоприменительной деятельности для решения проблем современных технологий, например, при использовании кибервалюты, осуществлении онлайн-трансферов и для дальнейшей помощи правоохранительным органам в предотвращении отмывания денег и деятельности, связанной с незаконным международным переводом средств³⁷.

В праве Австралии криптовалюта не признана финансовым продуктом, и соответственно операции с ней — покупка, продажа, хранение — не подлежат лицензированию. Это правило не касается криптовалютных операций, связанных с фиатными деньгами или другими финансовыми продуктами, в частности, оказания услуг с обменом криптовалюты на фидуциарные деньги. В марте 2014 года Налоговая служба Австралии направила письмо ведущим криптовалютным предпринимателям, в соответствии с которым доход и прибыль, полученные от сделок с цифровой валютой, облагаются подходящим налогом и налогом на корпорации (Corporate Tax)³⁸.

В Швейцарском кантоне Цуг формируется «криптодолина». Цуг стал «домом» для кластера криптовалют и блокчейн-компаний, среди которых выде-

³⁶ [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.kommersant.ru/doc/3260236> (дата обращения: 11.12.2017)

³⁷ [Электронный ресурс]: // URL: https://zakon.ru/blog/2017/09/04/pravovoe_regulirovanie_kriptovalyuty_novyj_opyt_ssha_shtat_alabama (дата обращения: 11.12.2017)

³⁸ [Электронный ресурс]: // [http://axon.partners/wp-content/uploads/2017/02/Global-Issues-of-Bitcoin-Businesses-Regulation.pdf/](http://axon.partners/wp-content/uploads/2017/02/Global-Issues-of-Bitcoin-Businesses-Regulation.pdf) (дата обращения: 04.12.2017)

ляются «Этериум фаундешн» и «Шепшифт»³⁹. Особенности Швейцарской «криптодолины», притягивающими бизнес, являются низкие налоги, стабильная экономика и политическая система, минимум ограничений и инструкторий, позволяющих вкладывать деньги в развитие бизнеса, а не в уплату налогов и лицензий. Биткоинами в Цуге можно оплачивать коммунальные услуги⁴⁰, что свидетельствует о государственной (кантональной) поддержке криптовалюты и поощрении ее использования. Учитывая предлагаемые Швейцарией и ее кантонами условия купли-продажи криптовалют, Сбербанк России планирует через свою швейцарскую дочернюю компанию начать предлагать эти услуги⁴¹.

Великобритания — лидер криптовалютной интеграции и одна из самых благоприятных и удобных криптовалютному бизнесу юрисдикций. Государство оказывает поддержку «стартапам», связанным с цифровой валютой. Однако окончательная позиция правительства в правовом регулировании деятельности, связанной с цифровыми деньгами, до сих пор не выработана. По сути криптовалюта находится в правовом вакууме. Вместе с тем государство намерено упорядочить криптовалютные отношения, во-первых, с целью предотвращения использования цифровых валют для легализации доходов, полученных преступным путем, финансирования терроризма и другой незаконной деятельности и, во-вторых, для поддержки инноваций в данной сфере⁴². Великобритания освободила биткоин от налога на добавленную стоимость (НДС) и в вопросах корпоративного налогообложения приравнивала биткоин к иностранной валюте. Это государство одним из первых в 2014 году признало биткоин инвестицией и разрешило его использовать при оплате товаров или услуг в торговых точках, которые соглашаются его принимать⁴³.

Европейский союз — объединение 28 стран, в каждой из которых на национальном уровне есть особенности в правовом регулировании как традиционного, так и криптовалютного бизнеса. В то же время государства-члены ЕС традиционно считаются благоприятными для его ведения. На данном этапе ни один из регуляторов (органов) ЕС не принял специальных правил

³⁹ [Электронный ресурс]: // URL: <http://swiss-rus.ru/news/econom/kanton-cug-buduschaya-kripto-dolina-shveycarii.html/> (дата обращения: 04.12.2017)

⁴⁰ [Электронный ресурс]: // URL: <https://coinspot.io/world/pochemu-svyazannye-s-kriptovalyutami-kompanii-migriruyut-v-shveycariyu/> (дата обращения: 11.12.2017)

⁴¹ Сбербанк призывает обходить законы России ради продажи криптовалюты / Царь + град [Электронный ресурс]: // URL: <http://news.yandex.ru> (дата обращения: 31.01.2018)

⁴² [Электронный ресурс]: // <http://axon.partners/wp-content/uploads/2017/02/Global-Issues-of-Bitcoin-Businesses-Regulation.pdf> (дата обращения: 04.12.2017)

⁴³ [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.kommersant.ru/doc/3260236> (дата обращения: 11.12.2017)

регулирования криптовалютной деятельности. Вместе с тем в 2016 году Европейская комиссия предложила установить дополнительное регулирование криптовалютных бирж и компаний, поставляющих криптовалютные кошельки пользователям. В частности, предлагается ввести обязательную регистрацию или лицензирование деятельности такого рода бизнеса. Кроме того, планируется создание центральной базы данных с информацией о пользователях цифровых валют. В ЕС правовое регулирование криптовалюты и операций с ней происходит в рамках противодействия легализации доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма.

Налогообложение криптовалюты и операций с ней осуществляется в соответствии с национальным законодательством государств-членов ЕС. Исключением является налог на добавленную стоимость. Так, в 2015 году Европейский суд (далее — Суд) вынес решение, в соответствии с которым приобретение и продажа биткоинов за традиционные фиатные валюты им не облагаются⁴⁴. В решении Суда сказано, что закон об НДС распространяется на поставку товаров и оказание услуг. Транзакции в биткоинах отнесены Судом к платежным операциям с валютами, монетами (банкнотами) и поэтому не подлежат налогообложению. Суд рекомендовал всем членам ЕС исключить криптовалюты из числа активов, подлежащих обложению НДС. Дело в Суде было инициировано шведским гражданином Д. Хедквистом, который сначала обратился за разъяснением о налогообложении криптовалют в налоговую службу родной страны, где ему ответили, что биткоин является товаром и все операции с ним должны облагаться НДС. Это решение подтвердил Верховный административный суд Швеции. Тогда Хедквист обратился в главную судебную инстанцию ЕС, и решение было вынесено в его пользу.

Наиболее выгодным образом ситуация складывается для бирж криптовалюты, работающих под европейской юрисдикцией (самая крупная из них — «Битстамп»). Таким образом, Европа становится одним из самых привлекательных для криптовалютного бизнеса регионов мира, так как большинство государств не установило каких-либо регулирующих правил⁴⁵.

Противоположная ситуация наблюдается в Латинской Америке, государства которой, за исключением Аргентины, не поддерживают криптовалюты. Так, в 2014 году Центральный банк Боливии запретил распространение биткоинов. В Эквадоре власти выпустили собственную валюту на основе технологии блокчейна, и, чтобы защитить ее от конкуренции, запретили все

⁴⁴ [Электронный ресурс]: // <http://axon.partners/wp-content/uploads/2017/02/Global-Issues-of-Bitcoin-Businesses-Regulation.pdf> (дата обращения: 04.12.2017)

⁴⁵ [Электронный ресурс]: // URL: <https://bits.media/news/evropeyskiy-sud-spravedlivosti-priravnal-bitkoin-k-valyutam-i-osvobodil-ot-nds/> (дата обращения: 04.12.2017)

другие криптовалюты. Бразилия пока предпочла не предпринимать каких-либо действий из-за слабого развития регионального блокчейн-рынка⁴⁶.

С позиций правового регулирования криптовалют наиболее интересна КНР. С одной стороны, биткоин могут использовать только частные лица, а не организации. С другой — это ведущая страна мира по майнингу криптовалют⁴⁷. 1.10.2017 в КНР вступил в силу Закон о регулировании криптовалют, по которому криптовалюты получили статус «виртуальной собственности». С этого времени в стране начал действовать запрет на биржевую торговлю криптовалютами. Аналитики связывают этот запрет с тем, что крипто-биржи не соблюдали требования государственных регуляторов в сфере ПОД/ФТ и идентификации клиентов. Тем не менее запрет на биржевую торговлю криптовалютами не означает полного запрета использования и владения ими в КНР. Предполагается, что данный запрет носит временный характер⁴⁸.

Таким образом, государства пытаются урегулировать рынок «финтех» и «регтех» с различной степенью интенсивности и жесткости но в большинстве стран тотального запрета на использование и обращение криптовалюты не установлено.

Налогообложение отдельных элементов финансовых и регулирующих технологий (основные направления)

Регулирование рынка финтех- и регтех-услуг связано прежде всего с необходимостью противодействия отмыванию преступных доходов и финансированию терроризма. Что касается сферы налогообложения, то единых подходов здесь также нет. Как верно отмечено И.И. Кучеровым и И.А. Хавановой, «количество операций с биткоинами множится год от года, однако исследование подходов в вопросе их налогообложения еще в самом начале пути»⁴⁹. В большинстве государств операции на рынке финтех- и регтех-услуг не имеют специального налогового режима обложения, а доходы от операций облагаются налогом на прибыль (доходы, капитал) или подоходным налогом на общих основаниях.

Если говорить о системе налогообложения в сфере финтех- и регтех-услуг, а также обращения и использования криптовалют в России, то российское за-

⁴⁶ [Электронный ресурс]: // URL: <https://psm7.com/articles/regulirovanie-kriptoalyut-analiz-postranam.html> (дата обращения: 11.12.2017)

⁴⁷ [Электронный ресурс]: // URL: <https://psm7.com/articles/regulirovanie-kriptoalyut-analiz-postranam.html> (дата обращения: 11.12.2017)

⁴⁸ [Электронный ресурс]: // URL: <https://mining-cryptocurrency.ru/zakon-o-regulirovanii-kriptoalyuty-v-kitae/> (дата обращения: 11.12.2017)

⁴⁹ Кучеров И.И., Хаванова И.А. Указ. соч. С. 66–72.

конодательство о налогах и сборах не предусматривает специальных правил налогообложения операций с криптовалютами. Соответственно для определения границ правового регулирования финтеха и регтеха прежде всего нужно разобраться с экономической сущностью ключевых категорий — криптовалюты и токена. В зависимости от вариантов решения данного вопроса возможно формирование различных подходов к правовому регулированию финансовых и регулятивных технологий и налогообложению в этой сфере.

В юридической литературе есть мнение, что в ситуации, когда биткоин не является официальной валютой, а следовательно и платежным средством, то обоснованно рассматривать операции с ним как операции бартерной природы, и для обложения налогом на прибыль может быть применена рыночная цена биткоина⁵⁰.

Поскольку в российском законодательстве правовой режим криптовалюты не определен ни как валюты, ни как валютной ценности, ни как ценной бумаги, то криптовалюта не подлежит обычному пересчету из-за изменения обменного курса, и правила налогообложения ценных бумаг к операциям с ней не применяются. Поэтому логично считать, что доход физического лица, полученный от операций с криптовалютой, должен облагаться налогом по стандартной ставке 13%, а прибыль юридического лица — по ставке 20%. Полагаем, что доход в виде криптовалюты, полученной в результате майнинга, также должен подлежать налогообложению, однако здесь могут быть затруднения с выявлением таких операций и с расчетом налоговой базы.

Наиболее спорным вопросом как в зарубежных юрисдикциях, так и в России является вопрос с обложением криптовалюты и операций с ней на рынке «финтеха» и «регтеха» налогом на добавленную стоимость. В проекте федерального закона «О цифровых финансовых активах»⁵¹ (далее — законопроект) криптовалюта и токены сочтены видами цифрового финансового актива; под цифровым финансовым активом в законопроекте понимается имущество в электронной форме, созданное с использованием шифровальных (криптографических) средств. Таким образом, авторы законопроекта предлагают рассматривать криптовалюту и токены в качестве имущества. Это, в свою очередь, подразумевает обложение операций с криптовалютой и токенами налогом на добавленную стоимость, поскольку в соответствии со ст. 146 НК РФ объектом НДС помимо всего прочего признаются операции реализации товаров на территории страны, а также передача имущественных прав.

⁵⁰ Там же.

⁵¹ [Электронный ресурс]: // URL: https://www.minfin.ru/ru/document/?id_4=121810&order_4=P_DATE&dir_4=DESC&is_new_4=1&page_4=1&area_id=4&page_id=2104&popup=Y#ixzz55D6qDE9A (дата обращения: 31.01.2018)

Следует отметить, что в целях налогообложения в практике зарубежных стран наметился аналогичный подход к определению криптовалюты как финансового актива, а не платежного средства. Так, например, налоговая служба Нидерландов подготовила разъяснения, согласно которым биткоин не рассматривается в качестве законного платежного средства⁵².

Однако разработать механизм обложения НДС довольно затруднительно, поскольку предусмотренные законопроектом специфические институты (валидатор, оператор обмена цифровых финансовых активов, участники реестра цифровых транзакций) получили в законопроекте спорное правовое оформление, к тому же отсутствует опыт их функционирования в рамках правового поля.

Поэтому на данном этапе формирования российской системы налогообложения доходов от операций с криптовалютой и токенами, а также самих операций с указанными цифровыми финансовыми активами использование налоговых соглашений, применяемое в некоторых странах, — это лучший вариант для переходного периода (от отсутствия правового регулирования налогообложения к системному и комплексному налогово-правовому регулированию). Преимуществом налоговых соглашений является установление фиксированной суммы налогового платежа операторов (крипто-фондов, крипто-бирж) на рынке финтех- и регтех-услуг, что, кроме того, снизит накладные расходы.

Выводы

В статье предпринята попытка очертить основные проблемы в сфере рынка финансовых и регулятивных технологий и оценить возможные направления их решения. Правовое регулирование этой сферы экономической деятельности в России находится в стадии зарождения, что открывает простор для легитимного установления правил; но, определяя правила, важно соблюсти баланс публичных интересов государства и частных интересов операторов и пользователей финансовых и регулятивных технологий.

Анализ ситуации за рубежом показывает, что ведущие государства с развитой экономикой избегают жесткого правового регулирования «финтеха» и «регтеха», предпочитая выжидательную стратегию или стратегию либерального регулирования. В таких условиях важно, чтобы правовое регулирование отечественного рынка финтех- и регтех-услуг, в том числе рынка криптовалют, было бы не менее либеральным по сравнению с другими государствами в целях сохранения конкурентоспособности России в этой сфе-

⁵² Bal A. How to Tax Bitcoin? / Handbook of Digital Currency. Singapore, 2015. P. 277.

ре, получения финансовых преимуществ и предупреждения оффшоризации данного сегмента рынка.



Библиография

Богдановская И.Ю. Сетевая нейтральность: политико-правовые аспекты (на примере опыта США) // Информационное право. 2015. № 4. С. 39–44.

Институты финансовой безопасности / отв. ред. И.И. Кучеров. М.: ИНФРА-М, 2017. 246 с.

Контроль в финансово-бюджетной сфере / И.И. Кучеров и др. М.: Контракт, 2016. 320 с.

Кучеров И.И. Законные платежные средства: теоретико-правовое исследование. М.: Контракт, 2016. 392 с.

Кучеров И.И., Хаванова И.А. Налоговые последствия использования альтернативных платежных средств (теоретико-правовые аспекты) // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2017. № 1. С. 66–72.

Недорезков В.В. Криптовалюты на базе технологии блокчейна: проблемы правового регулирования // Банковское право. 2017. № 4. С. 45–49.

Никитин К. Правовой статус криптовалют в России // ЭЖ-Юрист. 2017. № 45. С. 6.

Правовая доктрина и практика обеспечения / под ред. И.И. Кучерова. М.: Контракт, 2016. 344 с.

Ручкина Г.Ф. Банковская деятельность: переход на новую модель осуществления, или «Финтех» как новая реальность // Банковское право. 2017. № 4. С. 55–62.

Савельев А.И. Некоторые правовые аспекты использования смарт-контрактов и блокчейн-технологий по российскому праву // Закон. 2017. № 5. С. 94–117.

Сидоренко Э., Савельев А. и др. Нужно ли регулировать биткоин? // Закон. 2017. № 9. С. 20–33.

Терещенко Л.К. Понятийный аппарат информационного и телекоммуникационного права: проблемы правоприменения // Журнал российского права. 2016. № 10. С. 101–108.

Тихомиров Ю.А. Право в современном мире: векторы развития // Государство и право. 2017. № 5. С. 5–10.

Хабриева Т.Я., Черногор Н.Н. Право в условиях цифровой реальности // Журнал российского права. 2018. № 1. С. 85–102.

Bal A. How to Tax Bitcoin? / Handbook of Digital Currency. Singapore, 2015. P. 267–282.

Fintekh and Redtekh: Boundaries of Legal Regulation



Natalia A. Povetkina

Head, Department of Financial, Tax and Budgetary Legislation, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Doctor of Juridical Sciences. Address: 34 Bol'shaya Cheremushkinskaya Str., Moscow 117218, Russian Federation. E-mail: pna127@mail.ru



Yulia V. Ledneva

Senior Fellow, Department of Financial, Tax and Budgetary Legislation, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Candidate of Juridical Sciences. Address: 34 Bol'shaya Cheremushkinskaya Str., Moscow 117218, Russian Federation. E-mail: ulivik@yandex.ru



Abstract

The article is devoted to the definition of the legal nature and limits of the legal regulation of financial and regulatory technologies, including the creation of crypto-currencies using them. The interest of the authors of the article is related to the law enforcement requirement and the simultaneous uncertainty of the use of new categories for the Russian state that are of primary importance for its development in the conditions of the development of the digital economy. The aim is to determine the boundaries and objectives of legal regulation of Fintekh and Regtekh; to identify on the basis of scientific analysis the legal essence of these concepts, as well as related categories. The methods used are formal-logical, comparison, analysis, synthesis, comparison, generalization. The results are analysis of the current situation on the use and regulation of financial and regulatory technologies in the Russian Federation, as well as the approaches to determining their legal nature; identification of risks in the application of financial and regulatory technologies, formulating proposals for their prevention and leveling; identification of stages and main directions of legal regulation of financial and regulatory technologies in the Russian Federation; analysis of foreign experience in the legal regulation of financial and regulatory technologies, including in the field of taxation; formulation of proposals for the taxation of certain elements of Fintekh and Regtekh in the Russian Federation. The conclusion is that the state determined the need for legal regulation and identified the main vectors of the movement in the legal field. National legal regulation is at the stage of origin; at present, attempts are made to legalize key concepts in the financial and regulatory technologies market (digital financial asset, digital transaction, digital entry, digital transactions register, mining, crypto currency, token, smart contract, etc.). It is noted that the key objectives of the legal regulation should be the minimization of risks for the financial system of the state and national security, as well as replenishment of the revenue side of the budget through taxation of services rendered on the market of financial services and Regtekh, including taxation of operations with crypto currencies and tokens.



Keywords

financial technologies; Fintekh; regulatory technologies; Regtekh; crypto currency; bitcoin; blockchain; a digital financial asset; taxation; financial security; IT-technology.

Citation: Povetkina N.A., Ledneva Yu. V. (2018) Fintekh and Redtekh: Boundaries of Legal Regulation. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 46–67 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.2.46.67



References

Bal A. (2015) How to Tax Bitcoin? *Handbook of Digital Currency*. Singapore: GPO, pp. 267–282.

- Bogdanovskaya I.Yu. (2015) Setevaya neytral'nost': politiko-pravovye aspekty (na primere opyta SShA) [Net neutrality: political and legal aspects (The case of the US)]. *Informatsionnoe pravo*, no 4, pp. 39–44.
- Khabrieva T.Ya., Chernogor N.N. (2018) Pravo v usloviyakh tsifrovoy real'nosti [Law in the conditions of digital reality]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 1, pp. 85–102.
- Kucherov I.I. (ed.) (2017) *Instituty finansovoy bezopasnosti* [Institutes of financial security]. Moscow: Norma, 246 p. (in Russian)
- Kucherov I.I. (ed.) (2016) *Kontrol' v finansovo-byudzhethnoy sfere* [Control in financial and budgetary sphere]. Moscow: Kontrakt, 320 p. (in Russian).
- Kucherov I.I. (2016) *Pravovaya doktrina i praktika obespecheniya* [Legal doctrine and practice of security]. Moscow: Kontrakt, 344 p. (in Russian)
- Kucherov I.I. (2016) *Zakonnye platezhnye sredstva: teoretiko-pravovoe issledovanie: monografiya* [Legal means of payment: theoretical law research]. Moscow: Norma, 392 p. (in Russian).
- Kucherov I.I., Khavanova I.A. (2017) Nalogovye posledstviya ispol'zovaniya al'ternativnykh platezhnykh sredstv (teoretiko-pravovye aspekty) [Taxation consequences of alternative means of payment]. *Vestnik Permskogo universiteta. Yuridicheskie nauki*, no 1, pp. 66–72.
- Nedorezkov V.V. (2017) Kriptovalyuty na baze tekhnologii blokcheyna: problemy pravovogo regulirovaniya [Cryptocurrencies on the basis of the blockchain technology]. *Bankovskoe pravo*, no 4, pp. 45–49.
- Nikitin K. (2017) Pravovoy status kriptovalyut v Rossii [Legal status of cryptocurrencies in Russia]. *EZh-Yurist*, no 45, p. 6.
- Ruchkina G.F. (2017) Bankovskaya deyatel'nost': perekhod na novuyu model' osushchestvleniya, ili «Fintekh» kak novaya real'nost' [Banking: new model, or Fintech as a new reality]. *Bankovskoe pravo*, no 4, p. 55–62.
- Savel'ev A.I. (2017) Nekotorye pravovye aspekty ispol'zovaniya smart-kontraktov i blokcheyn-tekhnologiy po rossiyskomu pravu [Some aspects of applying smart contracts and block chain technologies]. *Zakon*, no 5, pp. 94–117.
- Sidorenko E., Savel'ev A. et al. (2017) Nuzhno li regulirovat' bitcoin? [Shall we regulate bitcoin?]. *Zakon*, no 9, pp. 20–33.
- Tereshchenko L.K. (2016) Ponyatiynyy apparat informatsionnogo i telekommunikatsionnogo prava: problemy pravoprimeneniya [Nomenclature of information and telecommunication law: issues of applying law]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 10, pp. 101–108.
- Tikhomirov Yu.A. (2017) Pravo v sovremennom mire: vektory razvitiya [Law in the modern world: vectors of development]. *Gosudarstvo i pravo*, no 5, pp. 5–10.

Феноменология преступлений, совершенных с использованием современных информационных технологий



А.С. Шаталов

профессор кафедры уголовного права и криминалистики Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: asshatalov@hse.ru



Аннотация

Феноменология (греч.) в буквальном толковании — это учение о феноменах, т.е. наблюдаемых явлениях или событиях. В современной философии оно выступает как метод научного анализа сознания и имманентных, априорных структур человеческого существования. Данная статья — результат применения этого метода для постановки и осмысления оптимальных путей решения проблем, непосредственно связанных с деятельностью по предотвращению, выявлению, раскрытию и расследованию преступлений, совершенных с использованием современных информационных технологий. Прибегнув к некоторым обобщениям, автор предпринял попытку найти ответ на вопрос, почему на фоне научных достижений отечественной криминалистики, при обилии новых идей, концепций, технологий, методик, криминалистических алгоритмов и программ расследования прогресс в деле борьбы с преступностью остается малозаметным? Главная причина такого положения дел ему видится в том, что российская криминалистика долгое время развивалась в отрыве от ведущих зарубежных исследовательских школ. Вместе с тем такое ее состояние сохраняется и сейчас, несмотря на охватившие практически все страны мира глобальные интеграционные процессы. В качестве главного направления преодоления кризисных явлений автор позиционирует имплементацию в научные ресурсы отечественной криминалистики современных информационных технологий вообще, и для повышения эффективности борьбы с преступлениями, совершаемыми с использованием компьютерных и сетевых возможностей в частности. Борьбу с ними он считает проблемой международного масштаба, поскольку меры по предотвращению, выявлению, раскрытию и расследованию преступлений такого рода не могут быть результативными лишь на национальном уровне в силу транснационального и транграничного характера сети «Интернет». С учетом непрекращающегося увеличения численности ее пользователей, закономерно порождающей их зависимость от информационного сообщества и уязвимость от разного рода киберпосягательств, произведен научный анализ современного состояния выявления и расследования преступлений такого рода и сформулированы рекомендации по повышению эффективности этой деятельности.



Ключевые слова

информационные технологии, информационные ресурсы, киберпреступность, компьютерные преступления, криминалистика, криминалистически значимая информация, криминалистическая методика, расследование преступлений, уголовное судопроизводство.

Библиографическое описание: Шаталов А.С. Феноменология преступлений, совершенных с использованием современных информационных технологий // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 2. С. 68–83.

JEL: K 49; УДК: 343

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.2.68.83

Современная криминалистика по своему содержанию является результатом многолетнего и целенаправленного наблюдения, с одной стороны, за совершением преступлений, а с другой — за их выявлением, раскрытием, расследованием, предотвращением, рассмотрением уголовных дел в судах. Как и всякая другая прикладная наука, она исходит из накопленного ею эмпирического материала, корни которого находятся в экономической реальности. Все, что на основе этого материала было разработано, проанализировано, внедрено, применено, накоплено и систематизировано, рано или поздно должно либо оправдать свое существование, либо отказаться от него. В качестве единственного мерилa при этом всегда выступал мыслящий рассудок.

Методы и средства, которые криминалисты открыли благодаря ему, всегда требовали своего признания в качестве познавательной основы для всех практических действий в уголовном судопроизводстве. Однако ее состояние рано или поздно достигало того предела, за которым эта основа становилась односторонней, погрязшей в неразрешимых противоречиях, поскольку оказывалась неспособной видеть за отдельными событиями их взаимной связи, а также органично развиваться на фоне их возникновения и исчезновения. Причины и следствия таких событий олицетворяются в представлениях, которые имеют значение как таковые только применительно к конкретному уголовно-правовому конфликту. Но как только начинает происходить его рассмотрение в общей связи с аналогичными уголовно-правовыми конфликтами, то уже известные причины и следствия сразу же переходят в режим универсального взаимодействия, постоянно меняясь местами и трансформируясь, таким образом, в более отчетливое представление, которое с течением времени заменяется новым, еще более отчетливым.

В самом общем виде каждое такое представление является продуктом криминалистического мышления, состоящим не только в разложении воз-

никшего представления на отдельные его элементы, но и в их объединении в некоторое единство. С учетом знания и понимания закономерностей механизма преступления, возникновения информации о преступлении и его участниках, закономерностей собирания, исследования, оценки и использования доказательств объединение этих элементов становится возможным только если их единство ранее уже существовало. От того, что какие-либо сведения будут наделены статусом доказательств по уголовному делу, то или иное лицо автоматически не становится невиновным или виновным в совершении преступления. Единство элементов представления об этом, возникшее в результате доказывания, следовательно, дающее основание для принятия итогового процессуального решения по уголовному делу, как раз и есть то, что нужно доказать. Заслуга российской криминалистики состоит в том, что именно в ее рамках доказывание по уголовным делам впервые смогло предстать в виде самостоятельного, целенаправленного познавательного процесса, базирующегося не только на нормах действующего уголовно-процессуального законодательства, но и на закономерностях его продвижения, изменения, преобразования и логического завершения. Это в конечном итоге и предопределяет результативность борьбы с преступностью, позволяя, таким образом, удерживать ее на социально терпимом уровне.

Преступность, по ныне господствующему в науке мнению, определяется как совокупность деяний, запрещенных уголовным законом. Принято выделять две характерные черты преступности. Во-первых, она состоит из отдельных преступлений, т.е. деяний, наказуемых именно и только действующим уголовным законодательством. Во-вторых, в нее входят все преступления, совершенные в той или иной стране или гражданами этой страны за определенный промежуток времени независимо от того, выявлены ли они и повлекли ли они наказание¹. Таким образом, преступность как социально-правовое явление имеет противоправный характер, географические и временные границы. Она обладает приспособляемостью к социальным переменам, проявляя тенденцию к постоянному преумножению не только количественного и видового разнообразия самих преступных актов, но и способов их подготовки, совершения и сокрытия.

В последние годы сформировалась устойчивая причинно-следственная связь между количественным разнообразием современных информационных технологий и качественными изменениями в структуре российской преступности. Повсеместное распространение и довольно быстрое развитие технологий такого рода формирует практически безграничные возможности для подготовки, совершения и сокрытия преступлений абсолютно новыми способами и средствами. В не меньшей мере они позволяют формировать и совершенствовать методические основы выявления, раскрытия

¹ Жалинский А.Э. Избранные труды. Т.1. М., 2014. С. 146.

и расследования преступлений, совершаемых с помощью разнообразных компьютерных и сетевых технологий. Однако по различным причинам это происходит очень медленно и бессистемно. Значительно быстрее приходит понимание того, что преступность все больше и больше «уходит» в цифровую среду. Соответственно, правоохранным органам государства необходимы новые научные методы борьбы с ней в киберпространстве и своевременного предотвращения тех или иных ее проявлений. Следовательно, задача их разработки и повсеместного внедрения в следственную практику весьма остро стоит перед российской криминалистикой как самостоятельной отраслью научного знания.

Все это не дает оснований для вывода о скорой и полной победе над киберпреступностью. Причин для этого немало.

За почти два века отечественная криминалистика накопила довольно большой массив высококлассной научной информации. Она содержится в многочисленных диссертациях, монографиях, статьях, тезисах и отдельных практических рекомендациях, призванных оптимизировать предотвращение, выявление, раскрытие, расследование преступлений и судебное рассмотрение уголовных дел. На фоне таких вполне очевидных научных достижений кажется нелепым вопрос — почему при таком обилии новых идей, концепций, технологий, криминалистических алгоритмов, программ расследования прогресс в деле борьбы с преступностью остается незаметным? Более того, следственная и судебная практика нередко игнорирует то, что ей предлагает отечественная криминалистическая наука, а ее достижения подвергаются справедливой критике за их явное отставание от нужд правоохранных органов. Несомненным признанием бессилия науки, возникшего на данном этапе ее развития, являются публикации самих ученых-криминалистов, в которых анализируются кризисные явления в отечественной криминалистике и формулируются заслуживающие внимания предложения об их преодолении².

Ничего удивительного в такой постановке вопроса нет, поскольку российская криминалистика довольно долго «варится лишь в собственном соку» в отрыве от ведущих зарубежных исследовательских школ. Она уже перестала быть дидактическим эталоном не только в странах, некогда строивших социализм, но и во многих государствах, отпочковавшихся от Советского Союза. Если российские криминалисты и дальше будут видеть свои научные интересы только лишь в национальных границах либо в пределах русскоговорящих пространств, игнорируя, таким образом, свободный обмен научной информацией с коллегами из других стран мира, то наука, которую им выпала честь представлять, рискует рано или поздно остаться на

² См., напр.: *Эксархонуло А.А.* Предмет и система криминалистики. Проблемы развития на рубеже XIX — XX вв. Курс лекций. СПб., 2004. 112 с.; *Сокол В.Ю.* Кризис отечественной криминалистики. Краснодар, 2017. 332 с. и др.

обочине глобальных интеграционных процессов и превратиться в невос требованный конгломерат наукообразного типа.

При этом значительная часть российских криминалистов не признает кризисного состояния своей науки и соответственно противится не только переосмыслению надуманных теоретических конструкций криминалистики, но и их целенаправленному обновлению. Оговоримся, что мы не настаиваем на том, чтобы огульно отвергать прошлые достижения отечественной криминалистики. Необходима их систематизация и переоценка с учетом реалий сегодняшнего дня, выделение в них знания действительно ценного и ожидающего своего дальнейшего поступательного развития. Особую и ярко выраженную актуальность эти задачи приобретают в деле имплементации в научные ресурсы отечественной криминалистики современных информационных технологий.

Прежде чем перейти к обоснованию этой мысли, следует отметить, что сейчас они занимают в экономике страны особенное место, а их эффективное функционирование является одним из важнейших факторов, способствующих решению ключевых задач государственной политики. Важно отметить, что в России они являются наиболее зависимыми от использования импортного программного обеспечения (до 90% операционных систем и систем управления базами данных). Вместе с тем технологическая независимость России в сфере информационных технологий провозглашена основой не только информационной безопасности, но и безопасности государства в целом, в том числе от преступных посягательств³. Помимо прочего, информационные технологии должны сыграть важную роль в дальнейшем поступательном развитии отечественной криминалистики. Стало очевидно, что в ней назрел ряд вопросов, ожидающих комплексного решения. Необходимо, в частности, реализовать меры, направленные на разработку и внедрение новых способов выявления, раскрытия и расследования преступлений, совершаемых в киберпространстве.

Распространение компьютерных вирусов, мошенничества с платежными картами, хищения денежных средств с банковских счетов, компьютерной информации, нарушение правил эксплуатации разного рода автоматизированных электронных систем — далеко не полный перечень преступлений, совершаемых с их помощью. Данное явление принято называть по-разному: киберпреступностью, компьютерными преступлениями, преступлениями в сфере компьютерных технологий, преступлениями в сфере компьютерной информации и т.д. В литературе, изданной за последнее десятилетие, наибо-

³ Постановление Совета Федерации от 20.04. 2016 № 154-СФ «О развитии информационных технологий в Российской Федерации и мерах поддержки отечественной ИТ-отрасли» // СПС КонсультантПлюс.

лее часто встречаются два термина: «киберпреступления» и «компьютерные преступления». Их можно считать равнозначными, поскольку они используются для обозначения группы одних и тех же общественно-опасных деяний. В криминалистическом аспекте киберпреступления (или компьютерные преступления) — это общественно опасные деяния, для подготовки, совершения, а, соответственно, выявления, раскрытия и расследования которых применяются разного рода компьютерные технологии и (или) используется информационно-телекоммуникационная сеть «Интернет».

Причиной популярности и стремительного роста киберпреступности как криминального бизнеса прежде всего является его невероятная прибыльность, а процесс получения доходов, которые могут превышать миллионы долларов, обычно не отождествляется с риском разоблачения и наказания в широком их понимании. Поэтому киберпреступность наряду с экологией, коррупцией и незаконным оборотом наркотиков фактически стала важнейшей проблемой геополитического масштаба. С наступлением нового века ее решению стало уделяться много внимания как на национальных уровнях, так и в рамках реализации программ международного сотрудничества государственных правоохранительных органов.

Главная криминалистическая особенность киберпреступлений заключается в том, что их предотвращение, выявление, раскрытие и расследование невозможно без современных информационных технологий. Соответственно возникла необходимость во все большем внимании к подготовке специалистов для борьбы с такими преступлениями, переподготовке действующих кадров с тем, чтобы разоблачать преступников посредством обнаружения, фиксации, изъятия и использования разного рода «электронных» доказательств.

Однако существующая система противодействия преступным посягательствам, совершенным с использованием современных информационных технологий, заметно отстает в своем развитии. Трудности обусловлены спецификой совершения преступлений данной разновидности, которая, на наш взгляд, заключается в следующем: в доступности самым широким слоям населения (т.е. повсеместной распространенности и относительной дешевизне) компьютерной техники; в весьма «большой» и фактически трансграничной географии совершения преступлений; в однозначной досягаемости объекта преступного посягательства (т.е. фактическое расстояние до него не имеет значения); в комфортности условий, сопутствующих подготовке и совершению преступлений в киберпространстве (т.е. их подготовка и совершение могут осуществляться практически с любого персонального компьютера, имеющего выход во Всемирную паутину).

Сам процесс выявления, раскрытия и предварительного расследования преступлений, совершенных с использованием современных информаци-

онных технологий, имеет ряд существенных особенностей. Ошибки, допускаемые при этом следователями и дознавателями, в своем большинстве являются следствием их неудовлетворительной профессиональной подготовки именно к этому сегменту криминалистической деятельности. Одной из наиболее существенных причин низкого качества предварительного расследования преступлений, совершаемых в киберпространстве, в научных публикациях справедливо признается отсутствие качественных методических разработок, в реализации которых были бы в полной мере использованы современные информационные технологии. В таких условиях объективные сложности обнаружения, фиксации и изъятия криминалистически значимой информации с целью ее дальнейшего использования в качестве доказательств по уголовному делу нередко становятся непреодолимыми. Более того, здесь как нигде высока вероятность того, что доказательства, которые все же были обнаружены, могут быть непреднамеренно изменены и даже утрачены как в результате ошибок при их фиксации или изъятии, так и в ходе их исследования. Подготовка в ходе досудебного производства по уголовному делу доказательств такого рода для дальнейшего представления их в суде обязательно требует не только основательной профессиональной подготовки, но и регулярного обновления имеющихся знаний у следователей, дознавателей, оперативных работников, и, разумеется, у специалистов и экспертов.

В контексте затронутой проблемы важно отметить, что исследования, посвященные именно получению, обработке, использованию и хранению информации, стали проводиться с середины XX века, т.е. сравнительно недавно. Понадобилось еще примерно 50 лет для того, чтобы информационные технологии получили повсеместное распространение и стали доступными практически всем. В начале 1960-х годов в американской юридической печати появился и стал активно использоваться термин «компьютерная преступность». Примерно в это же время западные социологи и социальные философы (Д. Белл, Д. Рисман, А. Турень и др.) стали обсуждать вопрос о вступлении в качественно иную стадию социального развития, охарактеризованную ими как «постиндустриальное», или «информационное» общество. В последующие годы развитие информационных технологий привело к появлению преступлений новых видов и, как следствие, к значительному увеличению научных исследований. Постепенно стало понятно, что практически все они носят междисциплинарный характер и используют достижения многих наук и в первую очередь криминалистики.

Из общего массива работ, посвященных данной проблематике, можно выделить диссертационные исследования А.В. Касаткина⁴ и С.В. Киселе-

⁴ Касаткин А.В. Тактика собирания и использования компьютерной информации при расследовании преступлений: автореф. дис. ... к. ю. н. М., 1997. 23 с.

ва⁵, имевшие место в конце 90-х годов прошлого века, а также диссертации А.А. Шаевича⁶, Ю.А. Куриленко⁷, А.В. Нарижного⁸, С.А. Ковалева⁹, А.А. Косынкина¹⁰, К.В. Костомарова¹¹ и В.О. Давыдова¹², защищенные в период с 2007 по 2013 гг. Обращает на себя внимание то обстоятельство, что диссертационные исследования названных авторов (за одним только исключением) проводились не в столичных городах (Москве или Санкт-Петербурге), а в региональных центрах. Причем последнее из них (диссертационное исследование В.О. Давыдова) было защищено в 2013 году, т.е. около пяти лет тому назад. «Застой» отчасти был компенсирован монографическими работами профессоров Е.П. Ищенко¹³, В.Б. Вехова¹⁴ и некоторых других российских криминалистов, проявивших интерес к данной проблематике. Однако этого оказалось явно недостаточно.

В науке уголовного права и криминологии наблюдается примерно такая же картина. Вывод неутешительный: отсутствие системного и институционального характера в исследовательской работе на этом направлении ощутимо затрудняет борьбу с преступлениями, совершаемыми с использованием постоянно совершенствующихся информационных технологий. Сама информация выступает объектом преступного посягательства в этой сфере. Ее хищение, изменение, неправомерное использование так или иначе вносят диссонанс в функционирование экономических систем. Более того,

⁵ Киселев С. В. Проблемы расследования компьютерных преступлений: автореф. дис. ... к. ю. н. СПб., 1998. 23 с.

⁶ Шаевич А.А. Особенности использования специальных знаний в сфере компьютерных технологий при расследовании преступлений: автореф. дис. ... к. ю. н. Иркутск, 2007. 24 с.

⁷ Куриленко Ю.А. Компьютерные технологии как средство повышения эффективности организации правоохранительной деятельности (применительно к деятельности ОВД по расследованию преступлений): автореф. дис. ... к. ю. н. Саратов, 2008. 23 с.

⁸ Нарижный А.В. Использование специальных познаний при выявлении и расследовании преступлений в сфере компьютерной информации и высоких технологий: автореф. дис. ... к. ю. н. Краснодар, 2009. 22 с.

⁹ Ковалев С.А. Основы компьютерного моделирования при расследовании преступлений в сфере компьютерной информации: автореф. дис. ... к. ю. н. Воронеж, 2011. 22 с.

¹⁰ Косынкин А.А. Преодоление противодействия расследованию преступлений в сфере компьютерной информации: автореф. дис. ... к. ю. н. Саратов, 2012. 24 с.

¹¹ Костомаров К.В. Первоначальный этап расследования преступлений, связанных с незаконным доступом к компьютерной информации банков: автореф. дис. ... к. ю. н. Челябинск, 2012. 30 с.

¹² Давыдов В.О. Информационное обеспечение раскрытия и расследования преступлений экстремистской направленности, совершенных с использованием компьютерных сетей: автореф. дис. ... к. ю. н. Ростов-на-Дону, 2013. 26 с.

¹³ См., напр.: Ищенко Е.П. Виртуальный криминал. М., 2015. 232 с.

¹⁴ См., напр.: Вехов В.Б. Электронные следы в системе криминалистики / В.Б. Вехов, Б.П. Смагоринский, С.А. Ковалев. Судебная экспертиза. М., 2016. С. 10–19.

в отличие от организованной преступности, коррупции, терроризма и экстремизма деятельность киберпреступников не согласуется с известными и привычными в обществе моделями поведения. По сути это означает, что она индивидуальна, иррациональна, анонимна и интернациональна, а каждый человек в современном мире, от обывателя до крупной компании, банка и государства, рискует в любой момент стать жертвой злоумышленников в киберпространстве, постоянно изобретающих новые и разнообразные схемы мошеннических операций. Положение осложняется тем, что даже если факт совершения киберпреступления стал известен пострадавшим от него лицам, то по причине примененных преступниками высокоразвитых технологий, новых тактик и схем суть имевшего место события не может быть во всей полноте объяснена ими с использованием специальных терминов и понятий. В связи с этим у сотрудников правоохранительных органов, осуществляющих проверку информации, возникают неопределенность и разумные сомнения как относительно наличия самого киберпреступления, так и предусмотренного законом основания для возбуждения уголовного дела.

Обращает на себя внимание тот факт, что с начала XXI века и до настоящего времени количество выявленных преступлений в сфере компьютерной информации (ст. 272–274 УК РФ) изменялось практически постоянно. Если в 2001 г. их было зафиксировано около 3,7 тыс., то к 2003 г. их общее количество увеличилось втрое (до 10,4 тыс.). В последующие годы стал наблюдаться некоторый количественный спад. В 2015 г., например, было зафиксировано 2382 таких преступления¹⁵, за совершение которых было осуждено лишь 235 чел. (!). В 2016 г., по данным Судебного департамента при Верховном Суде России, количество осужденных сократилась до 185 чел.¹⁶

Причины таких несколько странных статистических расхождений различны, но нам они видятся в том, что абсолютное большинство преступлений в сфере компьютерной информации латентны. Специалисты подсчитали, что до 90% данных криминальных актов не находят отражения в официальной уголовной статистике¹⁷. Наиболее распространенная причина такого положения дел заключается в нежелании практически всех коммерческих предприятий (в том числе банков) предавать гласности сведения о похищении у них компьютерной информации и денежных средств путем

¹⁵ Михайлова Б.П., Хазова Е.Н. Особенности противодействия киберпреступности подразделениями уголовного розыска / Состояние преступности в России (за январь — декабрь 2010 г., 2011 г., 2012 г., 2013 г., 2014 г.) [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.mvd.ru> (дата обращения: 28.02.2018)

¹⁶ [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79> (дата обращения: 31.03.2018)

¹⁷ См., напр.: Тарасов А.М. Электронное правительство и информационная безопасность. СПб., 2011. 647 с.

виртуальных взломов систем их защиты. Объяснение этому простое — все они предпочитают дорожить репутацией и опасаются потерять клиентов, а доказывание фактов совершения таких преступлений — довольно обременительное и дорогостоящее занятие. Криминалисты правильно отмечают, что в современных условиях многие организации стремятся разрешить подобные ситуации своими силами, поскольку убытки от их расследования неминуемо окажутся значительно выше суммы причиненного ущерба¹⁸.

К категории латентных, несомненно, должна быть также отнесена совокупность преступлений, о факте совершения которых ничего не известно ни правоохранительным органам, ни представителям компаний, ни отдельным лицам. К латентным следует относить и такие киберпреступления, информация о которых известна правоохранительным органам, но проверяющие ее сотрудники, не обладая необходимыми навыками их раскрытия и расследования, не в состоянии дать верную юридическую оценку обстоятельствам совершенных деяний. Таким образом, они остаются за рамками официальной отчетности или умышленно укрываются от учета.

В США и многих странах Европейского континента к настоящему времени технология поиска киберпреступников отработана. Расходы на розыск каждого из них в среднем составляют немногим более 300 долл.¹⁹ Борьба с киберпреступлениями российских правоохранительных органов оставляет желать лучшего. Если выразиться яснее, то киберпреступности некому противостоять. Только 4,5% следователей обладают более или менее удовлетворительными знаниями по специальности «Информатика и вычислительная техника». Около 72% из них оценивают свой уровень владения персональным компьютером «как у среднего пользователя»²⁰. Здесь есть над чем работать.

Звучит весьма вызывающе и несколько странно, но гораздо эффективнее борьбу с киберпреступлениями в России пока осуществляет несколько агентств, специализирующихся на инициативном расследовании высокотехнологичных преступлений. Они действуют не только в силу собственной заинтересованности в извлечении прибыли, но и по причине у их больших возможностей, знаний и технологического потенциала. Компания «Group-IB», например, за полтора десятилетия своего существования расследовала

¹⁸ См., напр.: *Коликов Н.Л.* Причины и условия профессиональной компьютерной преступности // Вестник ЮУрГУ. Серия: Право. 2011. № 19 [Электронный ресурс]: // URL: <http://cyberleninka.ru/article/n/prichiny-i-usloviya-professionalnoy-kompyuternoy-prestupnosti> (дата обращения: 31.03.2018)

¹⁹ [Электронный ресурс]: // URL: <http://itua.info/software/28662.html> (дата обращения: 31.03.2018)

²⁰ *Шевченко Е.С.* Актуальные проблемы расследования киберпреступлений // Эксперт-криминалист. 2015. № 3. С. 29–30.

около тысячи высокотехнологичных преступлений, немалая часть которых являлись особенно сложными²¹. Агентство финансовой и правовой безопасности также на этом поприще достигло успехов, в основном, за счет использования в работе своих сотрудников не только новейших информационных технологий, но и аккаунтов в социальных сетях (анализируя списки «друзей» на наличие общих признаков)²². Согласно данным, полученным компанией «Juniper Research», при сохранении текущего уровня кибератак в ближайшие годы общие убытки мировой экономики от них к 2019 г. составят 2,1 трлн. долл.²³ Что касается России, то ущерб от кибератак имевших место на ее территории в 2015 г., например, составил сумму, равную половине затрат российского бюджета на здравоохранение (приблизительно 1 трлн. 423 млрд. руб.)²⁴.

Таким образом, большинство изменений, возникших по причине развития информационных технологий, принесли пользу обществу, прежде всего в науке в целом, а практически — в медицине, инженерии, управлении ресурсами (в том числе финансовыми). Однако они же предопределили появление новых возможностей причинения вреда интересам общества и государства, поскольку с появлением технологических новаций возникли основывающиеся на них новые разновидности преступлений, такие, например, как хакерский взлом, внедрение шпионских программ и др. Если бы не технологический прорыв в области информационно-коммуникационных технологий, то, наверное, их не существовало бы в природе.

В иностранной литературе описаны три основных подхода к определению понятия «киберпреступление». В рамках первого из них оно понимается как преступление, совершение которого связано с сетевыми технологиями²⁵. Второй подход более широк. В его рамках киберпреступление рассматривается как любое преступление, совершаемое с использованием компьютеров

²¹ Сачков И. Технологии позволяют бороться с киберпреступностью — этот бизнес становится неэффективным [Электронный ресурс]: // URL: http://sk.ru/news/b/press/archive/2017/12/20/ilyasachkov-tehnologii-pozvolyayut-borotsya-s-kiberprestupnostyu-1320_-etot-biznes-stanovitsya-neefektivnym.aspx (дата обращения: 31.03.2018)

²² Как современные Шерлоки Холмсы находят интернет-мошенников // Статус. 2012. № 8 (19). С. 7.

²³ Общемировые убытки от киберпреступности составят \$ 2,1 трлн до 2019 года [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.securitylab.ru/news/472924.php>. (дата обращения: 31.03.2018)

²⁴ Трунцевский Ю.В. Состояние и тенденции преступности в Российской Федерации и прогнозы ее развития // Российская юстиция. 2016. № 8. С. 29–31.

²⁵ Viano E. Cybercrime: a new frontier in criminology // *International Annals in Criminology*. 2006. Vol. 44. P. 14; Stephenson P., Gilbert K. Investigating computer-related crime. 2013 [Электронный ресурс]: // URL: <https://books.google.ru/books?id=2c0nAAAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=ru#v=onepage&q&f=false> (дата обращения: 28.02.2018); Finklea K., Theohary C. Cybercrime: conceptual issues for congress and U. S. law enforcement. Congressional Research Service, 2015. P. 3.

и сетей. Также считается, что при совершении киберпреступления могут быть использованы не только компьютеры, но и любые технические устройства²⁶. Третий подход к толкованию этого понятия основывается на том, что преступления такого рода также совершаются при помощи сетевых и компьютерных технологий. Вместе с тем его сторонники отрицают необходимость разграничения понятия «киберпреступление» от других понятий, используемых для описания схожих феноменов (например, компьютерное преступление, высокотехнологичное преступление, цифровой инцидент и т.д.)²⁷. Следовательно, главными характеристиками, определяющими то или иное противоправное деяние как киберпреступление, правильнее всего считать его совершение с помощью компьютерных и сетевых технологий.

Криминалисты отмечают, что в современных условиях практически все разновидности преступлений могут быть совершены при помощи персонального компьютера, исключая, пожалуй, некоторые преступления против жизни и здоровья граждан²⁸. При совершении киберпреступлений нередко осуществляются прямые атаки на компьютеры или другие устройства с целью вывода их из строя. Иногда атакованные компьютеры используются для распространения вредоносных программ, незаконной информации, разного рода изображений (например, детской порнографии) и других материалов.

В новейшей юридической литературе выделяются следующие виды киберпреступлений: корыстные киберпреступления (фишинг, кибервымогательство, финансовое мошенничество и др.), хищение персональных данных, кибершпионаж, кибербуллинг, нарушение авторских прав и некоторые другие. Рассматривая их, нужно учитывать, что в современных условиях в легальный экономический оборот активно поступают «нетрадиционные» виды имущества (в том числе веб-сайты, криптовалюты, технологии мобильной связи, интернет-имущество и т.п.)²⁹. Поскольку они обладают способностью приносить высокие доходы, на них соответствующим образом реагирует криминальная среда. В результате появляются все новые виды преступных посягательств, предполагающие использование современных

²⁶ *Thomas D., Loader B.* Cybercrime: law enforcement, security and surveillance in the information age. London: England: Routledge, 2000. P. 3; *Casey E.* Digital evidence and computer crime. Elsevier: Academic Press, 2004. P. 28; *Wall D.* Cybercrime as a conduit for criminal activity // Information, Technology and the Criminal Justice System. Beverly Hills, CA: Sage Publications, 2005. P. 81; *Kirwan G., Power A.* The psychology of cyber crime: concepts and principles. Hershey, PA: Information Science Reference, 2012. P. 15.

²⁷ *Viano C.* Cybercrime, organized crime, and societal responses: international approaches. Dordrecht: Springer International Publishing, 2017. P. 7.

²⁸ См., напр.: *Степанов-Егиянц В.Г.* Ответственность за преступления против компьютерной информации по уголовному законодательству Российской Федерации. М., 2016. 190 с.

²⁹ *Некрасов В.Н.* Актуальные вопросы уголовно-правовой охраны информационной деятельности в России // Актуальные проблемы российского права. 2017. № 7. С. 108–114.

информационных технологий на условиях внезапности и анонимности³⁰. Практически все названные противоправные деяния значительно опаснее иных преступлений, совершаемых вне киберпространства, поскольку обладают способностью причинять ущерб всем охраняемым законом интересам. Их диапазон варьируется от частных неимущественных интересов отдельных граждан до интересов безопасности государства.

Изучение следственной практики показывает, что перед совершением преступлений данной категории злоумышленники нередко проводят масштабные организационные и технические подготовительные мероприятия. Они изучают характеристики программно-аппаратных средств, определяют уровень защиты информации, оптимальные пути доступа к ней, принимают иные меры. Факты осуществления таких действий могут при определенных условиях фиксироваться. Из их числа криминалисты выделяют технологии, позволяющие обнаруживать попытки проникновения в компьютерные системы, а также процедуры регистрации программных операций и действий персонала³¹.

Сведения, изложенные, проанализированные и систематизированные в данной статье, несомненно, подтверждают правильность позиции, доминирующей среди российских криминалистов, что борьба с киберпреступностью является проблемой международного масштаба. Действительно, поскольку меры по предотвращению, выявлению, раскрытию и расследованию преступлений, совершаемых с использованием современных информационных технологий, не могут быть результативными лишь на национальном уровне в силу транснационального и трансграничного характера самой сети «Интернет». Более того, непрекращающееся увеличение численности ее пользователей закономерно порождает их зависимость от информационного общества и уязвимость от разного рода киберпосягательств. Одновременно растет вероятность стать очередной жертвой киберпреступности³². Именно поэтому одним из принципов Стратегии развития информационного общества в Российской Федерации на 2017–2030 гг. провозглашено обеспечение государственной защиты интересов российских граждан в информационной сфере. Необходимость в этом вызвана множеством факторов, из которых следует выделить: увеличение объемов информации, обрабатываемой и хранимой в киберпространстве; ее «привлекательность» для преступников; повышенную скрытность совершения преступлений и отсутствие их связи

³⁰ Рассолов И.М. Киберпреступность: понятие, основные черты, формы проявления // Юридический мир. 2008. № 2. С. 44–46.

³¹ Степанов В.В. Поисково-познавательная деятельность при расследовании преступлений, совершенных с использованием высоких технологий. М., 2014. С. 167–169.

³² Рускевич Е.А. Уголовное право и информатизация // Журнал российского права. 2017. № 8. С. 73–80.

с определенной территориальной локацией; существование объективных сложностей их выявления, раскрытия и расследования; нестандартность, сложность и постоянное обновление способов совершения преступлений; длительную неосведомленность потерпевших о факте их совершения; отсутствие возможности «предотвращения и пресечения преступлений данного вида традиционными средствами»³³.



Библиография

- Батоев В.Б., Семенчук В.В. Использование криптовалюты в преступной деятельности: проблемы противодействия // Труды Академии управления МВД России. 2017. № 2. С. 9–15.
- Бондаренко Д.Д. Виртуальные валюты: сущность и борьба с их использованием в преступных целях (на примере США) // Международное уголовное право и международная юстиция. 2015. № 6. С. 23–25.
- Вехов В.Б. Электронные следы в системе криминалистики / Вехов В.Б., Смагоринский Б.П., Ковалев С.А. Судебная экспертиза. М.: Юрлитинформ, 2016. С. 10–19.
- Некрасов В.Н. Актуальные вопросы уголовно-правовой охраны информационной деятельности в России // Актуальные проблемы российского права. 2017. № 7. С. 108–114.
- Русскевич Е.А. Уголовное право и информатизация // Журнал российского права. 2017. № 8. С. 73–80.
- Сокол В.Ю. Кризис отечественной криминалистики: монография. Краснодар: КрУ МВД России. 2017. 332 с.
- Степанов-Егиянц В.Г. Ответственность за преступления против компьютерной информации по уголовному законодательству Российской Федерации. М.: Статут, 2016. 190 с.
- Трунцевский Ю.В. Состояние и тенденции преступности в Российской Федерации и прогнозы ее развития // Российская юстиция. 2016. № 8. С. 29–31.
- Шевченко Е.С. Актуальные проблемы расследования киберпреступлений // Эксперт-криминалист. 2015. № 3. С. 29–30.
- Casey E. Digital evidence and computer crime. Elsevier: Academic Press, 2004. 690 p.
- Finklea K., Theohary C. Cybercrime: conceptual issues for congress and U. S. law enforcement. Congressional Research Service, 2015. 27 p.
- Kirwan G., Power A. The psychology of cyber crime: concepts and principles. Hershey, PA: Information Science Reference, 2012. 372 p.
- Viano C. Cybercrime, organized crime, and societal responses: international approaches. Dordrecht: Springer International Publishing, 2017. 378 p.
- Wall D. Cybercrime as a conduit for criminal activity // Information, Technology and the Criminal Justice System, Beverly Hills CA: Sage Publications, 2005. P. 77–98.
- Young J., Foster K., Garfinkel S., Fairbanks K. *Distinct sector hashes for target file detection* // Computer. 2012. N 45. P. 28–3

³³ Осипенко А.Л. Сетевая компьютерная преступность. Омск, 2009. С. 109–110.

Phenomenology of the Computer-Oriented Crimes



Alexander S. Shatalov

Professor, Department of Criminal Law and Criminal Science, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: asshatalov@rambler.ru, asshatalov@hse.ru



Abstract

Phenomenology in its Greek literal interpretation is the doctrine of phenomena, i.e. phenomena or events under observation. In modern philosophy, it acts as a method of scientific analysis of consciousness and immanent, a priori structures of human existence. This article is the result of applying this method to setting and understanding the best ways to solve the problems directly related to the investigation of computer oriented crimes. Having resorted to historical generalizations, the author made an attempt to find an answer to the question why against the backdrop of the doctrinal achievements of domestic criminalistics with so many new ideas, concepts, technologies, forensic algorithms and investigation programs, the progress in combating crime remains underestimated? The main cause of this situation is seen in the fact that Russian criminalistics for a long time developed apart from the leading foreign research schools. In turn, this situation is still preserved despite the global integration processes that have taken hold practically all the countries of the world. As the main direction of overcoming the crisis phenomena, the author positions the implementation in the scientific resources of domestic criminalistics of modern information technologies in general, and, to increase the effectiveness of combating crimes committed using computer and network capabilities, in particular. He considers the fight against them to make an international problem, since the measures to prevent, detect, uncover and investigate crimes committed using modern information technologies cannot be effective only at the national level, because of the transnational and transborder nature of the Internet itself. Given the continuing increase in the number of its users, which naturally causes their dependence on the information community and the vulnerability of all kinds of cyberattacks, a scientific analysis of the current state of investigation of crimes of this kind is made and recommendations are formulated to raise the effectiveness of this activity.



Keywords

information technologies; cybercrime; computer crimes; criminalistics; forensic methodology; investigation of crimes; forensic methodology; informational resources; criminal proceedings; forensic information.

Citation: Shatalov A.S. (2018) Phenomenology of the Computer-Oriented Crimes. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 68–83 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.2.68.83



References

Batoev V.B., Semenchuk V.V. (2017) Ispol'zovanie kriptovalyuty v prestupnoy deyatel'nosti: problemy protivodeystviya [Using cryptocurrency in crimes: issues of counteracting]. *Trudy Akademii upravleniya MVD Rossii*, no 2, pp. 9–15.

- Bondarenko D.D. (2015) Virtual'nye valyuty: sushchnost' i bor'ba s ikh ispol'zovaniem v prestupnykh tselyakh [Virtual currencies and tackling their use for criminal purposes]. *Mezhdunarodnoe ugolovnoe pravo i mezhdunarodnaya yustitsiya*, no 6, pp. 23–25.
- Casey E. (2004) *Digital evidence and computer crime*. Elsevier: Academic Press, 690 p.
- Finklea K., Theohary C. (2015) *Cybercrime: conceptual issues for congress and US. law enforcement*. Washington, D.C.: Congressional Research Service, 27 p.
- Kirwan G., Power A. (2012) *The psychology of cyber crime: concepts and principles*. Hershey, PA: Information Science Reference, 372 p.
- Nekrasov V.N. (2017) Aktual'nye voprosy ugolovno-pravovoy okhrany informatsionnoy deyatel'nosti v Rossii [Criminal law protection of information activity in Russia]. *Aktual'nye problemy rossiyskogo prava*, no 7, pp. 108–114.
- Ruskevich E.A. (2017) Ugolovnoe pravo i informatizatsiya [Criminal law and information technologies]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 8, pp. 73–80.
- Shevchenko E.S. (2015) Aktual'nye problemy rassledovaniya kiberprestupleniy [Issues of investigating cybercrimes]. *Ekspert-kriminalist*, no 3, pp. 29–30.
- Stepanov-Egiyants V.G. (2016) *Otvetstvennost' za prestupleniya protiv komp'yuternoy informatsii po ugolovnomu zakonodatel'stvu Rossiyskoy Federatsii* [Liability for a crime against computer information under RF criminal law]. Moscow: Statut, 190 p. (in Russian)
- Sokol V.Yu. (2017) *Krizis otechestvennoy kriminalistiki* [Crisis of Russian criminal science]. Krasnodar: MVD Rossii, 332 p. (in Russian)
- Truntsevskiy Yu.V. (2016) Sostoyanie i tendentsii prestupnosti v Rossiyskoy Federatsii i prognozy ee razvitiya [State and Trends in crime in Russia and forecasts]. *Rossiyskaya yustitsiya*, no 8, pp. 29–31.
- Vekhov V.B. (2016) Elektronnye sledy v sisteme kriminalistiki [Electronic signs in criminal science]. *Sudebnaya ekspertiza*. Moscow: Yurlitinform, pp. 10–19.
- Viano C. (2017) *Cybercrime, organized crime, and societal responses: international approaches*. Dordrecht: Springer International Publishing, 378 p.
- Wall D. (2005) *Cybercrime as a conduit for criminal activity. Information, Technology and the Criminal Justice System*. Beverly Hills, CA: Sage Publications, pp. 77–98.
- Young J. et al. (2012) Distinct sector hashes for target file detection. *Computer*, no 45, pp. 28–35.

Обеспечение прав и законных интересов несовершеннолетних средствами уголовного закона



И.И. Нагорная

доцент кафедры уголовного права и криминалистики Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: irnag@yandex.ru



Аннотация

Несовершеннолетние являются социальной группой, нуждающейся в повышенной охране, в том числе средствами уголовного закона. Особенности личности несовершеннолетних, их прав и законных интересов влияют на содержание норм Уголовного кодекса России, которые охраняют права и законные интересы несовершеннолетних потерпевших (пострадавших) от преступления и предусматривают меры воздействия на лиц, совершивших уголовно наказуемые деяния в возрасте от 14 до 18 лет. Никакие уголовно-правовые меры не могут быть применены к лицам, не достигшим возраста, с которого наступает уголовная ответственность, и лицам, нарушившим уголовно-правовой запрет в состоянии «возрастной невменяемости» согласно ч. 3 ст. 20 Уголовного кодекса. В статье рассматриваются такие особенности личности несовершеннолетних, как несформировавшаяся система ценностей, повышенная внушаемость, импульсивность, неспособность оценить ситуацию и т.п., а также характеризуются их права и законные интересы. Указывается, что уголовный закон призван не только установить повышенную ответственность за посягательства на несовершеннолетних и обеспечить защиту их прав компетентными органами, но и оградить семью несовершеннолетнего от произвольного вмешательства в ее жизнь иных лиц, включая должностных лиц органов опеки и попечительства, поскольку воспитание в семье рассматривается как важнейший самостоятельный законный интерес несовершеннолетнего. Обосновывается тезис об «уменьшенной вине» несовершеннолетнего в преступлении по сравнению с виной взрослых. Эта и другие особенности, включая повышенную способность к позитивным изменениям личности, объясняют снижение сроков наказания, расширение возможности освобождения от уголовной ответственности и от наказания и наличие других специальных норм в Уголовном кодексе. Аргументируется необходимость уточнения понятия «возрастная невменяемость», а также дальнейшего исследования и введения в действие альтернативных мер воздействия, в том числе предусмотренных иными отраслями права, на несовершеннолетнего, совершившего запрещенное уголовным законом деяние. Такие меры способны помочь избежать негативных последствий применения уголовного наказания к несовершеннолетнему, что соответствует как его интересам, так и интересам общества в целом.



Ключевые слова

несовершеннолетний, вмешательство в дела семьи, права и законные интересы несовершеннолетних, уголовно-правовая охрана несовершеннолетних, уголовная ответственность несовершеннолетних, «уменьшенная вина», «возрастная невменяемость».

Библиографическое описание: Нагорная И. И. Обеспечение прав и законных интересов несовершеннолетнего средствами уголовного закона // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 2. С. 84–102.

JEL: K 14; K 42; УДК:343

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.2.84.102

Постановка проблемы

Несовершеннолетние рассматриваются в международных правовых актах и различных отраслях национального законодательства как уязвимая категория населения, нуждающаяся в повышенной защите¹. По Уголовному кодексу Российской Федерации (далее — УК РФ) несовершеннолетние могут выступать в нескольких качествах: 1) как потерпевшие от преступления²; 2) как субъекты преступления; 3) как лица, совершившие общественно опасное деяние, которые не подлежат уголовной ответственности в силу недостижения возраста, с которого наступает такая ответственность, или по причине так называемой «возрастной невменяемости» (ч. 3 ст. 20 УК РФ); 4) как лица, совершившие общественно опасное деяние в состоянии невменяемости.

Потерпевшими от преступления могут быть несовершеннолетние до достижения ими 18 лет³, субъектами преступления — от 14 до 18 лет. К третьей категории лиц не могут быть применены меры, предусмотренные уголовным законом, однако УК РФ и Пленум Верховного Суда Российской Федерации⁴

¹ Алисиевич Е.С. К вопросу об определении понятия «уязвимые группы» в международном праве прав человека // Евразийский юридический журнал. 2013. № 1. С. 29–33; Путилов П.Н. Нормальное развитие несовершеннолетних как объект уголовно-правовой охраны: автореф. дис. ... к. ю. н. Омск, 1999. С. 3.

² Термин «потерпевший от преступления» используется в уголовно-правовом значении. См.: Анощенкова С.В. Уголовно-правовое учение о потерпевшем / отв. ред. Н.А. Лопашенко. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 33.

³ Исходя из ст. 106 УК РФ «Убийство матерью новорожденного ребенка», уголовно-правовая охрана жизни начинается с момента начала родов. Это особая конструкция, предназначенная для целей уголовного закона. Сомнительно, что можно говорить о существовании субъекта права до того, как произойдет полное отделение плода от тела матери. В любом случае указанная проблема выходит за рамки данного исследования.

⁴ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 01.02.2011 № 1 «О судебной практике применения законодательства, регламентирующего особенности уголовной ответ-

решают в их отношении такие важные вопросы, как установление факта недостижения возраста уголовной ответственности или наличия «возрастной невменяемости».

О невменяемости несовершеннолетнего можно вести речь, только если лицо достигло 14, но не 18 лет. При этом уголовный закон одинаково подходит к решению вопроса о невменяемости несовершеннолетних и взрослых, в связи с чем четвертая категория лиц отдельно не рассматривается в рамках данной статьи.

Таким образом, посредством УК РФ осуществляется: 1) уголовно-правовая охрана прав и законных интересов несовершеннолетних потерпевших; 2) уголовно-правовое воздействие, под которым понимаются «ответные действия государства, применяемые к лицу, совершившему общественно опасное деяние, запрещенное уголовным законом»⁵ в возрасте от 14 до 18 лет; 3) отказ от привлечения к уголовной ответственности, а также от применения принудительных мер медицинского характера и принудительных мер воспитательного воздействия⁶ к лицам, не достигшим возраста, с которого наступает уголовная ответственность, и лицам, которые находились в состоянии «возрастной невменяемости».

Совместное рассмотрение указанных явлений объясняется особенностями личности несовершеннолетних, их прав и законных интересов, которые определяют специфику всех норм уголовного закона, имеющих отношение к данной группе населения. Данная специфика в целом правильно описывается в литературе как «привилегированное положение несовершеннолетнего в современном уголовном законодательстве»⁷.

Перед обществом и государством стоят особые задачи, связанные с обеспечением нормального развития несовершеннолетних и их интеграции в социальную жизнь. Уголовный закон следует рассматривать как единый сложный инструмент, адресованный как потерпевшим от преступления, так и лицам, нарушившим уголовно-правовой запрет. Как особенности уголовно-правовой охраны первых, так и обособленные нормы в главе 14 и ст. 20 УК РФ для последних направлены на обеспечение прав и законных интересов несовершеннолетних.

ственности и наказания несовершеннолетних» // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2011. № 4.

⁵ Уголовно-правовое воздействие / под ред. А.И. Рарога. М.: Проспект, 2017. С. 22. В литературе существуют и иные взгляды на понятие и содержание уголовно-правового воздействия.

⁶ Спасенников Б.А. Принудительные меры медицинского характера: Теория, уголовно-правовое регулирование, практика: автореф. дис. ... д. ю. н. М., 2004. С. 32.

⁷ Таюрская Е.А. Несовершеннолетний в уголовном праве России // Вестник Восточно-Сибирского института МВД России. 2014. № 3. С. 10–11.

Использование понятия «законные интересы» наряду с термином «права несовершеннолетних» объясняется спецификой последних как социальной группы, нуждающейся в создании условий для последующей полной самореализации. Законный интерес состоит из двух элементов: возможности пользования определенным социальным благом и обращения в необходимых случаях к уполномоченным органам за защитой⁸.

Законный интерес является самостоятельным объектом правовой охраны наряду с субъективным правом, в отличие от которого ему не противостоит встречная прямая юридическая обязанность вести себя определенным образом. В случае законных интересов возможность носит абстрактный характер, что, однако, не умаляет их значения как особой правовой категории⁹.

Перейдем к анализу особенностей личности, прав и законных интересов несовершеннолетних, а также к установлению влияния данных особенностей на соответствующие нормы уголовного закона, доктрину и правоприменительную практику. При этом учтем различные «роли», в которых может выступать несовершеннолетний (потерпевший, субъект преступления, лицо, нарушившее уголовный запрет в состоянии «возрастной невменяемости» или не достигшее возраста, с которого наступает уголовная ответственность).

Особенности личности несовершеннолетних, их прав и законных интересов

Уязвимость несовершеннолетних связана с их возрастом, который означает, что они в силу естественных причин еще не достигли достаточной степени развития для самостоятельного участия во всех сферах общественной жизни.

Анализ соответствующей литературы позволяет выделить множество характерных черт, присущих несовершеннолетним и имеющих значение для уголовного права. Перечислим некоторые из них: 1) неустоявшаяся система жизненных ценностей; 2) низкий уровень самокритичности и критичности к выбору друзей, круга общения; 3) импульсивность, повышенная эмоциональная возбудимость; 4) повышенная физическая активность, физиологическая перестройка организма; 5) мечтательность; 6) повышенная внушаемость; 7) склонность к подражательству, стремление принадлежать к группе и лидировать в ней; 8) неприятие непродуманных педагогических нотаций; 9) неумение в силу небольшого жизненного опыта оценить ситуа-

⁸ Малько А.В., Субочев В.В. Законные интересы как правовая категория. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. С. 73–74.

⁹ Там же. С. 68–72.

цию; 10) стремление к самостоятельности, независимости от взрослых; 11) повышенная способность к изменениям личности¹⁰.

Несовершеннолетние обладают собственными права и законными интересами, которые могут не совпадать и даже противоречить интересам родителей и иных лиц. Выделим следующие их особенности, которые являются взаимосвязанными и, по сути, вытекают одна из другой.

1. Зависимость процесса определения содержания и реализации прав и законных интересов от взрослых лиц. Основная проблема заключается в том, что взрослые не только защищают права и законные интересы детей¹¹, но и определяют, в чем они заключаются. Последнее, естественно, во многом зависит от возраста несовершеннолетнего.

2. Приоритетная роль родителей и семьи в определении содержания, реализации и защите прав и законных интересов несовершеннолетнего. Так, п. 1 ст. 64 Семейного кодекса Российской Федерации (далее — СК РФ) устанавливает, что родители должны выступать в защиту прав и интересов ребенка. Пункт 3 ст. 1 СК РФ признает приоритет семейного воспитания детей. Пункт 1 ст. 63 СК РФ закрепляет преимущественное право родителей на обучение и воспитание своих детей перед всеми другими лицами. Пунктом 1 ст. 1 СК РФ запрещается произвольное вмешательство кого-либо в дела семьи. Однако ключевое значение имеет использование термина «произвольное», что предполагает выделение множества случаев, когда такое вмешательство признается обоснованным.

3. Уменьшенная возможность осознания и определения несовершеннолетними своих прав и законных интересов, а также предвидения последствий выбора того или иного варианта поведения. Например, отказ от получения основного общего образования вряд ли соответствует интересам ребенка, чем бы это ни оправдывалось. В связи с этим часть законных интересов подкрепляется наличием в законодательстве определенных обязанностей и запретов. Так, п. 2 ст. 63 СК РФ закрепляет, что родители обязаны обеспечить получение детьми общего образования. Подпунктом 11 п. 2 ст. 16 Федерального закона от 22.11.1995 № 171-ФЗ «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции и об ограничении потребления (распития)

¹⁰ Криминология / под ред. В.Н. Кудрявцева, В.Е. Эминова. М.: Норма, 2009. С. 562–564; Маркунов С.А. Осознание уголовно-правовых запретов в структуре уголовной ответственности несовершеннолетних: автореф. дис. ... к. ю. н. М., 2007. С. 22; Вишневецкий К.В. Виктимологическая характеристика несовершеннолетних // Теория и практика общественного развития. 2015. № 21. С. 93; Савельев А.И. Несовершеннолетние жертвы преступлений как объект виктимологического исследования // Психопедагогика в правоохранительных органах. 2012. № 1. С. 62; Shust K.B. Extending Sentencing Mitigation for Deserving Young Adults // The Journal of Criminal Law and Criminology. 2014. Vol. 104. No 3. P. 679–685.

¹¹ Понятия «несовершеннолетний», «дети», «ребенок» здесь и далее используются как синонимы.

алкогольной продукции»¹² запрещается розничная продажа алкогольной продукции несовершеннолетним.

4. Воспитание родителями и семейное воспитание являются самостоятельным законным интересом несовершеннолетнего. Это можно рассматривать как аксиому. При прочих равных условиях семья является наилучшим местом воспитания и реализации иных прав и законных интересов ребенка.

5. Необходимость обеспечения защиты несовершеннолетних не только от посягательств посторонних лиц, но и от злоупотребления родительскими правами и правами иных уполномоченных субъектов.

6. Связь законных интересов несовершеннолетних с жизнью общества. Для самореализации ребенку необходимо усвоить нормы социального поведения. Не только сам несовершеннолетний, но и общество, и государство заинтересованы в его социализации и полном раскрытии способностей. Это предполагает, что у воспитателя должны быть средства воздействия на поведение ребенка. Однако допустимость различных средств вызывает дискуссии.

Все перечисленные особенности напрямую влияют на уголовное право.

Влияние выявленных особенностей на уголовно-правовую охрану прав и законных интересов несовершеннолетних потерпевших

Уголовное право в этом отношении призвано выполнить несколько важных задач: 1) установить повышенную ответственность за посягательства на несовершеннолетних, усилить наказание для специальных субъектов, обязанных воспитывать и осуществлять надзор за несовершеннолетними; 2) определить специальный перечень уголовно наказуемых деяний, связанных с посягательствами на отдельные интересы несовершеннолетних; 3) установить ответственность должностных лиц компетентных органов за ненадлежащее исполнения обязанностей по защите прав несовершеннолетних; 4) оградить семью и несовершеннолетних от произвольного вмешательства в их жизнь иных лиц, включая государственные органы.

Первая и вторая задачи выполняются посредством большого количества нормативных предписаний. Так, п. «п» ч. 1 ст. 63 УК РФ к числу отягчающих наказание обстоятельств относит совершение преступления в отношении несовершеннолетнего родителем или иным лицом, на которое законом возложены обязанности по воспитанию несовершеннолетнего, а равно педагогическим работником или другим работником образовательной организации, медицинской организации, организации, оказывающей социальные

¹² СЗ РФ. 1995. № 48. Ст. 4553.

услуги, либо иной организации, обязанным осуществлять надзор за несовершеннолетним. Соответствующий квалифицирующий признак содержится в ч. 2 ст. 150 УК РФ «Вовлечение несовершеннолетнего в совершение преступления» и ч. 2 ст. 151 УК РФ «Вовлечение несовершеннолетнего в совершение антиобщественных действий». Пункты «д» и «з» ч. 1 ст. 63 УК РФ предусматривают такие отягчающие обстоятельства, как привлечение к совершению преступления лиц, не достигших возраста, с которого наступает уголовная ответственность, и совершение преступления в отношении малолетнего.

УК РФ различным образом указывает на несовершеннолетний возраст потерпевших. Взяв за основу классификацию А.А. Байбарина, можно выделить следующие формулировки: новорожденный (ст. 106 УК РФ); малолетство, малолетние (ст. 125, ч. 1 ст. 245 УК РФ); ребенок (дети) (ст. 153, 154 УК РФ); дети в возрасте до шести лет (п. «б» ч. 2 ст. 238 УК РФ); несовершеннолетний (ч. 2 ст. 121, ч. 3 ст. 122, п. «д» ч. 2 ст. 126 УК РФ); лицо, не достигшее 14 лет (п. «б» ч. 4 ст. 131 УК РФ); лицо, не достигшее 16 лет (ст. 134, 135 УК РФ); лицо, не достигшее 12 лет (примечание к ст. 131 УК РФ)¹³. В ряде случаев возрастной признак дополняется заведомостью, что вытекает из текста уголовного закона или из разъяснений Пленума Верховного Суда России¹⁴.

Специалисты по-разному подходят к вопросу о классификации преступлений против несовершеннолетних, выделяя, в частности: 1) преступления против личности несовершеннолетних; 2) преступления, связанные с вовлечением несовершеннолетних в совершение преступлений или иных антиобщественных действий; 3) преступления против психического и физического развития несовершеннолетних; 4) преступления, связанные с нарушением имущественных прав несовершеннолетних; 5) преступления, нарушающие право несовершеннолетнего проживать с родителями и воспитываться в семье; 6) преступления, нарушающие право несовершеннолетнего на воспитание, заботу и обязательную финансовую поддержку¹⁵. Глава 20 УК РФ устанавливает ответственность за посягательства против семьи и несовершеннолетних, например, незаконное усыновление (удочерение), подмену ребенка и т.п.

¹³ Байбарин А.А. Уголовно-правовая дифференциация возраста. М.: Высшая школа, 2009. С. 157.

¹⁴ Постановление Пленума Верховного Суда России от 4.12. 2014 № 16 «О судебной практике по делам о преступлениях против половой неприкосновенности и половой свободы личности» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2015. № 2. Используется формулировка «знал или допускал» несовершеннолетие или иной возраст потерпевшего.

¹⁵ Виноградов А.В., Полтарыгин Р.В. Уголовный закон как средство защиты интересов несовершеннолетних // Известия Тульского государственного университета. Экономические и юридические науки. 2016. № 1–2. С. 135.

Следует отметить, что перечень посягательств на иные законные интересы несовершеннолетних является изменчивым, так как общественная опасность соответствующих деяний вызывает споры. Так, в 2011 г. введена уголовная ответственность за розничную продажу несовершеннолетним алкогольной продукции, если это деяние совершено неоднократно (ст. 151.1 УК РФ). В 2017 г. была изменена редакция ст. 116 УК РФ, в результате чего побои, за которые лицо ранее не привлекалось к административной ответственности, были переведены в разряд административных правонарушений.

В иных случаях к дополнению уголовного закона приводит развитие технологий и иные изменения в общественной жизни, резонансные происшествия, выявляющие пробелы УК РФ. Речь идет, в частности, о корректировке текста ст. 110 УК РФ «Доведение до самоубийства», введении в действие ст. 110.1 УК РФ «Склонение к совершению самоубийства или содействие совершению самоубийства», ст. 110.2 УК РФ «Организация деятельности, направленной на побуждение к совершению самоубийства», которые имели место в 2017 г. При этом целесообразность ряда нововведений нельзя считать бесспорной.

Выполняя третью задачу, уголовный закон позволяет квалифицировать ненадлежащее выполнение определенных обязанностей как должностные преступления, что находит отражение в судебной практике. Так, С., главный специалист органа опеки и попечительства, была признана виновной в халатности по ч. 1 ст. 293 УК РФ. С. достоверно знала о непосредственной угрозе жизни и здоровью малолетней Ф., о фактах уклонения ее матери от воспитания ребенка. Осознавая, что имеются основания для изъятия Ф. из семьи с целью защиты ее прав и законных интересов, а также для ограничения ее матери в родительских правах, С. не приняла никаких мер для этого, оставив ребенка в опасных условиях¹⁶.

Четвертая задача является наиболее сложной, поскольку связана с установлением тонкой грани, где воспитание в семье перестает обеспечивать права и законные интересы ребенка и начинает противоречить им. В первую очередь ее определение — функция семейного права, однако следует отметить, что, несмотря на субсидиарность права уголовного, его нормы «явно или неявно меняют характер позитивного регулирования»¹⁷. Уголовное право подает своеобразные сигналы о том, какое поведение признается в наивысшей степени недопустимым, и тем самым очерчивает его возможные варианты.

¹⁶ Приговор Заиграевского районного суда Республики Бурятия от 19.01. 2016 по делу 1-49/2016 (1-472/2015) [Электронный ресурс]: // URL: <https://rospravosudie.com/court-zaigraevskij-rajonnyj-sud-respublika-buryatiya-s/act-502845418/> (дата обращения: 09.08.2017)

¹⁷ Жалинский А.Э. Избранные труды: В 4 т. Т. 2. Уголовное право / отв. ред. О.Л. Дубовик. М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2015. С. 26.

Примечание к ст. 151 УК РФ гласит, что данная статья неприменима, если родитель вовлекает ребенка в занятие бродяжничеством вследствие стечения тяжелых жизненных обстоятельств, вызванных утратой источника средств существования или отсутствием места жительства. Если несовершеннолетний вовлекается в совершение преступления, необходимо руководствоваться ст. 150 УК РФ, которая не содержит подобных изъятий.

Поскольку в уголовном законе используются оценочные понятия, а также имеется указание на возможность признания деяния малозначительным (ч. 2 ст. 14 УК РФ), важную роль играет судебная практика по уголовным делам, которая наполняет уголовно-правовые запреты реальным содержанием. Так, Судебная коллегия по уголовным делам Московского областного суда определением от 27.09. 2011 по делу № 22-6547 признала малозначительным деяние Л., осужденного по ст. 156 УК РФ за то, что он в наказание несколько раз ударил ремнем и отрезком телевизионного кабеля сына, причинив ему физическую боль. Уголовное дело было прекращено¹⁸.

Хотя практика применения уголовного закона во многих случаях остается противоречивой, тезис, что некоторые решения вышестоящих судебных инстанций имеет «правообразующее действие», практически не вызывает сомнений¹⁹. При этом многие авторы выражают опасения по поводу сложившейся ситуации и выдвигают предложения по совершенствованию данного процесса²⁰.

Рассматривая нормальное развитие несовершеннолетнего как объект уголовно-правовой охраны по гл. 20 УК РФ, П.Н. Путилов справедливо указывает, что под ним «необходимо понимать процесс накопления духовных и физических качеств, присущих социализированной личности с минимально допустимыми критериями, принятыми в данном обществе, применительно к несовершеннолетнему с учетом его возраста»²¹. Указание на минимально допустимые критерии в данном случае имеет ключевое значение. Воспитание в семье, как уже говорилось, является самостоятельным законным интересом несовершеннолетнего, и до тех пор, пока семья отвечает минимальным социальным требованиям, вмешательство в нее с помощью уголовного закона недопустимо.

¹⁸ Бюллетень судебной практики Московского областного суда за третий квартал 2011 г. [Электронный ресурс]: // URL: <http://ourcourt.ru/mosoblsud/2011/12/21/663560.htm> (дата обращения: 04.04.2017)

¹⁹ Жалинский А.Э. Правообразующее действие судебной практики по уголовным делам: вопросы совершенствования // Уголовное право. 2010. № 4. С. 127–130.

²⁰ Там же. С. 127–130; Бойцов А.И. Судебная практика как источник уголовного права // Судебная практика в российской правовой системе. СПб.: Питер, 2003. С. 9–68.

²¹ Путилов П.Н. Указ. соч. С. 14.

Важную роль могут иметь и общепринятые в уголовно-правовой доктрине позиции, которым зачастую следует и судебная практика. Так, различные авторы конкретизируют ситуации, при которых изъятие ребенка у родителей (одного из родителей) не считается уголовно наказуемым вмешательством в дела семьи. Так, не может квалифицироваться по ст. 126 УК РФ завладение и перемещение ребенка одним из родителей или другим близким родственником вопреки воле другого родителя или иных лиц, у которых он находился на законном основании, при условии, что лицо действует в интересах ребенка²².

Нельзя также не упомянуть, что изъятия детей из семьи, в том числе усыновленных зачастую вызывают большой общественный резонанс. В связи с этим возникли инициативы о введении отдельной статьи в УК РФ, предусматривающей ответственность за незаконное отобрание детей у родителей²³. Полагаем, что данная проблема вполне может быть разрешена путем применения норм о должностных преступлениях. Это скорее вопрос готовности правоприменителей рассматривать соответствующие деяния, чем пробел уголовного закона.

Влияние выявленных особенностей на уголовно-правовое воздействие на несовершеннолетних

Как указывает С.А. Маркунцов, «процесс осознания уголовно-правовых запретов несовершеннолетними обладает рядом специфических особенностей, обусловленных психофизиологической спецификой названных субъектов»²⁴, «несовершеннолетний в силу психологических особенностей восприятия в ряде случаев до конца не осознает смысл конкретных правовых понятий, с помощью которых описывается определенный уголовно-правовой запрет»²⁵. Также нельзя недооценивать особенности системы ценностей и волевой сферы несовершеннолетнего, выявленные ранее.

Все это ведет к тому, что в практике Верховного суда США получило распространение понятие «уменьшенная вина» (*diminished culpability*) несовершеннолетних²⁶, т.е. вина, которая не может быть приравнена к вине взрослых лиц, соответственно, несовершеннолетние не могут быть подвергнуты столь

²² Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / под ред. Г.А. Есакова. М.: Проспект, 2017. С. 210; Уголовное право. Особенная часть / под ред. Л.В. Иногамовой-Хегай, А.И. Рагоа, А.И. Чучаева. М.: КОНТРАКТ, 2008. С. 89.

²³ Соответствующее предложение выдвинула общественная организация «Родительское все-российское сопротивление» [Электронный ресурс]: // URL: <https://iz.ru/news/552764> (дата обращения: 10.08.2017)

²⁴ Маркунцов С.А. Указ соч. С. 10.

²⁵ Там же. С. 20.

²⁶ Shust K.B. Op. cit. P. 679–685.

же строгому воздействию. Такой подход соответствует принципу справедливости, а не только идее снисхождения, которая с правовой точки зрения не может быть признана безупречной, поскольку она основана лишь на «доброй воле властителя»²⁷.

Особый подход к несовершеннолетним объясняется также повышенным влиянием взрослых на их поведение и тем фактом, что одной из причин нарушения уголовно-правовых запретов является ненадлежащее выполнение обязанностей по воспитанию ребенка (виновное или невиновное). Чрезвычайно важно и то, что несовершеннолетние в большей степени, чем взрослые, способны изменить свои ценностные установки и исправиться в будущем. В связи с этим уголовный закон устанавливает пониженные сроки и размеры наказания несовершеннолетних, сокращенные сроки давности привлечения к уголовной ответственности, возможность применения принудительных мер воспитательного воздействия вместо наказания и т.п. Согласно п. «б» ч. 1 ст. 61 УК РФ несовершеннолетие виновного признается обстоятельством, смягчающим наказание.

Учитывая условность установления возрастного порога, при котором человек достигает уровня зрелости, ст. 96 УК РФ предусматривает право суда применить специальные нормы, предусмотренные гл. 14, к лицам, совершившим преступления в возрасте от 18 до 20 лет, в исключительных случаях с учетом характера совершенного деяния и личности. При этом данные лица не могут быть помещены в специальное учебно-воспитательное учреждение закрытого типа либо воспитательную колонию.

Такая принудительная мера воспитательного воздействия, как передача под надзор родителей или лиц, их заменяющих, отражает исключительную роль семьи в формировании личности несовершеннолетнего и направлена как на соблюдение его законных интересов, так и интересов общества (п. «б» ч. 2 ст. 90 УК РФ). Мера в виде ограничения досуга и установления особых требований к поведению несовершеннолетнего может рассматриваться как своего рода помощь родителям в процессе поддержания дисциплины ребенка (п. «г» ч. 2 ст. 90 УК РФ). Часть 2 ст. 88 УК РФ устанавливает, что штраф, назначенный несовершеннолетнему, может быть взыскан с его родителей или иных законных представителей с их согласия, что также характеризует особые отношения в семье и ее исключительную роль в воспитании.

Нельзя не отметить, что для некоторых уголовно-наказуемых деяний несовершеннолетних характерна повышенная жестокость и агрессивность²⁸, что также вытекает из особенностей их личности. Такие деяния вызывают повышенное внимание средств массовой информации и бурную реакцию

²⁷ Уголовно-правовое воздействие / под ред. А.И. Рарога. С. 192, 203.

²⁸ Криминология / под ред. В.Н. Кудрявцева, В.Е. Эминова. С. 558–559.

общества. В связи с этим возникает опасность восприятия профессиональным сообществом эмоциональных оценок как руководства к действию. Так, Е. Мэйба указывает, что описание нового поколения несовершеннолетних в качестве «суперхищников», предложенное в недавнее время американской специальной литературой, не было подкреплено должными эмпирическими данными. Некоторые авторы впоследствии отказались от данной идеи. Однако под влиянием их трудов, а также общественного мнения, сформированного в результате беспрецедентного роста внимания телевидения к отдельным преступлениям, в США была существенно усилена уголовная ответственность несовершеннолетних. Это в несколько раз увеличило количество осужденных к лишению свободы, что имело негативные последствия для всего американского общества²⁹.

Отдельную проблему представляют ситуации, в которых сочетается несовершеннолетие потерпевшего и субъекта преступления. Некоторые авторы сомневаются в обоснованности усиления уголовной ответственности во всех подобных ситуациях, исходя лишь из возраста первого. При этом приводятся различные примеры, в том числе связанные с ответственностью за изнасилование и насильственные действия сексуального характера, совершенные с использованием беспомощного состояния лица, не достигшего 12-летнего возраста, лицом, достигшим 14 лет³⁰.

Значение отказа от уголовно-правового воздействия на лиц, не достигших возраста, с которого наступает уголовная ответственность, и лиц, находившихся в состоянии «возрастной невменяемости»

Такой отказ имеет не только рациональное, но и символическое значение³¹, в целом указывая, что любое уголовно-правовое воздействие предполагает достижение определенного возраста, а значит и определенной степени зрелости. Ребенок, сколь бы жестоким и осознанным ни казался его поведение, нуждается в иных способах воздействия. Отметим, что дискуссия о снижении возраста уголовной ответственности либо о корректиров-

²⁹ *Mayba Ye.* Justice Reform: Who's Got the Power // *Themis: Research Journal of Justice Studies and Forensic Science.* 2015. Vol. 3. No 1. P. 55–57.

³⁰ *Пантюхина И.В.* Роль сочетания несовершеннолетнего возраста субъекта и потерпевшего в половых преступлениях // *Вестник КГУ им. Н.А. Некрасова.* 2016. № 4. С. 226–227.

³¹ А.Э. Жалинский указывал: «Уголовное право по природе вещей имеет символическое содержание, а поэтому воспринимается гражданами... как некий символ... как то, что несет определенное послание о намерениях государства, его политике, защищаемых ценностях». См.: *Жалинский А.Э.* Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. М.: Проспект, 2009. С. 44–45.

ке перечня преступлений, ответственность за которые наступает с 14 лет, должна опираться на все особенности личности несовершеннолетних и выявлять возможность осознания ими содержания конкретного уголовно-правового запрета.

Также следует иметь в виду негативные последствия применения к несовершеннолетнему уголовных наказаний, в особенности лишения свободы, что усугубляется отсутствием системы ресоциализации после освобождения³². Желание общества защититься от правонарушающего поведения несовершеннолетних путем применения наиболее жестких мер может вызвать обратный эффект. Это же относится к любым предложениям об усилении ответственности лиц, совершивших преступления в возрасте от 14 до 18 лет.

Серьезные теоретические и практические проблемы вызывает норма о «возрастной невменяемости», предусмотренная ч. 3 ст. 20 УК РФ. Она сходна с так называемой ограниченной вменяемостью по ст. 22 УК РФ в том, что лицо не могло в полной мере осознавать фактический характер и общественную опасность своего деяния или руководить им. Однако в ч. 3 ст. 20 УК РФ речь идет лишь о лицах до 18 лет, достигших возраста, с которого наступает уголовная ответственность, которые по буквальному тексту закона отстают в развитии по причинам, не связанным с психическим расстройством. Б.А. Спасенников пишет, что в изученной им судебной практике не исследовался «факт наличия (отсутствия) влияния отставания в психическом развитии, не связанного с психическим расстройством, на способность несовершеннолетнего к осознанно волевой регуляции поведения во время совершения преступления», суды концентрировались лишь на наличии отставания³³. Далее он отмечает, что УК РФ по непонятным причинам не предусматривает ограничений для такой категории лиц. Очевидно, законодатель не учел, что они могут быть социально опасны, а отставание в психическом развитии не исчезает самостоятельно³⁴.

В практике Верховного Суда РФ ч. 3 ст. 20 УК РФ применялась как к лицу, имеющему отставание в психическом развитии, не связанное с психическим расстройством, так и к лицу, у которого такое расстройство было. Анализируя эти решения, С.В. Полубинская указывает, что один и тот же подросток, не способный в полной мере осознавать фактический характер и общественную опасность своего деяния или руководить им вследствие, например, легкой степени умственной отсталости, может как подлежать уголовному наказанию, к тому же соединенному с принудительным лечением при применении к нему ст. 22 УК РФ, так и вообще не подлежать уголовной

³² Лелеков В.А. Преступный рецидив несовершеннолетних и его предупреждение // Вестник Воронежского института МВД России. 2014. № 4.С. 15–23.

³³ Спасенников Б.А. Указ. соч. С. 31.

³⁴ Там же. С. 32.

ответственности, если будет выбрана ч. 3 ст. 20»³⁵. Данная ситуация, без сомнения, требует корректировки.

Отметим, однако, что воздействие на несовершеннолетнего может производиться средствами других отраслей права. Например, п. 4 ст. 15 Федерального закона от 24.06.1999 № 120-ФЗ «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних»³⁶ предусматривает возможность помещения несовершеннолетних в возрасте от 11 до 18 лет в специальные учебно-воспитательные учреждения закрытого типа. Это допустимо, когда несовершеннолетние не подлежат уголовной ответственности в связи с тем, что к моменту совершения общественно опасного деяния не достигли возраста, с которого наступает уголовная ответственность, или совершили деяние в состоянии возрастной невменяемости. Отметим, что данная мера может применяться в качестве принудительного воспитательного воздействия при освобождении несовершеннолетнего от наказания по ст. 92 УК РФ.

При всей неоднозначности данной проблемы подчеркнем, что в настоящий момент существует острая потребность в дальнейшем изучении эффективности и внедрении альтернативных методов воздействия на лиц, совершивших деяние, запрещенное уголовным законом. Это объясняется доказанностью факта невозможности предупреждения повторного нарушения уголовно-правовых запретов исключительно с помощью уголовных наказаний. В то же время имеются сведения об эффективности иных мер, применяемых к несовершеннолетним³⁷. Такие меры могут быть предусмотрены уголовным законом или иными отраслями законодательства.

Выводы

Уголовный закон следует рассматривать как единый сложный инструмент, посредством которого осуществляется охрана прав и законных интересов несовершеннолетних потерпевших и уголовно-правовое воздействие на лиц, совершивших общественно опасное деяние, запрещенное уголовным законом, в возрасте от 14 до 18 лет.

³⁵ Уголовное право: Учебник. В 3 т. Т. 1. Общая часть / под ред. А.Э. Жалинского. М.: Городец, 2011. С. 438–439.

³⁶ СЗ РФ. 1999. № 26. Ст. 3177.

³⁷ Tsui J. Breaking Free of the Prison Paradigm: Integrating Restorative Justice Techniques Into Chicago's Juvenile Justice System // The Journal of Criminal Law and Criminology. 2014. Vol. 104. No 3. P. 641–643; Сараев Н.В. Общественно опасные деяния лиц, не достигших возраста уголовной ответственности, как криминологическая категория: автореф. дис ... к. ю. н. Ростов н/Д, 2007. С. 21–25.

Законодатель принципиально отказывается не только от привлечения к уголовной ответственности, но и от применения принудительных мер медицинского характера и воспитательного воздействия к лицам, не достигшим возраста, с которого наступает уголовная ответственность, и лицам, которые совершили запрещенное деяние в состоянии «возрастной невменяемости». Это имеет важное символическое значение, а также практические последствия. Меры воздействия на данных лиц предусматриваются в отраслевом законодательстве.

Несовершеннолетние являются уязвимой категорией населения. Их личность имеет ряд особенностей, значимых для уголовного права, независимо от того, являются ли они лицами, нарушившими уголовно-правовой запрет, или потерпевшими от преступлений. Должны быть учтены, в частности, такие характерные черты, как неустоявшаяся система ценностей, импульсивность, повышенная внушаемость.

Несовершеннолетние обладают собственными правами и законными интересами, которые могут отличаться или даже противоречить интересам взрослых. В то же время реализация и определение содержания законных интересов ребенка во многом зависит от последних. Воспитание несовершеннолетних в семье следует рассматривать как их самостоятельный законный интерес.

Охраняя права и законные интересы несовершеннолетних потерпевших, УК РФ выполняет несколько задач: устанавливает повышенную ответственность за посягательства на несовершеннолетних (например, п. «д» ч. 2 ст. 126 УК РФ), усиливает наказание для специальных субъектов, обязанных воспитывать и осуществлять надзор за несовершеннолетними (например, ч. 2 ст. 150, ч. 2 ст. 151 УК РФ); определяет специальный перечень уголовно наказуемых деяний, связанных с посягательствами на отдельные интересы несовершеннолетних (в частности, ст. 151.1, 155 УК РФ); устанавливает ответственность должностных лиц компетентных органов за ненадлежащее исполнение обязанностей по защите прав несовершеннолетних. Так, к ответственности за халатность привлекаются должностные лица органа опеки и попечительства, не осуществившие своевременное отобрание у родителей ребенка, жизни и здоровью которого угрожает опасность; стремится оградить семью несовершеннолетнего от произвольного вмешательства в ее жизнь иных лиц, включая государственные органы. Данная задача реализуется как в процессе законотворчества, так и в процессе правоприменения посредством толкования оценочных понятий уголовного закона, в частности, жестокого обращения по ст. 156 УК РФ, а также решения вопроса о малозначительности деяния. В идеале правоприменительная практика призвана исключить произвольное вмешательство в дела семьи. Насущ-

ной проблемой является также возможность привлечения к уголовной ответственности представителей органов опеки и попечительства, незаконно изъявших детей из семьи.

Установление особенностей уголовной ответственности и наказания несовершеннолетних (сокращенные сроки и размеры наказания, дополнительные возможности для освобождения от уголовной ответственности и наказания и др.) должны объясняться прежде всего тем, что вина несовершеннолетних в совершенном преступлении является «уменьшенной» по сравнению с виной взрослых лиц. Такой подход соответствует принципу справедливости, а не только идее снисхождения, которая с правовой точки зрения не может быть признана безупречной.

Также должны быть учтены следующие обстоятельства: взрослые способны оказать существенное негативное влияние на поведение несовершеннолетних, а правонарушающие деяния последних одной из причин имеют ненадлежащее выполнение обязанностей по воспитанию ребенка (виновное или невиновное); несовершеннолетние в большей степени, чем взрослые, способны изменить свои ценностные установки и исправиться в будущем.

Некоторые деяния несовершеннолетних отличаются повышенной жесткостью и агрессивностью, что объясняется особенностями их личности и само по себе не должно служить основанием для усиления уголовной ответственности или снижения минимального возраста, с которого она наступает. Указанные вопросы требуют учета всех характеристик данной социальной группы, а также негативных последствий уголовного наказания, в особенности, отбывания лишения свободы несовершеннолетними.

Норма о «возрастной невменяемости» несовершеннолетних противоречиво толкуется правоприменителем, что ведет к нарушению принципа справедливости. В связи с этим требуется ее уточнение.

Назрела потребность в дальнейшем изучении и применении на практике альтернативных методов воздействия на несовершеннолетних, совершивших деяние, запрещенное уголовным законом, которые позволили бы избежать повторного совершения таких деяний, поскольку доказано, что одно лишь уголовное наказание не позволяет этого добиться. Это соответствует как интересам самого несовершеннолетнего, так и общества в целом.



Библиография

Алисиевич Е. С. К вопросу об определении понятия «уязвимые группы» в международном праве прав человека // Евразийский юридический журнал. 2013. № 1. С. 29–33.

Виноградов А.В., Полтарыгин Р.В. Уголовный закон как средство защиты интересов несовершеннолетних // Известия Тульского государственного университета. Экономические и юридические науки. 2016. № 1-2. С. 132–138.

Вишневецкий К.В. Виктимологическая характеристика несовершеннолетних // Теория и практика общественного развития. 2015. № 21. С. 93–95.

Жалинский А.Э. Правообразующее действие судебной практики по уголовным делам: вопросы совершенствования // Уголовное право. 2010. № 4. С. 127–130.

Жалинский А.Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. М.: Проспект, 2009. 400 с.

Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / под ред. Г.А. Есакова. М.: Проспект, 2017. 736 с.

Лелеков В.А. Преступный рецидив несовершеннолетних и его предупреждение // Вестник Воронежского института МВД России. 2014. № 4. С. 15–23.

Пантюхина И.В. Роль сочетания несовершеннолетнего возраста субъекта и потерпевшего в половых преступлениях // Вестник КГУ им. Н.А. Некрасова. 2016 № 4. С. 225–228.

Савельев А.И. Несовершеннолетние жертвы преступлений как объект виктимологического исследования // Психопедагогика в правоохранительных органах. 2012. № 1. С. 61–65.

Таюрская Е.А. Несовершеннолетний в уголовном праве России // Вестник Восточно-Сибирского института МВД России. 2014. № 3(70). С. 7–11.

Уголовное право. Особенная часть / под ред. Л.В. Иногамовой-Хегай, А.И. Рапова, А.И. Чучаева. М.: КОНТРАКТ, 2008. 800 с.

Уголовно-правовое воздействие / под ред. А.И. Рапова. М.: Проспект, 2017. 288 с.

Mayba Ye. Justice Reform: Who's Got the Power // Themis: Research Journal of Justice Studies and Forensic Science. 2015. Vol. 3. No 1. P. 46–77.

Shust K.B. Extending Sentencing Mitigation for Deserving Young Adults // The Journal of Criminal Law and Criminology. 2014. Vol. 104. No 3. P. P. 667–704.

Tsui J. Breaking Free of the Prison Paradigm: Integrating Restorative Justice Techniques into Chicago's Juvenile Justice System // The Journal of Criminal Law and Criminology. 2014. Vol. 104. No 3. P. 641–643.

Ensuring Rights and Legitimate Interests of Minors by Means of Criminal Law



Irina I. Nagornaya

Associate Professor, Criminal Law and Criminalistics Department, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: irnag@yandex.ru



Abstract

Minors represent a social group which requires enhanced protection, including by means of criminal law. The personal characteristics of minors and particular qualities of their rights and legitimate interests have an impact on the rules of the Criminal Code of the Russian Federation, which protect the rights and legitimate interests of minor victims and provide for measures of influence on persons aged from 14 to 18 who committed acts prohibited by criminal law. No criminal law measures can be applied to persons who have

not reached the age at which criminal responsibility occurs and to persons who violated the criminal law prohibition in the state of “age-related insanity” in accordance with part 3 of art. 20 of the Criminal Code. This has symbolic and practical significance. The article reveals such characteristics of minors as the unformed system of values, increased suggestibility, impulsiveness, inability to properly assess the situation and other, as well as the main features of their rights and legitimate interests. It is stated that the criminal law is designed not only to establish responsibility for infringements on minors and provide for protection of their rights by competent agencies, but also to protect the family from arbitrary interference in its life by other persons, including child protection services, since upbringing in the family is considered as an independent and important legitimate interest of the minor. The thesis about the diminished culpability of a minor compared with adults is proved. This thesis and other features, including the increased ability to positive changes in their behavior, explain the reduction of the terms of punishment, the broaden options for relief from criminal responsibility and punishment, and the existence of other special legal rules in the Criminal Code. It is argued that there is a need to clarify the concept of “age-related insanity”, conduct further research and implement the alternative measures of influence on minors who committed an act prohibited by criminal law, including those provided for by other branches of law. Such measures can help to avoid the negative consequences of applying criminal punishment to minors. This approach corresponds to their interests and the interests of the society as a whole.



Keywords

minor; interference in the family affairs; rights and legitimate interests of minors; criminal law protection of minors; criminal responsibility of minors; diminished culpability; age-related insanity.

Citation: Nagornaya I.I. (2018) Ensuring Rights and Legitimate Interests of Minors by Means of Criminal Justice. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 84–102 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.2.84.102



References

Alisievich E. S. (2013) K voprosu ob opredelenii ponyatiya «uyazvimye gruppy» v mezhdunarodnom prave prav cheloveka [On the concept of vulnerable groups in international human rights law]. *Evraziyskiy yuridicheskiy zhurnal*, no 1, pp. 29–33.

Esakov G.A. (ed.) (2017) *Kommentariy k Ugolovnomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii* [Commentary to the RF Criminal Code]. Moscow: Prospekt, 736 p. (in Russian)

Inogamova-Khegay L.V., Rarog A.I., Chuchaev A.I. (eds.) (2008) *Ugolovnoe pravo. Osobennaya chast'* [Criminal law. Special part]. Moscow: INFRA-M, 800 p. (in Russian)

Lelekov V.A. (2014) Prestupnyy retsidiv nesovershennoletnikh i ego preduprezhdenie [Averting repeated offence among the minors]. *Vestnik Voronezhskogo instituta MVD Rossii*, no 4, pp. 15–23.

Mayba Ye. (2015) Justice Reform: Who's Got the Power. *Themis: Research Journal of Justice Studies and Forensic Science*, vol. 3, no 1, pp. 46–77.

Pantyukhina I.V. (2016) Rol' sochetaniya nesovershennoletnego vozrasta sub"ekta i poterpevshego v polovykh prestupleniyakh [Role of minor age victim in sexual offences]. *Vestnik KGU im. N.A. Nekrasova*, no 4, pp. 225–228.

- Rarog A.I. (ed.) (2017) *Ugolovno-pravovoe vozdeystvie* [Criminal law influence]. Moscow: Prospekt, 288 p. (in Russian)
- Savel'ev A.I. (2012) Nesovershennoletnie zhertvy prestupleniy kak ob"ekt viktimologicheskogo issledovaniya [Crime victim under age in victimologic research]. *Psikhopedagogika v pravookhranitel'nykh organakh*, no 1, pp. 61–65.
- Shust K.B. (2014) Extending Sentencing Mitigation for Deserving Young Adults. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 104, no 3, pp. 667–704.
- Tayurskaya E.A. (2014) Nesovershennoletniy v ugovnom prave Rossii [The minor in Russian Criminal Law]. *Vestnik Vostochno-Sibirskogo instituta MVD Rossii*, no 3, pp. 7–11.
- Tsui J. (2014) Breaking Free of the Prison Paradigm: Integrating Restorative Justice Techniques into Chicago's Juvenile Justice System. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 104, no 3, pp. 641–643.
- Vinogradov A.V., Poltarygin R.V. (2016) Ugolovnyy zakon kak sredstvo zashchity interesov nesovershennoletnikh [Criminal law as a means of protecting minors]. *Izvestiya Tul'skogo gosudarstvennogo universiteta. Ekonomicheskie i yuridicheskie nauki*, no 1–2, pp. 132–138.
- Vishnevetskiy K.V. (2015) Viktimologicheskaya kharakteristika nesovershennoletnikh [Victimologic characteristics of the minors]. *Teoriya i praktika obshchestvennogo razvitiya*, no 2, pp. 93–95.
- Zhalinskiy A.E. (2010) Pravoobrazuyushchee deystvie sudebnoy praktiki po ugovnym delam: voprosy sovershenstvovaniya [Dispositive influence of criminal case practice: matters of improving]. *Ugolovnoe pravo*, no 4, pp. 127–130.
- Zhalinskiy A.E. (2009) *Ugolovnoe pravo v ozhidanii peremen: teoretiko-instrumental'nyy analiz* [Criminal law expecting changes: theory and practice analysis]. Moscow: Prospekt, 400 p. (in Russian)

Модели правового регулирования городского самоуправления в России в середине XIX — начале XX вв.



А.А. Савичев

научный сотрудник Научно-исследовательского отдела Научного центра правовой информации при Министерстве юстиции Российской Федерации. Адрес: 125438, Российская Федерация, Москва, ул. Михалковская, 65/1. E-mail: ucx7801@mail.ru



Аннотация

Социально-экономическое развитие России в XIX столетии не могло не сказаться на жизни городов, выступавших основными центрами торгово-промышленного роста страны. Отечественное городское самоуправление во второй половине XIX века неоднократно становилось объектом многочисленных государственных преобразований. Эволюция законодательства Российской империи, регулирующего общественные отношения в данной сфере, отражает процесс поиска государством оптимального подхода к правовой регламентации построения и функционирования системы городской власти. На основе исследования данного процесса с середины XIX до начала XX века автор приходит к выводу о неоднократном переходе государства от одной модели правового регулирования городского самоуправления к другой. При этом отмечается, что государство в условиях сохранения самодержавной монархии никогда не отказывалось полностью от применения общеимперского закона к городским поселениям. На основе сравнительно-правового метода автор устанавливает принципиальные отличия в применении подходов государства к правовому регулированию городского самоуправления в России и Великобритании. В Соединенном Королевстве, в отличие от Российской империи, имел место опыт регулирования соответствующей сферы только на основе локальных законов. Кроме того, автор приходит к выводу о принципиальной разнице в применении смешанной модели правовой регламентации городского самоуправления, при которой действуют как общегосударственный акт, так и партикулярные законы. В результате обобщения отечественного и английского опыта отмечается, что все государственные преобразования в данной сфере применительно к Российской империи были инициированы чаще всего сверху, самим государством. В Великобритании же фактором реформ в этом направлении становилась инициатива городских союзов, исходившая снизу. Кроме того, в исследовании предпринята попытка выделить различные модели правового регулирования городского самоуправления, которые были актуальны на данном историческом этапе. Каждая из этих моделей была на разных отрезках соответствующего периода присуща либо только России, либо только Великобритании.



Ключевые слова

партикуляризм; унификация законодательства; городское самоуправление; городская дума; городская управа; правовая регламентация; самодержавие.

Библиографическое описание: Савичев А.А. Модели правового регулирования самоуправления в России в середине XIX — начале XX вв. // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 2. С. 103–123.

JEL: K 19; УДК: 342

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.2.103.123

К середине XIX столетия в Российской империи наметились существенные изменения социально-экономического характера. Рассматриваемый исторический период ознаменовался быстрым ростом значения экономической и социокультурной роли городов¹. Торгово-промышленный подъем городских территорий и рост численности их населения как основные индикаторы урбанистических процессов проявлялись все более интенсивно. Например, Москва получила статус основного промышленного центра ранее отмены крепостного права. Уже в 1853 году в городе функционировали 443 фабрики с 46 тыс. рабочих и суммой производства около 30 млн. руб.² Новые социально-экономические реалии диктовали необходимость соответствующих реформ. В частности, назревала потребность в определенной децентрализации управления, пусть и при сохранении самодержавия. Города как важнейшие центры капиталистического развития нуждались в качественно новой системе управления, подразумевающей привлечение к решению вопросов городского хозяйства проживавшего на их территории населения. На тот момент Жалованная грамота городам 1785 года³ на практике не действовала. Кроме того, на фоне описанных социально-экономических тенденций положения законодательного акта, принятого более полувека назад, были уже устаревшими. Несостоятельность существовавшей системы органов городского самоуправления, по мнению отдельных деятелей государственного аппарата, предопределялась отсутствием условий формирования гражданской ответственности и убежденностью многих городских голов и членов дум, что единственной их обязанностью является точное и неукоснительное исполнение всех требований начальства⁴. Такая ситуация сохранялась на фоне роста потребности городского населения в выражении собственной воли при решении тех или иных вопросов местного значения.

Прежде чем перейти непосредственно к вопросу об эволюции отечественного законодательства о городском самоуправлении в середине XIX —

¹ Салихова Л.Б. Городское самоуправление в Дагестане во второй половине XIX — начале XX века: автореф. дис. ... к. и. н. Владикавказ, 2013. С. 3.

² Скубневский В.А. Города России во второй половине XIX века. Барнаул, 2012. С. 33–34.

³ Грамота на права и выгоды городам Российской Империи от 21 апреля 1785 г. / ПСЗ. Собр.1. Т. XXII. № 16188.

⁴ Дитятин И.И. Наши города за первые три четверти настоящего столетия. Статьи по истории русского права. СПб., 1895. С. 34.

начале XX вв. и о моделях правового регулирования данной сферы, сформировавшихся в ходе развития соответствующей нормативно-правовой базы, следует остановиться на общей характеристике основных актов об общественном управлении городов, принимавшихся в указанный период.

Центральное место среди всех нормативных правовых актов о городском самоуправлении занимали Жалованная грамота городам 1785 г. (сохранявшая юридическую силу до принятия Городового положения 1870 г.); Положение об общественном управлении С.-Петербурга 1846 г.; Положение об общественном управлении г. Москвы 1862 г.; Положение об общественном управлении г. Одессы 1863 г.; Положение об общественном управлении г. Тифлиса 1866 г.; Городовое положение 1870 г.; Городовое положение 1892 г.; Положение об общественном управлении С.-Петербурга 1903 г.

До принятия Городового положения 1870 г., передавшего значительную часть функций в области городского хозяйства в сферу компетенции органов городского самоуправления, многие вопросы развития и благоустройства городов решались на общегосударственном уровне, о чем свидетельствует принятие множества соответствующих актов⁵. Следовательно, в период с середины XIX в. и до городской реформы 1870 г., помимо основных нормативных правовых актов, касавшихся городского самоуправления (Жалованная грамота городам 1785 г., Положение об общественном управлении С.-Петербурга 1846 г.; Положение об общественном управлении Москвы 1862 г.; Положение об общественном управлении Одессы 1863 г.; Положение об общественном управлении Тифлиса 1866 г.), на общегосударственном уровне действовало множество актов, регулировавших отдельные вопросы городской жизни.

Среди перечисленных актов, принятых по аспектам городского хозяйства с середины XIX в. до 1870 г. выделяются две основные категории: 1) распространявшиеся на все городские территории; 2) действовавшие лишь в отношении отдельных городов. Такого рода деление вполне обоснованно

⁵ См.: Именной указ от 22 апреля 1845 г. «О дозволении жителям г. Москвы употреблять на устройство тротуаров однородный с Татаровским и Лыткаринским камень». // ПСЗРИ. Собр. II. Т. XX. Ч. 2. № 17833а; Именной указ от 22 января 1845 г. «О способе перевозки чрез мосты в С.-Петербурге артиллерийских орудий соответственно их тягости». // ПСЗРИ. Собр. II. Т. XX. Ч. 1. № 18653; Именной указ от 30 марта 1847 г. «О назначении в Москве с владельцев лавок на содержание пожарной команды особого сбора». // ПСЗРИ. Собр. II. Т. XXII. Ч. 1. № 21044; Высочайше утвержденное мнение Государственного Совета, от 16 мая 1860 г. «О порядке разрешения открывать в городах кофе-ресторанты». // ПСЗРИ. Собр. II. Т. XXXV. Ч. 1. № 35798; Высочайше утвержденное мнение Государственного Совета от 7 ноября 1860 г. «О введении во всех городах штрафа за бродящий по улицам скот». // ПСЗРИ. Собр. II. Т. XXXV. Ч. 2. № 36292; Высочайше утвержденное мнение Государственного совета от 20 февраля 1861 г. «О порядке распределения оценочного сбора между владельцами недвижимых имуществ в Москве и других губернских и уездных городах». // ПСЗРИ. Собр. II. Т. XXXVI. Ч. 1. № 36682.

может быть применимо к нормативным правовым актам в области городского самоуправления, принятым в течение и более длительного исторического периода, а именно: с середины XIX и до начала XX вв.

Акты, входящие в первую из указанных категорий, олицетворяют унификацию законодательства о городском самоуправлении, подразумевая единообразие в правовой регламентации соответствующей сферы общественных отношений⁶. При помощи актов второй группы регулирование городского самоуправления осуществляется уже на началах партикуляризма, т.е. за счет дифференцированного подхода, в большей степени позволяющего учитывать специфику того или иного населенного пункта, исходя в том числе из его социально-экономического и административно-политического положения, географических, национальных, культурных и иных особенностей.

Таким образом, отметим, что выделение различных моделей правового регулирования городского самоуправления в рассматриваемый исторический период может обуславливаться применением двух противоположных начал правовой регламентации соответствующей сферы общественных отношений: унификации и партикуляризма.

Унифицированный подход в правовом регулировании городского самоуправления подразумевает распространение единого законодательного акта на все городские территории. Применение же партикулярного принципа правовой регламентации рассматриваемой сферы предполагает, что специфика того или иного города отражается в специальном акте, действующем только в отношении этого города.

Эволюция отечественного законодательства о городском самоуправлении в середине XIX — начале XX вв. было трудным процессом становления и развития нормативной правовой базы в соответствующей сфере общественных отношений. В рамках этого процесса были сформированы различные модели правового регулирования общественного управления в городах, действовавшие в пределах уже более узких исторических отрезков. С целью характеристики этих моделей перейдем непосредственно к вопросу об эволюции нормативной правовой базы о городском самоуправлении России в середине XIX — начале XX вв.

В начале 1840-х гг. Временное отделение Хозяйственного департамента МВД приступило к разработке проекта городского положения. Данное отделение возглавлял известный реформатор Н.А. Милютин. Были собраны и изучены данные о тогдашнем состоянии городов Российской империи, все законопроект о городском управлении начиная с периода правления Пе-

⁶ См. например: Высочайше утвержденное положение Комитета Министров от 13 октября 1853 г. «О предоставлении Министру Внутренних Дел назначать небольшие денежные пособия городским жителям, пострадавшим от пожаров». // ПСЗРИ. Собр. II. Т. XXVIII. Ч. 1. № 27606; Городовое положение от 16 июня 1870 г. // ПСЗРИ. Собр. II. Т. XL. Отд. 1. № 48498.

тра I, обобщен зарубежный опыт в соответствующей сфере. Результатом четырехлетней работы стал проект Положения об общественном управлении, утвержденный императором 13 февраля 1846 года⁷.

16 февраля 1846 года в Санкт-Петербурге вводится Городовое положение⁸, заменявшее Шестигласную думу (учрежденную Жалованной грамотой городам Российской империи) всесословным органом городского самоуправления — Распорядительную думу. Из деятелей пяти сословных групп была образована Общая дума и ее исполнительный орган — Распорядительная дума. Все городское общество делилось на следующие сословные группы: 1) потомственные дворяне; 2) личные дворяне, почетные граждане и приравненные к личным дворянам разночинцы; 3) купцы всех трех гильдий; 4) столичные мещане, не записанные в цеха; 5) столичные ремесленники или мещане, записанные в цеха. Избирательным правом в Общую думу пользовались лица мужского пола, имевшие недвижимое имущество, приносящее доход от 100 рублей и проживавшие на территории города не менее 2 лет.

Таким образом, Санкт-Петербург к середине XIX века получил всесословную систему городского самоуправления, основанную на участии столичного населения (хотя и совсем незначительной его части — несколько более 1%) в решении вопросов городского хозяйства. В то же время на территории остальных городов Российской империи формально сохраняла действие Жалованная грамота 1785 года. Незадолго до городской реформы 1870 года петербургский Закон 1846 года будет введен на территории некоторых других крупных городов: в Москве — в 1862 г.⁹, в Одессе — в 1863 г.¹⁰, в Тифлисе — в 1866 г.¹¹ Однако принятие для указанных городов собственных положений об общественном управлении не означало полного воспроизводства петербургского акта.

Каждый город получил особенную систему общественного управления, которая отличалась от соответствующих систем других городов. В каждом из соответствующих городов формирование и организация деятельности структур городского общественного управления имели особенности. Для рассмотрения некоторых из них приведем таблицу.

⁷ Писарькова Л.Ф. Городские реформы в России и Московская дума. М., 2010. С. 75.

⁸ Именной указ, данный Сенату, от 13 февраля 1846 г. О новом положении о общественном управлении С.-Петербурга» // ПСЗ. Собрание 2. Т. 21. Ч. 1. № 19721.

⁹ Положение об общественном управлении Москвы от 20 марта 1862 года // ПСЗ. Собр. 2. Т. XXXVII. Отд. 1. №38078.

¹⁰ Положение об общественном управлении Одессы от 30 апреля 1863 г. // ПСЗ. Собр. 2. Т. XXXVIII. Ч. 1. № 39565.

¹¹ Положение об общественном управлении Тифлиса от 11 августа 1866 г. // ПСЗ. Собр. 2. Т. 41. Ч. 1. № 43550.

Особенности формирования и организации деятельности городских структур общественного управления в 1840 — 1860-х гг.

Критерий для сравнения	С.-Петербург	Москва	Одесса	Тифлис
Группы избирателей	1) потомственные дворяне, имеющие недвижимую собственность определенного размера; 2) личные дворяне и почетные граждане, имеющие такую же собственность; 3) купцы; 4) мещане; 5) ремесленники.	1) потомственные дворяне; 2) личные дворяне, почетные граждане, не записанные в гильдию, иностранцы и другие лица, не принадлежащие к купеческому и городским податным сословиям; 3) почетные граждане, записанные в гильдии и купцы; 4) мещане; 5) ремесленники.	1) владеющие в городе недвижимостью и не записанные в число местных купцов и мещан, какого бы звания и происхождения ни были; 2) купцы, записанные в гильдии; 3) мещане.	1) потомственные дворяне, владеющие недвижимой собственностью или занимающиеся торговлей и промышленностью; 2) личные дворяне и почетные граждане: потомственные и личные, также владеющие недвижимой собственностью или занимающиеся торговлей и промышленностью; 3) владеющие такой же собственностью граждане (макалаки и ахалмосули); 4) все не владеющие недвижимой собственностью, отбывающие городские повинности.
Состав Распорядительной думы/ Распорядительного городского правления (в Тифлисе)	Городской голова, «член от короны» и 12 членов, избираемых по 3 от каждой из первых трех сословных категорий и еще 3 члена — в совокупности от мещан и ремесленников	Городской голова и 10 членов, избираемых поровну, т.е. по 2 от каждой сословной категории.	Городской голова и 9 членов, избираемых поровну, т.е. по 3 от каждой сословной группы.	Городской голова, 8 членов (по 2 от каждой группы) и 1, назначаемый правительством.

Критерий для сравнения	С.-Петербург	Москва	Одесса	Тифлис
Порядок созыва собраний (заседаний) Общей думы/ Общего городского собрания (в Тифлисе)	Собрания созывались по прямому распоряжению начальства, т.е. военного генерал-губернатора.	1) обыкновенные — два раза в год в сроки, определенные самой Думой (для рассмотрения отчетов Распорядительной думы, смет и общих вопросов городского хозяйства); 2) особые — по распоряжению городского головы (о назначении как обыкновенного, так и особого собрания городской голова уведомлял военного генерал-губернатора)	Заседания назначались по распоряжению городского головы, который уведомлял об этом генерал-губернатора. Выделялись: 1) срочные заседания — в феврале и августе (для рассмотрения текущих вопросов; 2) чрезвычайные — по инициативе 10 гласных либо по требованию начальства (генерал-губернатора)	1) срочные — созывались в феврале и октябре; 2) чрезвычайные — только с разрешения начальника губернии.
Требования к претенденту на должность городского головы	из числа дворян, почетных граждан и купцов первой гильдии, не моложе 30 лет, владеющих собственностью на сумму не менее 15 тыс. руб.	из представителей всех сословных категорий, не моложе 30 лет, владеющих собственностью на сумму не менее 15 тыс. руб.	из представителей всех сословий, не моложе 25 лет, владеющих собственностью на сумму не менее 15 тыс. руб.	из числа лиц всех сословий, не моложе 25 лет, владеющих собственностью на сумму не менее 10 тыс. руб.

Из таблицы видно, что московский Закон расширяет состав второго городского сословия по сравнению с петербургским, в котором к нему отнесены личные дворяне, почетные граждане и разночинцы (ученые, артисты, художники, владеющие недвижимостью). В Москве же состав этой группы горожан определялся следующим образом: «владеющие такою же (т.е. недвижимую) собственностью личные дворяне, почетные граждане, в гильдии не записанные, иностранцы и других званий лица, не принадлежащие к купеческому и городским податным сословиям» (§ 5), следовательно в том чис-

ле и крестьяне. Это можно объяснить тем, что московское Положение было принято уже после отмены крепостного права.

В соответствии с Законом 1862 г. избирательные права получили 13229 горожан из 351627 москвичей (3,8 %), что было больше по сравнению с Санкт-Петербургом (7000 из 539000 человек или несколько более 1 %) ¹². Так или иначе, эту разницу можно объяснить тем, что состав потенциальных избирателей в Москве был шире, чем в С.-Петербурге.

С точки зрения состава Распорядительной думы наиболее демократичными являются московская и одесская модели. В Москве, как и в Одессе, был устранен дисбаланс представительства, характерный для петербургской системы. В состав данного органа в Москве входило не 12, а 10 лиц, избираемых от сословий, но зато поровну от каждой сословной категории. В С.-Петербурге же мещане и ремесленники выбирали вместе трех членов. Состав Тифлисского распорядительного городского правления также был сбалансирован с точки зрения всех групп горожан, однако уступал московской и одесской системам, где, в отличие от Тифлиса и С.-Петербурга, члена, назначаемого правительственной властью, не было.

Что касается порядка созыва собраний (заседаний) Общей думы, то по данному показателю в наиболее выгодном положении оказалась Москва, где, по сравнению с остальными городами, все заседания инициировались либо самой Думой, либо городским головой. Кроме того, московский Закон оставил Общей думе свободу в решении вопроса о сроках проведения обыкновенных собраний (проводимых два раза в год), в отличие от Одессы и Тифлиса, в которых соответствующие сроки были регламентированы законом.

Требования к претенденту на должность московского городского головы были ниже, чем в С.-Петербурге, где он избирался не из лиц всех сословий, а лишь из среды дворян, почетных граждан и купцов первой гильдии. По данному параметру Москва находилась в одинаковом положении с Одессой и Тифлисом. Однако если для одесского городского головы устанавливался более низкий в сравнении с московским возрастной ценз (25 лет вместо 30), то в Тифлисе к этому отличию было добавлено еще одно: необходимо было владеть в городе собственностью на сумму не менее 10 тыс. руб. вместо 15 тыс.

В рамках сравнительно-правового анализа организации структур городского самоуправления указанных городов в рассматриваемый исторический период выделяются и иные характеристики соответствующих моделей. Остановимся подробнее на некоторых отличиях московской и петербургской систем, функционировавших в крупнейших городах России. Дадим общую характеристику избирательной системы, введенной в рамках исследу-

¹² Писарькова Л.Ф. Городские избирательные кампании 1860-х годов в Москве. Москва: События, Люди, Проблемы. М., 1997. С. 48.

емой реформы. В качестве примера проанализируем порядок организации городских выборов в Москве.

Что касается активного избирательного права, то для всех сословий были введены единые избирательные цензы: имущественный ценз — избирателем мог владеть недвижимостью или капиталом, приносящего доход не менее 100 рублей в год; возрастной ценз — избирателем мог выступать достигший 21 года; ценз оседлости — для участия в выборах необходимо было проживать в Москве не менее двух лет.

Процедура выборов в Общую думу в Москве имела двухступенчатый характер: каждое из сословий избирало по 100 выборных, которые, в свою очередь, избирали из своего состава по 35 гласных. Для выборных и гласных возрастной ценз был повышен до 25 лет, а для городского головы — до 30 лет. Кроме того, претендент на должность городского головы должен был владеть недвижимой собственностью, оцененной не менее чем в 15 тыс. руб.

Московская городская Дума по сравнению с петербургской имела меньший численный состав (175 гласных; в С.-Петербурге по Закону 1846 г. численность гласных колебалась от 500 до 750). Лишь в 1862 г. количество членов С.-Петербургской думы было сокращено до 250 человек¹³.

Одновременно избирались по два члена от каждой сословной категории в Московскую распорядительную думу (впоследствии — Управа). Общая дума формировалась сроком на три года. Срок полномочий городского головы и Распорядительной думы составлял четыре года.

Несмотря на деление электората на сословные группы, допуск всех указанных выше категорий городского населения к голосованию на городских выборах дает основания вести речь об элементах бессословного общественного управления в Москве. Однако бессословный принцип управления городом выражался не только в процедуре выборов. Как указывал П. Муллов, в отличие от системы управления в Санкт-Петербурге, в Москве имел место особый порядок поступления на государственную службу в Распорядительную думу. Предполагалось, что сама Дума определяла лиц, имеющих право поступать на государственную службу только если речь шла о назначении на должности бухгалтера, секретаря, контролера, архивариуса и столоначальников (т.е. на должности, которые были непосредственно связаны с документооборотом либо материальной ответственностью). Что касается всех остальных должностей, то их можно было замещать по усмотрению Распорядительной думы либо такими же лицами (с правом государственной службы), либо по найму лицами всех сословий¹⁴.

¹³ Высочайше утвержденное мнение Государственного совета «Об изменении и дополнении некоторых постановлений о общественном управлении в С.-Петербурге» от 20 марта 1862 г. // ПСЗРИ. Собр. II. Т. XXXVII. Отд. 1. № 38080.

¹⁴ Муллов П. Историческое обозрение правительственных мер по устройству городского общественного управления. СПб., 1864. С. 183.

В системе городского общественного управления Москвы бессловное начало такого управления фактически имело двойственное проявление: во-первых, оно было выражено в процедуре формирования структур городского самоуправления, так как к выборам в Общую думу допускались все сословия, владеющие недвижимой собственностью, и для них были установлены равные избирательные цензы; во-вторых имелась возможность бессловной процедуры поступления на государственную службу в Распорядительную думу.

Более демократические начала формирования системы органов городского самоуправления Москвы отчасти объяснялись тем, что Санкт-Петербург обладал столичным статусом, был выделен из состава губернии в особое градоначальство, а его градоначальник наделялся правами губернатора и напрямую руководил полицией¹⁵. Что касается Москвы, то она выступала в качестве центра Московской губернии и характеризовалась меньшим уровнем правительственной опеки. Таким образом, уровень централизации публичной власти в Санкт-Петербурге был выше, чем в Москве.

Обобщив изложенное, отметим, что в 1840–1860-х гг. подход к правовому регулированию городского общественного управления в России становится более дифференцированным. Это происходит прежде всего в результате применения к отдельным городам Положения об общественном управлении Петербурга 1846 г. На территории остальных городов сохранила юридическую силу Жалованная грамота городам Российской империи. То есть унифицированный принцип правового регулирования городского самоуправления других городов был сохранен.

Таким образом, в России незадолго до городской реформы 1870 года наметился переход от унифицированного подхода в правовом регулировании городского самоуправления на основе Жалованной грамоты к дифференцированному. При этом дифференциация правовой регламентации городского общественного управления была «двухступенчатой»: собственно отход от положений Жалованной грамоты применительно к Санкт-Петербургу в результате принятия Закона 1846 года (первичная дифференциация); применение Положения 1846 года к другим городам с рядом изменений по сравнению с Санкт-Петербургом (последующая или вторичная дифференциация).

Тем не менее данное преобразование следует рассматривать в качестве «эксперимента» государства по воплощению системы городского самоуправления¹⁶. К середине XIX века правительственные круги признали необходимость общей городской реформы. Ее фундамент заложило петер-

¹⁵ Синькевич Н.А. Городское самоуправление Петербурга во второй половине XIX века (историко-правовой аспект): автореф. дис. ... к. ю. н. СПб., 1997. С. 4.

¹⁶ Дитятин И.И. Наши города за первые три четверти настоящего столетия. Статьи по истории русского права. СПб., 1895. С. 34.

бургское Положение 1846 г., введенное с некоторыми особенностями и в нескольких других крупных городах. Тем самым была предпринята попытка по-новому решить такие вопросы (оказавшиеся впоследствии в центре внимания авторов Городового положения 1870 года), как привлечение к самоуправлению лиц, наиболее заинтересованных в решении городских дел, процедура выборов и проверка их результатов, сдержки и противовесы внутри системы городских учреждений и пределы административного надзора над городским самоуправлением¹⁷.

Следует подчеркнуть, что инициативы в реформировании городского самоуправления в России исходили «сверху», т.е. от государства. Частичная дифференциация модели правового регулирования городского общественного управления, пусть и обусловленная лишь «экспериментом», была результатом правительственной инициативы.

В отличие от России, во всех европейских странах переход к капитализму сопровождался приобщением населения к местному самоуправлению¹⁸.

В связи с этим интересен британский опыт правового регулирования городского самоуправления. В Соединенном Королевстве в течение многовекового периода устройство и управление каждого города были основаны на партикулярных источниках права. Речь идет о так называемых Local Acts, т.е. законах, которые создавали право отдельного городского союза по его требованию. Например, вопросы управления Ливерпуля в 1846 году было урегулировано в основном местными статутами, объединенными путем Consolidation Act. Того же достиг Бирмингем в 1882 году. Однородный характер городских потребностей, вызванный хозяйственным развитием городов, привел к законодательному регулированию некоторых вопросов городского самоуправления в форме уставов, так называемых Clauses Acts. Санитарный закон 1875 года возвел, наконец, Clauses Acts в статус общего и отчасти принудительного права. Наряду с этим юридическую силу сохранили многочисленные Local Acts. Более того, эти акты продолжали принимать-ся применительно к отдельным городам¹⁹.

Следовательно, британский дифференцированный подход в правовом регулировании городского самоуправления следует рассматривать в качестве результата общественной инициативы городского населения, исходившей «снизу».

¹⁷ Соловьева Е.Г. Развитие законодательства по городскому самоуправлению во второй половине XIX в.: автореф. дис. ... к. ю. н. Нижний Новгород, 2007. С. 14.

¹⁸ См.: Бойко Н.А. Местное самоуправление в России во второй половине XIX — начале XX века (историко-правовое исследование): автореф. дис. ... к. ю. н. М., 2006. С. 11; Бурцева Е.Е. Всесословное и сословное самоуправление в городах Тульской губернии в последней трети XIX — начале XX вв.: дис. ... к. и. н. Тула, 2015. С. 38.

¹⁹ Редлих И. Английское местное управление. Изложение внутреннего управления Англии в его историческом развитии и современном состоянии / пер. с нем. Т. I. СПб., 1907. С. 272, 275–276.

В Британии каждый город имел отличительные черты и принципы управления. Однако, трансформируясь и развиваясь, британские города в условиях промышленного подъема и урбанизации шли от принципа невмешательства государства во внутренние дела городов к вынужденной централизации. На данном историческом этапе происходит частичный отказ от принципа «laissez faire» — невмешательства государства в сферу частных и местных интересов. В условиях несистематичности принятия локальных законов в определенной степени назревала необходимость формирования единообразного подхода к правовому регулированию соответствующей сферы. Тем не менее главным фактором создания унифицированной модели правовой регламентации городского самоуправления в Соединенном Королевстве послужило вовсе не отсутствие системности в законодательстве, а плачевное санитарно-эпидемиологическое состояние городов. На фоне индустриального подъема, роста численности городского населения и общего усложнения социально-экономической инфраструктуры росла угроза увеличения заболеваемости и смертности горожан²⁰. Однако в реформировании английского городского самоуправления в XIX веке ставка была сделана на местный интерес и инициативу, что традиционно составляло суть английского самоуправления. Поэтому партикулярные источники не утратили юридической значимости и после унификации законодательства в сфере городского самоуправления.

Таким образом, британское государство сумело обеспечить своего рода «социальный компромисс». С одной стороны, были созданы государственные гарантии санитарно-эпидемиологической безопасности, а с другой — сохранен партикулярный подход в правовой регламентации городского самоуправления.

Возвращаясь к российскому опыту правового регулирования системы городского самоуправления, необходимо отметить, что сочетание дифференцированного (Закон Санкт-Петербурга 1846 года, примененный также в Москве, Тифлисе и Одессе) и унифицированного (Жалованная грамота применительно к остальным городам) подходов в правовой регламентации соответствующих общественных отношений не было продолжительным — менее четверти века. Под влиянием комплекса социально-экономических факторов государство было вынуждено принять единый для всех городских территорий закон, что ознаменовало переход к более унифицированному подходу в правовом регулировании городского самоуправления. Многие авторы сходятся на том, что крепостное право тормозило процесс капиталистического развития, сдерживало промышленный рост, создавало «дефицит» рабочей силы²¹, потреб-

²⁰ Склярова Е.К. Принцип «laissez faire» и проблема централизованного управления Великобритании в первой половине XIX века // Гуманитарные и социальные науки. 2011. № 2. С. 15–17.

²¹ См.: Зайончковский П.А. Отмена крепостного права в России. М., 1968. С. 15, 33; Куличков В.К. Реформаторская деятельность Александра II в контексте истории России / Научно-практическая конференция: «Земская реформа Александра II. Ее результаты и влияние на современное

ность в которой испытывали города. В результате отмены крепостного права в 1861 году темпы прироста городского населения увеличивались. В то же время значительная часть городов имела земледельческий или полужемледельческий характер; основным родом занятий многих их жителей оставалось сельское хозяйство²². В условиях сохранения самодержавия городская реформа, исходившая «сверху», в условиях многочисленности городов и большой территории страны подразумевала преимущественно унифицированную модель правового регулирования данной сферы. Поэтому отказ от дифференцированного подхода был обусловлен его заведомо экспериментальным значением.

В результате в 1870 году было утверждено новое Городовое положение²³, которое закрепило определенную независимость городского самоуправления, оставило губернским властям полномочия по контролю только законности деятельности городских органов власти, учредило всесословный принцип формирования думы. На этих началах в городах были созданы городские думы (представительные органы) и городские управы (органы исполнительные).

Тем не менее об абсолютной унификации нормативно-правовой базы в области городского самоуправления говорить не приходится. В период действия Городового положения 1870 года было принято немало нормативных правовых актов, дополняющих и уточняющих ряд его положений по отношению к отдельным городам Российской империи. Например, в части, касающейся выборов, было принято Положение Комитета Министров от 25 ноября 1888 г. «О принятии неотложных мер к устранению обнаружившихся неустойств в избрании гласных С.-Петербургской и Московской Городских Дум»²⁴. Указанное Положение было направлено на упорядочение процедуры выборов в соответствующих городах, где имели место неудобства голосования в силу относительно большой численности избирателей по сравнению с другими городами.

Кроме того, думы столичных городов и Одессы были наделены дополнительными полномочиями сверх указанных в Городовом положении 1870 года²⁵. К предметам, по которым думы в данных городах могли издавать постановления помимо указанных в Положении, относились следующие: о

положение в России». Вязьма, 2014. С. 54; *Синькевич Н.А., Квитчук А.С.* Предпосылки крестьянской реформы 1861 года и механизм ее реализации // Вестник Новгородского государственного университета. 2014. № 83. Ч. 2. С. 84.

²² *Васильчиков А.И.* О самоуправлении. Сравнительный обзор русских и иностранных земских и общественных учреждений. Т. I. СПб.: В.В. Праutz, 1872. С. 181–182, 187–188, 191–193; *Джаншиев Г.А.* Эпоха великих реформ. М.: Разсвет, 1896. С. 508; *Семенов-Тянь-Шанский В. П.* Город и деревня в европейской России: очерк экономической географии. СПб.: Киршбаум, 1910. С. 49.

²³ Городовое положение от 16 июня 1870 г. // ПСЗ. Собр. 2. Т. 40. Отд. 1. № 48498.

²⁴ ПСЗ. Собрание 3. Т. 8. № 5573.

²⁵ Высочайше утвержденные Правила о применении Высочайше утвержденного 16 июня 1870 года Городового Положения к столицам и городу Одессе от 20 июня 1872 г. // ПСЗ. Собр. 2. Т. 47. Ч. 1. № 51014.

мерах по охране здоровья от вреда вследствие ненадлежащего использования и содержания фабрик, заводов, мастерских и помещений для рабочих в целом; о мерах по предупреждению наводнений и устранению их негативных последствий; о мерах по недопущению причинения вреда от домашних животных; о мерах по обеспечению безопасности уличного движения, движения по рекам и каналам, не находившихся в ведении Министерства путей сообщения; о времени открытия и закрытия торговых и промышленных заведений в воскресные и праздничные дни (с 1874 г. данное полномочие было дано городским думам всех городов²⁶).

Перечень городов, по отношению к которым имела место дифференциация в законодательных рамках Городового положения 1870 года, не исчерпывалась столичными городами и Одессой. На данном историческом этапе законодатель также принял во внимание региональную специфику городов Прибалтийских губерний. К предметам ведения общественного управления в городах Прибалтийских губерний сверх перечисленных в ст. 2 Положения относились следующие вопросы: надзор за дорогами и мостами, лежащими на отчете города вне городских пределов; открытие и закрытие ярмарок и базаров в пределах, установленных в этом отношении для земских учреждений; заведывание благотворительными заведениями и имуществами, подлежащими ведению городского общественного управления, принятие других мер призрения бедных; заведывание городскими почтовыми станциями — там, где они состоят в ведении городского управления; надзор за цехами или артелями извозчиков, якорщиков и перевозчиков, браковщиков, весовщиков и мерильщиков, за маклерами и другими подобными лицами, «употребляемыми в торговле»; составление справочных цен и такс на жизненные потребности; определение корабельных оценщиков в Риге²⁷.

Следует отметить, что полный отказ от партикулярного принципа правового регулирования городского самоуправления был невозможен в силу серьезной разницы между городскими поселениями в административно-политическом и социально-экономическом планах. Тем не менее такая дифференциация осуществлялась уже в рамках единого законодательного акта — Городового положения 1870 года, нормы которого лишь дополнялись и уточнялись другими нормативными правовыми актами. Сформировавшуюся модель следует рассматривать как унифицированную в силу того, что отдельных законов об общественном управлении того или иного города в данный исторический период не существовало.

²⁶ Высочайше утвержденное мнение Государственного Совета от 19 марта 1874 г. «О дополнении статьи 103, Городового положения 16 июня 1870 года» // ПСЗ. Собрание 2. Т. 49. Ч. 1. № 53286.

²⁷ Высочайше утвержденные Правила о применении Высочайше утвержденного 16 июня 1870 года Городового Положения к городам Прибалтийских губерний, от 26 марта 1877 г. // ПСЗ. Собрание 2. Т. 52. Ч. 1. № 57101.

Исключение составляли города Великого княжества Финляндского. Однако они не вписывались в проект общеимперской городской реформы изначально, так как после присоединения к России им было гарантировано сохранение собственного законодательства, в том числе в сфере городского самоуправления. Особый статус данных территорий и регулирование их городского общественного управления при помощи партикулярного принципа не отменяет унифицированного характера той модели правовой регламентации соответствующей сферы, которая утвердилась в результате городской реформы 1870 г. Несмотря на то, что на указанные территории не было распространено действие Положения 1870 г., законодатель отказался от создания новой нормативной правовой базы в отношении финских городов. В них сохранилась юридическая сила норм, которые действовали до вхождения Финляндии в состав Российской империи.

Тенденция дифференцированного регулирования лишь в пределах единого законодательного акта сохранится и после общеимперской городской контрреформы 1892 года, когда самостоятельность городских органов власти будет существенно урезана новым Городовым положением²⁸, которым, в частности, вводилось согласование с губернскими властями большинства решений городских дум. В качестве примера применения партикулярного принципа в период действия Закона 1892 г. отметим учет государством религиозно-этнических особенностей отдельных городских территорий.

Городской контрреформой 1892 г. были ужесточены требования к религиозному цензу при реализации пассивного избирательного права. Вместо 1/3 максимально допустимого числа гласных из нехристиан ст. 44 закрепляла, что их доля не должна превышать 1/5. Вместе с тем в отличие от Закона 1870 г., Городовое положение 1892 г. допускало отступление от данного правила в тех городах, где соблюдение этой нормы было затруднительным в силу недостаточного количества христиан. Отступление от указанного требования допускалось по постановлению местного по городским делам присутствия и с разрешения министра внутренних дел. Подобная практика была свойственна городам Закавказья, где мусульмане составляли более половины горожан (Шемаха, Нуха, Ленкорань, Нахичевань), либо около половины (например, Эривань, Елисаветполь)²⁹.

Таким образом, использование законодателем партикулярного принципа в пределах соответствующего единого нормативного правового акта было обусловлено теми же особенностями отдельных городских территорий, что и при применении дифференцированного подхода в правовом регулировании городского самоуправления вне законодательных границ конкретного

²⁸ Городовое положение от 11 июня 1892 г. // ПСЗ. Собр. 3. Т. XII. № 8708.

²⁹ *Туманов Г.М.* Заметки о городском самоуправлении на Кавказе. Тифлис, 1902. С. 184–185.

акта. Как отмечалось выше, в рамках правовой регламентации данной сферы общественных отношений принимались во внимание такие факторы, как административно-политическое и социально-экономическое положение городов, их культурные, религиозные, географические и иные особенности.

Как показал анализ применения дифференцированного начала в рассматриваемый исторический период, партикуляризм мог распространяться на такие вопросы, связанные с системой городского общественного управления, как формирование структур городского самоуправления и перечень их полномочий. При этом введенный Городовыми положениями 1870 и 1892 гг. подход к правовому регулированию городского самоуправления ознаменовал унифицированную модель, так как учет региональной специфики тех или иных городских территорий имел место уже в пределах единого общеимперского акта.

Частичная дифференциация в виде введения отдельного законодательного акта для Санкт-Петербурга произошла в начале XX столетия, когда было принято Положение об общественном управлении г. Санкт-Петербурга 1903 года³⁰. Для всех остальных городов вплоть до 1917 года сохранил юридическую силу Закон 1892 года. Но в данном случае дифференциация подразумевала скорее централизацию публичной власти по отношению к столице. По справедливому замечанию А.Г. Вайтенса³¹, данный законодательный акт не внес существенных изменений в компетенцию органов городского самоуправления, а государственный контроль за их деятельностью был усилен в результате создания специального органа — Особого по делам г. Санкт-Петербурга Присутствия. Данный орган, в состав которого входили городской голова, некоторые члены думы и управы, возглавлялся лицом, назначенным лично государем. Таким образом, по новому Положению юридические права города устанавливались и разъяснялись уже двумя государственными структурами — Сенатом и Особым Присутствием.

Подводя итог исследованию вопроса о моделях правового регулирования городского самоуправления в Российской империи в середине XIX — начале XX вв., сделаем выводы.

Дифференцированный подход в сочетании с началами унификации правового регулирования городского самоуправления, имевший место с середины XIX века до 1870 года, был обусловлен инициативой государства и реализовывался лишь в рамках эксперимента, готовившего почву для принятия общеимперского законодательного акта о городском самоуправлении.

³⁰ Положение об общественном управлении города С.-Петербурга от 8 июня 1903 г. // ПСЗ. Собр. 3. Т. 23. Часть 1. № 23101.

³¹ Вайтенс А.Г. Роль Городовых положений 1870 и 1892 годов в развитии градорегулирования в Петербурге-Петрограде // Вестник гражданских инженеров. 2008. № 4. С. 6.

В целом в середине XIX — начале XX вв. в России дифференцированная модель в «чистом виде» отсутствовала. С середины века до городской реформы 1870 года применялся скорее смешанный подход. С 1870 по 1903 гг. (в результате распространения на все городские поселения Городовых положений 1870 и 1892 гг.) действовала унифицированная модель. С 1903 по 1917 гг. (в результате принятия для Санкт-Петербурга Закона 1903 года при сохранении юридической силы Положения 1892 года для всех остальных городов) происходит возврат к существовавшей до 1870 года смешанной модели.

Зарубежный опыт показывает, что в Англии (в отличие от России) партикулярная (дифференцированная) модель выступала результатом инициативы городов, исходя «снизу», и была истинным плодом развития городской жизни. Главным отличием от России был опыт применения дифференцированной модели в «чистом виде». Даже проведя впоследствии унификацию законодательства в соответствующей сфере, британское государство пошло навстречу городским союзам и сохранило юридическую силу локальных законов в отношении отдельных городов. Сложившуюся в итоге модель можно охарактеризовать как смешанную, но при этом принципиально отличающуюся от смешанной модели, применявшейся в Российской империи в 1846–1870 и 1903–1917 гг.

Следовательно, если в России в рассмотренный исторический период не применялась в «чистом виде» дифференцированная модель, то в Англии отсутствовал опыт полной унификации нормативно-правового регулирования городского самоуправления. Смешанные модели, действовавшие в данных государствах, существенно отличались друг от друга. При анализе отечественного и британского опыта правовой регламентации городского самоуправления на соответствующем историческом этапе выделяются следующие модели правового регулирования данной сферы, сложившиеся в этот период: дифференцированная — учитывающая особенности городов и предполагающая применение к ним только локальных законов (Англия); унифицированная — подразумевающая более единообразный подход в правовом регулировании данной сферы и базирующаяся на едином законодательном акте для всех без исключения городских поселений (Россия); смешанная, которая может проявляться в двух вариантах:

а) наряду с общегосударственным законом, регулирующим наиболее общие вопросы городского самоуправления, на городских территориях действуют локальные законы, учитывающие их специфику (т.е. общегосударственный закон применяется к городу одновременно с партикулярным актом) (Великобритания);

б) к разным городам применяются взаимоисключающие законодательные акты: либо локальный закон, либо (при его отсутствии) общегосударственный акт (Россия).

Выделение смешанной модели дает основание полагать, что в рассматриваемый период, как в России, так и в Великобритании, в рамках отдельных более узких исторических отрезков имело место сосуществование двух противоположных начал правовой регламентации городского самоуправления. Следовательно, несмотря на полярность таких принципов правового регулирования данной сферы, как унификация и партикуляризм, в обеих странах был накоплен немалый опыт их сочетания, чем и обуславливается выделение соответствующей модели.

Если в Российской империи возникновение такой модели происходило в результате отказа государства от унифицированного подхода в его чистом виде, то британский опыт в этом смысле можно считать полной противоположностью отечественной практики правового регулирования городского самоуправления. В Великобритании данная модель представляла собой результат развития нормативной правовой базы о городском самоуправлении в виде совокупности исключительно партикулярных актов.

Сравнительно-правовой анализ моделей правового регулирования общественных отношений в области городского самоуправления, применявшихся на соответствующем историческом этапе в Российской империи и Великобритании, показал, что более либеральный подход к правовой регламентации данной сферы имел место в Соединенном Королевстве. Именно британское законодательство в сфере городского общественного управления характеризовалось более высокой степенью дифференциации, в большей мере учитывающей местные особенности. Даже если сравнивать смешанные модели России и Британии, очевидным является более высокий уровень децентрализации именно в британском варианте, при котором имеет место параллелизм общегосударственного закона и партикулярного акта на одной и той же городской территории. В Российской империи дифференциация нормативно-правовой базы в области городского самоуправления на фоне сохранения самодержавия не рассматривалась как цель преобразований и не подразумевала увеличения самостоятельности органов городского общественного управления. Ей или отводилась экспериментальная роль (для апробации законодательства перед общероссийской реформой 1870 года); или же она выступала в качестве инструмента усиления централизации городского управления в отношении конкретных городских территорий (Положение об общественном управлении Санкт-Петербурга 1903 года).

Исторический опыт применения к отдельным наиболее крупным городам России особого законодательного акта, учитывающего их специфику, может быть полезным и в современных условиях. По-прежнему остается дискуссионным вопрос о целесообразности принятия самостоятельного закона об организации местного самоуправления в городах федерального значения. При этом одной из главных проблем является объем полно-

мочий структур муниципальной власти в таких городах. С одной стороны, очевидна необходимость сохранения единства городского хозяйства мегаполисов, в силу чего многие вопросы местного значения решаются не на уровне внутригородских территорий, а на общегородском уровне, переходя в плоскость государственного управления. С другой, в условиях обширной территории данных городов и их усложненной социально-экономической инфраструктуры решать такие вопросы на уровне центральной городской власти (т.е. государственной власти субъекта федерации) затруднительно.



Библиография

Бурцева Е.Е. Всесословное и сословное самоуправление в городах Тульской губернии в последней трети XIX — начале XX вв.: дис. ... к. и. н. Тула, 2015. 236 с.

Вайтенс А.Г. Роль Городовых положений 1870 и 1892 годов в развитии градорегулирования в Петербурге-Петрограде // Вестник гражданских инженеров. 2008. № 4. С. 3–8.

Васильчиков А.И. О самоуправлении. Сравнительный обзор русских и иностранных земских и общественных учреждений. Т. I. СПб.: В.В. Прагц, 1872. 460 с.

Джаншиев Г.А. Эпоха великих реформ. М.: Разсветь, 1896. 864 с.

Дитятин И.И. Наши города за первые три четверти настоящего столетия / Статьи по истории русского права. СПб.: Пороховщиков, 1895. 631 с.

Куличков В.К. Реформаторская деятельность Александра II в контексте истории России / Научно-практическая конференция «Земская реформа Александра II. Ее результаты и влияние на современное положение России». Вязьма: МГИУ, 2014. С. 53–57.

Муллов П. Историческое обозрение правительственных мер по устройству городского общественного управления. СПб.: Тип. Министерства внутренних дел, 1864. 200 с.

Писарькова Л.Ф. Городские реформы в России и Московская дума. М.: Новый хронограф, 2010. 752 с.

Редлих И. Английское местное управление. Изложение внутреннего управления Англии в его историческом развитии и современном состоянии / пер. с нем. Т. I. СПб.: Альтшулер, 1907. 443 с.

Семенов-Тянь-Шанский В.П. Город и деревня в Европейской России: очерк экономической географии. СПб.: Киршбаум, 1910. 212 с.

Синькевич Н.А., Квитчук А.С. Предпосылки крестьянской реформы 1861 года и механизм ее реализации. // Вестник Новгородского государственного университета. 2014. № 83. Ч. 2. С. 84–87.

Склярова Е.К. Принцип «Laissez faire» и проблема централизованного управления Великобритании в первой половине XIX века // Гуманитарные и социальные науки. 2011. № 2. С. 15–22.

Скубневский В.А. Города России во второй половине XIX века. Барнаул: Азбука 2012. 116 с.

Туманов Г.М. Заметки о городском самоуправлении на Кавказе. Тифлис: Либерман, 1902. 215 с.

Щепкин М.П. Общественное хозяйство города Москвы в 1863–1887 годах. Ч. 1. М.: Московская Городская Тип., 1888. 334 с.

Models of Legal Regulating Urban Self-Government in Russia in the Middle of 19th Century and Early 20th Century



Aleksey Savichev

Research Fellow, Research Department, Centre of Legal Information, Justice Ministry of the Russian Federation. Address: 65 Mihalkovskaya Str., Moscow 125438, Russian Federation. E-mail: ucx7801@mail.ru.



Abstract

Social and economic development in Russia in the 19th century affected the life of the towns as areas of industrial and commercial development. Domestic city self-government in the second half of the 19th century had a difficult path, repeatedly becoming the subject of numerous state reforms. The evolution of the legislation of the Russian Empire regulating public relations in this field reflects a complex process of searching by the state optimal approach to the legal regulation of creation and operation of the system of city self-government. Based on the study of this process from the middle of 19th century to the early 20th century, the author comes to the conclusion about the repeated transition by the state from one model of legal regulation of municipal government to another. Meanwhile is noted that the state in the conditions of conservation of the monarchy never refused completely from the application of nationwide law for urban settlements. On the basis of the comparative legal method, the author sets forth the fundamental differences in the application of specific approaches to the legal regulation of city self-government in Russia and Britain. In the United Kingdom, unlike the Russian Empire, there was regulatory experience of the relevant sector based on the local laws only. In addition, the author comes to the conclusion about the fundamental difference in the application of a mixed model of legal regulation of municipal government in which nationwide act and local laws operate. As a result of generalization of domestic and English experience of legal regulation of city self-government it is noted that all state transformations in this sphere within the Russian Empire, were most often initiated “from above” by the state itself. In England, the initiative of the city unions coming “from below” played the role of a factor of reform in this direction. In addition, an attempt to highlight various models of legal regulation of municipal government, which was relevant at this point in history, is made. Each of these models was characterized at different periods of corresponding stage for Russia or Britain either.



Keywords

particularism; unification of legislation; urban self-government; City Duma; City Council; legal regulation; autocratic rule.

Citation: Savichev A.A. (2018) Models of Legal Regulating Urban Self-Government in Russia in the Middle of 19th Century and early 20th Century. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 103–123 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.2.103.123



References

Burtseva E.E. (2015) *Vsesoslovnnoe i soslovnnoe samoupravlenie v gorodakh Tul'skoy gubernii v posledney treti XIX – nachale XX vv.* Diss. ... Candidate of Historical Sciences

[Self-government in Tula area in 19th and early 20th centuries. Candidate of Historical Sciences Thesis]. Tula, 236 p. (in Russian)

Dhanshiev G.A. (1896) *Epoha velikikh reform* [The era of great reforms]. Moscow: Razsvet, 864 p. (in Russian)

Dityatin I.I. (1895) *Nashi goroda za pervye tri chetverti nastoyashchego stoletiya. Stat'i po istorii russkogo prava* [Our cities in three first quarters of current century. Papers on the history of Russian law]. Saint Petersburg: Porokhovshikov, 631 p. (in Russian)

Kulichkov V.K. (2014) *Reformatorskaya deyatel'nost' Aleksandra II v kontekste istorii Rossii* [Reformatory activities of Alexander II in context of the Russian history]. Regional'naya konferentsiya [Materials of regional conference]. Vyaz'ma: MGIU, pp. 53–57.

Mullof P. (1864) *Istoricheskoe obozrenie pravitel'stvennykh mer po ustroystvu gorodskogo obshchestvennogo upravleniya* [Historical review of government measures of public regulation]. Saint Petersburg: Tipografiya Ministerstva vnutrennikh del, 200 p. (in Russian)

Pisar'kova L.F. (2010) *Gorodskie reformy v Rossii i Moskovskaya дума* [Urban reforms in Russia and Moscow Duma]. Moscow: State Historical Library, 752 p. (in Russian)

Redlikh I. (1907) *Angliyskoe mestnoe upravlenie. Izlozhenie vnutrennego upravleniya Anglii v ego istoricheskom razvitii i sovremennom sostoyanii* [English local regulation. Its historical development and modern condition]. Saint Petersburg: Al'tshuler, 443 p. (in Russian)

Semenov-Tyan-Shanskiy V.P. (1910) *Gorod i derevnya v Evropeyskoy Rossii: ocherk ekonomicheskoy geografii* [City and village in European Russia: a study in economic geography]. Saint Petersburg: Kirshbaum, 212 p. (in Russian)

Sin'kevich N.A., Kvitchuk A.S. (2014) *Predposylki krest'yanskoy reformy 1861 goda i mekhanizm ee realizatsii* [Causes of peasant reform in 1861 and mechanism of its implementation]. *Vestnik Novgorodskogo gosudarstvennogo universiteta*, no 3, pp. 84–87.

Sklyarova E.K. (2011) *Printsip «laissezfaire» i problema tsentralizovannogo upravleniya Velikobritanii v pervoy polovine XIX veka* [Laissez faire and centralized management in the early 19th century]. *Gumanitarnye i sotsial'nye nauki*, no 2, pp. 15–22.

Skubnevskiy V.A. (2012) *Goroda Rossii vo vtoroy polovine XIX veka* [Russians towns in the second half of the 19th century]. Barnaul: Azbuka, 116 p. (in Russian)

Shchepkin M.P. (1888) *Obshchestvennoe khozyaystvo goroda Moskvy v 1863–1887 godakh* [Public household in City of Moscow, 1863-1887]. Moscow: Gorodskaya Tipografiya, 334 p. (in Russian)

Tumanov G.M. (1902) *Zametki o gorodskom samoupravlenii na Kavkaze* [Essays on city self-government in Caucasus area]. Tiflis: Lieberman, 215 p. (in Russian)

Vaytens A.G. (2008) *Rol' Gorodovykh polozheniy 1870 i 1892 godov v razvitii gradoregulirovaniya v Peterburge-Petrograde* [Municipal legal acts of 1870 and 1892 concerning Petersburg and Petrograd]. *Vestnik grazhdanskikh inzhenerov*, no 4, pp. 3–8.

Vasil'chikov A.I. (1872) *O samoupravlenii. Sravnitel'nyy obzor russkikh i inostrannykh zemskikh i obshchestvennykh uchrezhdeniy* [On self-government. A comparative review of foreign local bodies]. Saint Petersburg: Prats, 460 p. (in Russian)

Признание практики в качестве правовой нормы (*opinio juris*) при формировании международного обычая



Ю.С. Ромашев

профессор кафедры международного публичного и частного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: romashev_us@mail.ru



Аннотация

Одним из самых важных вопросов в праве международных обычаев является признание всеобщей практики в качестве правовой нормы (*opinio juris*). Отсутствие единого мнения по данному вопросу на международном уровне и общей позиции в науке приводит к низкой эффективности правового регулирования межгосударственных отношений. В научных трудах нередко используются не основанные на объективных реальностях подходы. Статья содержит отдельные важные теоретические положения и предложения по решению этой проблемы. Так, наличие *opinio juris* является неотъемлемым субъективным элементом обычной нормы международного права, как и практика, отвечающая необходимым требованиям обычного нормообразования. Субъектами признания могут быть государства и иные субъекты международного права, участвующие в международном нормообразовании. Такие действия могут проявляться в действиях государственных органов и их должностных лиц, которые в соответствии с международным правом и (или) законодательством государств могут выступать от их имени. *Opinio juris* со стороны государств, как правило, осуществляется в ходе становления всеобщей практики. Признание должно осуществляться правовыми способами и быть легитимным согласно законодательству государства, его международным обязательствам. К основным формам признания наряду с молчаливым согласием можно отнести: одностороннее заявление главы государства (правительства), другого уполномоченного государством должностного лица, руководителя международной межправительственной организации, иного субъекта международного права; включение правила поведения в внутригосударственный нормативный правовой акт; включение правила поведения в международный договор или иной основанный на нем юридически обязательный международный нормативный правовой акт, принятый его участниками, если рассматривать эти документы как акты одностороннего признания; при определенных условиях — судебное решение в государстве. Основным условием общепризнанности нормы международного права является ее признание большинством государств (значение которого установлено и формально закреплено мировым сообществом), интересы которых в наибольшей мере затрагиваются применением этой нормы. Это требует правовой формализации и даже кодификации качественных и количественных критериев и соответствующих им показателей формирования обычной нормы международного права. Устранению разногласий в позициях субъектов между-

народного права, выработке единого подхода к вопросу будет способствовать разработка и принятие универсальной конвенции о праве международных обычаев.



Ключевые слова

международное право, международные отношения, источники международного права, международный обычай, право международных обычаев, обычные нормы международного права, международная практика.

Библиографическое описание: Ромашев Ю.С. Признание практики в качестве правовой нормы (*opinio juris*) при формировании международного обычая // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 1. С. 124–148.

JEL: K33; УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.2.124.148

Одним из важных элементов становления обычной нормы международного права, как это отмечено в ст. 38 Статута Международного Суда ООН (далее — МС ООН), является признание всеобщей практики в качестве правовой нормы (*opinio juris*). Значение, функции, характеристика *opinio juris*, особенности формирования и другие важные вопросы всегда являлись предметом внимательного исследования в науке международного права¹. Вместе с тем, если необходимость практики в качестве основного элемента международного обычая поддерживается большинством юристов, то важность ее юридически обязательного признания и его содержание вызывает много споров как в науке, так и практике международных отношений. Именно различие в позициях различных государств в отношении *opinio juris*, нередко подкрепляемых мнениями ученых, приводит к ухудшению качества функционирования всего института права международных обычаев, снижению эффективности международно-правового регулирования, где значение обычных норм международного права по-прежнему велико.

Без придания юридической силы тому или иному правилу поведения в отношениях субъектов международного права невозможно говорить о наличии нормы права. Различие в понимании *opinio juris* приводит к тому, что у субъектов международного права нет общей позиции о существовании соответствующей обычной нормы международного права. Как говорить о наличии правоотношения, когда один из субъектов считает, что существу-

¹ *Dahlman C.* The Function of *Opinio Juris* in Customary International Law // *Nordic Journal of International Law*. 2012. Vol. 81. P. 327–339; *Elias O.* The Nature of the Subjective Element in Customary International Law // *International and Comparative Law Quarterly*. 1995. Vol. 44. P. 501–520; *Taki H.* *Opinio Juris and the Formation of Customary International Law: A Theoretical Analysis* // *German Yearbook of International Law*. 2008. Vol. 51. P. 447–466 и др.

ет обычная норма международного права, а другой доказывает обратное? Тогда во многих случаях о всеобщности международного обычая не может идти и речи, а приходится говорить только о его локальности в отношении государств, имеющих схожие позиции.

Несмотря на то, что Комиссия международного права подчеркивает необходимость гибкости обычного нормообразования, именно отсутствие общего согласия по данному вопросу, его общей теории и методологии, множество субъективных оценок вызывают потребность в выработке общего подхода к пониманию *opinio juris* и даже его кодификации на международном уровне. Как известно, с большими усилиями была разработана Конвенция о праве международных договоров (1969), где мировое сообщество пришло к единому пониманию разработки, действия и прекращения действия межгосударственных международных договоров. Аналогичную позитивную роль могла бы сыграть и конвенция о праве международных обычаев. Усилия в поисках согласия по данному вопросу предпринимаются многими учеными-международниками, в том числе в рамках Комиссии международного права, где профессор М. Вуд ежегодно делает обстоятельные аналитические доклады, а МИД России принимает активное участие в поиске общих подходов².

Решение данной проблемы осложняется тем, что в научных трудах нередко используются старые и далекие от практики подходы, искусственные конструкции. Многие ученые пытаются навязать субъективные мнения, игнорируя особенности (заложенные в конституциях и иных законах) внутригосударственного и международного нормообразования. Нередко государства болезненно реагируют, если им кто-то пытается указать, что норма, не содержащаяся в их законодательстве или международном договоре, является для них обязательной.

В каждом случае оценка внутригосударственных правовых позиций по принятию новой нормы обычно-правового характера в правовую систему государств заслуживает отдельного рассмотрения. Попытки упростить данный вопрос приводит не скорому получению требуемого результата, а, наоборот, к откладыванию его на длительную перспективу, к дальнейшим разногласиям между государствами. Все это требует разработки теории и методологии данного вопроса, основанных на объективной реальности, хотя субъективизм оценок государств в данном вопросе исключить нельзя, но его можно уменьшить путем формализации на международном уровне отдельных вопросов обычного нормообразования.

Настоящая статья является продолжением цикла работ автора, посвященных теоретико-методологическим вопросам права международных

² Документы ООН: A/CN.4/659, A/CN.4/663, A/CN.4/672, A/CN.4/682, A/CN.4/695.

обычаев, в том числе становления обычных норм международного права, проблемам, стоящим перед учеными и практиками в этой области, а также выработке отдельных путей их решения.

В связи с этим к одним из ключевых проблемных вопросов, связанных со вторым, субъективным элементом обычного нормообразования, можно отнести: установление необходимости *opinio juris* и выявление его роли в процессе обычного нормообразования; определение практики, которая не может стать предметом правового признания; определение субъектов и форм правового признания; уточнение количественных и качественных критериев и показателей формирования обычной нормы международного права.

Необходимость *opinio juris* и выявление его роли в процессе обычного нормообразования. Чтобы правило поведения, получившее всеобщую практику (обыкновение), стало обычной нормой международного права, важно ее признание в качестве юридически обязательного правила (*opinio juris*, сокращение от *opinio juris sive necessitates* — убеждение в праве или в необходимости). Данное требование означает, что такая практика должна сопровождаться сознанием ее юридической обязательности. Признание в качестве правовой нормы является именно тем, что отличает норму международного обычного права от привычки или обыкновения³. Необходимость такого признания уже стало общепризнанной нормой международного права⁴ и международным обычаем. Согласно научной доктрине, воспринятой многими странами, в деятельности МС ООН и других международных судебных органов признание является решающим и завершающим элементом создания обычных норм международного права. Заметим, что изменение отношения к важности второго, субъективного элемента находит все большее понимание среди юристов-международников. Вместе с тем нельзя отрицать, что одноэлементный подход, заключающийся в абсолютизации практики или *opinio juris* как определяющих элементов при формировании международных обычаев⁵, по-прежнему имеет место в доктрине международного права.

Существует самое различное толкование термина *opinio juris* как в научной доктрине, так и в деятельности международных органов. Так, например, Д. Кунц считает, что в его основе «должно существовать убеждение, что практика является юридически обязательной»⁶. Комиссия международного

³ Второй доклад «Выявление международного обычного права», подготовленный специальным докладчиком Майклом Вудом / Комиссия международного права. 66-я сессия. Женева, 5.05–6.06 и 7.07–8.08 2014. Документ ООН A/CN.4/672. С. 64.

⁴ Тункин Г.И. Теория международного права. М., 2000. С. 103.

⁵ Cheng B. Custom: The Future of General State Practice in a Divided World // Structure and Process of International Law. The Hague, 1983. P. 531.

⁶ Kunz J. The Nature of Customary International Law // American Journal of International Law. 1953. Vol. 47. P. 667.

права нередко рассматривает *opinio juris* как «ощущение государств в отношении существования или несуществования обязательной нормы», «признание государствами необходимости в норме», «убежденность» или «взгляды» государств в отношении существования или содержания конкретной нормы, «убедительные свидетельства»⁷.

МС ООН использовал такие выражения, как «ощущение юридической обязательности», «убежденность в обязательности практики ввиду существования нормы права, предписывающей ей следовать», «сознание правового обязательства», «признание необходимости», «уверенность в необходимости», «убежденность в соблюдении благодаря этой давно сложившейся практике», «осознанное намерение», «общее представление, отражающее уверенность в отношении права», «общее ощущение обязательного характера практики», «фактическое осознание подчинения правовому обязательству», «осознание обязательного характера этой нормы», «уверенность в том, что стороны применяют право», «присутствие в представлении государств уверенности, уверенности в законности, так что они принимали эту практику в качестве правовой нормы, от применения которой они, соответственно, не могли уклониться»⁸. Заметим, что этот международный судебный орган неоднократно выносил решения по межгосударственным спорам о наличии обычных норм или констатировал их существование с учетом оценки *opinio juris*. Вместе с тем, при всей авторитетности Суда и его решений, если строго придерживаться научных позиций, то следует осторожно относиться к выносимым 15 судьями решениям о наличии обычных норм международного права по тем или иным вопросам. Нередко и сами судьи расходятся в этом вопросе во мнениях.

Однако решения МС ООН — это решения, вынесенные в соответствии с его Статутом. Они являются обязательными и последней инстанцией при рассмотрении межгосударственных споров, вне зависимости от качества научной обоснованности таких решений. По мнению М. Вуда, хотя решения международных судов и трибуналов играют решающую роль для целей выявления норм международного обычного права, их значимость различается в зависимости от качества аргументации, состава суда или трибунала и большинства, которое их приняло⁹. Не следует также забывать, что МС ООН не является нормотворческим органом, а может лишь констатировать

⁷ Формирование и доказательства существования международного обычного права / Комиссия международного права. 65-я сессия. Женева, 5.05–7.06 и 8.07–13.08 2013. Меморандум секретариата. Документ ООН A/CN.4/659. С. 20, 22.

⁸ Документ ООН A/CN.4/672. С. 63.

⁹ Третий доклад «Выявление международного обычного права», подготовленный М. Вудом. Документ ООН A/CN.4/682. С. 52.

наличие обычной нормы международного права, а это решение в научном плане не всегда является истиной.

В науке международного права, как известно, сложились две основные концепции относительно *opinio juris*. Так, традиционная концепция, которая выработана сторонниками естественно-правового направления, под *opinio juris* понимает сопровождающее обычную практику чувство или убеждение в том, что той или иной практики надлежит придерживаться в силу ее юридической обязательности, т.е. фактически в том, что практика отражает предписание уже существующей нормы права¹⁰. Данная концепция подвергается серьезной критике ученых и практиков, прежде всего ввиду того, что государством признается норма, которая уже существует, т.е. концепция может использоваться только для констатации существования обычая и этот подход не позволяет рассматривать процесс формирования обычая¹¹.

Другая доктрина основывается на согласии государств соблюдать то или иное правило поведения в качестве юридически обязательного без объяснения мотивов, которыми руководствуется государство. Заметим, что в доктрине довольно часто говорят не о согласии государства с другими государствами по поводу той или иной нормы, а о согласии с нормой, которой придерживаются другие государства, что, на наш взгляд, не совсем корректно. Также нередко говорят о согласии с практикой или с правовым признанием той или иной практики в качестве правовой нормы.

Opinio juris может сопровождать как распространяющуюся практику, так и возникнуть после становления всеобщей практики. Хотя первое вероятнее, поскольку всеобщий обычай, по нашему мнению, в большинстве случаев проходит стадию локального обычая, обязательного для ограниченного числа государств.

В науке и практике при оценке формирования обычной нормы международного права для выявления существования такой нормы важно выявить «убежденность» субъекта международного права в юридической обязательности той или иной практики. Такая «убежденность» должна быть взаимной и массовой. Это определяется тем, что «убежденность» одного субъекта в юридической обязательности того или иного правила межгосударственных отношений, например, его права на осуществление некоторой деятельности, не означает, что у другого субъекта автоматически появляется обязанность это право соблюдать и наоборот. По мнению Г.М. Даниленко, о международном обычае может идти речь только в том случае, если наличествуют межгосударственные отношения, которые на данном этапе развития между-

¹⁰ Шаммасова Л.Р. Международно-правовой обычай в современном международном праве: дис... к. ю. н. М., 2006. С. 95, 96.

¹¹ Там же. С. 97, 98.

народного права объективно, по своей природе требуют регулирования, осуществляемого при помощи правовых норм¹².

Наличие «убежденности» государств установить сложно. В рамках международных организаций, например, в отношении их внутриорганизационной практики (в частности, как это было при выработке обычной нормы международного права по вопросам голосования в Совете Безопасности ООН) это сделать проще.

«Убежденность» может проявляться как в явно, так и неявно выраженной форме. Явно выраженная убежденность проявляется, в частности, в устных заявлениях и письменных актах государства и его уполномоченных лиц. Ее можно услышать, о ней можно прочитать. Согласно позиции В.Л. Толстых, когда речь идет об обычае, то практика выражается поведением, а воля — словами или поведением¹³. Как отмечено в докладе М. Вуда Комиссии международного права, прямое заявление государства о том, что данная норма является обязательной, поскольку относится к международному обычному праву, служит ярчайшим доказательством, что оно считает себя связанным этим принципом или нормой, или что отныне оно будет их соблюдать. И наоборот, когда государство заявляет, что нечто не является нормой международного обычного права, это является доказательством отсутствия *opinio juris*¹⁴.

Произвести оценку наличия всеобщего явно выраженного признания практики в качестве правовой нормы также весьма затруднительно. В открытом доступе имеется сравнительно немного материалов, прямо отражающих позицию государств по вопросам формирования и доказательства существования международного обычного права¹⁵, поэтому требуются дополнительные исследования.

В отношении случаев, когда нет ни устного, ни письменного выражения признания, в доктрине международного права сформировалась теория молчаливого или подразумеваемого согласия (одобрения). Она основывается на бездействии или воздержании от действия в тех случаях, когда они представляют собой согласие с определенной практикой или ее молчаливом одобрении¹⁶. Заметим, что термин «молчаливое согласие» как форма признания не следует путать с термином «молчаливое соглашение», отличающим договорную норму от обычной нормы международного права.

¹² Даниленко Г.М. Обычай в современном международном праве. М., 1988. С. 105.

¹³ Толстых В.Л. О правовой природе международного обычая // Евразийский юридический журнал. М., 2017. № 7. С. 18.

¹⁴ Документ ООН A/CN.4/672. С. 77.

¹⁵ Первый доклад «Формирование и доказательство существования международного обычного права», подготовленный М. Вудом / Документ ООН A/CN.4/663. С. 23.

¹⁶ Документ ООН A/CN.4/672. С. 78.

Вместе с тем в отношении *opinio juris* можно говорить только если такое воздержание основывалось на сознании государствами своей обязанности воздержаться, что было отмечено в решении по делу «Лотус» Постоянной палаты международного правосудия¹⁷. По мнению Р. Мюллерсона, убежденность, молчаливое согласие, молчаливое признание имеют одну общую черту — все они выражают субъективное отношение государств либо к их собственному поведению, либо к поведению других государств в свете международного права¹⁸. При этом в научных трудах нередко приводятся доводы о «терпеливом отношении»¹⁹ к активным действиям других государств, об «отсутствии протеста»²⁰, а также об информированности современного общества, его техническом прогрессе, при котором непременно известно, что делают другие государства. По мнению Л.Р. Шаммасовой, в международном праве существует презумпция, что государствам известно о практике других государств и, соответственно, они могут предвидеть возможность формирования новой нормы²¹. Постулат, что в современном обществе все государства быстро узнают о той или иной практике, в целом правилен, но только когда действия государств заметны для других стран, значимы для межгосударственных отношений, когда можно сделать четкие выводы о практике, новом правиле поведения.

Обычные нормы международного права проходят как короткий, так и длительный периоды становления. Всеобщие международные обычаи, прежде чем стать таковыми, в большинстве случаев проходят стадию локальных обычаев. Многие из них не затрагивают интересы государств или иных субъектов международного права, что не вызывает их желания протестовать письменно, устно или физическими действиями. Даже наличие практики государства по тому или иному вопросу, активной или пассивной, не означает, что государства признают ее в качестве правовой нормы, преследуя временные, конъюнктурные соображения, выгоду момента. Они могут считать такую практику и соответствующее правило поведения обыкновением. Государства при этом могут не объявлять свою позицию, что также относится к тем странам, у которых указанная «убежденность» существует. Хуже, когда государство не имеет практики по тому или иному вопросу, тогда его «убежденность» в виде молчаливого согласия, информированность о ней установить трудно.

¹⁷ The Case of the SS 'Lotus' (France v Turkey), 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10. P. 18, 28.

¹⁸ Mullerson R. The interplay of objective and subjective elements in customary law / International Law: Theory and Practice. K. Wellens, ed. The Hague, 1998. P. 163.

¹⁹ Даниленко Г.М. Обычай в современном международном праве. М., 1988. С. 113.

²⁰ См.: Лукашук И.И. Нормы международного права в международной нормативной системе. М., 1997. С. 233.

²¹ Шаммасова Л.Р. Указ. соч. С. 106, 107.

Согласно выводам М. Вуда, бездействие также может служить как одной из форм практики, так и доказательством признания в качестве правовой нормы при условии, что обстоятельства требуют реакции²². По нашему мнению, несмотря на распространенность доктрины молчаливого согласия как формы признания, к ней следует относиться осторожно. Такую неявно выраженную уверенность оценить весьма затруднительно, так как это субъективное отношение к практике и характеризует только «психологическую» составляющую этого вопроса. Иногда субъекты международного права, пытаясь установить существование обычной нормы международного права, стараются выдать желаемое за действительное, придерживаясь позиции: если никто не протестовал, значит, все согласны, если не информирован, то должен быть информирован. Одностороннее установление наличия массового бездействия, молчаливого согласия с нарождающейся практикой может привести к ошибочным утверждениям, что обычная норма сложилась, навязыванию мировому сообществу субъективных позиций отдельных государств, продвижению ими своих иногда эгоистических политических, экономических и иных интересов.

Является ли молчаливое согласие юридически значимым актом? По нашему мнению, это тот случай, когда в целом такое согласие как способ признания само по себе является нормой права международных обычаев. Такая норма сложилась в течение длительного периода времени и подкреплена в доктрине международного права трудами многих ученых-международников. По нашему мнению, эта норма носит общий характер, однако до сих пор не сложился обычно-правовой механизм ее реализации.

Когда рассуждают о формировании конкретной обычной нормы международного права, то необходимо вести речь не об отдельных субъективных оценках, выражающихся в действиях или бездействиях государств, молчаливом или явно выраженном согласии с их практикой, а об объективном процессе формирования обычной нормы международного права. В основе такого процесса лежит обычно-правовая практика и ее признание в качестве правовой нормы, основанное на многочисленных субъективных оценках государств, иных субъектов международного права. Наличие *opinio juris* является неотъемлемым субъективным элементом обычной нормы международного права, как и наличие практики, удовлетворяющей необходимым требованиям обычного нормообразования.

Следует подчеркнуть, что правовое признание практики — это не безответственный шаг государства, иного субъекта международного права. Оно влечет определенные международно-правовые последствия, среди которых наиболее важными являются обязательство государства соблюдать

²² Документ ООН A/CN.4/682. С. 11, 17.

международный обычай и права других государств требовать выполнения этих обязательств. А.Н. Вылегжанин и Р.А. Каламкарян подчеркивают, что и международные обычаи, и международные договоры должны выполняться добросовестно, разумно, с учетом прав участников правоотношений, с должным уважением признанных интересов всего сообщества государств²³. Аналогичное мнение выражал и Г.И. Тункин²⁴.

Практика, которая не может стать предметом правового признания.

В доктрине сложилась твердая позиция, что не любая практика взаимоотношений государств может перерасти в обычную норму международного права. Можно встретить самые различные точки зрения относительно подобно рода ситуаций, например:

отсутствие практики, отвечающей критериям, являющимся обязательными для становления обычной нормы международного права, т.е. критериям, удовлетворяющим обычно-правовой практике;

практика затрагивает интересы не всего мирового сообщества, а отдельных государств, их групп (при оценке становления всеобщей (универсальной) обычной нормы). По мнению Г.М. Даниленко, важность практики для всего мирового сообщества определяется тем, что она осуществляется в областях межгосударственных отношений, имеющих существенное значение для взаимных отношений государств и требующих правового регулирования. Такая практика, по мнению отдельных ученых, всегда влечет правовые последствия²⁵. Хотя, по нашему мнению, обычные нормы могут касаться и незначительных по сравнению, например, с принципами международного права, вопросов. Важность того или иного вопроса всегда познается в сравнении;

практика относится к нормам международной морали и вежливости, например, к нормам дипломатической этики, церемониала;

новое правило, лежащее в основе практики, не рассчитано на длительное применение;

наличие общего согласия, что та или практика или область межгосударственных отношений не может становиться предметом правового регулирования;

практика соответствует текущим задачам, условиям конкретного региона, является исключением из общих правил. Так, например, практика борьбы с пиратством и вооруженным разбоем на море вблизи побережья Сомали, затрагивающая суверенитет этого государства и осуществляемая

²³ Вылегжанин А.Н., Каламкарян Р.А. Роль международного обычая в правовом обеспечении политики государства / Международное право и современные теории международных отношений: аспекты сочетаемости. Материалы VII Конвента РАМИ, сентябрь 2012 г. М.: МГИМО-Университет, 2013. С. 38–56.

²⁴ Тункин Г.И. Указ. соч. С. 142.

²⁵ Даниленко Г.М. Указ. соч. С. 110.

в соответствии с резолюциями Совета Безопасности ООН, согласно позиции этого международного органа, не может быть распространена на другие регионы мира и рассматриваться как устанавливающая нормы международного обычного права²⁶.

Субъекты правового признания. По нашему мнению, субъектами признания практики в качестве правовой нормы могут быть только государства и иные субъекты международного права, участвующие в межгосударственном нормообразовании. Такое поведение может проявляться в действиях государственных должностных лиц (главы государств (правительств) и иные уполномоченные государством должностные лица), которые в соответствии с международным правом и (или) законодательством могут выступать от имени государства. По мнению Ш. де Вишера, требование *opinio juris sive necessitatis* отражает отношение власти к определенной практике²⁷. Подобное утверждение касается и уполномоченных должностных лиц международных организаций в случаях, предусмотренных учредительными и иными документами этих организаций, иных субъектов международного права.

Формы признания. Важным как теоретическим, так и прикладным вопросом является уточнение форм признания практики в качестве правовой нормы. В доктрине международного права можно встретить самые различные точки зрения по этому поводу. При этом не следует путать формы признания правила поведения в качестве правовой нормы с доказательствами признания всеобщей практики в качестве правовой нормы. По мнению М. Вуда, доказательства признания всеобщей практики в качестве правовой нормы могут принимать самые различные формы, которые могут варьироваться в зависимости от содержания нормы и обстоятельств, при которых эта норма может применяться. К таким формам доказательств он, в частности, относит заявления государств, указывающие, что именно является или не является нормами международного обычного права, дипломатическую переписку, практику национальных судов, заключения правительственных юрисконсультов, официальные публикации в различных отраслях международного права, договорную практику и действия в связи с резолюциями органов международных организаций и международных конференций²⁸. Такого рода доказательства могут свидетельствовать о признании, но не отражать реальные формы признания, придающие всеобщей практике необходимое качество обычной нормы международного права. Вместе с тем в ряде случаев формулировки таких форм могут совпадать.

²⁶ Резолюция Совета Безопасности ООН №1816 от 20. 06. 2008 / Документ ООН. S/RES/1816.

²⁷ *De Visscher C. Coutume et traite en droit international public. Paris, 1955. P. 356.*

²⁸ Документ ООН A/CN.4/672. С. 80.

По нашему мнению, акты признания практики в качестве правовой нормы могут носить только правовой характер. Они должны быть юридически значимыми устными или письменными актами, являющимися таковыми в государствах и принимаемыми соответствующими субъектами его власти согласно их компетенции, предусмотренной законодательством. Формы признания могут носить как обычно-правовой (как в случае молчаливого согласия), так и при определенных условиях договорный (на международной арене) или судебный (на внутригосударственном уровне) характер.

Наряду с рассмотренным выше молчаливым согласием к числу основных актов признания можно отнести:

одностороннее заявление главы государства (правительства), другого уполномоченного государством должностного лица, руководителя международной межправительственной организации, иного субъекта международного права;

включение правила поведения в тот или иной внутригосударственный нормативный правовой акт;

включение правила поведения в международный договор или иной основанный на нем юридически обязательный нормативный правовой акт, принятый его участниками;

при определенных условиях судебное решение в государстве.

Одностороннее заявление главы государства (правительства), другого уполномоченного государством должностного лица, руководителя международной межправительственной организации, иного субъекта международного права. Довольно часто в доктрине международного права можно встретить утверждение, что государство, в лице его главы или правительства, может сделать заявление, что та или норма международного права рассматривается государством в качестве обычно-правовой и этого достаточно для признания этой нормы.

Одним из главных вопросов в этом случае является компетенция главы государства (правительства) участвовать в международном нормотворческом процессе, в создании юридически обязательных для государства норм международного права. Важно знать, предусмотрены ли законодательством государства такие полномочия, из каких норм это вытекает. Заметим, что практически в большинстве государств мира распространено разделение законодательной и исполнительной властей, в том числе в области международного и внутригосударственного нормотворчества. Сложилась также общая практика, что в законодательстве государств обычно предусматриваются вопросы полномочий в области международного нормотворчества. Это подтверждается обычной нормой международного права, согласно которой заявление главы государства, правительства, а также ведомства ино-

странных дел является сказанным от имени государства, и дополнительных полномочий здесь не требуется. В отношении иных должностных лиц такие полномочия необходимы. Поэтому при рассмотрении заявлений тех или иных должностных лиц государства относительно *opinio juris* надлежит в каждом случае анализировать правовую природу таких заявлений, определяемую особенностями правовой системы соответствующих государств, характер признаваемых норм и регулируемых отношений, субъективный состав лиц, делающих такие заявления, другие факторы.

Если подобного рода заявления (устные или письменные) главы государства (правительства), иного государственного должностного лица допускаются законодательством, то они при выполнении указанных далее условий, несомненно, могут рассматриваться в качестве правового признания практики в качестве правовой нормы. Так, если сделанные заявления касаются нового правила поведения, призванного регулировать межгосударственные отношения, и не противоречат законодательству, не создают с ним коллизии, то они, по нашему мнению, являются признанием *opinio juris*. При этом лучшим вариантом было бы подкрепление устного заявления должностного лица государства соответствующим нормативным правовым актом, даже подзаконным, например, в Российской Федерации — указом Президента, с помощью которого, как известно, восполняются пробелы в законодательстве до принятия соответствующего закона. Тогда была бы понятна позиция государства, не подверженная политической конъюнктуре и рассчитанная на длительную перспективу. Такая позиция была понятна и правоприменителям как внутри государства, так и на международной арене.

Если складывающаяся практика противоречит законам государства, то заявление о ее признании глава государства, видимо, не может делать или оно будет недействительным изначально, если иное не предусмотрено законами государства.

Поэтому на внутрисоциальном уровне может потребоваться и принятие соответствующих законов, направленных на реализацию такого рода заявлений относительно новой практики (норм). В России согласно Федеральному закону от 15.07.1995 № 101-ФЗ «О международных договорах Российской Федерации»²⁹ даже международный договор, противоречащий законодательству или же требующий его изменения, требует ратификации в форме принятия соответствующего федерального закона. Кроме того, на наш взгляд, целесообразно законодательно закрепить механизм осуществления протестов относительно складывающихся или сложившихся обычных норм международного права. Это один из вопросов, который мог бы найти отражение в федеральном законе «О международных обычаях в Российской

²⁹ СЗ РФ. 1995. № 29. Ст. 2757.

Федерации», который целесообразно было бы разработать. Заметим, что заложенное в законодательстве противоречие с нарождающейся обычной нормой международного права может рассматриваться как «настойчивый» протест государства по отношению к такой норме.

Подобное можно сказать о заявлениях иных должностных лиц государства, его органов власти на международной арене, в частности, в международных судах и трибуналах, международных организациях и органах относительно той или иной обычно-правовой практики, которые, видимо, изначально не должны противоречить законодательству своего государства. Такие заявления, если нет соответствующих полномочий по признанию той или иной практики у указанных лиц, могут являться лишь свидетельством существования внутригосударственной практики, соответствующей законодательству государства и его международным договорам, или же наличия обычных норм международного права, ранее им признанных. Считается, что такие заявления в международных судах и трибуналах, как правило, носят судебно-риторический характер³⁰.

Одностороннее заявление руководителя международной межправительственной организации в отношении практики этой организации как внутри нее, так и в отношении с другими субъектами международного права, также могут рассматриваться как *opinio juris*, если его полномочия в отношении такого рода действий предусмотрены или вытекают из учредительных и иных документов организации.

Рассмотренное выше *mutatis mutandis* относится и к другим субъектам международного права.

Включение правила поведения в тот или иной внутригосударственный нормативный правовой акт. Включение правила поведения, соответствующего сложившейся практике, в тот или иной внутригосударственный нормативный правовой акт — это, на наш взгляд, лучшая форма его правового признания в качестве обычной нормы международного права, свидетельством «убежденности» государства в его обязательности. Не обязательно, чтобы это было закреплено законом. Для этих целей возможен и подзаконный нормативный правовой акт, который не может противоречить законам государства. Подобного рода трансформация международного правила поведения на внутригосударственном уровне способствовала бы, как это было указано выше, прояснению подхода государства к формулировке обычной нормы международного права, а также единообразию соответствующей практики в отношениях с иностранными партнерами. Тогда норма внутригосударственного права одновременно являлась бы свидетельством наличия *opinio juris* со стороны государства и влияла бы на возникновение

³⁰ Документ ООН A/CN.4/663. С. 23.

международного обычая. Это тот случай, когда законодательная практика может совпадать с актом признания.

В известном коллективном исследовании зарубежных ученых Ж.-М. Хенкертса, Л. Досвальд-Бека, К. Алвермана, К. Дермана, Б. Ролла, посвященном обычному международному гуманитарному праву³¹, при анализе становления обычных норм международного права основным свидетельством правового признания практики стали самого различного уровня внутригосударственные нормативные правовые акты. МС ООН при выработке своих решений по определению наличия *opinio juris* также анализирует законодательство многих государств. Для повышения качества обоснования выносимых решений относительно *opinio juris* Суд мог бы делать запросы в государства о признании в качестве правовой нормы той или иной практики, о ее наличии.

Включение правила поведения в международный договор или иной основанный на нем юридически обязательный международный нормативный правовой акт, принятый его участниками, если рассматривать эти документы как акты одностороннего признания. Включение правила поведения, соответствующего складывающейся или сложившейся практике, в международный договор может, по нашему мнению, оцениваться как *opinio juris*, если его рассматривать как акт одностороннего признания со стороны государства. Вместе с тем, такое признание не принесет нормам договора обычно-правового характера без дальнейшей соответствующей практики.

Договорное признание будет исключительно правовым, так как международный договор является нормативным правовым документом, заключенным в соответствии с международным правом и законодательством государства-участника. Данное признание носит согласительный характер, с четко обозначенными правилами поведения между участниками договора.

Если число участников договора первоначально имеет ограниченный характер, то такое признание при наличии соответствующей практики свидетельствует о появлении локальной обычной нормы международного права. С расширением числа участников договора содержащиеся в нем правила поведения (не обязательно все) могут стать всеобщими (универсальными) обычными нормами международного права. Так, по нашему мнению, договорно признанные 190 государствами и имеющие всеобщую практику нормы Чикагской конвенции о международной гражданской авиации (1944) в большинстве случаев могут рассматриваться как обычные нормы международного права. Даже если государство выйдет из этого договора, то ему затруднительно будет не выполнять его положения во взаимоотношениях с

³¹ Хенкертс Ж.-М., Досвальд-Бек Л., Алверман К., Дерман К., Ролл Б. Обычное международное гуманитарное право. Т 1. Нормы. М., 2006.

другими государствами — участниками Чикагской конвенции по вопросам международного воздушного сообщения, в отношении которых сложились соответствующие обычные нормы международного права, признанные подавляющим большинством государств. В решении МС ООН по делу «О континентальном шельфе (Мальта против Ливийской Арабской Джамахирии)» отмечено, что многосторонние конвенции могут играть важную роль в документировании и определении норм, проистекающих из обычая, или даже в их развитии³².

Как известно, положения Всеобщей декларации прав человека (1948), носящие рекомендательный характер, приобрели характер обычно-правовых, в том числе посредством их отражения в Международном пакте о гражданских и политических правах (1966), Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (1950), других универсальных и региональных договорах в области защиты прав и свобод человек. Заметим, что положения Декларации, как нормы международного «мягкого права», были признаны сначала в договорном порядке, а затем получили всеобщую практику. В данном случае признание подобного рода правил в качестве правовой нормы опережает практику, но без ее наличия не может возникнуть обычно-правовая норма.

Аналогичное можно сказать и в отношении включения правила поведения в иной основанный на международном договоре юридически обязательный международный нормативный правовой акт, принятый его участниками. Как известно, многие договоры предусматривают возможность принятия такого рода документов, которые, как правило, направлены на реализацию их положений.

Нельзя не отметить, что есть также несколько иная точка зрения, согласно которой практика, мотивируемая исключительно необходимостью выполнения обязательств по договору (или некоторых других обязательств вне поля обычного права), не может считаться признаком «признания в качестве правовой нормы»³³. Указанный мотив на практике трудно установить, поэтому его наличие, на наш взгляд, носит факультативный, необязательный характер, а сам факт участия государства в международном договоре является для признания достаточным.

Обычные нормы могут также появиться при ограниченном числе участников универсального международного договора, но в рамках других форм признания со стороны государств, не являющихся участниками такого договора. По мнению М. Вуда, когда государства действуют в соответствии с договором, который еще не является для них обязательным, или действуют по отношению к государствам, не являющимся участниками договора, то

³² Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I.C.J. Reports. 1985. P. 29–30.

³³ Документ ООН A/CN.4/672. С. 55.

в таких случаях может быть установлено «признание в качестве правовой нормы»³⁴. С.В. Черниченко отмечает, что может быть постепенное «привыкание» к нормам договора членов международного сообщества, в нем не участвующих, переходящее в уверенность, что его нормы стали обязательными и для них, получив тем самым иную форму существования в виде международного обычая³⁵. Согласно ст. 38 Конвенции о праве международных договоров норма, содержащаяся в договоре, может стать обязательной для третьего государства в качестве обычной нормы международного права, признаваемой в качестве таковой.

На наш взгляд, даже если международный договор не вступил в силу или не был ратифицирован в том или ином государстве, его подписавшем, то такое подписание также можно рассматривать как акт одностороннего признания, если эти нормы не противоречат законодательству государства. Государство о таком признании могло бы сделать соответствующее заявление. В противном случае у других государств могут возникнуть сомнения относительно подобного рода признания.

Судебное решение в государстве. Судебное решение, вынесенное в государстве относительно складывающейся или сложившейся практики, может считаться актом признания, приписанного государству, если, конечно, это допускает его законодательство. Это возможно, например, в государствах англосаксонской системы права, допускающих прецедентную практику. Но в большинстве государств судебное решение является свидетельством признания государством того или иного правила поведения в качестве обычной нормы международного права, нежели самим актом признания.

Уточнение количественных и качественных критериев и показателей формирования обычной нормы международного права. Именно обычай служит одной из форм существования общепризнанных принципов и норм международного права³⁶. Определение условий, при которых всеобщая практика приобретает статус «общепризнанной» нормы международного права имеет как теоретическое, так и прикладное значение. Для правоприменителей в нашем государстве это весьма актуально в связи с положением ст. 15 Конституции Российской Федерации, в соответствии с которой общепризнанные принципы и нормы международного права наряду с международными договорами России являются составной частью ее правовой системы. Данная задача является одной из основных и обсуждаемых в праве международных обычаев.

³⁴ Там же. С. 56.

³⁵ Черниченко С.В. Контуры международного права. Общие вопросы. М., 2014. С. 150.

³⁶ Ильинская О.И. Вопросы применения международных обычно-правовых норм // Журнал российского права. 2012. № 11. С. 114.

Определение условий формирования партикулярного (локального) международного обычая не составляет труда. Проблемным является выявление условий появления обычной нормы общего международного права. Хотя ст. 38 Статута МС ООН определяет международный обычай как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы, и в ней не указывается, что признание должно быть также всеобщим, как и практика, все-таки можно предположить, что это также требуется. Всеобщее признание практики в качестве правовой нормы имеет много общего со становлением всеобщей практики.

Существует много противоречивых мнений среди ученых в области международного права и практических работников об этих условиях «общепризнанности», что затрудняет процесс выработки общей позиции и формализации данного процесса. В основном все рассуждения сводятся к качественной оценке признающих государств и расплывчатой их количественной характеристике. Так, существуют мнения, что «обычная норма должна быть признана всеми или почти всеми государствами»³⁷, «нормы общего международного права принимаются и изменяются международным сообществом государств в целом, причем требование принятия нормы международным сообществом в целом не означает полного согласия его членов, а имеется в виду представительное большинство», что требуется «преобладающее большинство», «учет не только размеров государства, но и объема его международных связей и вообще его вклада в развитие международного права». Указывается, что «большинство должно быть достаточно представительным не только в количественном, но и в качественном отношении, представляя, по крайней мере, все основные политические, социально-экономические и правовые системы, а также все континенты», «оно должно включать все крупнейшие державы»³⁸ и др. критерии. Комиссия международного права, характеризуя субъективный элемент международного обычного права, отмечает, что то или иное правило является «обще (или широко) признанным» или «общепринятым»³⁹.

Несмотря на то, что приведенные выше доводы позволяют сделать общий вывод о том, что условием общепризнанности норм международного права не обязательно является их признание всеми государствами, это условие так и не было конкретизировано. Не уточнены количество государств и их возможный состав, при признании которыми всеобщей практики (по сути, «локальной» обычной нормы международного права) наступает условие ее «общепризнанности». Указанное обстоятельство осложняется отсутствием

³⁷ Международное право: Учебник / под ред. Г.И. Тункина. М., 1994. С. 60.

³⁸ Лукашук И.И. Указ. соч. С. 236, 237.

³⁹ Документ ООН: A/CN.4/659. С. 20.

четкого определения количества государств или территорий, имеющих государственный статус (далее — государств), имеющих ту или иную практику. Г.И. Тункин отмечал, что в общественных явлениях подобное положение создается довольно часто, и трудности, которые могут возникнуть в процессе подобных подсчетов, нельзя рассматривать как подрывающие само правило⁴⁰.

По нашему мнению, для определения условий «общепризнанности» необходимо производить качественный и количественный анализ состава государств, участвующих в нормотворческом процессе. С этой целью целесообразно определить количественные и качественные критерии, а также соответствующие им показатели, которые должны быть положены в основу построения указанной модели.

При оценке «общепризнанности», по мнению автора, должны учитываться: природа и характер рассматриваемой международно-правовой нормы, предметная область, которую она затрагивает; роль, которую играет та или иная международная норма в жизни конкретного государства, в регулировании межгосударственных отношений и, конечно, принцип суверенного равенства государств. Также уместно говорить о «всеобщем» признании и применении государствами этой нормы, что должно предусматривать не только признание и применение нормы максимальным количеством государств, но и максимальный охват нормой потенциальных ее правоприменителей в этих государствах, т.е. охват нормой государств, интересы которых она в максимальной степени затрагивает.

В зависимости от содержания норм могут рассматриваться два основных подхода для решения задачи «общепризнанности». Первый — когда норма регулирует межгосударственные отношения, имеющие всеобщий характер, т.е. когда она в равной мере затрагивает интересы государств (ответственность государств, права человека и др.). Второй — когда норма регулирует межгосударственные отношения в какой-либо специфической области и ей абстрактно можно поставить в соответствие некоторый количественный показатель (потенциал). Этот показатель должен соответствовать предметной области, которую затрагивает данная норма, а его значение должно характеризовать применение государствами этой нормы, т.е. роль, которую она играет в жизни государств. Хотя многие ученые, не добившись на это ответа, на наш взгляд, преждевременно отмечают, что это нецелесообразно.

Первый подход весьма характерен для случая, когда норма становится «общепризнанной», если ее признали «все» государства, хотя это не бесспорно — необходимо говорить «почти все государства», «большинство государств», указав количество государств и их состав. В этом случае норма

⁴⁰ Тункин Г.И. Указ. соч. С. 114.

одинаково затрагивает интересы государств в той или иной области, трудно говорить о каких-либо количественных выкладках и невозможно уйти от субъективных оценок. Поэтому мировое сообщество должно определить, какое количество государств должно признать нарождающуюся обычную норму международного права, чтобы она стала общепризнанной, обязательной для всех, за исключением, конечно, тех, кто против существования нормы активно возражает.

Подобными критериями могут стать столь часто применяемые количественные показатели «большинства» — 1/2, 2/3, 3/4 или большей части от какой-либо числовой характеристики. Для рассматриваемого случая это некоторая часть от общего числа государств без указания на какие-либо качественные характеристики состава государств. В качестве научного метода здесь целесообразно использовать метод экспертных оценок, который мог бы быть реализован при проведении опроса среди наиболее квалифицированных специалистов по международному публичному праву в ходе каких-либо значимых международных мероприятий или, например, с использованием Интернета. Например, подобного рода опрос можно было бы провести среди представителей государств-членов ООН на одной из сессий Генеральной Ассамблеи с последующим закреплением его результатов в соответствующей резолюции. В то же время здесь не исключено использование наряду с количественными характеристиками качественного состава государств («представительство всех основных политических, социально-экономических и правовых систем, а также всех континентов» и пр.) при непременном учете принципа суверенного равенства государств.

Заметим, что полученные подобным образом показатели не носят для государств юридически обязательной силы, а имеют лишь вспомогательный характер. Хотя не исключено, что в будущем они могли бы стать и нормой права международных обычаев. Могут быть и другие варианты закрепления результатов подобного опроса, вплоть до принятия критериев «общепризнанности» в договорной форме, например, в предложенной автором в его предыдущих работах Конвенции о праве международных обычаев. Решение данного вопроса имеет принципиальное значение для мирового сообщества, для повышения эффективности международно-правового регулирования, а поэтому требует безотлагательного и внимательного рассмотрения. В частности, полученные результаты могли бы использоваться МС ООН при рассмотрении дел, входящих в его компетенцию, в правоприменительной практике государств.

Вместе с тем большинству норм международного права, которые в разной мере затрагивают интересы государств, т.е. находят в этих государствах и в межгосударственных отношениях различное применение, все же можно

условно поставить в соответствие некоторый критерий и соответствующий ему количественный показатель, которые позволяют учесть это обстоятельство. Так, например, в специфической области межгосударственных отношений — международной морской деятельности — для решения указанной задачи можно использовать такие характеризующие торговый флот данного государства показатели, как количество судов, их суммарный тоннаж, а также ряд других критериев. Этот флот осуществляет грузооборот на море в интересах как отдельного государства, так и в системе международного разделения труда. Величина такого грузооборота, в свою очередь, характеризует данное государство в экономической области. Государство может иметь также рыболовный, пассажирский, научно-исследовательский флоты, военно-морской флот и другие морские суда и объекты, также играющие определенную роль как внутри государства, так и в межгосударственных отношениях. В связи с этим норма международного права, регулирующая тот или иной вид межгосударственных отношений, может иметь в этих государствах неодинаковое количество правоприменителей и значение, а, следовательно, в различной мере затрагивать интересы каждого из них.

Если норма затрагивает деятельность всех морских судов государств как отдельных единиц (нормы, регулирующие вопросы регистрации судов, борьбы с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства, в целом вопросы безопасности судоходства и пр.), то в качестве критерия целесообразно использовать число морских судов, приходящееся на различные государства. Заметим, что отдельные правила могут совсем не иметь правоприменительной практики в отдельных государствах, в их отношениях с другими государствами или могут в незначительной мере затрагивать их интересы. Следовательно, практика применения государствами конкретной нормы международного права на основе выбранных критериев может характеризоваться различными количественными показателями, которые могут быть использованы при определении условий ее «общепризнанности». Заметим, что могут использоваться несколько критериев, рассматриваемых в качестве главных и частных (промежуточных).

На основе выбранного критерия и значения соответствующего показателя (потенциала) можно установить искомое условие «общепризнанности». Так, автором была проанализирована зависимость между государствами, имеющими морские флоты, и потенциалом, представленным количеством судов, плавающих под флагом этих государств. С этой целью производилось ранжирование государств в соответствии с убыванием значения соответствующего потенциала в рамках выбранного критерия. При уточнении количества государств автор стремился «исключить» из их общего числа только те, которые обладают незначительным потенциалом и их влияние

на производимую оценку незначительно. Кроме того, на процесс формирования общепризнанных норм международного права важно было ослабить влияние государств, которые характеризуются значительным потенциалом. Необходимость исключения их из производимой оценки было вызвано необходимостью того, чтобы непризнание ими норм международного права не было решающим для условий их «общепризнанности». Подчеркнем, что подобное «исключение» никоим образом не покушается на принцип суверенного равенства государств. Этот принцип здесь полностью соблюдается. В проведенной оценке соблюдалось условие участия всех государств — потенциальных правоприменителей в данной сфере. Автор прежде всего пытался уточнить минимально необходимое количество государств, т.е. уровень, при достижении которого наступает условие «общепризнанности». Реально не все государства участвуют в нормотворческом процессе, не все признают отдельные правила поведения в качестве обычных норм международного права, имея иную практику. Кроме того, каждое государство имеет право протестовать против признания той или иной формирующейся или уже сложившейся обычной нормы международного права.

Результаты анализа показали, что если в основу оценки положить количественный состав морских судов государств по регистру Ллойда, то минимальный порог, при котором наступает условие «общепризнанности» составляет 73% от общего количества признающих всеобщую практику государств (122 государства из 166 государств, имеющих морские флоты), т.е. приблизительно такой порог составляет 2/3.

В то же время автор не исключает и других подходов к определению качественного и количественного состава признающих всеобщую практику государств. Но эти подходы, по мнению автора, должны иметь под собой как качественное, так и количественное обоснование. Также желательно, чтобы условия «общепризнанности» норм международного права все же получили правовое закрепление, чтобы исключить их произвольное толкование.

Таким образом, условием, при которых обычную норму международного права можно считать «общепризнанной», является признание практики большинством государств (значение которого установлено и формально закреплено мировым сообществом), интересы которых в наибольшей мере затрагиваются применением этой нормы. Хотя не исключено, что признание может быть осуществлено и иными государствами, не имеющими соответствующей практики, но оно не является определяющим для формирования конкретной обычной нормы международного права.

В заключение отметим, что обычная норма международного права — это не искусственное, несмотря на субъективный характер ее второго элемента, явление. Она является продуктом естественно-исторического процесса,

объективной реальностью, отражающей всеобщую практику взаимоотношений государств по тем или иным вопросам, требующим нормативно-правового регулирования. Правовое признание государством практики, составляющей основу международного обычая, возможно, если и когда оно не противоречит правовым установкам, существующим внутри государства и допустимо в отношении его международных обязательств. В противном случае это наряду с официальными протестами государства является свидетельством непризнания межгосударственного правила поведения в качестве обычной нормы международного права (указанное применяются *mutatis mutandis* для иных субъектов международного права). Чтобы исключить субъективные оценки при определении условий общепризнанности норм международного права, важно разработать и на международном уровне принять (признать) методики, позволяющие определить условия становления обычных норм международного права, а также предпринять усилия к кодификации этого вопроса.



Библиография

- Вылегжанин А.Н., Каламкарян Р.А. Роль международного обычая в правовом обеспечении политики государства / Международное право и современные теории международных отношений: аспекты сочетаемости (Материалы VII Конвента РАМИ, 2012 г.) / под ред. А.Н. Вылегжанина. М.: МГИМО-Университет, 2013. С. 38–56.
- Даниленко Г.М. Обычай в современном международном праве. М.: Наука, 1988. 192 с.
- Ильинская О.И. Вопросы применения международных обычно-правовых норм // Журнал российского права. 2012. № 11. С. 114–125.
- Лукашук И.И. Нормы международного права в международной нормативной системе. М.: Спарк, 1997. 223 с.
- Международное право / под ред. Г.И. Тункина. М.: Юрист, 1994. 512 с.
- Обычное международное гуманитарное право. Т. 1. Нормы / Ж.-М. Хенкерцс и др. М.: Международный Комитет Красного Креста, 2006. 818 с.
- Толстых В.Л. О правовой природе международного обычая // Евразийский юридический журнал. 2017. № 7. С. 17–20.
- Тункин Г.И. Теория международного права / под ред. Л.Н. Шестакова. М.: Зерцало, 2000. 111 с.
- Черниченко С.В. Контуры международного права. Общие вопросы. М.: Научная книга, 2014. 592 с.
- Шаммасова Л.П. Международно-правовой обычай в современном международном праве: дис... к. ю.н. М., 2006. 214 с.
- Cheng B. Custom: The future of general state practice in a divided world / The structure and process of international law. The Hague, 1983. P. 531.
- Dahlman C. The Function of *Opinio Juris* in Customary International Law // Nordic Journal of International Law, 2012, vol. 81, pp. 327–339.

De Visscher Ch. Coutume et traité en droit international public. Paris: Institut des hautes études internationales, 1955. 369 p.

Elias O. The Nature of the Subjective Element in Customary International Law // 44 International and Comparative Law Quarterly, 1995, vol. 44, pp. 501–520.

Taki H. Opinio Juris and the Formation of Customary International Law: A Theoretical Analysis // German Yearbook of International Law, 2008, vol. 51, pp. 447–466.

Acceptance of Practice as Legal Norm (opinio juris) in the Formation of International Custom



Yuryi S. Romashev

Professor, Department of International Public and Private Law, Faculty of Law, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: romashev_us@mail.ru



Abstract

One of the most important issues in the law of international custom is the definition of the forms of acceptance of general practice as a legal norm (*opinio juris*). The lack of consensus on this issue at the international level and the common position in science results in the poor effectiveness of the legal regulation of inter-state relations. Research work often uses non-objective approaches. The present article contains separate but important theoretical provisions and proposals to address this problem. Thus, the existence of *opinio juris* is an inherent subjective element of the customary rule of international law, as is the existence of practices that satisfy the necessary requirements of customary rule formation. Only states and other subjects of international law participating in international norm formation process can be recognized as subjects of recognition. Such actions may be manifested in the actions of state authorities and their officials, who may act on their behalf in accordance with international law and/or the law of States. *Opinio juris* from the part of states is generally implemented in the course of general practice. Recognition must be exercised by legal means and be legitimate under the law of the state and its international obligations. Among the main forms of recognition, together with acquiescence, are: a unilateral statement by the head of state (government), another state-authorized official, the head of the international intergovernmental Organization, other subject of international law; the inclusion of a rule of conduct in a domestic legal instrument; the inclusion of a rule of conduct in an international treaty or other based on it, a legally binding international legal act adopted by its parties in view of these documents as acts of unilateral recognition; under certain conditions, a judicial decision in a state. The basic condition of the universal acceptance of the rule of international law is its acceptance by the majority of states (established by the world community) whose interests are most affected by the application of this rule. This requires some legal formalization, the codification of qualitative and quantitative criteria and the corresponding indicators of the formation of the customary rule of international law. The elaboration and adoption of a convention on the law of international customs would help to reconcile the differences in the positions of subjects of international law and develop a unified approach in that regard.



Keywords

international law, international relations, sources of international law, international custom, law of international customs, customary norms of international law, international practice.

Citation: Romashev Yu. S. (2018) Acceptance of Practice as Legal Norm (*opinio juris*) in the Formation of International Custom. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 124–148 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.2.124.148



References

Cheng B. (1983) Custom: The future of general state practice in a divided world. *The structure and process of international law*. The Hague: Kluwer, p. 531.

Chernichenko S.V. (2014) *Kontury mezhdunarodnogo prava* [The contours of international law]. Moscow: Nauchnaya Kniga, 592 p. (in Russian)

Dahlman C. (2012) The Function of *Opinio Juris* in Customary International Law. *Nordic Journal of International Law*, vol. 81, pp. 327–339.

Danilenko G.M. (1988) *Obychay v sovremennom mezhdunarodnom prave* [Custom in contemporary international law]. Moscow: Nauka, 192 p. (in Russian)

Elias O. (1995) The Nature of the Subjective Element in Customary International Law. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 44, pp. 501–520.

Il'inskaya O.I. (2012) Voprosy primeneniya mezhdunarodnykh obychno-pravovykh norm [Application of customary international law.]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 11, pp. 114–125.

Lukashuk I.I. (1997) *Normy mejdunarodnogo prava v mejdunarodnoy normativnoy sisteme* [Norms of international law in international normative System]. Moscow: Spark, 223 p. (in Russian)

Tunkin G.I. (ed.) (1994) *Mezhdunarodnoe pravo* [International law]. Moscow: Jurist, 512 p. (in Russian)

Henckaerts J.-M. et al. (2006) *Obychnoe mezhdunarodnoe gumanitarnoe pravo* [Customary international humanitarian law]. Moscow: Mezhdunarodny Komitet Krasnogo Kresta, 818 p. (in Russian)

Taki H. (2008) *Opinio Juris and the Formation of Customary International Law: A Theoretical Analysis*. *German Yearbook of International Law*, vol. 51, pp. 447–466.

Tolstykh V.L. (2017) O pravovoy prirode mezhdunarodnogo obychnaya [Legal nature of international custom]. *EvrAziyskiy juridicheskiy zhurnal*, no 7, pp. 17–20.

Tunkin G.I. (2000) *Teoriya mezhdunarodnogo prava* [Theory of international law]. Moscow: Zertsalo, 111 p. (in Russian)

Shammasova L.R. (2006) *Mezhdunarodno-pravovoy obychnay v sovremennom mezhdunarodnom prave: Diss. ... kand. yurid. nauk* [International custom in contemporary international law (Candidate of Juridical Sciences Thesis)]. Moscow, 214 p.

Visscher de C. (1955) *Coutume et traité en droit international public*. Paris: Institut des hautes études internationales, pp. 353–369.

Vylegzhanin A.N., Kalamkarjan R.A. (2013) Rol' mezhdunarodnogo obychnaya v pravovom obespechenii politiki gosudarstva. *Mezhdunarodnoe pravo i sovremennye teorii mezhdunarodnykh otnoshenii: aspekty sochetnosti*. [The role of international custom in the legal protection of state policy. International law and modern theories of international relations: compatibility aspects]. Moscow: MGIMO, pp. 38–56.

Европейский опыт продвижения гуманитарных ценностей для развития евразийской интеграции: будущие ориентиры



А.А. Каширкина

ведущий научный сотрудник отдела научного обеспечения секретариата делегации Российской Федерации в Европейской комиссии за демократию через право Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук. Адрес: 117218, Российская Федерация, Москва, ул. Большая Черемушкинская, 34. E-mail: anna-kash@yandex.ru



А.Н. Морозов

ведущий научный сотрудник отдела зарубежного конституционного, административного, уголовного законодательства и международного права Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук. Адрес: 117218, Российская Федерация, Москва, ул. Большая Черемушкинская, 34. E-mail: ccla1@izak.ru



Аннотация

Статья посвящена анализу теоретических вопросов развития и продвижения евразийской интеграции на основе гуманистических ценностей, сформированных под эгидой Совета Европы и Европейского союза. В центре исследования — опыт функционирования Комиссии Совета Европы за демократию через право (Венецианской комиссии) с точки зрения теоретического и международно-правового анализа ее деятельности в области толкования права в целях реализации продвижения европейских гуманистических ценностей. Целью является анализ правовых подходов, сформированных в рамках Совета Европы и Европейского союза в сфере продвижения гуманистических ценностей, и возможности его использования с учетом необходимой адаптации для развития интеграции в рамках Евразийского экономического союза. При подготовке статьи использованы: диалектический, философский, формально-логический, системно-структурный, исторический, формально-юридический и сравнительно-правовой методы, методы толкования права, экспертного оценивания, правового моделирования и прогнозирования. При применении указанных общих методов научного познания использованы такие приемы исследования, как структурирование, описание, контент-анализ, синтез результатов работы. Делаются выводы о необходимости поступательного развития права Евразийского экономического союза не только как исключительно экономического интеграционного объединения, но и с добавлением в компетенцию Союза через международно-правовые каналы новых важнейших сфер международно-правового сотрудничества государств-членов. Анализ правового регулирования в Европейском союзе, а также Совете Европы позволяет сделать вывод, что в сферу международно-правового регулирования Евразийского экономического союза в будущем

могут быть включены вопросы защиты прав человека, расширения сотрудничества органов правосудия, разработки совместной антикоррупционной политики на основании международного документа, регламентации взаимодействия членов Евразийского экономического союза в предупреждении и ликвидации чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера на основе специального международного договора, создания единой экологической и природоохранной политики.

Ключевые слова

интеграция, Евразийский экономический союз, Европейский союз, Совет Европы, Комиссия за демократию через право (Венецианская комиссия), международное право, международный договор, правовое регулирование.

Библиографическое описание: Каширкина А.А., Морозов А.Н. Европейский опыт продвижения гуманитарных ценностей для развития евразийской интеграции: будущие ориентиры // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 2. С. 149–169.

JEL: 341; УДК: К33

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.2.149.169

Как неоднократно отмечается в исследованиях, посвященных развитию интеграционных процессов в международном праве, поступательное развитие интеграции требует от государств постепенного наращивания интеграционного «поля», т.е. углубления и расширения сфер сотрудничества за счет включения в данное поле новых параметров и форматов. Разумеется, такие параметры и форматы интеграционного взаимодействия государств в рамках международного объединения или международной организации немыслимы без международно-правовой составляющей, а в конечном счете — без договоренностей государств о новых сферах и формах сотрудничества в рамках межгосударственного интеграционного объединения, которые объективируются в международно-правовой форме, как правило, в рамках международного договора.

Однако прежде чем международно-правовая функция объективации состоится, необходимо глубокое теоретическое осмысление новых форматов и сфер сотрудничества, к которым, возможно, предстоит прийти государствам-членам интеграционного объединения. Подобное осмысление предполагает комплексную оценку потенциала и рисков от продвижения интеграции и включения в нее новых сфер, аргументов «за» и «против» со стороны различных акторов интеграционных процессов, а также научную дискуссию по данному вопросу.

Евразийский экономический союз — новое объединение региональной экономической интеграции — находится в формационном развитии с неодинаковыми темпами роста и нелинейным международно-правовым раз-

витиём, чему есть объективные предпосылки и обоснования. В то же время, несмотря на интеграционные «скачки» и «падения», по нашему убеждению, развитие Евразийского экономического союза (далее — ЕАЭС) отвечает взаимным интересам всех государств-членов ЕАЭС, включая Россию. Не приводя всех аргументов в пользу развития ЕАЭС, укажем, что в период экономической турбулентности и нестабильности международной обстановки государствам необходимо сохранять региональную площадку стабильности в своем регионе, проводить международную политику защиты интересов на консолидированной основе перед лицом международных вызовов и угроз.

В настоящее время членами ЕАЭС являются пять государств: Российская Федерация, Республика Беларусь, Республика Казахстан, Республика Армения и Кыргызская Республика. Договор о Евразийском экономическом союзе установил сферы сотрудничества, которые в настоящее время включаются в орбиту международно-правового регулирования права ЕАЭС. Однако это не означает, что право ЕАЭС будет оставаться «застывшим» и не подвергаться совершенствованию с учетом тех целей и задач, которые объективно возникают на «повестке дня» государств-членов ЕАЭС и нуждаются в международно-правовом регулировании на многосторонней основе в рамках межгосударственного интеграционного взаимодействия.

Хотя в настоящее время деятельность ЕАЭС простирается исключительно на экономическое взаимодействие, уже сейчас возможно поставить вопрос о продвижении евразийской интеграции в рамках деятельности Евразийского экономического союза в новых сферах и форматах, которые выведут его за рамки сугубо экономического объединения. Так, деятельность самого мощного в настоящее время межгосударственного интеграционного объединения — Европейского союза, имеющего прочную политическую составляющую, институты межгосударственного правосудия и защиты прав человека на международно-правовом уровне, начиналась с образования и функционирования Европейских экономических сообществ (ЕЭС) и Европейского объединения угля и стали (ЕОУС) в 1947 г., и только пройдя п полувековой путь развития, форма Европейского союза приобрела нынешние международно-правовые очертания и наполнение.

По нашему мнению, развитие интеграции в рамках ЕАЭС возможно расширить за счет включения в «орбиту» интеграционного взаимодействия следующих компонентов.

Защита прав человека. Данный компонент необходим для обеспечения прав человека и основных свобод в государствах, принадлежащих к евразийскому региону, где одинаково ценные и глубокие «корни» как европейских, так и азиатских традиционных гуманистических ценностей. Неоднозначность подходов к оценке защиты таких ценностей в государствах-членах ЕАЭС нуждается в дополнительной проработке, поскольку не может быть

покрыта исключительно деятельностью Европейского суда по правам человека (далее — ЕСПЧ).

В развитии ЕАЭС даже в рамках экономического взаимодействия необходимо сотрудничество органов правосудия на основе многостороннего международного договора, обеспечение, в частности, взаимного признания решений любого члена ЕАЭС в другом государстве-члене ЕАЭС не только применительно к спорам, которые рассматриваются в рамках Суда ЕАЭС.

Необходимо продолжать внедрять в сферу функционирования ЕАЭС совместную антикоррупционную политику, возможно, на основе разработки и принятия Евразийской антикоррупционной стратегии или ее аналогов.

Для сотрудничества перед лицом новых вызовов и угроз целесообразно включить в формат евразийской интеграции сотрудничество государств-членов ЕАЭС по вопросам предупреждения и ликвидации чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, для чего возможно принятие специального международного договора.

Наконец, любое межгосударственное интеграционное объединение нуждается в общей экологической и природоохранной политике, которая в настоящее время совсем не регулируется правом ЕАЭС, хотя экономические права и обязанности государств в рамках международного сотрудничества должны быть тесно увязаны с защитой окружающей среды.

Развитие «цифровой повестки» ЕАЭС как важнейшей сферы интеграционного строительства в современном мире. В данном случае под «цифровой повесткой» понимается широкий набор объектов, включая механизмы их внедрения, функционирующих или сформированных при помощи информационно-телекоммуникационных технологий, к которым относятся, в том числе блокчейн, различные виды криптовалюты и т.д.

В связи с этим нельзя не отметить концептуальные подходы, сформированные в Европейском союзе к ряду составляющих современной цифровой экономики. Так, с 1.02.2018 Европейская комиссия запустила блокчейн-обсерваторию и форум при поддержке Европарламента. Блокчейн-обсерватория и форум будут освещать ключевые разработки в сфере применения технологий блокчейн, продвигать европейских участников и укреплять европейское взаимодействие с заинтересованными сторонами¹. Также под эгидой Европарламента разрабатываются информационно-аналитические документы в сфере применения технологии блокчейн².

¹ European Commission launches the EU Blockchain Observatory and Forum [Электронный ресурс]: // URL:http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-521_en.htm (дата обращения: 11.01.2018)

² How blockchain technology could change our lives [Электронный ресурс]: // URL: http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/581948/EPRS_IDA%282017%29581948_EN.pdf (дата обращения: 11.01.2018)

По заявлениям официальных лиц ЕС, Европейская комиссия не исключает возможности регулирования криптовалют, если такого рода решения не будут выработаны на глобальном уровне. Решение этого вопроса ЕС намерен предложить в конце 2018 г. или в начале 2019 г.³ Таким образом, Евросоюз занимает выжидательную позицию, увязывая выработку своих решений с международно-правовым регулированием на универсальном уровне. При этом не исключается разработка специальных правовых актов ЕС в этой сфере.

В связи с этим нельзя не отметить резолюцию Европейского парламента от 26.05.2016 «О виртуальных валютах»⁴. В резолюции подчеркивается необходимость соблюдения пропорциональности в регулировании на уровне ЕС с тем, чтобы не тормозить инновационного развития и не создавать барьеров, а также не повышать издержки. Несмотря на то, что резолюции Европарламента не обладают юридически обязательной силой, они являются важным шагом к разработке будущего правового регулирования на уровне ЕС.

В 2017 г. в Директиву № 2015/849 Европарламента и Совета ЕС «О предотвращении использования финансовой системы для целей отмывания денег или финансирования терроризма, об изменении Регламента (ЕС) 648/2012 Европарламента и Совета ЕС и об отмене Директивы 2005/60/ЕС Европарламента и Совета ЕС и Директивы 2006/70/ЕС Европейской комиссии» были внесены изменения, которые направлены на снижение риска использования виртуальных валют для отмывания доходов, полученных преступным путем.

Уже в 2013 г. Европейское банковское управление выделяло риски в сфере виртуальных валют, среди которых — отсутствие в ЕС регулирования, защищающего потребителей от финансовых убытков, связанных с банкротством компаний, владеющих технологиями, обеспечивающими обмен цифровых валют (крах бирж обмена цифровых валют), или с их решением выйти из данного бизнеса⁵. Таким образом, ЕС более всего продвинулся в разработке подходов к правовому регулированию в рассматриваемой сфере, однако, и здесь пока можно говорить лишь о попытках приблизиться к пониманию содержания будущей модели правового регулирования.

Отметим, что для ЕАЭС также характерно продвижение так называемой «цифровой повестки», хотя и не столь высокими темпами, как в ЕС. Вопросы цифровой экономики в различных ее аспектах отражены в ряде решений,

³ [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.fxteam.ru/forex/fxteam-news/182452.html> (дата обращения: 11.01.2018)

⁴ [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML%20TA%20P8-TA-2016-0228%200%20DOC%20PDF%20V0//EN> (дата обращения: 11.01.2018)

⁵ [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.eba.europa.eu/documents/10180/598344/EBA+Warning+on+Virtual+Currencies.pdf> (дата обращения: 11.01.2018)

принятых в рамках ЕАЭС⁶. Например, упомянутое Распоряжение Коллегии Евразийской экономической комиссии от 12.09.2017 содержит специальный раздел «Вызовы цифровой трансформации для Союза». В данном документе отмечается, что государства-члены в своих стратегиях и программах развития уже решают ряд задач по выработке ответа вызовам цифровой трансформации экономики. Однако интеграционный фактор обеспечения дополнительной устойчивости и возможностей для масштабирования экономик государств-членов в ответ на глобальные вызовы цифровой трансформации используется в недостаточной степени.

Отсутствие согласованной политики государств-членов в цифровой сфере может стать препятствием для достижения синергетических эффектов в развитии цифровой экономики государств-членов и цифрового пространства Союза. Совместные инициативы и проекты в рамках цифровой повестки, имеющие общий интерес, позволят значительно расширить возможности государств-членов, их хозяйствующих субъектов и граждан как на внутреннем, так и на внешнем рынке.

С точки зрения определения контуров цифровой повестки ЕАЭС следует подчеркнуть заявление глав государств-членов ЕАЭС от 26.12.2016 «О цифровой повестке Евразийского экономического союза». В связи с этим можно сформулировать следующие рекомендации для формирования правовой базы Евразийского экономического союза в области цифровой экономики: активизировать процессы разработки и принятия правовых актов органами ЕАЭС, регламентирующих вопросы цифровой экономики; проводить постоянный мониторинг реализации таких актов как на уровне ЕАЭС, так и на уровне членов Союза; координировать процессы принятия и реализации соответствующих планов, программ, стратегий на уровне ЕАЭС и уровне членов Союза; повышать информированность граждан и юридических лиц

⁶ В частности, к такого рода решениям можно отнести следующие: Решение № 71 Совета Евразийской экономической комиссии «О проекте решения Евразийского межправительственного совета «О порядке проработки инициатив в рамках реализации цифровой повестки Евразийского экономического союза»», Распоряжение Коллегии Евразийской экономической комиссии от 12.09.2017 № 125 «О проекте решения Совета Евразийской экономической комиссии «О проекте решения Высшего Евразийского экономического совета «Об Основных направлениях реализации цифровой повестки Евразийского экономического союза до 2025 года»», Распоряжение Коллегии Евразийской экономической комиссии от 14.11.2017 № 152 «О проекте решения Совета Евразийской экономической комиссии «О требованиях к созданию, развитию и функционированию трансграничного пространства доверия»», Заявление о цифровой повестке Евразийского экономического союза, Распоряжение Коллегии Евразийской экономической комиссии от 11.07.2017 № 81 «О проекте решения Совета Евразийской экономической комиссии «Об утверждении Стратегии развития интегрированной информационной системы Евразийского экономического союза на период до 2025 года»», Распоряжение Коллегии Евразийской экономической комиссии от 30.06.2017 № 71 «О проекте рекомендации Совета Евразийской экономической комиссии «О целесообразности имплементации и использования в рамках Евразийского экономического союза наилучших практик Организации экономического сотрудничества и развития»».

государств-членов ЕАЭС о разрабатываемых и принимаемых решениях в области цифровой экономики; совершенствовать реализацию решений органов ЕАЭС в области цифровой экономики.

Таким образом, в сфере цифровой экономики развитие собственной модели правового регулирования ЕАЭС наряду с использованием опыта ЕС может дать синергетический эффект и мощный импульс в продвижении интеграционных процессов на качественно ином уровне взаимодействия по самым актуальным направлениям. В целом цифровая повестка по объективным причинам будет продвигаться усиленными темпами в Европе и США, опережая ее становление в государствах постсоветского пространства* однако в этой сфере с международно-правовой точки зрения появляются новые, заслуживающие внимания модели правового регулирования, которые должны быть максимально и всесторонне исследованы, а также по возможности использованы в качестве ориентиров для создания соответствующего правового регулирования в рамках ЕАЭС.

Необходимо отметить, что европейский опыт продвижения гуманистических ценностей — собирательное понятие. В широком смысле его можно рассматривать применительно к различным организациям, учреждениям и площадкам, действующим в европейском регионе, как правительственных, так и неправительственных, имеющих юридическую силу решений для государств-членов или действующих посредством рекомендательных норм. В рамках данного исследования нам наиболее интересны ЕС и Совет Европы — два субъекта международного права, имеющих различную международно-правовую природу, цели и задачи, однако сближающиеся за счет общего вектора, присущего в своем функционировании как СЕ, так и ЕС — обеспечения и продвижения гуманистических ценностей посредством различных институтов, входящих в состав указанных международных организаций.

Справедливости ради необходимо указать, что деятельность по защите прав человека, осуществляемая как Судом Европейского союза, так и ЕСПЧ как важнейшим органом Совета Европы, довольно глубоко раскрыта в зарубежной и отечественной науке международного права. В то же время деятельность такого органа Совета Европы, как Комиссия за демократию через право (Венецианская комиссия), почти не исследована с теоретической точки зрения на предмет использования ее позитивного опыта для развития евразийской интеграции. Ввиду новизны данного вопроса необходимо подробно рассмотреть особенности функционирования Венецианской комиссии и попытаться вычленить те составляющие ее практики, которые, возможно, послужат ориентирами для будущего развития права ЕАЭС.

Венецианская комиссия была создана, когда Совет Европы проделал достаточный путь правового развития; в частности, была в основном сфор-

мирована правовая система данной организации с опорой на Конвенцию о защите прав человека и основных свобод (1950) как на центральный и системообразующий документ защиты прав человека. При этом возникла необходимость в выработке единых правовых подходов к толкованию стандартов Совета Европы в сфере защиты прав человека на плюралистической и профессиональной юридической основе. Кроме того, состав участников Совета Европы к 1990-м годам значительно разросся, т.е. перестал быть однородным и стал включать страны с различным уровнем развития экономики и демократических институтов.

Будучи консультативным органом Совета Европы по конституционным вопросам, Комиссия нацелена на оказание правовых консультаций государствам-членам, в частности, помощи государствам по приведению их правовых и институциональных структур в соответствие с европейскими стандартами и международным опытом в области демократии, прав человека и верховенства права⁷. Кроме того, Комиссия помогает распространению и укреплению общего конституционного наследия и обеспечивает «экстренную конституционную помощь» государствам с переходной экономикой.

Тот факт, что Венецианская комиссия состоит не из представителей органов государств-членов (как, например, Парламентская ассамблея Совета Европы), а из независимых экспертов, придает данному институту Совета Европы менее политизированный, беспристрастный и независимый статус, который можно сравнить лишь со статусом ЕСПЧ. Членский состав Комиссии объясняет природу данного института, который призван осуществлять задачи посредством рекомендательных, а не обязательных к исполнению решений, и сила которого должна опираться на авторитет комиссии и обоснованность ее правовых позиций.

Венецианская комиссия является специфическим вспомогательным органом Совета Европы, осуществляющим оригинальное правовое толкование национальных и международных актов в широком научном и юридическом диапазоне, по своему охвату не имеющее аналогов как с точки зрения органов, занимающихся толкованием в сфере международного права, так и в практике государств. При этом Комиссия в отличие от национальных и международных органов, осуществляющих толкование актов, проводит юридическую экспертизу, синтезируя международно-правовой, сравнительный и национально-правовой анализ различных отраслей законодательства

⁷ За четверть века Комиссия подготовила более 80 крупных научных исследований, в том числе по таким важным темам, как защита прав детей в международном праве и в конституциях (2014); верховенство права (2011); независимость судебной власти (2010); роль оппозиции в демократическом парламенте (2010); пересмотр конституций (2009); кодекс хорошей практики в вопросах избирательного законодательства (2002); конституционные референдумы (2001); исполнение решений конституционных судов (2001); урегулирование этнополитических конфликтов (2000); федеративная и региональная организация государств (1997) и т.д.

(конституционного, уголовного, административного и т.д.), затрагивающего права и свободы человека и гражданина.

Анализ подходов к толкованию и экспертизе нормативных правовых актов, а также проектов нормативных правовых актов, осуществляемых Комиссией, позволяет выявить следующие основные элементы данной деятельности.

В рамках данного консультативного органа Совета Европы отсутствуют документы, определяющие порядок толкования и экспертизы актов, принимаемых к рассмотрению Комиссией. Уставом и Регламентом Комиссии устанавливается только общая правовая основа ее деятельности и ее структура.

Представительство членом Совета Европы в Венецианской комиссии основывается не на политической принадлежности, а на принципах беспристрастности и объективности, авторитетности и профессионализма экспертов, что отнюдь не исключает политизированности отдельных заключений данного органа и его упора на «западноевропейские эталонные ценности» при экспертизе проектов правовых актов ряда государств.

Для Комиссии при экспертизе характерна обширная научно-консультативная деятельность, включающая различные встречи, переговоры, семинары, конференции, в чем активно участвует ее Научный совет.

В целом основу экспертных оценок в Комиссии, помимо убеждений экспертов, образуют европейские стандарты в области конституционализма, защиты прав человека и международного права в трактовках, осуществляемых актами и органами Совета Европы, включая ПАСЕ, ЕСПЧ и другие органы.

Центром научно-правовой экспертизы является толкование законодательства по запросам парламентов, правительств и глав государств-членов Совета Европы. Кроме того, на запрос экспертизы Комиссии от Совета Европы уполномочены: Генеральный секретарь, Комитет министров, Парламентская ассамблея, Конгресс местных и региональных общин. Отдельно следует указать на возможность запросов из международных межправительственных организаций, участвующих в работе Комиссии и привлекаемых к объективации ее заключений: Европейского союза, ОБСЕ, Бюро по демократическим институтам и правам человека (БДИПЧ).

Важность толкования норм права трудно переоценить, поскольку еще в 1901 г. известный ученый-юрист Е.В. Васьковский указывал, что толкование нормы должно дать средство к правильному ее пониманию, установлению истинного смысла закона⁸. Однако под «истинным смыслом» можно понимать (и фактически понимают) очень и очень различное⁹. Поэтому для по-

⁸ *Васьковский Е.В.* Учение о толковании и применении гражданских законов. Одесса, 1901. С. XXI.

⁹ *Раевич С.И.* Из вопросов учения о толковании и применении права // Советское право. 1924. № 3. С. 57.

лучения верного понятия о сущности толкования права, чтобы затем яснее определить задачи толкования, прежде всего необходимо установить объект интерпретационной деятельности¹⁰.

Толкованию, осуществляемому Венецианской комиссией, очевидную неоднозначность придает объект толкования — норм национального законодательства в контексте анализа на их соответствие международным принципам, включая полифункциональные стандарты Совета Европы. Комиссия одной из первых приняла участие в формировании международных стандартов Совета Европы, заложенных в Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Комиссии удалось стать весомым и влиятельным союзником национальных властей при разработке нормативных правовых актов или внесении изменений в законодательство¹¹. Таким образом, необходимо системное и комплексное юридическое толкование, которое не может базироваться исключительно ни на нормах международного права, ни на нормах национального законодательства. В то же время осуществление подобного толкования нуждается в собственном научном освещении и изучении, чего до сих пор не предпринималось в юридической литературе ни в России, ни за рубежом. При этом в полной мере можно заключить, что Венецианская комиссия осуществляет специфическое толкование, которое не сводится исключительно к интерпретации закона, проводимой безотносительно к его реализации в каждом отдельном случае.

Вопрос о понятии толкования права предполагает рассмотрение содержания интерпретационного процесса. Заметим, что и здесь среди ученых существуют разногласия. Это объясняется сложностью проблемы. Исследуемый процесс протекает в основном в сознании человека в виде различных внутренних мыслительных, интеллектуально-волевых операций. Эта трудность обуславливает существование мнений о содержании толкования только как разъяснении, результаты которого могут быть непосредственно восприняты в интерпретационном акте, юридическом совете и т.д., когда разрывается единый процесс толкования и уяснение права, происходящее в сознании человека, кажется не имеющим юридического значения, совершенно не связанным с разъяснением и т.д. Мы присоединяемся к мнению, согласно которому уяснение и разъяснение правовых норм представляют собой две взаимосвязанные стороны процесса толкования¹². Указанное как нельзя лучше прослеживается в толковании, осуществляемом Комиссией. Она не только подробно разбирает акты национального законодательства,

¹⁰ Хабриева Т.Я. Толкование Конституции Российской Федерации: теория и практика. М., 1998. С. 13.

¹¹ Венецианская комиссия: сто шагов к демократии через право / под ред. Т.Я. Хабриевой, В.И. Лафитского. М., 2014. С. 10.

¹² Хабриева Т.Я. Указ. соч. С. 24–25.

но и проводит детальный анализ, а также сопоставление с общепризнанными принципами и нормами международного права, стандартами Совета Европы, практикой ЕСПЧ. Таким образом, Комиссия при толковании действует по принципу «от разъяснения — к уяснению», что формирует ее правовые позиции как устойчивые и способные к эффективному внедрению на национальную почву, что предопределяется, в том числе системной связью с важнейшим международным документом в сфере защиты прав человека — Конвенцией о защите прав и основных свобод.

В деятельности Венецианской комиссии применительно к представленным в заключениях позициям отчетливо прослеживается сочетание различных уровней толкования, которые не следует противопоставлять: научно-теоретическое истолкование права, когда анализируется не только конкретное содержание законодательной воли, но и ее общий смысл. Юридические понятия исследуются в свете общей характеристики права как общественного явления, его сущности, различных закономерностей развития. Безусловно, интерпретация закона на этом уровне шире и богаче правоприменительного толкования; практико-прикладное толкование действующего права, включающего установление смысла закона применительно к различным субъектам и жизненным ситуациям¹³.

Таким образом, Комиссия дает уникальное синергетическое толкование, одновременно объединяя научно-теоретическое истолкование права с практико-прикладным толкованием действующего законодательства. Синергия толкования права, осуществляемого ею, прослеживается и по научным параметрам. Так, можно с уверенностью заключить, что экспертами осуществляется и доктринальное, и компетентное толкование, при достаточной степени их теоретического различия. В частности, если компетентное толкование, тесно связанное и во многом производное от доктринального, дается сведущими в праве лицами (специалистами). Они могут иметь ученые степени, а могут и не иметь их, но если доктринальное толкование связано с научной разработкой проблемы, с научным поиском субъекта толкования, то компетентное — это, в первую очередь, осведомленность субъекта толкования в области практики¹⁴.

Также следует отметить, что в своем концептуальном выражении, сущими только толкованию, осуществляемому Венецианской комиссией, уникальными характеристиками и специфическими особенностями, оно тем не менее является в том числе телеологическим¹⁵, направленным на раз-

¹³ См. подробнее: Там же. С. 11.

¹⁴ См. подробнее: *Хабриева Т.Я.* Указ. соч. С. 114; *Общая теория права и государства* / под ред. В.В. Лазарева. М., 1994. С. 179; *Общая теория права* / под ред. А.С. Пиголкина. М., 1995. С. 293.

¹⁵ Подробнее о телеологическом толковании см.: *Насырова Т.Я.* Телеологическое (целевое) толкование советского закона. Казань, 1988. С. 6.

яснение и уяснение целей Устава Совета Европы, других основополагающих документов, содержащих стандарты Совета. Венецианская комиссия посредством телеологического толкования осуществляет важную эталонную функцию, нацеленную в будущее и ориентированную на самый широкий охват государств, включая как европейские, так и неевропейские страны.

Необходимость доктринального и компетентного толкования в рамках деятельности Комиссии непосредственно связана с одной из целей, которую она преследует: исследовать проблемы, связанные с функционированием, укреплением и развитием демократических институтов (п. 1 ст. 1 Пересмотренного Устава Европейской комиссии за демократию через право). Таким образом, проведение всесторонних научных исследований, является одним из важных направлений ее функционирования. Высокий уровень экспертной работы по толкованию права обеспечивается серьезными требованиями к профессионализму и авторитету членов Венецианской комиссии, включая ее Научный совет.

Подобное толкование является необходимым еще и потому, что стандарты Совета Европы носят полифункциональный характер. Он проявляется в том, что они, имея своим центральным направлением организацию защиты прав и свобод человека и гражданина в государстве в соответствии с его международными обязательствами, дополняются сопутствующими векторами, сопряженными с данной деятельностью: правоохранными, социальными, судебными, пенитенциарными и т.д. Без такой организации внедрение международных стандартов в сфере защиты прав человека не может быть эффективным на внутрисударственном уровне.

Особую научную значимость имеет вопрос о выделении специфических функций толкования содержания права и (или) закона. Как справедливо отмечал С.С. Алексеев, функция толкования связана не только с необходимостью проникновения посредством внешней формы права в содержание правовых предписаний, но и с истолкованием права в целом, его смысла, принципов, социально-политического содержания¹⁶.

С точки зрения международного права можно вычлнить особенные функции толкования права, осуществляемого Венецианской комиссией, которые принадлежат только этому органу, не имеющему аналогов ни в одной международной организации. Международные организации, как правило, наделяют правом толкования специальные судебные органы (международные суды), созданные на основании международно-правового акта, которые осуществляют разъяснение и интерпретацию преимущественно международно-правовых актов, действующих под эгидой данной организации и распространяющихся на ее государства-члены. Венецианская комиссия, не являясь международным судебным и даже квази-судебным органом Совета

¹⁶ Алексеев С.С. Общая теория права. Т. 2. М., 1982. С. 295–296.

Европы, дополняя его структуру основных органов, тем не менее осуществляет важнейшие функции в сфере толкования права, как международного, так и национального.

Научный анализ показывает, что специфическими особенностями толкования права, осуществляемого Венецианской комиссией, делающими его отличными от толкований, даваемых судебными органами, включая ЕСПЧ, являются следующие.

Генерация права в государствах в соответствии с развитием каталога прав человека, эволюцией права и гуманистических ценностей. Как отмечает Дж. Букиккио, «мы не должны считать, что демократия достигнута и что демократические преобразования необратимы, поскольку демократическое мышление само по себе не является необратимым»¹⁷. В связи с этим для развития демократических ценностей необходимо постоянное движение и правовой прогресс.

Именно поэтому, по мнению отдельных ученых, Венецианская комиссия сообразно с ее официальным названием в своей уникальной деятельности по толкованию права проводит и внедряет концепцию «демократия через право», под которой понимаются развитие, укрепление и сохранение демократических ценностей и их обеспечение с помощью правовых методов¹⁸. Концепция «демократия через право» генерируется Комиссией, т.е. активно продвигается и развивается через постоянное обновление, использование самых новейших юридических технологий, правовых средств и доктрин.

Генерация права должна проявляться также, по нашему мнению, в развитии международно-правового регулирования при толковании лучших образцов из актов национального права, которые после их высокой экспертной оценки Венецианской комиссией могут быть экстраполированы на международный уровень и приобрести форму международного акта. Кроме того, посредством «мягкого» регулирующего воздействия на государства, проводимого через неофициальное толкование, Комиссия пропагандирует ценности верховенства права и демократии.

Фильтрация и коррекция законодательства, которая проявляется в том, что при подготовке заключений Комиссия рекомендует государствам в отношении их законодательных актов провести их доработку и внести изменения, если выявляются их существенные противоречия с общепризнанными принципами и нормами международного права, а также стандартами Совета Европы. Эта составляющая крайне важна для государственного правового развития, поскольку рекомендации Комиссии вносят существенные предложения по совершенствованию национального законодательства, а в

¹⁷ Венецианская комиссия: сто шагов к демократии через право. С. 12.

¹⁸ См.: Лимонникова М.А. Венецианская комиссия Совета Европы: правовые аспекты создания и деятельности: дис... к. ю. н. М., 2010.

некоторых случаях ссылка на них употребляется в решениях и постановлениях ЕСПЧ и некоторых национальных судов, которые ссылаются на акты Венецианской комиссии.

Конституционный Суд Российской Федерации также учитывает рекомендации Венецианской комиссии. Так, в своем Определении по запросу группы депутатов Государственной Думы о проверке конституционности Закона г. Москвы «О внесении изменений в Закон города Москвы от 6.07.2005 № 38 «Избирательный кодекс города Москвы» и Закон города Москвы от 23.04.2003 «О Московской городской избирательной комиссии» от 3.07.2014 Конституционный Суд ссылается на Руководящие принципы относительно выборов, содержащиеся в подготовленном Венецианской комиссией) Своде рекомендуемых норм при проведении выборов¹⁹. В Постановлении по делу о проверке конституционности п. 1 ст. 65 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» в связи с запросом Законодательного Собрания Владимирской области от 15.04.2014 Конституционный Суд также ссылается на указанный документ Венецианской комиссии.

Кроме того, примером является Постановление Конституционного Суда Республики Молдова от 4.06.2013 «О контроле конституционности некоторых положений, касающихся запрещения коммунистической символики и пропаганды тоталитарных идеологий», в котором этот суд в конечном итоге признал неконституционными отдельные положения Закона Республики Молдова №192 от 12.07.2012 о внесении дополнений в некоторые законодательные акты, который запрещал использование в политических целях коммунистических символов (серпа и молота) и пропаганду тоталитарных идеологий. В адресованном Конституционному суду Республики Молдова по делу «О контроле конституционности некоторых положений, касающихся запрещения коммунистической символики и пропаганды тоталитарных идеологий» заключении Венецианская комиссия и ОБСЕ отмечали, что, согласно международным стандартам, свобода выражения распространяется и на информацию или идеи, которые могут расцениваться как оскорбляющие, шокирующие и вызывающие раздражение²⁰.

Более того, в п. 4 ст. 3 Пересмотренного Устава Европейской комиссии за демократию через право предусмотрено, что Комиссия сотрудничает с конституционными судами и аналогичными инстанциями на двусторонней основе через посредничество с объединениями, представляющими эти суды. Таким образом, Комиссия прямо ориентирована на сотрудничество с конституционными и высшими судами государств в рамках упрочения демократических институтов и, что не менее важно, понимания особенностей

¹⁹ Венеция, 18–19.10.2002, Страсбург, 30.10.2002.

²⁰ [Электронный ресурс]: // URL:<http://lex.justice.md/ru/349032/> (дата обращения: 10.01.2018)

национальных правовых систем государств. Тем самым проявляется гибкость правового инструментария этого органа применительно к особенностям правовых систем государств.

Фильтрация и коррекция национального законодательства отчетливо прослеживается и в последних заключениях Венецианской комиссии и ОБСЕ/БДИПЧ, в частности, в совместном заключении Венецианской комиссии и ОБСЕ/БДИПЧ по Закону Украины «Об осуждении коммунистического и национал-социалистического (нацистского) режимов и запрет пропаганды их символики». В заключении содержится критическая формулировка, что данный Закон недостаточно ясен, чтобы позволить лицам регулировать свое поведение в соответствии с ним и не допускать произвольного вмешательства со стороны государственных органов. Кроме того, в заключении Комиссии указывается, что рассматриваемый Закон Украины вводит санкции, которые несоразмерны преследуемой правомерной цели. В то же время закреплена формула, что, если такие законы представляют собой вмешательство в свободу выражения мнения или свободу ассоциаций, они должны соответствовать трехуровневому тесту на правомерность, легитимность и необходимость в демократическом обществе²¹. Таким образом, Венецианская комиссия вводит в процесс юридической экспертизы собственный научно-правовой инструментарий и методологию, которые ориентированы на демократические стандарты как высшую ценность Совета Европы.

ЕСПЧ ссылается на заключения Венецианской комиссии, в частности, в следующих постановлениях: по делу «Веренцов (Vyerentsov) против Украины» от 11.04. 2013, по делу «Юмак (Yumak) и Садак (Sadak) против Турции» от 8.07.2008, по делу «Баскская националистическая партия — региональная организация «Ипарралде» (Parti nationaliste basque — organisation regionale d'iparralde) против Франции» и др.

При этом можно согласиться, что акты Венецианской комиссии, содержащие нормы «мягкого» права, благодаря своему высокопрофессиональному правовому толкованию, осуществляемому ведущими учеными-юристами и практиками из разных стран мира, являются для государств убедительными ориентирами, «золотыми стандартами», а в ряде случаев — нормами, которые исполняются государствами, исходя из правовой убежденности, что следует поступать так, а не иначе, т.е. *opinio juris*.

Кроме того, по целому ряду важнейших направлений развития законодательства (избирательное право и избирательные стандарты, законодательство о политических партиях, защита прав человека, защита прав мень-

²¹ Проект совместного заключения Венецианской комиссии и ОБСЕ/БДИПЧ по Закону Украины «Об осуждении коммунистического и национал-социалистического (нацистского) режимов и запрет пропаганды их символики» // СПС Гарант.

шинств, прав осужденных, конституционное правосудие и т.д.) Комиссия формирует целый ряд правовых заключений, которые в последующем в консолидированной форме позволяют говорить о формировании ее правовых позиций. Правовые позиции Комиссии также фигурируют в решениях и постановлениях ЕСПЧ и конституционных, а также иных высших судов государств. Это свидетельствует о высочайшем уровне и качестве толкования, проводимого Венецианской комиссией.

По нашему мнению, в ряде заключений нормы «мягкого» права, содержащиеся в толковании Венецианской комиссии, приближаются по своим характеристикам к формированию международно-правовых обычаев. Особенно это касается актов, принятых в систематизированной форме, например, Руководящие принципы запрета и роспуска политических партий (1999), Кодекс надлежащей практики на референдумах, принятый Советом по демократическим выборам и Венецианской комиссией (2007), Свод рекомендательных норм при проведении выборов (2002), Руководящие начала и отчет о финансировании политических партий (2001).

Таким образом, можно вычленил еще одну важную особенность, присущую толкованиям Венецианской комиссии, а именно, консолидацию права за счет объединения сформированных правовых позиций самой Венецианской комиссии, ЕСПЧ, других органов Совета Европы, включая ПАСЕ, ОБСЕ, БДИПЧ и др., способов и методов толкования, наиболее прогрессивных идей и доктрины. Консолидация заключается также в том, что в современных условиях «мы наблюдаем стадию консолидации новых институциональных условий, вызванных демократическими преобразованиями; теперь мы более ясно, чем в прошлом, осознаем важность правовой, конституционной и политической культуры»²².

Следует выделить аккумулирующую функцию толкования Венецианской комиссии, выражающуюся в прогрессивном реформировании права и законодательства государств за счет мягкого регулятивного воздействия. В данном случае Комиссия проводит свои решения методами, которые за счет мягкого регулирующего воздействия обладают не меньшим потенциалом, чем правовые методы, поскольку не связывают государства жесткими обязательствами, а оставляют свободу и широту в выборе способов приведения национального законодательства в соответствии с выработанными рекомендациями.

Таким образом, посредством толкования Венецианская комиссия способствует эволюции национального законодательства, а внедрение ее рекомендаций является перспективным направлением имплементации международных норм и стандартов Совета Европы, включая Россию. В условиях

²² Из вступительного слова Дж. Букиккио. См.: Венецианская комиссия: сто шагов к демократии через право. С. 12.

обостренной обстановки, значительно сузившихся контактов в рамках Совета Европы, участие России в деятельности Венецианской комиссии является важным каналом продвижения российской позиции, включая законодательные и научные решения, в правовую систему Совета Европы и выстраивания конструктивного диалога в данном формате.

Следует выделить интегрирующую составляющую, проявляющуюся при толковании права Венецианской комиссией, поскольку она в заключениях ориентирована на самый широкий охват международных организаций²³ (ООН, ОБСЕ, ЕС, в заключениях исследуется также практика Содружества Независимых Государств). Что не менее важно, Комиссия создает между ними необходимые для эффективного правоприменения связи, в том числе разбирая юридические проблемы, затрагивающие различные межгосударственные объединения, их множественность и перекрещивающееся международно-правовое регулирование. В качестве примера назовем заключение «О юридических проблемах, связанных с одновременным существованием Европейской конвенции о правах человека и Конвенции СНГ о правах и основных свободах человека». Кроме того, Венецианская комиссия развивает активную деятельность в отношении неевропейских стран — ближайших соседей членов Совета Европы, т.е. стран Южного Средиземноморья и Центральной Азии.

Наконец, выделим и такое направление толкования законодательства Венецианской комиссией, как функция международного посредничества при преодолении конституционных кризисов. Достаточно указать заключения Комиссии, послужившие разрешению конституционных кризисов в таких странах, как Армения, Беларусь, Кыргызстан и т.д. В данном случае Комиссия посредством «мягких» рекомендательных норм осуществляет миссию, которую трудно переоценить: с одной стороны, способствует плавному и менее болезненному проведению конституционных реформ в государствах с переходной экономикой и новых демократиях, с другой — помогает в устранении конституционных пробелов, а зачастую и противостояния между различными государственными органами.

Тем самым функция международного посредничества в урегулировании конституционных кризисов посредством мягкого регулирующего воздействия в деятельности Венецианской комиссии является также ее специфической чертой. Это подтверждает уникальный характер данного органа по сравнению с иными международными структурами.

²³ Согласно ст. 1 Пересмотренного Устава Европейской комиссии за демократию через право Европейская комиссия за демократию через право является независимым консультативным органом, который сотрудничает, в том числе с заинтересованными международными организациями и структурами.

Анализ функционирования Комиссии и ее подходов к толкованию национального права, проявляющихся в заключениях этого консультативного органа, показывает, что по своей юридической природе они могут быть отнесены к актам «мягкого права», т.е. международным документам рекомендательного характера, содержащим толкование национальных законодательных актов сквозь призму полифункциональных стандартов Совета Европы, закрепленных в международно-правовых актах, принятых под эгидой СЕ, в первую очередь, в Конвенции о защите прав человека и основных свобод. С точки зрения международного права «мягкие» регулирующие нормы являются проводниками более лабильного воздействия, а, значит, могут более благоприятно восприниматься государствами, чем жесткие международные обязательства.

Вместе с тем статус Комиссии следует отличать от статуса ЕСПЧ, который учрежден в целях обеспечения соблюдения обязательств, принятых государствами по Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколам к ней. В юрисдикции ЕСПЧ находятся все вопросы, касающиеся толкования и применения положений Конвенции и Протоколов к ней. Венецианская комиссия — консультативный орган не может толковать Конвенцию о защите прав человека и основных свобод, поскольку это не входит в ее компетенцию. Однако она активно использует Конвенцию в процессе толкования национальных законодательных актов и практики ЕСПЧ. Более того, последние исследования позволяют обоснованно говорить об усилении корреспондирующего влияния толкования, осуществляемого ЕСПЧ, и актов, принимаемых Венецианской комиссией, и наоборот.

Кроме того, в плане подготовки Комиссией заключений на национальные законодательные акты и проекты законодательных актов, правомерно ставить вопрос о пределах такого толкования. Венецианская комиссия не связана в своей деятельности международными документами, определяющими границы толкования национального законодательства, что в отдельных случаях может произвольно расширять рамки интерпретационной деятельности. Однако любая интерпретационная деятельность, тем более толкование права, имеет элементы субъективной оценки. Поэтому залогом качественной и профессиональной экспертизы является высокий уровень знаний и авторитет экспертов, их политическая беспристрастность и независимость, а также их убежденность в верховенстве права на международном и национальном уровнях.



Библиография

- Алексеев С.С. Общая теория права. Т. 2. М.: Юридическая литература, 1982. 360 с.
Бекяшев К.А. и др. Международно-правовые основы создания и функционирования Евразийского экономического союза. М.: Проспект, 2017. С 176.

- Васьковский Е.В. Учение о толковании и применении гражданских законов. Одесса: Экономическая типография, 1901. 400 с.
- Венецианская комиссия: сто шагов к демократии через право / под ред. Т.Я. Хабриевой, В.И. Лафитского. М.: Статут, 2014. 256 с.
- Гетьман-Павлова И. В., Постникова Е. В. Международное право. М. : Юрайт, 2016. С. 709.
- Ерпылева Н.Ю. Международный валютный фонд как институциональный механизм регулирования международной валютной системы // Право и политика. 2007. № 1. С. 85–95.
- Ерпылева Н.Ю. Современный правовой статус Европейского центрального банка // Банковское право. 2010. № 5. С. 35–43.
- Капустин А.Я. Договор о Евразийском экономическом союзе — новая страница правового развития евразийской интеграции // Журнал российского права. 2014. № 12. С 98 — 105.
- Лимонникова М.А. Венецианская комиссия Совета Европы: правовые аспекты создания и деятельности: дис... к. ю. н. М., 2010. 146 с.
- Общая теория права и государства / под ред. В.В. Лазарева. М.: Юрист, 1994. 360 с.
- Общая теория права / под ред. А.С. Пиголкина. М.: МГТУ, 1995. 384 с.
- Насырова Т.Я. Телеологическое (целевое) толкование советского закона. Казань: Изд-во Казанского университета, 1988. 127 с.
- Раевич С.И. Из вопросов учения о толковании и применении права // Советское право. 1924. № 3. С. 57–78.
- Фогельсон Ю.Б. Мягкое право и верховенство права // Журнал российского права. 2014. № 11. С. 22–33.
- Хабриева Т.Я. Толкование Конституции Российской Федерации: теория и практика. М.: Юрист, 1998. 245 с.

European Experience of Promoting Humanitarian Values for Developing Eurasian Integration: Future Guidelines



Anna Kashirkina

Leading Researcher, Department of Academic Support for Russian Delegation, European Commission for Democracy through Law, Institute of Legislation and Comparative Law under Government of the Russian Federation, Candidate of Juridical Sciences. Address: 34 Bolshaya Cheremushkinskaya Str., Moscow 117218, Russian Federation. E-mail: anna-kash@yandex.ru



Andrey Morozov

Leading Researcher, Department of Constitutional, Administrative, Criminal and International Law, Institute of Legislation and Comparative Law under Government of the Russian Federation, Candidate of Juridical Sciences. Address: 34 Bolshaya Cheremushkinskaya Str., Moscow 117218, Russian Federation. E-mail: ccla1@izak.ru



Abstract

The paper is devoted to the theoretical issues of developing and promoting Eurasian integration on the basis of humanistic values formed under the auspices of the Council of Europe and the European Union. The research focuses on the activity of the Council of Europe Commission for Democracy through Law (Venice Commission) from the point of view of the theoretical and international legal analysis of its law enforcement activities in order to implement the promotion of European humanistic values. The aim of the article is to analyze the approaches developed within the Council of Europe and the European Union in promoting humanistic values and the opportunity of using it for the development of integration within the framework of the Eurasian Economic Union. Among the scholar methods used in the article are: dialectical method, philosophical method, formal logical method, system-structural method, historical method, formal-legal method, method of interpreting law, comparative legal method, method of expert evaluation, method of legal modeling and forecasting. When applying the general methods of cognition mentioned above, structuring, description, content analysis, synthesis of the results of work were used as research techniques too. Based on the analysis the article draws the conclusions about the necessity in further development of the law of the Eurasian Economic Union not only as an exclusively economic integration association, but with the addition of new important spheres of international legal cooperation of member states to the competence of the Union through international legal channels. In this regard, the analysis of legal regulation in the European Union, as well as the Council of Europe, suggests that the scope of international legal regulation of the Eurasian Economic Union can include the issues of human rights protection, the expansion of judicial cooperation, the development of a joint anti-corruption policy on the basis of a relevant international document, the regulation of the interaction of the member states of the Eurasian Economic Union on the prevention and elimination of emergency situations of natural and man-induced disasters on the basis of a special international agreement, the creation of a united ecological and environmental policy.



Keywords

integration, Eurasian Economic Union, European Union, Council of Europe, Commission for Democracy through Law (Venice Commission), international law, international treaty, legal regulation.

Citation: Kashirkina A.N., Morozov A.A. (2018) European Experience of Promoting Humanitarian Values for Developing Eurasian Integration: Future Guidelines. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 149–169 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.2.149.169



References

Alekseev S.S. (1982) *Obshchaya teoriya prava*. T. 2. [General theory of law. Vol. 2]. Moscow: Yuridicheskaya literatura, 360 p. (in Russian)

Bekiashev K.A. et al. (2017) *Mezhdunarodno-pravovye osnovy sozdaniya i funkcionirovaniya Evraziyskogo ekonomicheskogo souza* [International legal basics of forming and functioning of the Euroasian economic union]. Moscow: Prospekt, p. 176 (in Russian)

Erpyleva N. Yu. (2007) *Mezhdunarodnyy valyutnyy fond kak institutsionnyy mekhanizm regulirovaniya mezhdunarodnoy valyutnoy sistemy* [International Monetary Fund as an Institutional Mechanism of Regulating International Monetary System]. *Pravo i politika*, no 1, pp. 85–95.

- Erpyleva N. Yu. (2010) *Sovremennyy pravovoy status Evropeyskogo tsentral'nogo banka* [Modern Legal Status of the European Central Bank]. *Bankovskoe pravo*, no 5, pp. 35–43.
- Fogel'son Yu. B. (2014) *Myagkoe pravo i verkhovenstvo prava* [Soft law and rule of law]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 11, pp. 22–33.
- Getman-Pavlova I.V., Erpyleva N. Yu. (2016) *Mezhdunarodnoe pravo* [International law]. Moscow: Jurayt, p. 709 (in Russian)
- Kapustin A. Ya. (2014) *Dogovor o Evraziyskom ekonomicheskom soyuze — novaya stranitsa pravovogo razvitiya Evraziyskoi integratsii* [The treaty on the Eurasian economic union — a new page in legal development of Euroazian integration]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 12, pp. 98–105.
- Khabrieva T. Ya. (1998) *Tolkovanie Konstitutsii Rossiyskoy Federatsii: teoriya i praktika* [Interpretation of the Constitution of the Russian Federation]. Moscow: Yurist, 245 p. (in Russian)
- Khabrieva T. Ya., Lafitskiy V.I. (eds.) (2014) *Venetsianskaya komissiya: sto shagov k demokratii cherez pravo* [Venice Commission: one hundred of steps to democracy via law]. Moscow: Statut, 256 p. (in Russian)
- Lazarev V.V. (ed.) (1994) *Obshchaya teoriya prava i gosudarstva* [The general theory of law and state]. Moscow: Yurist, 360 p. (in Russian)
- Limonnikova M.A. (2010) *Venetsianskaya komissiya Soveta Evropy: pravovye aspekty sozdaniya i deyatel'nosti: dis... kand. yurid. nauk* [The Venice Commission of the Council of Europe: Forming and Activities. Candidate of Juridical Sciences Thesis]. Moscow, 146 p. (in Russian)
- Nasyrova T.Ya. (1988) *Teleologicheskoe (tselevoe) tolkovanie sovetskogo zakona* [Teleological (intended) interpretation of Soviet law]. Kazan': University, 127 p. (in Russian)
- Pigolkin A.S. (ed.) (1995) *Obshchaya teoriya prava* [The general theory of law]. Moscow: MGTU Press, 384 p. (in Russian)
- Raevich S. I. (1924) *Iz voprosov ucheniya o tolkovanii i primenenii prava* [On the theory of interpretation and application of law]. *Sovetskoe pravo*, no 3, pp. 57–78.
- Vas'kovskiy E.V. (1901) *Uchenie o tolkovanii i primenenii grazhdanskikh zakonov* [Theory of interpreting and applying civil laws]. Odessa: Ekonomicheskaya tipografiya, 400 p. (in Russian)

Система принципов в уголовном процессе Швейцарии

 **А.А. Трефилов**

старший научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук. Адрес: 117218. Российская Федерация, Москва, ул. Б. Черемушкинская, 34. E-mail: trefilovaa1989@gmail.com

Аннотация

Принципы уголовного процесса представляют собой фундаментальные начала, отражающие его построение, структуру, сущность, движение дела по стадиям, систему уголовно-процессуальных функций и мер принуждения. В 2007 году в Швейцарии был принят исторически первый, единый Уголовно-процессуальный кодекс, который заменил 26 ранее действовавших кантональных уголовно-процессуальных кодексов. Работа над ним велась более 30 лет; его разработкой занимались как теоретики, так и практики, а также иностранные эксперты. В новом УПК Швейцарии отражены самые современные подходы ко многим институтам уголовного судопроизводства, в том числе к его основополагающим принципам, исследованию которых посвящена настоящая статья. Показано, что среди них имеются такие, которых российский УПК не выделяет: добросовестность, принцип обвинения, независимость органов уголовного судопроизводства, запрет повторного уголовного преследования и др. Вместе с тем в УПК Швейцарии не закреплены некоторые принципы, предусмотренные в российском уголовном процессе: неприкосновенность личности, охрана прав и свобод человека и гражданина, неприкосновенность жилища, тайна переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных отправлений, состоятельность, обеспечение права на защиту, право на обжалование процессуальных действий и решений. Автор анализирует закрепленные в УПК Швейцарии принципы законности, публичности, уважения человеческого достоинства и принцип справедливости, запрет злоупотребления правом, принцип независимости, требование ускорения, принцип обвинения, презумпцию невиновности, свободную оценку доказательств. Проанализированные принципы подтверждают ярко выраженный континентальный характер швейцарского уголовного судопроизводства. Многие из них обусловлены следственной максимой (необходимостью установления объективной истины), определяющей важнейшие функции суда, прокуратуры, полиции. Автор показывает, какие именно актуальные подходы и правовые принципы, нашедшие отражение в рассматриваемом кодексе, могут быть использованы российским законодателем при дальнейшем реформировании Уголовно-процессуального кодекса, а также при разработке концепции развития отечественного уголовного судопроизводства.

Ключевые слова

уголовный процесс, законность, уважение человеческого достоинства, презумпция невиновности, справедливость, гласность, принцип независимости, разумные сроки, принцип обвинения.

Библиографическое описание: Трефилов А.А. Система принципов в уголовном процессе Швейцарии // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 2. С. 170–192.

JEL: K14; УДК: 343

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.2.170.192

В компаративном контексте можно выделить два подхода к принципам уголовного процесса. Первый предполагает отсутствие в уголовно-процессуальном кодексе (далее — УПК) главы с их перечнем и раскрытием содержания, в связи с чем они выделяются исключительно на уровне правовой доктрины. Так, УПК Германии (1877) открывается главой 1 «Предметная компетенция суда». УПК Франции (1958) начинается с вводной части «О публичном и гражданском иске». Отсутствие главы о принципах в немецком УПК можно объяснить датой его принятия — в то время многие из них еще не были теоретически разработаны («повальная мода» на законодательное закрепление принципов началась только в XX веке). В УПК Франции законодатель отдельно не выделил принципы уголовного процесса, вероятно, потому, что многие из них (равенство перед законом и судом, презумпция невиновности и др.) изложены в Декларации прав человека и гражданина (1789) — неотъемлемой части ныне действующей Конституции Франции (1958). Принципы уголовного процесса не были закреплены в УПК большинства германоязычных кантонов Швейцарии. Второй подход характеризуется нормативным закреплением принципов уголовного процесса, выработанных наукой, а также более или менее подробным раскрытием их содержания. Он получил распространение во многих постсоветских странах и был известен в семи ранее действовавших УПК немецкоязычных швейцарских кантонов.

Разработчики Уголовно-процессуального кодекса 2007 года заняли взвешенную позицию: перечень принципов в нем содержится, но он очень краткий (ст. 2–11 и некоторые другие). Нормативное закрепление принципов уголовного процесса мы находим не только в УПК, но и за его пределами: в Федеральном законе об органах уголовного судопроизводства Федерации (2010) (ст. 3, 64), о Федеральном суде (2005) (ст. 2, 6) и о Федеральном уголовном суде (2002) (ст. 2, 6). Выделяемые в доктрине базовые начала судопроизводства можно обнаружить в соответствующих научных трудах¹.

¹ См., напр.: Pfenninger F. Legalität und Opportunität in schweizerischen Strafrecht // ZStrR. 1951. N 66. S. 48–56; Forster M. Die Bundesgerichtspraxis zur strafrechtlichen Unschuldvermutung — Marschhalt oder Ende einer Odyssee? // ZBJV. 1993. N 129. S. 52–64; Hochuli W. In dubio pro reo // SJZ. 1954. N 50. S. 78–89; Mettler C. In dubio pro reo — ein Grundastz im Zweifel // AJP. 1999. N 8. S. 13–32; Nay G. Freie Beweiswürdigung und in dubio pro reo // ZStrR. 2011. N 114. S. 121–129; Fasciati R. Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime im basellandschaftlichen Zivilprozess. Dissertation. Basel-Landschaft, 1979; Arzt G. In dubio contra // ZBJV. 2014. N 115. S. 43–57.

Наиболее важные особенности системы принципов швейцарского уголовного процесса заключаются в следующем.

В то время как российский УПК подразделяет принципы на общепроцессуальные (ст. 6–19) и действующие в судебных стадиях процесса (ст. 240, 241), швейцарский Кодекс их классифицирует на содержащиеся в разделе 2 титула 1² «Основные положения уголовно-процессуального права» (*Grundsätze des Strafverfahrensrechts*) и на изложенные в разделе 8 титула 2 «Общие правила производства по делу» (*Allgemeine Verfahrensregeln*). Логика такой дуалистической модели состоит в том, что первая категория шире второй — в некоторых случаях производство по делу с присущими ей устностью (ст. 66), языком производства (ст. 67), гласностью (ст. 69), обоснованностью решений (ч. 2 ст. 80) и т.д. еще не началось, а лицо уже находится под защитой общих принципов УПК, в частности, уважения человеческого достоинства (ст. 3), независимости органов уголовного судопроизводства (ст. 4)³, разумных сроков (ст. 5)⁴ и т.д.

Термин «принципы» УПК Швейцарии не использует ни разу. Среди всех источников, относящихся к данной отрасли права, его можно встретить только в ст. 64 Федерального закона об органах уголовного судопроизводства (2010; в ней речь идет о гласности). В Швейцарии категория «принципы» рассматривается как научная, в связи с чем законодатель ее сознательно избегает.

Данный кодекс устанавливает среди других принципов такие начала уголовного судопроизводства, которые не получили самостоятельного нормативного закрепления в других странах, в том числе в России. Среди них можно выделить: а) требование добросовестности (ст. 3), в частности, запрет злоупотребления правом (п. в ч. 2), б) принцип следствия (ст. 6), в) обязательность уголовного преследования (ст. 7), г) принцип обвинения (ст. 9), е) независимость органов уголовного судопроизводства (ст. 4), д) запрет повторного уголовного преследования (ст. 11), дополняющий уголовно-правовой принцип *non bis in idem*.

В данном Кодексе, наоборот, отсутствует прямое нормативное закрепление многих принципов уголовного процесса в том виде, в котором они сформулированы в российском УПК, а именно: а) неприкосновенность личности, б) охрана прав и свобод человека и гражданина в уголовном судопроизводстве, в) неприкосновенность жилища, г) тайна переписки, телефонных пере-

² Еще одна интересная особенность юридической техники УПК Швейцарии: нумерация статей в данном Кодексе сквозная, а разделов и глав нет, поскольку в каждом титуле нумерация начинается заново.

³ В том числе при решении вопроса о начале совершения официальных процессуальных действий, т.е. в момент, когда производство по делу еще не началось.

⁴ В том числе при принятии и рассмотрении заявления о преступлении.

говоров, почтовых, телеграфных и иных отправлений, д) состязательность, е) обеспечение права на защиту, ж) право на обжалование процессуальных действий и решений. Добавим, что в Швейцарии принцип состязательности отрицается, а остальные поглощаются более общими началами уголовного судопроизводства.

Принцип законности (*Gesetzmäßigkeit*) основан на ч. 1 ст. 5 Конституции, устанавливающей, что основой и пределом деятельности государственных органов является право. В УПК Швейцарии данный принцип прямо не именован, но логически вытекает из ст. 2, озаглавленной «Осуществление уголовного судопроизводства» (*Ausübung der Strafrechtspflege*). Кодекс исходит из того, что законность складывается из двух компонентов: «Уголовное судопроизводство осуществляют только органы, указанные в законе» — речь идет о законности судоустройства (выражаясь языком швейцарской доктрины); «Уголовный процесс может производиться и дело может разрешаться только в предусмотренном законом порядке» — подразумевается законность судопроизводства. Взятые вместе, они обеспечивают режим законности в уголовном процессе.

Данный принцип был установлен и в прежнем уголовно-процессуальном законодательстве кантонов, причем в ряде случаев он имел определенную специфику. Согласно ст. 1 УПК Граубюндена, все общие предписания швейцарского Уголовного кодекса (далее — УК) (ст. 1–110) подлежат применению в уголовном судопроизводстве, осуществляемом в соответствии с кантональным правом. Тем самым законодатель рассматривает в качестве составной части принципа законности правильное применение норм Общей части УК этой страны. По ст. 1 УПК Санкт-Галлена от 1 июля 1999 г. уголовно-правовые санкции могут быть предписаны только установленными законом органами и только в предусмотренном законом порядке. В соответствии со ст. 1 УПК Фрибура от 14 ноября 1996 г., лицо может быть подвергнуто уголовному преследованию, осуждению, наказанию или иным мерам уголовно-правового характера только: в предусмотренных случаях, в установленном данным законом порядке и указанными в настоящем законе органами. Сформулированная во фрибургском УПК «триада законности» представляет интерес и для российской процессуальной науки.

Современные швейцарские юристы видят основание принципа законности в государственной монополии на применение силы⁵. Даже если речь идет о делах частного обвинения (их перечень приведен в УК), санкции в отношении лица предписывают и исполняют публично-правовые институты. Также принцип законности, по их мнению, предполагает, что компетентные органы могут действовать исключительно с использованием возможностей,

⁵ Straub P, Weltert T. Art. 2 / Niggli M., Heer M., Wiprächtiger H. Schweizerischen Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung. Basel, 2010. S. 26–31.

предусмотренных процедурой уголовного судопроизводства, так как УПК не требует от них достижения истины любой ценой⁶.

В швейцарской доктрине есть категория «нормативный фундамент уголовного судопроизводства» (*das normative Fundament des Strafrechtspflege*), к которому П. Штрауб и Т. Вельтерт относят «три несущих столпа». Первый состоит в том, что только избранный демократическим путем легитимный парламент может установить уголовно-правовой запрет деяния и предусмотреть наказание за его совершение (*nulla poena sine lege parlamentaria*). Вторым является пропорциональность (соразмерность), которая гарантирует, что применение уголовного права с целью защиты правовых благ возможно лишь *ultimaratio* (в качестве последней, крайней меры). Наконец, третий столп на процессуальном уровне обеспечивает уголовное судопроизводство с целью установления истины и осуществления материального права посредством надлежащей юридической процедуры⁷. Представляется, что данная концепция заслуживает внимания со стороны отечественной доктрины.

Также в компаративистском отношении отметим, что швейцарский законодатель, в отличие от российского, в содержании принципа законности не делает акцента на иерархичности нормативно-правовых актов. Отсутствуют нормы о запрете применения акта, противоречащего УПК. С точки зрения швейцарской правовой культуры противоречие между нормами права является чем-то немыслимым, в связи с чем подобная ситуация считается невозможной. Напротив, разработчики российского УПК сознательно допускают подобного рода коллизии (ч. 1, 2 ст. 7). Принцип законности в УПК Швейцарии, как мы видим, нормативно сформулирован кратко. Законодатель этой страны не вдается в подробности, на которых акцентирует внимание российский законодатель (ч. 3, 4 ст. 7 УПК Российской Федерации), так как рассматривает соблюдение всех норм Кодекса в качестве условия соблюдения режима законности.

Принцип публичности швейцарский УПК не выделяет. Возможно, такой подход связан с тем, что это, скорее, начало процесса, а не принцип (в том смысле, что начало — нечто большее, чем принцип; начала определяют систему принципов и устанавливают баланс между ними⁸).

В рассматриваемом правопорядке уголовные дела подразделяются на дела публичного и частного обвинения (категория «дело частно-публичного обвинения» швейцарскому УПК не известна). Различие между ними состоит в том, кто инициирует уголовный процесс: в первом случае — полиция и прокуратура, во втором — потерпевший или иное уполномоченное лицо.

⁶ Ibid.

⁷ Ibidem.

⁸ См. подробнее: Брестер А.А. Начало уголовного процесса и его влияние на уголовно-процессуальную форму. Томск, 2013. С. 9.

В отличие от российского законодательства, возможность или невозможность примирения между обвиняемым и потерпевшим не является критерием, по которому мы проводим различие между данными категориями дел.

Согласно ст. 30 УК Швейцарии, если деяние уголовно наказуемо только по жалобе, то любое лицо, которое от него пострадало, вправе ходатайствовать о наказании правонарушителя. Если потерпевший недееспособен, то право на заявление ходатайства принадлежит законному представителю. Если лицо находится под опекой, то правом на заявление ходатайства также обладает орган по делам несовершеннолетних (*Erwachsenenschutzbehörde*). Если лицо малолетнее или состоит под опекой, то оно также имеет право заявлять ходатайство о наказании, если осознает значение своих действий. Если пострадавший умер, не заявив ходатайства о наказании, или отказался заявлять его, то данное право переходит к близким родственникам. Если уполномоченное лицо явным образом отказывается от заявления ходатайства, то его отказ окончателен⁹.

В Швейцарии в отношении большинства преступлений уголовное судопроизводство начинается в порядке публичного обвинения. Делами частного обвинения, согласно УК, являются: простое телесное повреждение (ст. 123), причинение вреда здоровью по неосторожности (ст. 125), насильственные действия (ст. 126), незаконное завладение имуществом без цели обогащения или в ущерб родственнику или члену семьи (ст. 137), растрата в ущерб родственнику или члену семьи (ст. 138), кража в ущерб родственнику или члену семьи (ст. 139), сокрытие вещи или утаивание находки (ст. 141), незаконное использование имущественных ценностей (ст. 141^{bis}), незаконное использование энергии (ст. 142), неправомерное приобретение данных в ущерб родственнику или члену семьи (ст. 143), неправомерное проникновение в систему переработки данных (ст. 143^{bis}), повреждение вещей (ст. 144), повреждение данных (ст. 144^{bis}) и др.

Итак, в Швейцарии перечень дел частного обвинения существенно шире, чем в России. К нему относятся не только преступления против личности, но и уголовно-наказуемые деяния, посягающие на экономические отношения. Во многих случаях законодатель проводит дифференциацию: одно и то же деяние может преследоваться как в частном, так и в публичном порядке в зависимости от того, в отношении кого оно совершено (родственника или члена семьи либо постороннего лица). Российскому законодателю также следует подумать по поводу расширения круга дел частного и частного-публичного обвинения.

⁹ Данную норму швейцарский законодатель рассматривает как уголовно-правовую, а не уголовно-процессуальную. Если потерпевший не обратился в правоохранительные органы, значит, деяние не обладает достаточной общественной опасностью — важнейшим материальным признаком преступления.

Уважение человеческого достоинства и требование справедливости (*Achtung der Menschenwürde und Fairnessgebot*) также имеет конституционный характер: достоинство человека подлежит уважению и охране (ст. 7). Согласно ст. 3 УПК, органы уголовного судопроизводства на всех стадиях процесса уважают достоинство затрагиваемых лиц и обращают внимание, в частности, на: основные положения веры и религии; требование, что со всеми участниками процесса необходимо обращаться исходя из их равноправия и справедливости и предоставлять им право на судебные слушания; запрет при собирании доказательств применять методы, унижающие человеческое достоинство.

В ранее действовавших кантональных законодательствах принцип уважения человеческого достоинства был закреплен в качестве самостоятельного только в УПК Санкт-Галлена¹⁰. Весьма необычно выглядит ст. 1 данного Кодекса, согласно которой на протяжении всего производства обвиняемый рассматривается *в качестве человека* (*Im ganzen Verfahren ist der Beschuldigte als Mensch zu achten*).

Некоторые кантональные УПК прямо закрепляли принцип справедливости. Согласно ст. 4 УПК Фрибура (*Faires Verfahren*), производство должно осуществляться по справедливости; государственные органы, в частности, следуют таким началам, как: а) презумпция невиновности, б) запрет повторного уголовного преследования, в) свободная оценка доказательств, г) требование, состоящее в предоставлении каждому права на заслушивание перед судом (права на судебные слушания), е) равенство возможностей сторон, ф) соразмерность и субсидиарность, г) основные положения веры и религии, з) требование ускорения. Данный подход с точки зрения сравнительного правоведения представляет значительный интерес. Фрибурский законодатель предлагает рассматривать большинство основных положений уголовного процесса в качестве составных элементов принципа справедливости. Вместе с тем он отделяет от него законность, независимость, следственную максиму, самостоятельно действующие наряду с ним.

В швейцарской доктрине обстоятельно рассмотрены различные аспекты уважения человеческого достоинства и требования справедливости. Один из них — кто обязан выполнять данный принцип? М. Томмен отмечает, что адресатом нормы, содержащейся в ст. 3 УПК Швейцарии, являются только органы уголовного судопроизводства федерации и кантонов независимо от того, о какой стадии процесса идет речь. На частных лиц она не возлагает обязанностей¹¹. С данным подходом можно согласиться лишь отчасти: разве потерпевший, частный обвинитель, свидетель и другие лица не обязаны ува-

¹⁰ Еще раз подчеркнем, что мы рассматриваем УПК только немецкоязычных кантонов, которых в общей сложности насчитывается 21.

¹¹ *Thommen M. Art. 3 / Niggli M., Heer M., Wiprächtiger H. Op. cit. S. 35.*

жать человеческое достоинство обвиняемого, защитника и иных участников судопроизводства?

Несмотря на то, что полиция в Швейцарии является одной из образцовых, ее действия также становятся предметом рассмотрения Европейского суда по правам человека (далее — ЕСПЧ) в контексте уважения человеческого достоинства и требования справедливости. Громкий резонанс в этой стране вызвало решение по делу «Скавуццо-Хагер против Швейцарии» от 7 февраля 2006 г. Из фабулы следует, что гражданин скончался три дня спустя после того, как это его арестовали два сотрудника полиции. В момент ареста этот человек находился в крайне взбудораженном состоянии. Когда его усадили в полицейский автомобиль, он впал в истерику, выскочил наружу, яростно сопротивлялся, но был схвачен полицейскими, а затем потерял сознание. На место происшествия быстро прибыли реаниматологи, которым удалось привести его в чувства, но по пути в больницу он вновь потерял сознание и больше не приходил в него. Швейцарский прокурор отказал в открытии производства по делу. ЕСПЧ усмотрел в этом нарушение п. 1 ст. 2 ЕКПЧ, указав, что власти приняли данное решение на основании лишь того, что степень наркотической интоксикации потерпевшего в любом случае привела бы к его смерти; при этом они даже не поставили перед экспертами вопрос, могла ли сила, примененная сотрудниками полиции — хотя и не смертоносная сама по себе, — тем не менее, причинить или по меньшей мере ускорить смерть потерпевшего. Не установлен полностью и точный способ, использованный для пресечения действий потерпевшего, включая то, как полицейские прижали подозреваемого к земле, и применялись ли наручники. Наконец, компетентные органы обвинения должны были задаться вопросом, могли ли знать полицейские о физически беспомощном состоянии подозреваемого. Родственникам умершего присудили компенсацию в размере 12 тыс. евро. Решение к настоящему времени исполнено.

Верховный суд Швейцарии в приговоре № 6В_654/2007 от 1 июля 2008 г. усмотрел нарушение человеческого достоинства в том, что у водителя, подозреваемого в управлении транспортным средством в состоянии опьянения, были принудительно взяты образцы крови с применением физической силы (удерживание лица, прокалывание шприцем пальца и т.д.). В приговоре указано, что способ изъятия являлся неподходящим и медицинские документы были признаны не имеющими юридической силы¹².

В рамках сравнительно-правового анализа швейцарского подхода к данному принципу процесса прежде всего обращает на себя внимание возложение на органы уголовного судопроизводства обязанности принимать во внимание основные положения веры и религии (*Grundsatz von Treu und Glauben*), что рассматривается как неотъемлемая часть уважения челове-

¹² Ibid. S. 40.

ского достоинства затрагиваемых лиц. (Население Швейцарии отличается религиозностью. Доминирующие в Швейцарии конфессии — католическая (38% населения) и протестантская (27%), другие христианские вероисповедания, в том числе православие — 5,7%; приверженцы ислама — 4,9%, иудаизма — 0,3%; только 21,4% населения не причисляют себя ни к одной из конфессий¹³). Кроме того, данный процессуальный принцип можно объяснить уважительным отношением к личным и духовно-культурным правам человека.

Вместе с тем УПК Швейцарии, в отличие от соседнего Лихтенштейна, не возлагает на правоохранительные органы обязанность уведомлять *епископа или главу церкви*, к епархии которой принадлежит обвиняемый, о начале и завершении уголовного судопроизводства (ч. 2 § 40), а также не предусматривает направления этим духовным лицам приговора до его официального опубликования, «чтобы еще перед приведением приговора по уголовному делу к исполнению можно было распорядиться об отстранении данного лица от церковной общины» (ч. 1 § 247).

Добавим и то, что швейцарский принцип уважения человеческого достоинства и требование справедливости по своему содержанию близки к уважению чести и достоинства личности по ст. 9 УПК Российской Федерации. При этом законодатель в рассматриваемом правопорядке специально не выделяет принцип неприкосновенности личности и охрану прав и свобод человека и гражданина. Необходимость соблюдения данных начал в Швейцарии поддается, и законодатель не счел необходимым выделять их.

Запрет злоупотребления правом (*Rechtsmissbrauchverbot*). В компаративистском отношении данный принцип имеет значительный интерес — к нему можно выделить три сравнительно-правовых подхода. *Первый* состоит в том, что в уголовном процессе (в УПК, судебной практике, доктрине) он не выделяется. В качестве примера можно привести Германию¹⁴. *Второй* предполагает его признание в судебной практике и закрепление в актах высших судебных органов. Так, Постановление Пленума Верховного суда России о практике применения судами законодательства, обеспечивающего право на защиту в уголовном судопроизводстве¹⁵, хотя и не содержит термина «запрет злоупотребления правом», однако позволяет суду «не признать

¹³ [Электронный ресурс]: // URL: http://www.kdmid.ru/docs.aspx?lst=country_wiki&it=/%D0%A8%D0%B2%D0%B5%D0%B9%D1%86%D0%B0%D1%80%D0%B8%D1%8F.aspx (дата обращения: 01.06.2016)

¹⁴ Данный принцип не выделяется в УПК (1877), а также в научных источниках, в которых рассматривается система принципов немецкого уголовного процесса (см., напр.: *Hartmann A., Schmidt R. Strafprozessrecht. Bremen, 2008. S. 23–48*). Не удалось его обнаружить и в судебной практике (в изученных решениях по конкретным делам).

¹⁵ Постановление Пленума Верховного суда России от 30.06.2015 № 29 «О практике применения судами законодательства, обеспечивающего право на защиту в уголовном судопроизводстве» // Российская газета. 2015. № 150.

право на защиту нарушенным», если его ограничение связано с «явно недобросовестным использованием» этого права «в ущерб интересам других участников процесса». Третий подход предполагает прямое закрепление запрета злоупотребления правом в УПК.

Ни в одном из ранее действовавших немецкоязычных кантональных УПК запрет злоупотребления правом в качестве самостоятельного правового принципа не устанавливался, и его прямое нормативное закрепление стало существенной новеллой для уголовного процесса Швейцарии. Л.В. Головкин, рассматривая происхождение данной нормы, цитирует швейцарского франкоязычного классика Пикиреза, утверждающего, что УПК этой страны «следует давно сложившейся судебной практике, которая признавала злоупотреблением правом заявление защитой бесчисленных ходатайств об отводе; заявление адвокатом многочисленных ходатайств об отложении дела, дабы парализовать процесс, на который он не являлся; указание оснований отвода только при обжаловании приговора по делу, хотя это можно было сделать раньше, и др.»¹⁶. Таким образом, этот принцип сформировался в судебной практике и законодатель впоследствии счел необходимым легализовать его.

В Швейцарии данное начало уголовного процесса в настоящее время имеет конституционный характер: ст. 5 Основного закона этой страны предусматривает, что государственные органы и частные лица действуют добросовестно. П. «b» ч. 2 ст. 3 УПК устанавливает «запрет злоупотребления субъективным правом» (*Verbot des Rechtsmissbrauchs*)¹⁷. Его содержание находит развитие в дальнейших статьях Кодекса. Так, орган, ведущий производство по делу, обязан пресекать злоупотребления правом при ознакомлении с материалами дела (ч. 1 ст. 102), вправе ограничить участие лица в судебных слушаниях, если существует обоснованное подозрение, что оно злоупотребляет своими правами (п. «a» ч. 1 ст. 107), отклонить неразборчивые, неясные, неуместные или многословные ходатайства (ч. 4 ст. 110). Если заключенный под стражу злоупотребляет общением с защитником, оно может быть ограничено (ч. 4 ст. 235). Одним из оснований для обжалования является злоупотребление усмотрением (п. «a» ч. 2 ст. 393; п. «a» ч. 3 ст. 398). Данный принцип также конкретизируется в Законе о Федеральном суде от 17 июня 2005 года. В соответствии с ним неразборчивые, неуместные, непонятные, несоразмерные, многословные или составленные не на официальном языке правовые документы могут быть возвращены для изменения;

¹⁶ [Электронный ресурс]: // URL: https://zakon.ru/blog/2015/8/24/zloupotreblenie_pravom_na_zashhitu_v_ugolovnom_processe_vs_sleduet_evropejskomu_razvitiyu (дата обращения: 01.06.2016)

¹⁷ Запрет злоупотребления правом не вынесен в заглавие отдельной статьи УПК и рассматривается как часть принципа уважения человеческого достоинства и требования справедливости (ст. 3). Тем не менее, швейцарская доктрина нередко придает ему самостоятельное значение. См.: *Thommen M. Art. 3 / Niggli M., Heer M., Wiprächtiger H. Op. cit. S. 44–46.*

правовые документы, которые основаны на ведении процесса, связанном с сутяжническим или злоупотреблением правом, недопустимы (ч. 6, 7 ст. 42). Председатель принимает решение в упрощенном производстве об отказе в принятии жалобы, основанной на сутяжничестве или злоупотреблении правом (п. «с» ч. 1 ст. 108)¹⁸.

В Швейцарии злоупотребление правом в уголовном судопроизводстве не является декларативной нормой, так как может повлечь за собой утрату или ограничение конкретных процессуальных прав и иные невыгодные последствия для нарушителя рассматриваемого принципа.

Запрет злоупотребления правом, учитывая положительный опыт зарубежных государств, в том числе Швейцарии, целесообразно прямо закрепить и в российском УПК, поскольку нередко защитники злоупотребляют своими правами¹⁹. Н.Ф. Файзрахманов пишет, что «широкое распространение получило злоупотребление правом со стороны защиты, прежде всего адвокатов-защитников. Используя свои знания и опыт для юридической помощи доверителю, они зачастую применяют в этих целях все возможные методы и «любые средства», не всегда соответствующие интересам правосудия и самих участников уголовного процесса»²⁰. Автор приводит многочисленные примеры из судебной практики и даже классифицирует их. На наш взгляд, швейцарский подход мог бы стать если не лекарством от этой проблемы, то по крайней мере обезболивающим средством.

Принцип независимости (*Unabhängigkeit*). Если Конституция Швейцарии закрепляет независимость только судебных органов (ст. 191с), УПК предусматривает, что «органы уголовного судопроизводства независимы в правоприменении и подчиняются только закону» (ст. 4). По смыслу данного Кодекса это требование распространяется также и на прокуратуру, государственные экспертные учреждения, иные органы юстиции, участвующие в уголовном процессе.

Данный принцип был закреплен в некоторых кантональных уголовно-процессуальных кодексах. Например, согласно ч. 2 ст. 1 УПК Санкт-Галлена, государственные органы подчиняются праву и независимы в правоприменении. По смыслу данной нормы, речь идет не только о суде.

¹⁸ Данный принцип прямо закреплен и в Гражданском кодексе Швейцарии (*Zivilgesetzbuch*) (1907 в ред. 2016), согласно которому каждый при осуществлении его прав и исполнении обязанностей действует в соответствии с положениями веры и религии; очевидное злоупотребление правом влечет за собой отказ в его защите (ст. 2). Добавим, что в этой стране общие положения ГК имеют общеправовое значение и не относятся исключительно к гражданскому праву.

¹⁹ См. подробнее: Даровских О.И. Злоупотребление правом в уголовном судопроизводстве России: автореф. дис.... к. ю. н. Челябинск, 2013.

²⁰ Файзрахманов Н.Ф. Злоупотребление правом участниками уголовного судопроизводства со стороны защиты на предварительном следствии // Вестник Казанского юридического института МВД России. 2015. № 4. С. 87–88.

Х. Випрехтигер, рассматривая данный принцип, перечисляет, от кого именно независимы органы уголовного судопроизводства: от политических органов и институтов (Парламента, Правительства, главы государства), от других федеральных и кантональных судебных органов, от политических партий (судья не связан какими-либо их позициями или решениями), от иных общественных объединений (союзов, организаций), от собственных эмоций — судьи должны рассматривать правовые споры с необходимой холодностью (рассудительностью) и спокойствием, в тишине и со способностью адекватно оценивать ситуацию.

Весьма интересно, что в Швейцарии нет принципа внепартийности судей, более того, большинство судей Федерального суда официально является членами партий. По словам бывшего Председателя Федерального суда Швейцарии Л. Майера, *«судья при парламентском голосовании должен получить большинство голосов, а кандидатуры судей выдвигаются какой-либо парламентской партией. Поэтому все федеральные судьи формально являются членами какой-либо политической партии. Это звучит, конечно, своеобразно — судья от партии, — но на практике после избрания он сильно дистанцируется от нее»*²¹. Российский законодатель придерживается совершенно другой позиции (п. 2 ч. 3 ст. 3 Закона Российской Федерации от 26.06.1992 N 3132-1 (ред. от 05.12.2017, с изм. от 19.02.2018) «О статусе судей в Российской Федерации»).

В швейцарской доктрине подчеркивается, что независимость органов уголовного судопроизводства — не самоцель. Тем более ее нельзя рассматривать в качестве привилегии отдельных должностных лиц. Данный принцип служит в первую очередь интересам самих граждан, заинтересованных в надлежащем отправлении правосудия²².

К гарантиям судейской независимости Г. Випрехтигер относит, в частности, запрет вмешательства в их деятельность, коллегиальность, особый порядок назначения на должность²³. Швейцарский УПК в ч. 2 ст. 4 оговаривает, что предусмотренное законом право давать указания органам уголовного преследования в соответствии со ст. 14 Кодекса остается в силе. По смыслу данных норм, независимость как принцип не действует в тех случаях, когда в соответствии с законом один орган вправе давать указания другому (например, суд — прокуратуре) или вышестоящее должностное лицо — нижестоящему (например, генеральный прокурор — прокурору кантона²⁴). Тем не ме-

²¹ «Я был впечатлен тем, что увидел в российских судах»: интервью с Председателем Федерального суда Швейцарии Лоренцом Майером // Закон. 2010. № 11. С. 10.

²² Там же.

²³ Там же.

²⁴ Согласно ст. 13 Закона об организации органов уголовного судопроизводства Федерации, федеральный прокурор и руководители прокуратур вправе давать указания нижестоящим про-

нее закон предлагает понимать независимость именно в качестве принципа, который, как и большинство других основных положений процесса, знает исключения. Как бы то ни было, органы уголовного судопроизводства, по замыслу составителей УПК, должны быть независимы от частных лиц, организаций, общественного мнения, средств массовой информации, других институтов гражданского общества, а также произвольного вмешательства федеральных и кантональных государственных органов.

Швейцарский подход является более обоснованным, чем российский, поскольку последний необоснованно сужает принцип независимости, предусматривая только независимость судей (ст. 8.1). При этом принцип независимости в России было бы целесообразно расширить и прямо закрепить в УПК независимость прокурора, руководителя следственного органа, эксперта, специалиста и др. от тех субъектов, которые перечислены выше.

Категория «внепроцессуальное обращение к судье» (ч. 3 ст. 8.1 УПК Российской Федерации) швейцарской правовой системе не известна.

Требование ускорения (*Beschleunigungsgebot*). Согласно ст. 5 УПК, органы уголовного судопроизводства незамедлительно принимают уголовное дело к производству и доводят его без необоснованной волокиты до окончания; если обвиняемый находится в заключении, то в отношении него производство ведется в первую очередь. Категория разумных сроков (*angemessener Frist*)²⁵ также известна швейцарскому уголовному процессу и неоднократно упоминается в УПК (ч. 2 ст. 112, ч. 2 ст. 149 и др.) и иных федеральных законах, регулирующих судопроизводство (ст. 15 Закона о помощи жертвам преступных деяний от 23 марта 2007 года и т.д.).

Данный принцип не является для Швейцарии новым — он был закреплён и в некоторых ранее действовавших кантональных уголовно-процессуальных кодексах. Например, по ст. 1 УПК Люцерна, уголовное судопроизводство осуществляется без волокиты (*die Strafverfolgung ist ohne Verzögerungsdurchzuführen*). В швейцарской доктрине отмечается, что в основе данного принципа лежит тезис о взаимосвязи между волокитой и отказом в правосудии. Соблюдение процессуальных сроков — важная предпосылка осуществления и защиты прав частных лиц в уголовном процессе²⁶.

Согласно позиции Верховного суда Швейцарии, цель требования ускорения «состоит, в первую очередь, в том, чтобы обвиняемый не обременялся неизвестностью не вызываемое необходимостью время, пока в отношении него выдвигается обвинение, и чтобы минимизировать его отягощение уго-

курорам; допустимы указания в отдельно взятом деле об открытии следствия, производстве или окончании производства, равно как и о поддержании обвинения и подаче жалоб.

²⁵ Возможно, «*angemessene Frist*» следует более точно перевести как «соразмерные сроки», но мы будем придерживаться терминологии российского УПК (ст. 6.1).

²⁶ *Summer S. Art. 5 / Niggli M., Heer M., Wiprächtiger H. Op. cit. S. 67.*

ловным судопроизводством»²⁷. Поскольку уголовный процесс, как правило, сопряжен с нравственными, психологическими и иными страданиями обвиняемого, с данной мыслью можно полностью согласиться.

С. Саммерс рассматривает вопрос о критериях оценки соразмерности процессуальных сроков и отмечает, что на практике к ним относят деятельность органов уголовного судопроизводства, поведение обвиняемого и его защитника, фактор сложности дела, его фактическая и юридическая сложность²⁸. Данное положение очень близко к содержащемуся в ч. 3 ст. 6.1 российского УПК; тем не менее, в Швейцарии оно сформулировано исключительно на доктринальном уровне.

Норма, по которой если обвиняемый находится в заключении, то в отношении него производство ведется в первую очередь (ч. 1 ст. 5 УПК Швейцарии), выглядит очень актуальной и прогрессивной. Если лицо находится в заключении под стражей, то с целью минимизации ущемления его конституционных прав (на свободу, на здоровье и т.д.) дело с точки зрения здравого смысла должно рассматриваться в приоритетном порядке, т.е. «без очереди». Поскольку такие лица страдают существенно больше, чем, например, отпущенные под подписку о невыезде или под залог, данную норму было бы целесообразно имплементировать в ст. 6.1 УПК РФ и конкретизировать ее в положениях о составе суда.

Следственное начало (*Untersuchungsgrundsatz*). Согласно ст. 6 УПК Швейцарии, органы уголовного судопроизводства обязаны *ex officio* установить все фактические обстоятельства, имеющие значение для квалификации деяния и разрешения дела в отношении обвиняемого. Они выявляют с равной тщательностью обстоятельства, свидетельствующие о его виновности и невиновности. Данная статья является одной из самых цитируемых в научной доктрине этой страны применительно к большинству институтов уголовного процесса.

Основные идеи законодателя заключаются в том, что: в судебных стадиях процесса суд является активным субъектом доказывания, который обязан *ex officio* выявить все обстоятельства дела, входящие в предмет доказывания (даже если по каким-то причинам стороны демонстрируют пассивность в этом вопросе); в досудебных стадиях органы уголовного судопроизводства (полиция, прокуратура) выполняют одновременно функции как обвинения, так и защиты, поскольку обязаны собирать как уличающие, так и оправдывающие доказательства²⁹ (либо, наоборот, не будет ошибкой утверждение, что они не выполняют функций ни обвинения, ни защиты, а вместо этого

²⁷ Ibidem.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Полагаем, что порядок слов в ст. 6 УПК Швейцарии («о виновности и невиновности обвиняемого») нельзя рассматривать в качестве проявления обвинительного уклона.

осуществляют функцию следствия); установление истины является важнейшей целью деятельности всех органов уголовного судопроизводства; в дополнении к следственному началу ст. 139 УПК прямо указывает, что доказывание осуществляется с целью обнаружения истины. УПК не содержит разъяснений, о каком виде истины идет речь, но можно заключить, что о материальной.

Данный принцип был закреплен во многих кантональных уголовно-процессуальных кодексах. Например, согласно ст. 1^{bis} УПК Золотурна, преступное деяние по должности подлежит расследованию и правовой оценке. По ст. 1 УПК Люцерна уголовное преследование начинается *ex officio*, поскольку федеральное или кантональное право не предусматривают, что оно ведется только по ходатайству. Наиболее полное закрепление следственной максимы находит в ст. 3 УПК Фрибура, согласно которой государственные органы производят расследование и рассмотрение дела с полной беспристрастностью; они выявляют смягчающие и отягчающие обстоятельства с равной тщательностью, принимают меры к тому, чтобы виновный не избежал наказания и чтобы невиновный не был осужден; при расследовании и собирании доказательств необходимо принимать во внимание все существенные обстоятельства, если только речь не идет об общеизвестных или уже в достаточной степени выявленных фактах. Мы видим, что эти формулировки почти дословно были имплементированы в федеральный УПК. Согласно ст. 2 УПК Швица, государственные органы и должностные лица, участвующие в уголовном процессе, принимают все необходимые усилия для установления истины.

К. Риедо и Г. Фиолка обоснованно пишут, что следственная максима (принцип следствия) с давних времен и до настоящего времени является составной частью континентально-европейского уголовного процесса. Большинство его институтов так или иначе основываются на этом начале. Вместе с тем, данные авторы обращают внимание на естественные ограничения в действии этого принципа — он касается только уже начавшегося уголовного процесса и не распространяется на внепроцессуальную деятельность правоохранительных органов, в том числе направленную на установление оснований для начала последующего судопроизводства³⁰. Также они пишут, что «следственная максима несколько смягчается в упрощенном производстве по делу»³¹.

В первоначальной редакции проекта УПК Швейцарии ст. 6 была озаглавлена не «принцип следствия», а «принцип материальной истины»³². Впрочем, швейцарская доктрина использует обе категории.

³⁰ Cristof R., G. Fiolka. Art. 6 / Niggli M., Heer M., Wiprächtiger H. Op. cit. S. 77.

³¹ Ibid. S. 83.

³² Тем самым швейцарский законодатель стремился подчеркнуть необходимость установления материальной, а не формальной истины в уголовном процессе.

Добавим, что законодатель этой страны, выделяя среди других участников судопроизводства стороны и суд, придает важное значение функциям, которые они выполняют (обвинение — защита — рассмотрение дела по существу). Вместе с тем, в отличие от России, где, по мнению многих ученых, состязательность установлена в качестве общепроцессуального принципа (ст. 15 УПК РФ), действующего в ходе всего уголовного судопроизводства, в Швейцарии она предполагается лишь в судебных стадиях, поскольку в ходе предварительного следствия прокуратура не является стороной (п. «с» ч. 1 ст. 104 УПК). Характер предварительного следствия, напротив, определяется в силу ст. 6 УПК принципом следствия. По мнению швейцарского законодателя, в ходе дознания и предварительного следствия не может быть состязательности, поскольку, во-первых, нет третьей стороны, перед которой происходило бы «состязание», и, во-вторых, в данной стране обвинение предъявляется непосредственно в суд, следовательно, в досудебных стадиях отсутствует сам предмет спора.

Российский УПК прямо не устанавливает ни следственного начала, ни принципа объективной истины. Вместе с тем в настоящее время на рассмотрении Государственной Думы находится подготовленный Следственным комитетом России законопроект «Об объективной истине в уголовном судопроизводстве»³³.

Принцип обвинения (*Anklagegrundsatz*). Согласно ст. 9 УПК, преступное деяние может стать предметом судебного разбирательства только в том случае, если прокуратура предъявила обвинение против определенного лица на основе точно описанных фактов в компетентный суд. УПК оговаривает, что данный принцип не действует в отношении приказов о наказании и производства по уголовным делам о нарушениях.

Рассматриваемая норма в современной швейцарской научной литературе обычно анализируется в контексте функций субъектов уголовного судопроизводства³⁴. В то время как уголовное преследование и обвинение возлагаются на полицию и прокуратуру, задача суда состоит исключительно в рассмотрении поступившего уголовного дела. Начать его рассматривать по своей инициативе он не вправе. В связи с этим М. Ниггли и С. Хаймгартнер пишут, что принцип обвинения должен обеспечивать: разъединение ролей (*Rollentrennung*) — лицо, выдвигающее обвинение, не должно само же разрешать дело по существу; установление границ (*Umgrenzung*) — предмет уголовного процесса должен быть ясно установлен в обвинительном заключении; фиксирование (*Fixierung*) — выдвинутое обвинение в ходе процесса не

³³ См. подробнее: Александров А.С. Состязательность и объективная истина // Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2012. № 3. С. 142–157; Смирнов Г.К. Восстановление в УПК РФ объективной истины как цели доказывания // Уголовный процесс. 2012. № 4. С. 10–17.

³⁴ Niggli M., Heimgartner S. Art. 9 / Niggli M., Heer M., Wiprächtiger H. Op. cit. S. 135.

может быть произвольно изменено; информирование (*Informierung*) — обвиняемый должен знать, в чем его обвиняют с тем, чтобы быть способным осуществить право на защиту³⁵.

М. Питт справедливо отмечает, что «принцип обвинения предполагает разделение процессуальных полномочий между органами уголовного преследования и судом³⁶. В связи с этим он затрагивает не только сторону обвинения, но и многих других участников уголовного судопроизводства (суд, защитник, подсудимый и т.д.), влияя на выполняемые ими функции.

Добавим также, что принцип обвинения с недавних пор существенно усилен в Швейцарии тем, что в 2011 г. был окончательно ликвидирован институт следственных судей: ранее законодательство некоторых кантонов допускало, что суд (в лице следственного судьи) сам приступал к расследованию, а затем другой судья того же суда рассматривал дело по существу. Такой подход предполагал, что роль прокурора заключается исключительно в поддержании обвинения, но не в проведении расследования посредством совершения следственных и иных действий.

Российский законодатель, в отличие от швейцарского, рассматривает обвинение не в качестве принципа уголовного процесса, а как процессуальную функцию. В данном случае она представляет для него интерес, прежде всего, в контексте нормативного закрепления состязательности (ст. 15 УПК РФ).

Презумпция невиновности (*Unschuldsvermutung*). Согласно ч. 1 ст. 10 УПК Швейцарии, которая дословно воспроизводит ст. 32 Конституции, каждое лицо до вступления в законную силу приговора считается невиновным. Если возникают непреодолимые сомнения в фактических предпосылках инкриминируемого деяния, суд исходит из наиболее благоприятного для обвиняемого положения обстоятельств дела (ч. 3 ст. 10 УПК). В тех или иных формах презумпция невиновности была закреплена в каждом из ранее действовавших кантональных УПК. Интересно, что во Фрибуре она рассматривалась не в качестве самостоятельного процессуального принципа, а как часть справедливости уголовного судопроизводства (п. «а» ч. 2 ст. 4).

М. Нигги и С. Хаймгартнер, анализируя презумпцию невиновности в современном швейцарском процессе, отмечают следующее ее значение.

Для доказательственного права: а) защита от ошибочного или необоснованного осуждения — сомнения толкуются в пользу обвиняемого; б) распределение бремени доказывания — оно возлагается на обвинение; обвиняемый, напротив, не обязан доказывать свою невиновность; в) недопустимость принуждения к самообвинению — признание или отрицание вины остается на усмотрение обвиняемого.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Pieth M. Schweizerisches Strafprozessrecht. Basel, 2009. S. 40–41.

Для процессуального положения обвиняемого: а) защита от преждевременного осуждения (*Vorverurteilung*) — он считается невиновным до вступления в законную силу постановленного обвинительного приговора; б) специальные правила информирования общественности и средств массовой информации — запрещается сообщать им о доказанности вины лица до указанного выше процессуального момента; информирование, как правило, должно производиться в анонимной форме; соответственно СМИ также обязаны соблюдать презумпцию невиновности в отношении обвиняемого; в) избрание мер принуждения — лицо до вступления в законную силу обвинительного приговора презюмируется невиновным, и это уже само по себе является аргументом в пользу назначения более мягких ограничений (к слову, в ч. 1 ст. 212 УПК устанавливается, что обвиняемый по общему правилу остается на свободе); г) лицо считается невиновным при рассмотрении дела по первой инстанции до вступления в законную силу обвинительного приговора; е) после осуждения лица в установленном законом порядке данный факт имеет преюдициальное значение для возможного последующего гражданского судопроизводства³⁷.

М. Нигги и С. Хаймгартнер предприняли комплексную попытку рассмотреть воздействие презумпции невиновности на ход уголовного процесса. Сказанное является верным и в отношении и нашей страны, в связи с чем может быть принято во внимание российской процессуальной доктриной.

В компаративистском отношении мы видим, что швейцарский законодатель придерживается более краткой формулировки презумпции невиновности, чем российский, и не указывает, что бремя доказывания возложено на обвинение и что обвинительный приговор не может быть основан на предположениях (интересная деталь — швейцарский УПК не содержит указания, какие обстоятельства являются основанием для вынесения обвинительного и оправдательного приговоров). Данные вопросы разрабатываются на доктринальном уровне.

Отметим еще две концептуальные особенности принципа презумпции невиновности в Швейцарии. Во-первых, УПК предусматривает производство по изданию приказа о наказании. Если обвиняемый признал вину, то прокуратура сама, без участия суда, признает его виновным и назначает наказание до 6 месяцев лишения свободы (ст. 352). Во-вторых, прокуратура вправе дать согласие обвиняемому на досрочное отбывание уголовного наказания, связанного с лишением свободы. С момента прибытия в место лишения свободы обвиняемый начинает отбывать наказание и в полном объеме подчиняется уголовно-исправительному режиму (ст. 236). Таким образом, в Швейцарии *допускается исполнение уголовного наказание в отношении че-*

³⁷ Niggli M., Heimgartner S. Art. 9 / Niggli M., Heer M., Wiprächtiger H. Op. cit. S. 159–169.

ловека, еще не признанного виновным (т.е. невиновного лица). Российский правопорядок принципиально отрицает подобные подходы.

Американскую формулу презумпции невиновности, связанную с категорией доказанности вины вне разумного сомнения, швейцарский законодатель не использует³⁸, что объясняется его стремлением ориентировать правоприменителя на точное установление материальной истины посредством доказывания, осуществляемого на основе следственной максимы.

ЕСПЧ в решении по делу «Минелли против Швейцарии» от 25.03.1983 указал, что нарушение принципа презумпции невиновности имеет место, когда прежде чем виновность обвиняемого будет доказана в соответствии с законом, касающееся его судебное решение отражает мнение, что он виновен. Это может иметь место даже в отсутствии какого-либо формального решения; достаточно определенного основания полагать, что суд считает обвиняемого виновным. Следовательно, при буквальном истолковании данного решения ЕСПЧ, в процессуальных документах, связанных с судебным контролем в досудебном производстве, необходимо избегать формулировок, ставящих под сомнение невиновность данного лица. В частности, в постановлении о заключении под стражу, о предписании домашнего ареста, о продлении данных мер принуждения категорически нельзя указывать на виновность лица в каких бы то ни было уголовно-наказуемых деяниях.

Оценка доказательств (*Beweiswürdigung*). Согласно ч. 2 ст. 10 УПК, суд на протяжении всего уголовного процесса оценивает доказательства свободно в соответствии со своим внутренним убеждением. Данный принцип в тех или иных формах был закреплен во многих ранее действовавших кантональных УПК. Например, по ст. 217 УПК Санкт-Галлена суд выносит приговор на основе свободного убеждения, приобретенного в ходе слушаний и на основе процессуальных документов; суд не может никого осудить на основе голого подозрения или не подкрепленной доказательствами вероятности. Как мы видим, последнее касается скорее презумпции невиновности.

В швейцарской доктрине отмечается, что свободная оценка доказательств является прямой противоположностью принципу двух свидетелей (*Zwei-Zeugen-Prinzip*), характерного для средневекового инквизиционного процесса Швейцарии, и предполагавшего формальную оценку доказательств. Исходя из ее смысла, некоторые факты и обстоятельства могли считаться установленными только при их подтверждении определенным количеством свидетелей. По образному выражению Т. Хофера, переход к принципу свободной оценки доказательств означал перенесение решения вопроса о ви-

³⁸ Напр., согласно ст. 2.01 УК Техаса (1973) (именно УК, а не УПК), «все лица презюмируются невиновными и никто не может быть осужден за совершение посягательства, если каждый элемент такого посягательства не доказан за пределами разумного сомнения» (выделено автором).

новности лица в отдельно взятом деле с закона на судью (*von Gesetzauf den Richter*)³⁹.

Отметим следующие особенности швейцарского подхода к принципу свободной оценки доказательств.

Части 1 и 3 ст. 10 УПК закрепляют презумпцию невиновности, а ч. 2 этой же статьи — свободу оценки доказательств. Законодатель символично подчеркивает тесную связь между ними и рассматривает свободную оценку доказательств и отсутствие у них заранее установленной силы как важнейшие условия реализации презумпции невиновности.

УПК Швейцарии прямо устанавливает, что свободная оценка доказательств действует *в отношении суда*. Закон не содержит указания на действие этого принципа в отношении прокурора и полиции. Впрочем, это выравнивается принципом следствия, обязывающим с равной тщательностью собирать обвинительные и оправдательные доказательства (свобода оценки доказательств ими в данном случае подразумевается).

Т. Хофер справедливо отмечает, что если сбор доказательств подчинен некоторым правилам и запретам, их оценка полностью свободна от доказательственных предписаний⁴⁰. Поскольку в Швейцарии существует неисчерпывающий перечень доказательств (*keinnumerusclausus der Beweismittel*), то даже их получение в значительной мере не формализовано, а нормы направлены прежде всего на защиту конституционных прав обвиняемых, свидетелей и иных лиц.

Сопоставление швейцарского и российского подходов к принципу свободной оценки доказательств позволяет выявить два различия между ними на нормативном уровне: УПК РФ подразумевает в ст. 17, что свобода оценки доказательств касается всех органов уголовного судопроизводства, а УПК Швейцарии в качестве адресата этого начала называет только суд. Впрочем, как показано выше, доктрина толкует эту норму расширительно; УПК РФ устанавливает, что никакие доказательства не имеют заранее установленной силы. Швейцарский УПК такой нормы не содержит, однако доктрина имеет ее в виду.

Проанализированные принципы указывают на ярко выраженный континентальный характер швейцарского уголовного судопроизводства. Многие из них обусловлены следственной максимой, определяющей важнейшие функции суда, прокуратуры, полиции. Заслуживают внимания российского законодателя предусмотренные данным Кодексом запрет злоупотребления правом, а также принцип независимости, затрагивающий не только суд, но и другие органы уголовного судопроизводства, а также специалиста и эксперта. Исследование базовых принципов уголовного судопроизводства Швей-

³⁹ Hofer T. Art. 10 / Niggli M., Heer M., Wiprächtiger H. Op. cit. S. 169.

⁴⁰ Ibidem.

царии также может быть полезно для авторов, исследующих эти и другие институты УПК данной страны.



Библиография

Александров А.С. Состязательность и объективная истина // Библиотека криминалиста. 2012. № 3. С. 142–157.

Брестер А.А. Начало уголовного процесса и его влияние на уголовно-процессуальную форму. Томск: Изд-во научно-технической литературы, 2013. 279 с.

Военно-судебное законодательство западно-европейских государств: Германия и Швейцария. СПб: Типография Генштаба, 1901. С. 1-152.

Курс уголовного процесса / под ред. Л.В. Головки. М.: Статут, 2017. 1267 с.

Пржевальский В.В. Объединение уголовного законодательства в Швейцарии. СПб, 1894. 79 с.

Руйе К. Швейцарский Федеральный суд и надзор за конституционностью законов // Государство и право. 1995. № 12. С. 45-61.

Серебренникова А. В. Уголовный кодекс Австрии. М.: Макс-пресс, 2013. 188 с.

Серебренникова А.В. Уголовный кодекс Лихтенштейна. М.: Зерцало, 2001. 133 с.

Серебренникова А.В. Уголовный кодекс Швейцарии. СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. 348 с.

Смирнов Г.К. Восстановление в УПК РФ объективной истины как цели доказывания // Уголовный процесс. 2012. № 4. С. 67–84.

Уголовное уложение (Уголовный кодекс) Федеративной Республики Германия / пер с нем. М.: Проспект, 2010. 279 с.

Файзрахманов Н.Ф. Злоупотребление правом участниками уголовного судопроизводства со стороны защиты на предварительном следствии // Вестник Казанского юридического института МВД России. 2015. № 4. С. 87–93.

Швайцер Р. Дж. Судебная система федеративного государства: взгляд из Швейцарии // Федерализм: российское и международное измерение (опыт сравнительного анализа) // под ред. Р. Хакимова. Казань: Университетское, 2004. С. 1–231.

«Я был впечатлён тем, что увидел в российских судах». Интервью с Председателем Федерального суда Швейцарии Лоренцом Майером // Закон. 2010. № 11. С. 7–11.

Hartmann A., Schmidt R. Strafprozessrecht. Bremen: Bremen Verlag, 2008. 574 S.

Thommen M. Art. 3 / Niggli M., Heer M., Wiprächtiger H. Schweizerischen Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung. Basel: Basler, 2010. S. 33–50.

System of Principles in the Swiss Criminal Process



Aleksander Trefilov

Senior Researcher, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Candidate of Juridical Sciences. Address: 34 Bolshaya Cheremushkinskaya Str., Moscow 117418, Russian Federation. E-mail: trefilova1989@gmail.com

Abstract

The principles of the criminal process are the pillars that reflect its structure, essence, progress through the stages, the system of criminal procedural functions and coercive measures. In 2007, the single Code of Criminal Procedure was adopted in Switzerland for the first time, replacing 26 earlier cantonal CPCs. The work on the Code continued for more than 30 years; its development involved theoretical scientists and practitioners, as well as foreign experts. It reflects the latest approaches to many criminal justice institutions, including its fundamental principles, which will be discussed in this article. It is shown that among them there are those that the Code of Criminal Procedure does not specify: good faith, the principle of accusation, the independence of the criminal justice authorities, the prohibition of re-prosecution, etc. However, the Swiss Code of Criminal Procedure does not fix certain principles stipulated in the Russian Federation criminal process: immunity, the protection of human and civil rights and freedoms in criminal proceedings, the inviolability of the home, the secret of correspondence, telephone conversations, postal, telegraphic and other dispatches, competitiveness, ensuring the right to defense, the right to appeal procedural actions and decisions. Further, the author analyzes the principles of legality, publicity, respect for human dignity and the principle of justice, the prohibition of abuse of law, the principle of independence, the demand for acceleration, the principle of accusation, the presumption of innocence, and the free evaluation of evidence. The analyzed principles show the pronounced continental character of Swiss criminal justice. Many of them are due to the investigative maxim (the need to establish objective truth), which determines the most important functions of the court, the prosecutor's office, the police. The author shows that actual approaches and legal principles reflected in the code under consideration can be used by the modern Russian legislator in the course of further modernization of the Code of Criminal Procedure of the Russian Federation, as well as in the development of the concept of the development of the domestic criminal process.

Keywords

criminal procedure, legality, respect for human dignity, presumption of innocence, justice, publicity, the principle of independence, reasonable time, principle of prosecution.

Citation: Trefilov A.A. (2018) *System of Principles in the Swiss Criminal Process*. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 170–192 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.2.170.192

References

Aleksandrov A.S. (2012) *Sostyazatel'nost' i ob"yektivnaya istina* [Competitiveness and objective truth]. *Biblioteka kriminalista*, no 3, pp. 142–157.

Brester A.A. (2013) *Nachalo ugolovnogo protsessa i yego vliyaniye na ugolovno-processual'nyuyu formu* [Basics of criminal proceedings and its impact on forms]. Tomsk: Izdatel'stvo nauchno-tekhnicheskoy literatury, 279 p. (in Russian)

Fayzrakhmanov N.F. (2015) *Zloupotrebleniye pravom uchastnikov ugolovnogo processa* [Abuse of right by participants in criminal proceedings]. *Bulletin of Kazan Law Institute of the Ministry of Internal*, no 4, pp. 87–93.

Golovko L. et al. (2017) *Kurs ugolovnogo processa* [The course of criminal procedure]. Moscow: Statut, 1267 p. (in Russian)

Hartmann A., Schmidt H. (2008) *Straftprozessrecht*. Bremen: Bremen Verlag, 574 S.

- Przeval'skiy V.V. (1894) Obiedonemie uholovnogo zakonodatel'stva v Schveycarii [Unification of criminal legislation in Switzerland]. Saint Petersburg: Wolf, 79 p. (in Russian)
- Royer K. (1995) Schvetcarskiy federalnyi sud I nadzor zakonstitucionnostiu zakonov [The Swiss Federal Court and constitutional control over legality of laws]. *Gosudarstvo i pravo*, no 12, pp. 45–61.
- Serebrennikova A.V. (2013) *Ugolovnyi kodeks Avstrii* [The Criminal Code of Austria]. Moscow: Max-Press, 188 p. (in Russian)
- Serebrennikova A.V. (2001) *Ugolovnyi kodeks Lichtensteina* [The Criminal Code of Lichtenstein]. Moscow: Zertsalo, 133 pp. (in Russian)
- Serebrennikova A.V. (2002) *Ugolovnyi kodeks Shveytzarii* [The Criminal Code of Switzerland]. Saint Petersburg: Yuridicheskiy Center Press, 348 p. (in Russian)
- Schweitzer R. (2004) Sudebnaya sistema federativnogo gosudarstva: vzglyad iz Schveycarii [Judicial system of federal state: a view from Switzerland]. *Federalism: rossiyskoye I miezhdunarodnoye izmerenie*. R.Hakimov, ed. Kazan: University press, pp. 1–231. (in Russian)
- Smirnov G.K. (2012) Vosstanovlenie ob'ektivnoy istiny kak tseli dokazuvania v ugolovno-processualnom kodekse Rossii [Restoration in the Russian Code of Criminal Procedure the objective truth as the purpose of proof]. *Ugolovnyi process*, no 4, pp. 67–84.
- Thommen M. (2010) Art. 3 / Niggli M., Heer M., Wiprächtiger H. Schweizerischen Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung. Basel: Basler, S. 33–50.
- Ugolovnyi kodeks Germanii (2010) [The Criminal Code of Germany]. Moscow: Prospekt, 279 p. (in Russian)
- Voenno-sudebnoe zakonodatel'stvo zapadno-evropeyskih gosudarstv: Germania i Schveycaria* (1901) [Military Judicial Legislation of the Western states: Germany and Switzerland]. Saint Petersburg: Typograsphia Generalnogo Shtaba, pp.1–152 (in Russian)

Новеллы в международном частном праве Аргентины¹



Н.Ю. Ерпылева

заведующая кафедрой международного публичного и частного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», профессор, доктор юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: natasha.erpyleva@rambler.ru



И.В. Гетьман-Павлова

доцент кафедры международного публичного и частного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: getmanpav@mail.ru



Аннотация

Аргентина является одной из самых развитых стран латиноамериканского региона, что стимулирует законодателя уделять большое внимание совершенствованию национального регулирования трансграничных отношений. Международное частное право Аргентины было впервые кодифицировано в ГК (1869), но развивалось в основном по линии «международного измерения», а «национальное измерение» имело «остаточный» характер и не отражало адекватно современных тенденций в регулировании международных частных отношений. В 2015 году в Аргентине вступил в силу новый Гражданский и Коммерческий кодекс, Титул IV «Положения международного частного права» которого содержит масштабное и подробное регулирование вопросов международного частного права и международного гражданского процесса. Законодатель выбрал путь внутриотраслевой комплексной кодификации МЧП/МГП — в акт общей кодификации гражданского права в качестве отдельного раздела включены правила выбора применимого права и юрисдикционные нормы. В сравнении с ранее действовавшим регулированием МЧП Аргентины подверглось существенной модернизации, прежде всего под влиянием европейских подходов — Закона о МЧП Швейцарии и регламентов ЕС о юрисдикции, применимом праве и исполнении иностранных решений. В статье анализируются наиболее существенные новеллы, затрагивающие институты Общей части МЧП: установление содержания иностранного права, квалификация правовых понятий, обратная отсылка, гибкие коллизионные привязки, автономия воли сторон, техника *dépeçage* и адаптация коллизионных норм. Сделан вывод, что в целом новое МЧП Аргентины производит положительное впечатление. С другой стороны, в регламентации общих вопросов МЧП можно отметить ряд серьезных недостатков, в частности: институт *renvoi* сформулирован очень широко и неопределенно; отсутствует специальная норма о предшествующих, предварительных и побочных коллизионных вопросах; институт квалификации правовых понятий законодательно не урегулирован. Недочеты являются издержками внутриотраслевого способа кодификации МЧП, и их

¹ Статья подготовлена при помощи справочно-поисковой системы КонсультантПлюс.

можно было избежать, если бы Аргентина пошла по пути комплексной автономной кодификации МЧП/МГП.



Ключевые слова

международное частное право, Аргентина, Гражданский и Коммерческий кодекс, внутриотраслевая комплексная кодификация, Общая часть МЧП, автономия воли, обратная отсылка, содержание иностранного права, гибкое коллизионное регулирование.

Библиографическое описание: Ерпылева Н.Ю., Гетьман-Павлова И.В. Новеллы в международном частном праве Аргентины // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 2. С. 193–215.

JEL: K33; УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.2.193.215

Введение

Аргентина — одна из самых развитых стран латиноамериканского региона, что, безусловно, стимулирует законодателя уделять большое внимание совершенствованию национального регулирования трансграничных отношений. Аргентинская система международного частного права (далее — МЧП) была «продвинутой» уже к концу XIX в. Правила выбора применимого права были включены в первый Гражданский кодекс («Кодекс Велеса»)² (далее — ГК), принятый в 1869 г. и действовавший 145 лет³. Кроме интересного «внутреннего измерения», выраженного в ГК, к концу XIX в. аргентинское МЧП обладало и «выдающимся международным измерением», представленным в монументальном Договоре о международном гражданском праве (Монтевидео, 12 февраля 1889 г.), подробно регулирующем основные вопросы МЧП⁴. «Международное измерение» аргентинского МЧП активно расширялось и диверсифицировалось в течение всего XX века, особенно, в

² Главным автором проекта был Велес Сарсфельд, профессор университета Кордовы. Текст ГК Аргентины (1869) на испан. языке см. [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm> (дата обращения: 15.05.2018); на англ. яз. [Электронный ресурс]: // URL: https://archive.org/stream/argentinecivilc00whelgoog/argentinecivilc00whelgoog_djvu.txt (дата обращения: 15.05.2018)

³ Разумеется, в течение этого времени в ГК неоднократно вносились изменения, например, в 1884, 1898, 1901, 1926, 1948, 1971 гг. Наиболее важные изменения в сфере МЧП были внесены Законом № 17, 711 (1968). См.: *Parise A. Legal Transplants and Codification: Exploring the North American Sources of the Civil Code of Argentina* (1971) [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.derechocomparado.org.ar/documentos> (дата обращения: 15.05.2018). Последняя редакция ГК была принята в 1987 г.

⁴ См.: *Arroyo Diego F. Main Characteristics of the New Private International Law of the Argentinian Republic* // *RebelsZ* 80. 2016. P. 130.

последней его четверти в связи с унификационными процессами в рамках Организации американских государств и Общего рынка стран Южной Америки (МЕРКОСУР)⁵. Национальное регулирование развивалось значительно медленнее и не так успешно.

Во второй половине XX в. в аргентинской доктрине была чрезвычайно популярной идея разработки автономного закона о МЧП. Один из наиболее значимых проектов был подготовлен известным ученым В. Гольдшмидтом в 1974 г. (далее — Проект Гольдшмидта). Этот законопроект включал только правила выбора применимого права и не регулировал вопросов международного гражданского процесса (далее — МГП). Одновременно Гольдшмидт предложил проект отдельного закона о процедуре гражданского и коммерческого частного международного права, содержащий правила МГП для федеральных судов, в том числе признание иностранных судебных решений. Однако ни один из этих проектов не был предложен парламенту, хотя ученые-коллизиионисты неустанно отстаивали необходимость новой кодификации МЧП/МГП, поскольку аргентинские правила МЧП были «изолированы, неоднородны и зачастую противоречили друг другу»⁶.

Наконец в 2014 г. Национальный конгресс принял Гражданский и Коммерческий кодекс (*Codigo Civil de Comercial de la Nation*) (далее — ГКК), который вступил в силу 1 августа 2015 г.⁷ Нормы, кодифицирующие МЧП/МГП, расположены в последней части ГКК — в Титуле IV «Положения международного частного права». Аргентинский законодатель выбрал внутриотраслевую комплексную форму кодификации МЧП/МГП. Титул содержит общие положения МЧП (ст. 2594–2600), регулирование международной юрисдикции и правовой помощи (ст. 2601–2613) и объемную особенную часть, разделенную на 16 разделов (ст. 2613–2671). Нормы о признании и исполнении иностранных решений в Титуле IV отсутствуют, что в аргентинской литературе справедливо называют самым серьезным недостатком принятого регулирования⁸.

⁵ Подробнее о региональном МЧП латиноамериканских стран см.: Рафалюк Е.Е. Унификация международного частного права в странах Латинской Америки: история и современность // Журнал российского права. 2010. № 5. С. 88–98; *Samtleben J. Neue Interamerikanische Konventionen zum Internationalen Privatrecht* // *RabelsZ* 56. 1992. P. 1; *idem. Das Internationale Prozeß- und Privatrecht des MERCOSUR* // *RabelsZ* 63. 1999. P. 1.

⁶ См.: *Arroyo Diego F. What's New in Latin American Private International Law?* // *Yearbook of Private International Law*. 2005. Vol. 7. P. 100.

⁷ Тексты законодательных актов по МЧП и МГП зарубежных стран до 1998 г. включительно даны по изданию: *Международное частное право: Иностранное законодательство / предисл. А.Л. Маковского; сост. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. М.: Статут, 2001. Тексты законодательных актов по МЧП и МГП зарубежных стран с 1999 г. по настоящее время даны по [Электронный ресурс]: // URL: <http://pravo.hse.ru/intprilaw/> (дата обращения: 25.05.2018)*

⁸ См.: *Arroyo Diego F. Main Characteristics of the New Private International Law of the Argentinian Republic*. P. 132–133.

Новое МЧП Аргентины является детальным и подробным, и в рамках одной статьи, естественно, невозможно провести полное его исследование. В настоящей статье целесообразно проанализировать некоторые существенные новеллы в методологии и регламентации отдельных вопросов, которые традиционно включаются в Общую часть МЧП.

Установление содержания и применение иностранного права

Поскольку Аргентина принадлежит к романо-германской правовой семье, то иностранное право, по общему правилу, воспринимается именно как право, т.е. как система общеобязательных нормативных предписаний, а не как факт, подлежащий доказыванию. Однако безусловная обязанность аргентинских судов ставить коллизионный вопрос во всех трансграничных частных спорах законодательно никогда не декларировалась и обязанность судей применять нормы собственного МЧП нормативно не была установлена. При этом в доктрине единодушно подчеркивалось, что аргентинские коллизионные нормы имеют обязательный характер и судьи не могут отказать от их применения, если правоотношения подпадают под действие какой-либо конфликтной нормы⁹. Теоретически в Аргентине всегда декларировался *активный (правовой) подход*¹⁰ к регулированию споров в сфере МЧП.

Однако и в юриспруденции, и особенно в аргентинской судебной практике всегда проводилось различие между отчуждаемыми правами (т.е. имеющими имущественную оценку — «правоотношение, в котором стороны свободно распоряжаются своими правами») и неотчуждаемыми правами (т.е. не имеющими имущественной оценки). В судах доминировала позиция, что применение коллизионных норм является обязательным только по вопросам, касающимся личного статуса, право- и дееспособности, других личных неимущественных прав. По сути, в сфере МЧП в Аргентине до недавнего времени господствовал *промежуточный (смешанный) подход*, который предполагает, что суды обязаны применять собственные коллизионные нормы (и таким образом иностранное право, к которому они отсылают)

⁹ См.: *Arroyo Diego F., All Paula M.* Proof of and Information about Foreign Law / Reports of the Argentine Association of Comparative Law to the XIX Congress of the International Academy of Comparative Law. 2014. Part I. P. 103.

¹⁰ Подробнее об активном (правовом), промежуточном (смешанном) и пассивном (фактическим) подходах к применению норм МЧП и установлению содержания иностранного права см.: *Shaheez L.* Establishing the Content of Foreign Law: A Comparative Study // *Maastricht Journal*. 2013, no 1. P. 75–112.

только в отношении личного статуса или неотъемлемых прав, которые не могут быть отчуждены и от которых нельзя отказаться¹¹.

Кроме того, смешанный (промежуточный подход) предполагает, что суды имеют право выбора: либо изучить содержание норм иностранного права *ex officio*, либо призвать стороны сделать это; выбор часто зависит от природы спора. Иностранное право в данном случае находится между «фактом» и «правом»; суд и стороны вместе участвуют в установлении его содержания (в большей или меньшей степени в зависимости от характера дела)¹².

Доминирование смешанного подхода в судебной практике проистекало из установления ст. 13 ГК, формулировка которой не менялась с 1869 по 2014 гг. В соответствии с этой нормой суд обращался к иностранному праву только в случаях, инициированных заинтересованной стороной, на которой и лежало бремя доказывания существования такого законодательства. Иностранное право, применение которых было обусловлено международными договорами Аргентины или специальным законом, не нуждались в доказывании. Таким образом, именно на стороны возлагалась безусловная обязанность установления содержания иностранного права. Часто в трансграничных спорах, касающихся имущественных прав, аргентинские суды применяли иностранное право исключительно по инициативе сторон (особенно в спорах, связанных с трудовыми отношениями)¹³.

При этом в практике высших судебных инстанций неоднократно подчеркивалось, что предписания ст. 13 не освобождают суды от обязанности обращаться к нормам МЧП Аргентины и что эти нормы имеют обязательный характер. Так, Национальный коммерческий апелляционный суд (*National Commercial Court of Appeal*) в решении по делу *Deutsche Reiseburo, G.M. c. Speter, Armando* (от 27 февраля 1984 г.) постановил, что «бремя сторон по установлению содержания иностранного права не должно препятствовать судьям применять иностранное законодательство, когда аргентинские конфликтные правила предписывают его применение. В противном случае применение обязательных правовых норм будет зависеть от усмотрения сторон, которые будут иметь право ссылаться или не ссылаться на иностранное законодательство, хотя такая отсылка установлена аргентинским законом»¹⁴.

¹¹ *Shaheez L. Op. cit.* P. 77.

¹² *Ibid.* P. 80.

¹³ См.: *Arroyo Diego F., All Paula M. Op. cit.* P. 113. Сразу же следует оговориться, что ввиду наличия у Аргентины чрезвычайно развитого «международного измерения МЧП» (прежде всего, регионального) в подавляющем большинстве споров, связанных с правопорядками других американских государств, иностранное право применялось *ex officio* и не подлежало доказыванию. См.: *Ibid.* P. 108, 111.

¹⁴ LL, 1984-D-563, ED, 108-232. Аналогичная позиция выражена в решении Верховного суда провинции Буэнос-Айрес по делу *Soto c/ Exxe* (от 28 апреля 2004 г.) (LLBA, 2004-973, ED, 182-753) и Верховного суда провинции Мендоса по делу *Sabaté Sas S.A. c. Covisan S.A. s/Concurso Preventivo s/verificación tardía s/ inc. Casación* (от 28 апреля 2005 г.) (LLGranCuyo, 6/2005-495, comm. M.E. Uzal).

Благодаря аргентинской доктрине права и в немалой степени под влиянием практики высших судебных инстанций в новом ГКК утверждается безусловно активный (правовой) подход к применению аргентинских коллизионных норм и установлению содержания иностранного права: «Судья устанавливает содержание, применяет и интерпретирует нормы иностранного права таким образом, как если бы их интерпретировали суды государства, в котором такие нормы были приняты, без ущемления права сторон самостоятельно предлагать и доказывать содержание норм применимого правопорядка. Если содержание иностранного права не может быть установлено, применяется аргентинское право» (ст. 2595(a)). Как подчеркивается в аргентинской юриспруденции, хотя обязанность судьи применять иностранное право и устанавливать его содержание *ex officio* в норме прямо не декларируется, это ясно вытекает из контекста¹⁵. В обязательственных отношениях, предполагающих автономию воли сторон, суд вправе обязать заинтересованное лицо доказать применимость иностранного права и установить его содержание.

Обязанность суда применять иностранное право предполагает, что именно суд несет бремя по установлению его содержания и толкования. Главный способ установления содержания иностранного права — это самостоятельная исследовательская деятельность аргентинских судей, основан на принципе *iura novit curia*. Исходя из этого принципа, «когнитивная обязанность судьи возникает не *a priori*, а *a posteriori*, в том смысле, что начало судебного процесса побуждает к необходимости ознакомиться или, точнее, исследовать применимое иностранное право... В случаях, когда иностранные правила должны применяться, они должны быть исследованы судьей в надлежащей форме, сначала обратившись к его собственным знаниям, затем к материалам, предъявленным сторонами, затем ко всем другим информационным средствам, которые государство может предложить, например, к работанным для таких целей процедурам информационной отчетности»¹⁶.

Средствами доказательств, которые используются для определения иностранного права, являются официальные (представленные дипломатическими, консульскими и другими компетентными органами государства, чье право должно быть доказано¹⁷) и документальные источники (юридические тексты, иностранная доктрина и судебная практика¹⁸), экспертные мнения

¹⁵ Arroyo Diego F., *All Paula M.* Op. cit. P. 121.

¹⁶ Ver Tellechea B. *Aplicación e información del derecho extranjero en el ámbito interamericano y regional con especial referencia al derecho uruguayo / Homenaje al Profesor Doctor Gualberto Lucas Sosa.* Buenos Aires, 2012. P. 357–358.

¹⁷ Напр., консульские отчеты, сертификаты учреждений, прямые контакты с зарубежными судами.

¹⁸ В том числе опубликованные в Интернете.

(профессоров или экспертов иностранного права). Судья может использовать столько средств доказывания, сколько считает необходимым¹⁹. Кроме этого, Аргентина имеет развитую систему международных соглашений, устанавливающих механизмы и правила предоставления информации о действующем праве²⁰.

Самое распространенное средство доказательства иностранного права — заключения экспертов, в качестве которых, как правило, выступают аргентинские и иностранные ученые-юристы. В судебной и адвокатской практике прослеживается устойчивая тенденция приглашать для консультаций и составления заключений «профессоров частного международного права, что прямо разрешено в качестве доказательства в деле *Frederick Parker Limited c. Villa, o Villa y Egea*, 9 сентября 1990 года»²¹. От экспертов или учреждений, сообщающих информацию об иностранном праве, не требуется подтверждения их квалификации или характеристик. Ни на национальном уровне, ни в международных документах не установлено механизма для изучения или определения достоверности предоставленной правовой информации²².

Статья 2595(a) обязывает аргентинского судью действовать по классической формуле «иностранное право должно толковаться и применяться так, как его на родине толкует и применяет его родной судья». Легальное закрепление данной формулы представляет собой давнюю традицию Латинской Америки как на национальном, так и на региональном уровнях²³. Подобное отношение к иностранному праву называют «теорией судебного обычая» («*la teoría del uso jurídico*»), принесенной в латиноамериканскую правовую традицию «благодаря интеллектуальному влиянию выдающегося правоведа Гольдшмидта, прожившего в Аргентине более 30 лет и являвшегося автором проекта автономного закона о МЧП (1974) (Проект Гольдшмидта)»²⁴. Гольдшмидт по сей день является самым авторитетным деятелем аргентинской доктрины МЧП; во всех странах Латинской Америки его признают одним

¹⁹ Arroyo Diego F, *All Paula M.* Op. cit. P. 123.

²⁰ Brasilia Convention on Information in Legal Matters about the Law in Force and its Application (1972); Inter-American Convention on Proof of and Information on Foreign Law (CIDIP II, Montevideo, 1979); Las Leñas Protocol on Cooperation and Jurisdictional Assistance on Civil, Commercial, Labor and Administrative Matters (MERCOSUR, 1992).

²¹ Noodt T. *Derecho Internacional Privado. Libro de casos.* Buenos Aires: La Ley, 2006. P. 344–348.

²² Arroyo Diego F, *All Paula M.* Op. cit. P. 123.

²³ См., напр.: ст. 2055 ГК Перу (1984), ст. 82 Закона о МЧП Доминиканской Республики (2014), ст. 2 Межамериканской конвенции о международном гражданском праве (1979).

²⁴ Najurieta M., Noodt T. *Private International Law: Recent Private International Law Codifications / Informes de la Asociación Argentina de Derecho Comparado al XVIII Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado.* Buenos Aires: Asociación Argentina de Derecho Comparado, 2010. P. 219–266 [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.derechocomparado.org.ar/documentos> (дата обращения: 15.05.2018)

из самых выдающихся ученых в сфере МЧП. Ученый понимал иностранное право как факт, но факт особого рода, «общеизвестного» характера, по которому каждый может получить аутентичную информацию²⁵. Соответственно, теория «правового использования» предполагает «подражание» иностранному судье, попытку проникнуться его правосознанием, рассуждать в его правовой ментальности и правовых категориях²⁶.

Однако параметр «подражание» иностранному судье не освобождает аргентинских судей ответственности за принятые ими решения и не предполагает их независимости от собственного закона и правовой традиции. В аргентинской доктрине высказывается мнение, что при толковании иностранного права судьи не связаны мнениями, принятыми в стране, чей правопорядок является применимым. Судьи могут основывать решения на иностранном законодательстве, но «они не перестают быть теми, кто отправляет правосудие от имени и под ответственностью государства, к которому принадлежат... Им следует проникнуть в смысл иностранного права; они будут иметь в виду, очевидно, доминирующие юриспруденционные мнения в другой стране, но эти мнения не будут иметь для них обязательной силы»²⁷.

На классический вопрос — как быть, если содержание иностранного права установить не удалось, — аргентинский законодатель предлагает стандартный и самый простой ответ: в подобных случаях применяется право Аргентины, т.е. закон страны суда. В доктрине отмечается, что такое решение вызывает сожаление. Прежде чем прибегать к аргентинскому законодательству по умолчанию, следует обратиться к правопорядку, наиболее тесно связанному с делом, и только потом, при невозможности его применения, можно решать спор по аргентинскому праву. Решение прибегать непосредственно к аргентинскому законодательству не имеет логического объяснения, за исключением того, что большинство участников законопроектной деятельности являются судьями, поэтому они и не захотели возложить на себя обязанность выполнять работу, которая могла бы вызвать затруднения. Однако как показывает судебная практика Аргентины, во многих случаях определение государства, наиболее тесно связанного с правовыми отношениями, и установление содержания его правовых норм представляет собой простую задачу²⁸.

²⁵ Arroyo Diego F., *All Paula M.* Op. cit. P. 124.

²⁶ В аргентинской литературе отмечается, что для большого количества случаев, связанных со странами, с которыми Аргентина долго поддерживала «флюидные» связи, такой подход не представляет для судьи особых затруднений, что наглядно демонстрирует судебная практика. См.: Arroyo Diego A., *All Paula M.* Op. cit. P. 125.

²⁷ Feldstein de Cárdenas S. El control de constitucionalidad del derecho extranjero / Homenaje al Profesor Doctor Gualberto Lucas Sosa. P. 315.

²⁸ Arroyo Diego F., *All Paula M.* Op. cit. P. 126.

Квалификация правовых понятий

В новом МЧП Аргентины отсутствует общая норма, определяющая право, применимое для квалификации правовых понятий. Непонятно, по какой причине законодатель отказался от нормативного регулирования этой проблемы, тем более что в проекте ГKK (2003) такая норма присутствовала²⁹. В настоящее время нет легальных указаний, какой закон определяет «сложный процесс определения трудоемких правовых отношений с целью его классификации по той или иной категории, используемой в законе страны суда»³⁰. Ученые-юристы предпочитают «гибкие» рассуждения, которые позволяют квалифицировать правовые понятия, синтезируя *lex causae* и *lex fori* в целях наиболее корректного разрешения спора. В судебной практике «конфликт квалификаций» понимается как проблема толкования коллизионных норм, которая решается в категориях *lex fori*.

По общему правилу квалификация понятий, закрепленных в коллизионных привязках, предполагает применение *lex fori*. В некоторых правилах Титула IV закреплены конкретные квалификации понятий, составляющих привязки отдельных коллизионных норм. Например, под общим местом domicilio обоих супругов понимается место их фактического и безраздельного совместного проживания (ст. 2621); domicilio лиц, в отношении которых действует опекуновство или равнозначный институт защиты, признается обычное место жительства таких лиц (ст. 2615); под местом заключения договора понимается место эффективного domicilio стороны, осуществляющей наиболее характерное предоставлению согласно договору (ст. 2652). Квалификация по *lex causae* может иметь место в специально оговоренных законом случаях, в частности, определение имущества как недвижимого определяется по праву страны места его нахождения (ст. 2663).

В отдельных нормах прямо определена квалификация их объемов, в частности, очень своеобразное положение установлено в ст. 2623 «Брак на расстоянии». Браком на расстоянии считается такой брак, в котором отсутствующая сторона выражает согласие подчинить регулирование брачных отношений правопорядку, отличному от места нахождения такой стороны в такой момент времени. Таким образом, квалифицирующим признаком подобного брака является выбор иностранного правопорядка, произведенный одной стороной. При этом следует подчеркнуть, что в принципе автономия

²⁹ Ст. 6 проекта ГKK (2003): «За исключением соглашения об ином, связующие факторы [т.е. коллизионные привязки] квалифицируются в соответствии с аргентинским законодательством. Другие понятия, используемые правилами частного международного права, определяются в соответствии с заявленным законом [т.е. законом существа отношения]».

³⁰ [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.derechocomparado.org.ar/documentos> (дата обращения: 15.05.2018)

воли в брачных отношениях не разрешается. Положение ст. 2623 вызывает много вопросов, например, возможен ли брак на расстоянии между аргентинскими гражданами, один из которых пребывает в другой стране и одновременно выражает желание подчинить свой брак правопорядку какого-либо третьего государства.

Институт обратной отсылки (*renvoi*)

Институт обратной отсылки (обеих степеней — и отсылки к закону суда, и отсылки к праву третьего государства) — непосредственно связан с проблемой конфликта квалификаций и обусловлен разным пониманием одинаково сформулированных коллизионных привязок. Ни ГК (1869), ни Проект Гольдшмидта не содержали регулирования этого вопроса. С позиций «теории судебного обычая» сам Гольдшмидт считал, что использование судебного обычая равнозначно применению отсылок и приводит к эквивалентным практическим последствиям. В случае применения иностранного права суд должен обращаться с ним так, как, с максимально возможным уровнем вероятности, делает это суд страны, закон которой был признан компетентным. Ученый полагал, что «теория судебного обычая» представляет собой наиболее «правильную форму *renvoi*... Практически с этой доктриной мы достигаем результатов, аналогичных результатам теории интегральной ремиссии»³¹.

Несмотря на безусловный авторитет Гольдшмидта и его влияние на аргентинскую доктрину МЧП, ученые-юристы настояли на установлении в новом ГКК специального положения о *renvoi*. Нововведение предусматривает самое широкое понимание и применение обратной отсылки. Согласно ст. 2596, *renvoi* обеих степеней принимаются в качестве общего правила. Формулировка нормы позволяет утверждать, что принимаются и обратная отсылка к аргентинскому праву, и отсылка к праву третьего государства всех степеней, пока не будет установлен правопорядок, содержащий соответствующее материальное регулирование. Очевидно, если какой-либо правопорядок отсылает обратно, то компетентными будут материальные нормы на основании обратной отсылки. Однако если стороны избрали компетентным право конкретной страны, то применяется материальное право такой страны. Стороны, в свою очередь, могут явным образом обусловить иное, т.е. предписать применение норм МЧП избранного правопорядка, и тогда теоретически возможно применение *renvoi* даже при наличии явно выраженной автономии воли сторон. Таким образом, выбор применимого права сторонами отношения не исключает *renvoi*, если стороны сами делают выбор в пользу не материального, а коллизионного регулирования их отношений. Подобный подход —

³¹ Goldschmidt W. Sistema y filosofía del derecho internacional privado. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952. Vol. I. P. 377.

редкое явление; аргентинский законодатель декларирует его определеннее и подробнее, нежели законодатели других стран³². Специальное положение о *renvoi* при наличии автономии воли сторон в договорных отношениях закреплено в ст. 2651(b) и фактически дублирует общее правило.

Такая широкая формулировка института обратной отсылки и возможность неограниченного ее применения приветствуется доктриной, но не разделяется судьями. Как показывает аргентинская судебная практика, суды не склонны к абстрактным рассуждениям о соответствии своих решений нормам МЧП государства, закон которого является компетентным в соответствии с коллизионной нормой страны суда. Использование обратной отсылки скорее является исключением. В основном соответствующие прецеденты встречаются в наследственных спорах, где аргументация в пользу *renvoi* ориентирована на расщепление единой коллизионной привязки для дифференциации права, применимого к правопреемству³³.

Техника *dépeçage*³⁴ и адаптация коллизионных норм

Dépeçage можно определить как гибкий индивидуализированный анализ различных аспектов дела («вопрос за вопросом»), предполагающий возможность одновременного применения норм нескольких различных право порядков³⁵. Эта техника является неотъемлемой чертой всех современных методологий выбора применимого права³⁶. Акцент на конкретном вопросе способствует более тонкому, индивидуализированному и более рациональному решению коллизионной проблемы. В американской коллизионной методологии *dépeçage* является побочным продуктом аспектного анализа, основанного на понимании, что во многих случаях спор состоит из нескольких аспектов и выбор применимого права должен быть дифференцированным. В континентальном праве техника *dépeçage* в основном имеет в виду расщепление привязки в сложных коллизионных нормах и кумуляцию коллизионных привязок.

³² Для сравнения см., напр., ст. 2.4 Кодекса МЧП Турции (2007).

³³ [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.derechocomparado.org.ar/documentos> (дата обращения: 10.01.2018)

³⁴ *Dépeçage* (французский термин) буквально означает «расчленение», «расщепление», «кускование» дела, т.е. применение материального права разных стран к разным аспектам в рамках одного основания для предъявления иска. В американской литературе отмечается, что термин «*dépeçage*» («депесаж») можно перефразировать на английский как «быть привередливым при выборе». См.: *Symeonides S. Issue-by-Issue Analysis and Dépeçage in Choice of Law: Cause and Effect*. 2013 [Электронный ресурс]: // URL: <http://ssrn.com/abstract=2356657> (дата обращения: 10.01.2018)

³⁵ Ibid.

³⁶ *Symeonides S. The American Choice-of-Law Revolution: Past, Present and Future*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006. P. 102–103.

В качестве примеров возможного применения техники *dépeçage* в аргентинской доктрине указывается одна из новелл Титула IV — норма ст. 2618, определяющая право, применимое к имени физического лица. Право на имя определяется по месту домицилия физического лица на момент установления имени. Изменение имени регулируется правом места домицилия лица в момент подачи заявления на такое изменение. Такое установление предполагает возможность применения в одном разбирательстве разных правопорядков к различным аспектам одного и того же спора³⁷.

Еще в большей степени техника *dépeçage* отражена в ст. 2633 — обстоятельства признания отцовства подчиняются праву домицилия ребенка на момент рождения или момент составления такого акта или правом домицилия стороны, признавшей отцовство, на момент составления акта. Дееспособность стороны, признавшей отцовство, определяется правом места ее домицилия. Форма признания отцовства подчиняется праву месту составления акта или праву, регулиющему содержание отношений.

Ситуация *dépeçage* неизбежно возникнет в наследственных делах, если какая-либо часть наследственных недвижимостей расположена на территории Аргентины. В ст. 2644 закреплена теория единства при выборе права, применимого к правопреемству, однако в отношении недвижимости, находящейся в Аргентине, и личного имущества, постоянно находящегося в стране, компетентен аргентинский материальный закон. Кроме того, категории «способность к составлению и отмене завещания», «формальности воли» (ст. 2647, 2645) также имеют самостоятельное коллизионное регулирование. Относительно формы завещания сохранено старое законодательное решение, которое материально ориентировано на признание действительности последней воли умершего³⁸.

Dépeçage прямо предполагается, если спор касается вещных прав на разные виды имущества: недвижимость подчиняется закону местонахождения вещи (ст. 2667), зарегистрированное имущество — праву места его регистрации (ст. 2668), движимое имущество с постоянным местонахождением — закону местонахождения вещи на момент приобретения, изменения, трансформации или прекращения прав на нее (ст. 2669), движимое имущество, не имеющее места постоянного нахождения, — праву домицилия собственника такого имущества (ст. 2670). Такая дифференциация привязок в отношении вещных прав впервые закрепляется в МЧП Аргентины.

Применение *dépeçage* порождает проблему *адаптации (приспособления) коллизионных норм*. Если суд на основании коллизионного правила *lex fori* должен применить законы разных государств для регулирования одного от-

³⁷ [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.derechocomparado.org.ar/documentos> (дата обращения: 10.01.2018)

³⁸ Ibid.

ношения, то при их совместном применении может возникнуть противоречие, затрудняющее правовое регулирование. Адаптация коллизийной нормы нацелена на устранение подобных противоречий. Под адаптацией в теории МЧП понимают меры, принимаемые судьей в сфере материального права, и направленные на гармонизацию коллидирующих правовых систем. Цель адаптации — устранение коллизии посредством создания своеобразного синтеза применимых норм³⁹. Адаптацию осуществляет судья, наделенный широкой компетенцией в области применения права и даже его создания. Он должен на основе иностранных норм, указанных собственным коллизийным правом, создать синтетическую норму, т.е. из элементов, входящих в разные нормы, создать единую норму, материальное правило, представляющее собой правоприменимое целое, как если бы такая норма была творением одного законодателя⁴⁰. Подобная норма является «разовой» (*ad hoc*) и применяется только для решения данного конкретного спора.

В аргентинской литературе вопросами адаптации активно занимался В. Гольдшмидт. Он писал, что эта проблема возникает вследствие дробного («аналитического») регулирования коллизийных вопросов и подчеркивал, что устранение противоречий путем «синтеза» в подобных случаях должно быть вверено непосредственно суду, а отнюдь не законодателю. Законодатель не в состоянии предвидеть всех возможных случаев противоречий, вытекающих из кумуляции коллизийных привязок, и не может для этих случаев формулировать определенные директивы⁴¹. Однако, несмотря на авторитет Гольдшмидта в латиноамериканской доктрине, легальное закрепление института адаптации свойственно именно странам данного региона⁴².

В Проекте Гольдшмидта не было норм об адаптации, поскольку его автор выступал против регулирования этого вопроса в законе. Напротив, новое МЧП Аргентины закрепляет специальное положение, посвященное адаптации: «Если разные правопорядки применимы к различным аспектам одного правоотношения или различным правоотношениям, составляющим части одно дела, данные правопорядки подлежат гармонизации путем совершения необходимой адаптации без ущерба целям, преследуемым положениями таких правопорядков (ст. 2595 (с)). В этом отношении аргентинский законодатель следует в русле сложившихся легальных латиноамериканских

³⁹ См.: Мережко А.А. Психологическая теория международного частного права // Российский юридический журнал. 2012. № 6 // СПС КонсультантПлюс.

⁴⁰ См.: Раане Л. Международное частное право. М.: Иностр. лит., 1960. С. 110–111; Bagan-Kurluta K. Prawo prywatne miedzynarodowe. Warszawa: C.H. Beck, 2006. P. 143.

⁴¹ Goldschmidt W. Die philosophischen Grundlagen des IPR / Beiträge zum Zivilrecht und Internationalen Privatrecht. Herausgegeben von Ernst von Caemmerer, Walter Hallstein, F.A. Mann und Ludwig Raiser. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1952. S. 203.

⁴² См., напр.: ст. 14.5 ГК Мексики (1928 ред. 1987), ст. 10 Кодекса МЧП Панамы (2014).

моделей. При этом в ст. 2595 (с) ГКК нет гибкой и неопределенной отсылки к «требованиям справедливости в конкретном деле» (как это имеет место в мексиканском и панамском регулировании). Представляется, что такая формулировка в определенной степени нацелена на ограничение слишком широкой свободы судебного усмотрения.

Гибкое коллизионное регулирование

До 1970-х гг. в МЧП Аргентины безусловно доминировали коллизионные нормы классического типа с широким объемом и жесткими привязками, основанными на каком-либо определенном критерии выбора права (место исполнения, местожительство и т.п.). Гибкие коллизионные нормы в ГК (1869) отсутствовали, но в судебной практике по вопросам, прямо не урегулированным в законе (например, при разрешении трансграничных споров по установлению отцовства), встречались прецеденты обращения к принципу наиболее тесной связи или иным гибким критериям. В начале 1970-х гг. был принят ряд специальных законов, затрагивающих отдельные вопросы МЧП, которые в определенной степени допускали применение гибких коллизионных подходов⁴³. Проект Гольдшмидта также предусматривал несколько единичных правил, которые определяли применимый закон на основе гибких критериев. Например, предлагалось разрешить автономию воли сторон, если между их договором и страной, право которой было избрано, существовала «связь, достойная рассмотрения в рамках сферы действия частного международного права»⁴⁴.

Благодаря усилиям ученых-юристов, в подавляющем большинстве своем солидарным в необходимости гибкого коллизионного регулирования, в новом МЧП Аргентины закреплено довольно много норм, которые не содержат жестких привязок и предполагают свободу судебного усмотрения для выбора права, наиболее подходящего для конкретных случаев. Необходимо отметить также, что отказ от жестких привязок и преобразование аргентинской системы МЧП в гибкую систему посредством общего применения оговорки об исключении во многом обусловлено влиянием Закона о МЧП Швейцарии (1987) (одного из главных источников Титула IV)⁴⁵.

Как пишет самый крупный американский коллизионист С. Симеонидес, в МЧП кодификатор, который благосклонно относится к гибкости, может использовать целый ряд инструментов: (а) альтернативные коллизионные привязки; (б) избавительные средства (*escape clauses*), которые разрешают

⁴³ Напр., ст. 33 Закона об усыновлении № 19134 (1971) (*The Adoption Act*), ст. 604 Закона о судоходстве № 20094 (1973) (*The Navigation Act*).

⁴⁴ [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.derechocomparado.org.ar/documentos> (дата обращения: 10.01.2018)

⁴⁵ См.: *Arroyo Diego F. Main Characteristics...* P. 149.

судам отклоняться от установленных правил выбора применимого права при определенных обстоятельствах; (в) «мягкие», «каучуковые» формулировки (например, «наиболее тесная связь»), т.е. перечень факторов, которые зависят не от местонахождения одного контакта, а от множества обстоятельств, которые будут оцениваться в свете каждого случая; (г) использование коллизионных подходов, которые непосредственно не обозначают применимое право, а устанавливают критерии, которые суд должен учитывать при выборе компетентного закона⁴⁶. Аргентинский законодатель закрепляет большую часть этих инструментов.

Прежде всего, ст. 2597 содержит «избавительное средство» — общую «Оговорку об исключении». В исключительных случаях право, на которое указывает коллизионная норма, может не применяться, если из совокупности фактических обстоятельств дела вытекает, что связь спорного обстоятельства с таким правом незначительна, при этом явно наличествуют более тесные связи с правом другого государства, применение которого представляется более предсказуемым, и согласно нормам которого спорные обстоятельства могут быть полноценно квалифицированы. Правило ст. 2597 декларирует принцип наиболее тесной связи как общее потенциальное субсидиарное начало, способное аннулировать действие определенных правил выбора права в целях более предсказуемого и корректного разрешения спора. Однако оговорка об исключении не применяется, если стороны прямо выбрали применимое право.

Применительно к договорным отношениям предусматривается специальное «избавительное средство» (ст. 2653). Формулировки общей и специальной «оговорок об исключении» практически идентичны, однако для договоров установлено более пространное правило возможного приоритета принципа наиболее тесной связи. Применение этого принципа может иметь место только по просьбе одной из сторон, кроме того, во внимание принимаются все объективные и субъективные последствия договора. Суд вправе (но не обязан) установить применимость права государства, с которым у договора имеются наиболее тесные связи. Специальное избавительное средство не применяется, если стороны определенным образом выбрали право, подчинившее себе дело.

Главной сферой, в которой законодатель устанавливает гибкие коллизионные привязки или закрепляет «технику группировки контактов», является договорное право. Для определения применимого права в ситуации отсутствия или дефекта автономии воли сторон предлагаются правила, которые обозначают компетентный закон посредством факторов, соответствующих гибким методам локализации и предусматривающих большую свободу судей-

⁴⁶ См.: *Symeonides S. Codification and Flexibility in Private International Law / General Reports of the XVIII Congress of the International Academy of Comparative Law. 2011. [Электронный ресурс]: // URL: <http://ssrn.com/abstract=1945924> (дата обращения: 18.01.2018)*

ского усмотрения (ст. 2652)⁴⁷. Если стороны не выбрали применимое право или их выбор имеет дефект, то договор подчиняется законам и обычаям страны места исполнения, которое может быть определено самими сторонами или вытекать из природы отношений. В отсутствие такого определения под местом исполнения понимается место настоящего domicilia стороны, представляющей характерное исполнение по договору. Концепция «характерного исполнения (предоставления)» воспринята аргентинским законодателем под влиянием европейского МЧП — Закона Швейцарии и регламентов ЕС. В случае невозможности применения концепции характерного предоставления договор подчиняется законам и обычаям страны места заключения.

«Мягкая», «каучуковая» формулировка закреплена в ст. 2649 «Требования к форме и другим правовым формальностям». Для определения формального статута сконструирована альтернативная коллизионная норма — могут применяться законы и обычаи места составления акта, его исполнения или предоставления. Конкретный компетентный правопорядок устанавливается по усмотрению суда «путем установления юридической связи».

Вообще в Титуле IV каучуковые формулировки встречаются редко, значительно реже, чем в современных кодификациях МЧП в европейских и других латиноамериканских странах. Прямым образом привязка к закону «наиболее тесной связи» зафиксирована всего в нескольких статьях. В основном аргентинский законодатель в целях достижения гибкости использует простые и сложные альтернативные коллизионные нормы, предполагающие выбор применимого права судом в зависимости от конкретных обстоятельств дела. Такой подход используется прежде всего в сфере личных неимущественных прав, наследственных и брачно-семейных отношений⁴⁸.

Автономия воли сторон

Право сторон самим выбирать применимое к их отношениям законодательство представляет собой самую гибкую коллизионную привязку и наиболее значимую новеллу Титула IV ГКК. Ранее МЧП Аргентины подобной нормы не содержало. В ст. 1197 ГК (1869)⁴⁹ возможность сторон выбирать применимое право предусматривалась только косвенно — как общий принцип договорного права, т.е. модель поведения, установленная в контракте, является правилом для сторон, которому они должны подчиняться как самому закону. Генеральной коллизионной привязкой контрактных обязательств было право место исполнения договора, при этом стороны были

⁴⁷ [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.derechocomparado.org.ar/documentos> (дата обращения: 10.01.2018)

⁴⁸ Напр., ст. 2620, 2630, 2633 ГКК.

⁴⁹ Нумерация статей ГК (1869) дана по ред. 1987 г. (в первоначальной ред. это ст. 1231).

вправе сами определить место исполнения (ст. 1209, 1210, 1212, 1213); кроме того, в соответствии со ст. 1⁰ Гражданского и Коммерческого процессуального кодекса (1967) в международных контрактах допускалась пророгация в пользу иностранных судов. В связи с этим в аргентинской доктрине утверждалось, что стороны международных контрактов уполномочены законодателем, хотя и косвенно, выбирать закон, применимый к их отношениям. Выбор места исполнения предполагал и выбор компетентного законодательства (т.е. ограниченную автономию воли), выбор иностранного суда — выбор и применение иностранных коллизионных норм (т.е. широкую автономию воли)⁵⁰. Автономию воли в международных контрактах признавала и судебная практика⁵¹.

Новое МЧП Аргентины прямо закрепляет автономию воли сторон, вступающих в международные договорные отношения (ст. 2651). Законодатель регламентирует право сторон выбирать применимое к их контракту право чрезвычайно детально и подробно. Определен *статут автономии воли*, который включает: действительность содержания договора; природу договора и его последствия; права и обязанности сторон. Возможен не только явно выраженный, но и подразумеваемый выбор права, который должен определенно вытекать из условий договора или обстоятельств дела. Стороны вправе сделать частичный или множественный выбор — избранный закон может распространяться как на весь договор, так и на его часть. В любой момент стороны могут изменить уже сделанный выбор права без ущерба для действительности изначально заключенного договора или прав третьих лиц. При этом в потребительских договорах автономия воли прямо запрещена.

Аргентинский ученый К. Гименес Корте, анализирующий предписания ст. 2651, с точки зрения объема автономии воли выделяет конфликтную и материальную автономию⁵². *Конфликтная (коллизионная) автономия воли* имеет в виду пространственные пределы выбора сторон, т.е. насколько стороны свободны выбрать какой-либо из существующих в мире правопорядков. Конфликтную автономию можно назвать территориальной (пространственной); самым типичным ее ограничением ранее выступало требование связи договора с избранным правопорядком. В современном законодательстве, по общему правилу, коллизионная автономия воли не ограничивается.

⁵⁰ См.: *Boggiano A. Derecho Internacional Privado. T. II. Buenos Aires, 1991. P. 255.*

⁵¹ См., напр.: *García M. y otro v. Embajada de la República Islámica del Pakistán s/ Locación de cosas, Causa 22500/96. C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 2ª, 3/9/1998 // Lexis 7/4323.*

⁵² См.: *Gimenez C. Autonomía de la voluntad, prácticas, usos y costumbres, y el régimen de los contratos internacionales. De los antiguos Código de Comercio y Código Civil al nuevo Código Civil y Comercial argentino // Thomson Reuters Información Legal. May 2016. P. 2 [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.researchgate.net/publication/305636901> (дата обращения: 15.05.2018)*

Кроме того, конфликтная автономия исключает применение коллизионных норм права страны суда.

Новое МЧП Аргентины также не устанавливает ограничений конфликтной автономии воли — стороны вправе избрать применимым любой порядок, с их отношениями никак не связанный. Они полностью свободны выбрать закон государства, который считают наиболее подходящим. Более того, в ст. 2651(g) специально устанавливается, что выбор конкретного государственного суда не означает выбора национального права такой страны. Таким образом, законодатель отвергает старую презумпцию «кто выбрал суд, тот выбрал право», и прямо закрепляет обязанность суда применять порядок, указанный сторонами, независимо от его связи с рассматриваемым спором.

Конфликтная автономия воли в международных контрактах шире, чем свобода воли во внутренних договорах. Посредством конфликтной автономии стороны могут выбирать то право, которое им лучше всего подходит, избегая тем самым применения принудительных (к том числе коллизионных) норм внутреннего законодательства⁵³. Однако конфликтная автономия (как и автономия воли вообще) не является абсолютной. Применение избранного сторонами иностранного порядка ограничено требованием соблюдения публичного порядка и норм аргентинского права, имеющих императивный международный характер. Такие нормы применимы к правоотношению вне зависимости от того, каким правом регулируется договор. Кроме того, применение избранного права не может противоречить императивным нормам международного права тех государств, с которыми наличествуют экономические связи, проистекающие из дела. Данные нормы применимы к договору в первую очередь (ст. 2651(e)).

Материальная автономия воли означает, что частные лица могут сами создать модель поведения для регулирования их отношений, законодателем не предусмотренную. По существу, материальная автономия является причиной конфликтной автономии⁵⁴, поскольку стороны отказываются следовать предписаниям коллизионных норм и сами выбирают применимое право именно в целях отыскать оптимальную для себя модель материального регулирования. При этом стороны могут не только самостоятельно определить компетентный закон, но и исключить отдельные его нормы из применения к их отношениям путем включения в договор материальных положений, которые прямо и непосредственно регулируют содержание контракта.

Аргентинский законодатель прямо предписывает широкую материальную автономию — стороны вправе по взаимному согласию определить материальное содержание своих договоров, вплоть до установления договорных

⁵³ Ibid. P. 3.

⁵⁴ Ibid. P. 11.

положений, которые выражают отказ от принудительных норм выбранного правопорядка. Это касается и коллизионных норм избранного иностранного права — автономия воли сторон исключает их применение. Материальное содержание договора могут определять также торговые обыкновения, практика, обычаи и принципы международного торгового права, но только в том случае, если стороны включили их в свой контракт.

Таким образом, материальная автономия в соответствии со ст. 2651 ограничена только принципами публичного порядка и нормами аргентинского права, имеющими императивный международный характер. Кроме того, не имеют никакой силы договоры, заключенные в Аргентине, если их содержание нарушает императивные нормы международного права иностранного государства, обязательные к применению в данном конкретном деле. Критерии определения круга таких государств и перечня таких норм законодательно не установлены; их установление отдано на откуп судебной практике. Нужно подчеркнуть, что в Аргентине прецедентное право как источник права практически не подвергается сомнению. Суды постоянно основывают решения на прецедентах других судов, и судебная практика играет заметную роль в преобразовании гражданского права. Ни один юрист, профессор, судья или студент-юрист не может не учитывать решений Верховного суда⁵⁵.

Косвенным образом автономия воли допускается в обязательствах из деликтов (ст. 2657). В отношении обязательств, возникших на основании гражданской ответственности, генеральной коллизионной привязкой является право страны совершения деликта, но только за исключением случаев, где имеет место волеизъявление об обратном. Таким образом, законодатель презюмирует, что стороны деликтного обязательства могут исключить своим соглашением применение *lex loci delicti commissi* и установить компетенцию другого правопорядка. Однако такой выбор права прямо запрещен, если гражданская ответственность вытекает из отношений, выбор права по которым не предусмотрен законом.

Некоторые аргентинские авторы придерживаются мнения, что право сторон на выбор применимого законодательства следует расширить и детализировать. В частности, Диего Арройо пишет, что «ограничение автономии сторон исключительно родовыми случаями» представляет собой один из негативных аспектов современного аргентинского регулирования⁵⁶. Следовало бы закрепить специальные правила выбора права сторонами для отдельных институтов Особенной части МЧП, например, наследственных и брачных договоров.

⁵⁵ Medina G. Argentina on the Eve of a New Civil and Commercial Code / J.C. Rivera (ed.). The Scope and Structure of Civil Codes, *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*. Dordrecht: Springer, 2013. P. 56.

⁵⁶ Arroyo Diego F. What's New ... P. 102.

Заключение

В целом новое МЧП Аргентины производит положительное впечатление. В сравнении с ранее действовавшим регулированием изменения имеют «революционный» характер — восприняты гибкие коллизионные подходы, прямо установлена широкая возможность автономии воли сторон, закреплён целый перечень контент-ориентированных норм, введены понятия императивных норм международного права и норм непосредственного применения⁵⁷. С другой стороны, в регламентации общих вопросов МЧП можно отметить ряд недостатков, в частности: 1) институт *renvoi* сформулирован очень широко и неопределенно; 2) отсутствует специальная норма о предшествующих, предварительных и побочных коллизионных вопросах⁵⁸; 3) институт квалификации правовых понятий законодательно не урегулирован. Эти недочеты являются издержками внутриотраслевого способа кодификации МЧП, и их можно было избежать, если бы Аргентина пошла по пути комплексной автономной кодификации МЧП/МГП. Как правило, в актах комплексной автономной кодификации Общая часть МЧП отличается большей проработанностью с точки зрения юридической квалификации.

Одновременно нельзя не согласиться с высказанной в литературе оценкой, что положения Титула IV ГKK — существенный прогресс и явное достижение правовой системы Аргентины. Национальное МЧП приведено в соответствие с «международными измерением» (включая международное регулирование прав человека) и отражает качественные решения, которые уже были предложены прецедентным правом⁵⁹. Нельзя не учитывать также, что источниками Титула IV были наиболее востребованные и современные акты кодификации и унификации МЧП/МГП⁶⁰. Эффективность принятого законодательства покажет судебная практика.



Библиография

Мережко А.А. Психологическая теория международного частного права // Российский юридический журнал. 2012. № 6 // СПС КонсультантПлюс.

Раапе Л. Международное частное право / пер. с нем. М.: Инстр. лит.. 1960. 607 с.

⁵⁷ Данные вопросы остались за рамками настоящего исследования.

⁵⁸ Специальная норма о регулировании предшествующих, предварительных и побочных коллизионных вопросов традиционно включается в законодательство большинства латиноамериканских стран, например, ст. 14.4 ГК Мексики (1928 в ред. 1987), ст. 9 Кодекса МЧП Панамы (2014).

⁵⁹ Arroyo Diego F. Main Characteristics... P. 132, 150.

⁶⁰ Прежде всего, Закон о МЧП Швейцарии и регламенты ЕС 2007–2012 гг., унифицирующие вопросы юрисдикции и применимого права в международных частных отношениях.

- Рафалюк Е.Е. Унификация международного частного права в странах Латинской Америки: история и современность // Журнал российского права. 2010. № 5. С. 88–98.
- Arroyo Diego F., All Paula M. Proof of and Information about Foreign Law // Reports of the Argentine Association of Comparative Law to the XIX Congress of the International Academy of Comparative Law. 2014. Part I. P. 103–132.
- Arroyo Diego F. What's New in Latin American Private International Law? // Yearbook of Private International Law. 2005. Vol. 7. P. 85–117.
- Arroyo Diego F. Main Characteristics of the New Private International Law of the Argentinian Republic // *RabelsZ* 80 (2016). P. 130–150.
- Giménez C. Autonomía de la voluntad, prácticas, usos y costumbres, y el régimen de los contratos internacionales. De los antiguos Código de Comercio y Código Civil al nuevo Código Civil y Comercial Argentine // Thomson Reuters Información Legal. 2016. <https://www.researchgate.net/publication/305636901> (дата обращения: 15.05.2018)
- Goldschmidt W. Die philosophischen Grundlagen des IPR / Beiträge zum Zivilrecht und Internationalen Privatrecht. Herausgegeben von E. von Caemmerer, W. Hallstein, F. Mann und L. Raiser. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1952. S. 203–223.
- Medina G. Argentina on the Eve of a New Civil and Commercial Code / J.C. Rivera (ed.). The Scope and Structure of Civil Codes, *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*. Dordrecht: Springer, 2013. P. 43–66.
- Najurieta M., Noodt Taquela M. Private International Law: Recent Private International Law Codifications / Informes de la Asociación Argentina de Derecho Comparado al XVIII Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado. Buenos Aires: Asociación Argentina de Derecho Comparado, 2010. <http://www.derechocomparado.org.ar/documentos> (дата обращения: 15.05.2018)
- Parise A. Legal Transplants and Codification: Exploring the North American Sources of the Civil Code of Argentina (1871). <http://www.derechocomparado.org.ar/documentos> (дата обращения: 15.05.2018)
- Shaheez L. Establishing the Content of Foreign Law: A Comparative Study // *Maastricht Journal*, 2013, vol. 20, issue 1, pp. 75–112.
- Symeonides S. The American Choice-of-Law Revolution: Past, Present and Future. Leyden: Martinus Nijhoff, 2006. 479 p.
- Symeonides S. Codification and Flexibility in Private International Law / General Reports of the XVIII Congress of the International Academy of Comparative Law. 2011. <http://ssrn.com/abstract=1945924> (дата обращения: 18.01.2018)
- Symeonides S. Issue-by-Issue Analysis and Dépeçage in Choice of Law: Cause and Effect. 2013. <http://ssrn.com/abstract=2356657> (дата обращения: 10.01.2018)

Novelties of Conflict Regulation in Private International Law of Argentina



Natalia Erpyleva

Professor, Head, Department of Public and Private International Law, Faculty of Law, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitckaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: natasha.erpyleva@rambler.ru



Irina Getman-Pavlova

Associate Professor, Department of Public and Private International Law, Faculty of Law, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: getmanpav@mail.ru



Abstract

Argentina is one of the most developed countries in the Latin American region, which certainly stimulates the legislator to pay great attention to improving the national regulation of cross-border relations. The Private International Law of Argentina was first codified in the Civil Code (1869), but always developed mainly through the “international dimension”, and the “national dimension” always had a “residual” character and did not adequately reflect modern trends in the regulation of private international relations. In 2015, the new Civil and Commercial Code entered into force in Argentina, Title IV “Provisions of Private International Law” of which contains a rather large-scale and detailed regulation of the issues of Private International Law and International Civil Procedure. The Argentine legislator has chosen the path of intra-branch complex codification of PIL / ICP — in the act of general codification of civil law the rules for selecting the applicable law and jurisdictional norms are included as a separate special section. Compared with the previous regulation, the new PIL of Argentina underwent significant modernization, primarily under the influence of the European approaches — the Swiss PIL Law and the EU regulations on jurisdiction, applicable law and enforcement of foreign judgments. The article analyzes the most significant novelties affecting the institutions of the General Part of PIL: the establishment of the content of foreign law, the qualification of legal notions, the *renvoi*, flexible connecting factors, the autonomy of will of the parties, the technique of *dépeçage* and the adaptation of conflict rules. It is concluded that, in general, the new PIL of Argentina produces a positive impression. On the other hand, there are a number of serious shortcomings in the regulation of general issues of the PIL, in particular: 1) the *renvoi* institution is formulated very broadly and indefinitely; 2) there is no special rule on prior, preliminary and collateral conflict issues; 3) the institution of qualification of legal notions is not legally regulated. It appears that these shortcomings are the costs of the intra-branch method of codifying PIL, and they could have been avoided if Argentina had followed the path of complex autonomous codification of PIL / ICP.



Keywords

private international law, Argentina, Civil and Commercial Code, intra-branch complex codification, general part of private international law, autonomy of will, *renvoi*, content of foreign law, flexible conflict regulation.

Citation: Erpyleva N.Yu., Getman-Pavlova I.V. (2018) Novelties of Conflict Regulation in Private International Law of Argentina. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 193–215 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.2.193.215



References

Arroyo Diego F., All Paula M. (2014) Proof of and Information about Foreign Law / *Reports of the Argentine Association of Comparative Law to the XIX Congress of the International Academy of Comparative Law*. Part I, pp. 103–132.

Arroyo Diego P. Fernández (2005) What's New in Latin American Private International Law? *Yearbook of Private International Law*, vol. 7, pp. 85–117.

Arroyo Diego P. Fernández (2016) Main Characteristics of the New Private International Law of the Argentinian Republic. *RabelsZ* 80, pp. 130–150.

Giménez C. (2016) Autonomía de la voluntad, prácticas, usos y costumbres, y el régimen de los contratos internacionales. De los antiguos Código de Comercio y Código Civil al nuevo Código Civil y Comercial argentino. *Thomson Reuters Información Legal*. Available at: <https://www.researchgate.net/publication/305636901> (accessed: 15.05.2018)

Goldschmidt W. (1952) Die philosophischen Grundlagen des IPR. *Beiträge zum Zivilrecht und Internationalen Privatrecht*. Herausgegeben von E. von Caemmerer, W. Hallstein, F.A. Mann und L. Raiser. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck). S. 203–223.

Medina G. (2013) Argentina on the Eve of a New Civil and Commercial Code / J.C. Rivera (ed.). *The Scope and Structure of Civil Codes, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*. Dordrecht: Springer Science+Business Media, pp. 43–66.

Merezhko A.A. (2012) Psikhologicheskaya teoriya mezhdunarodnogo chastnogo prava [Psychological Theory of Private International Law]. *Rossiysky juridichesky zhurnal*, no 6. SPS ConsultantPlus.

Najurieta M., Noodt T. (2010) Private International Law: Recent Private International Law Codifications / *Informes de la Asociación Argentina de Derecho Comparado al XVIII Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado*. Buenos Aires: Asociación Argentina de Derecho Comparado. Available at: <http://www.derechocomparado.org.ar/documentos> (accessed: 15.05.2018)

Parise A. (1971) *Legal Transplants and Codification: Exploring the North American Sources of the Civil Code of Argentina*. Available at: <http://www.derechocomparado.org.ar/documentos> (accessed: 15.05.2018)

Raape L. (1960) *Mezhdunarodnoe chastnoe pravo* [Private International Law]. Moscow.: Inostrannaya literatura publishers, 607 p.

Rafalyuk E.E. (2010) Unificatsiya mezhdunarodnogo chastnogo prava v stranakh Latinskoy Ameriki: istoriya i sovremennost' [Unification of Private International Law in Latin America: History and Modernity]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 5, pp. 88–98.

Shaheezha L. (2013) Establishing the Content of Foreign Law: A Comparative Study. *Maas-tricht Journal*, no 1, pp. 75–112.

Symeonides S. (2011) Codification and Flexibility in Private International Law / K.B. Brown and D.V. Snyder (eds.). *General Reports of the XVIII Congress of the International Academy of Comparative Law*. Dordrecht: Springer Science+Business Media. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1945924> (accessed: 18.01.2018)

Symeonides S. (2015) *Issue-by-Issue Analysis and Dépeçage in Choice of Law: Cause and Effect*. Available at: <http://ssrn.com/abstract=2356657> (accessed: 10.01.2018)

Symeonides S. (2006) *The American Choice-of-Law Revolution: Past, Present and Future*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 479 p.

Развитие правовой системы Кыргызской Республики на современном этапе



З.Ч. Чикеева

доцент, заведующая кафедрой теории и истории государства и права юридического факультета Кыргызско-Российского Славянского университета, кандидат юридических наук. Адрес: 720000, Кыргызская Республика, Бишкек, ул. Киевская, 44. E-mail: tigp-thsl@krsu.edu.kg



А.Ш. Маралбаева

доцент кафедры теории и истории государства и права юридического факультета Кыргызско-Российского Славянского университета, кандидат юридических наук. Адрес: 720000, Кыргызская Республика, Бишкек, ул. Киевская, 44. E-mail: aliya.m@inbox.ru



Аннотация

В статье рассмотрены основные направления реформирования правовой системы Кыргызской Республики на современном этапе в контексте дуализма права. Изучены основные отрасли частного и публичного права, в большей степени подвергающиеся реформированию. Применена методология концептуального анализа реформирования правовой системы Кыргызской Республики. К базовым направлениям реформирования публичного права отнесена реформа уголовного и административного законодательства. Проанализированы новеллы уголовного, уголовно-процессуального, гражданского, гражданско-процессуального и административно-процессуального законодательства. Основными направлениями реформирования уголовного законодательства являются гуманизация правосудия, отход от репрессивных мер уголовно-правового воздействия, разгрузка пенитенциарной системы, а также разработка и внедрение новых механизмов воздействия на осужденных в целях их ресоциализации. Теоретико-правовой анализ внедрения трехзвенной системы “преступление, уголовный проступок, наказание” позволил проанализировать векторы развития уголовного законодательства. В 2017 году были приняты новая редакция Уголовного кодекса Кыргызской Республики, Кодекс Кыргызской Республики о проступках и Кодекс Кыргызской Республики о нарушениях, вступающие в действие с 1 января 2019 года. Новеллой уголовного законодательства является внедрение институтов уголовного проступка и пробационного надзора. Проанализирован международный опыт применения уголовного проступка в странах англосаксонской и романо-германской правовых систем. В целях гуманизации уголовного законодательства впервые был принят Кодекс Кыргызской Республики о проступках, содержащий 122 уголовных проступка, среди них — преступления небольшой тяжести разной степени общественной опасности и некоторые административные правонарушения. В рамках правовой реформы в Кыргызской Республике впервые приняты Административно-процессуальный кодекс и Закон “О медиации”. Развитие медиации как альтернативного способа решения споров является значительным шагом в развитии гражданского общества и формирова-

ния демократического правового государства. Реформирование правовой системы Кыргызской Республики должно начинаться с подготовки концептуальной основы ее развития, позволяющей определить единый вектор ее развития.



Ключевые слова

правовая система, законодательство, правовой концепт, медиация, Кыргызская Республика, правовая реформа.

Библиографическое описание: Чикеева З.Ч., Маралбаева А.Ш. Развитие правовой системы Кыргызской Республики на современном этапе // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 2. С. 216–228.

JEL: K00; УДК: К310

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.2.216.228

Развитие правовой системы Кыргызской Республики (далее — КР) происходит в условиях реформы национального законодательства и модернизации системы права. Современная правовая система Кыргызской Республики — сложнейшая конструкция, состоящая из элементов, структур, норм, идеологических течений, психологических реакций, образов, специфических культурно-исторических, социально-политических, технико-юридических традиций. В широком понимании это целый правовой мир, имеющий жизненную композицию, источники, образы, историю и будущее. Произошедшие в течение двух предыдущих десятилетий изменения социально-политического устройства КР потребовали создания современных правовых средств социального регулирования системы общественных отношений. В силу этого теоретическая разработка ключевых направлений развития нынешней правовой системы КР и ее воплощение в жизнь составляют одну из первоочередных задач, от решения которой зависят многие другие правовые проблемы. В настоящее время процесс реформирования правовой системы Кыргызской Республики был инициирован Указом Президента КР «О мерах по совершенствованию правосудия в Кыргызской Республике» от 8 августа 2012 года № 147, определившим главные концептуальные цели, задачи и направления такого реформирования.

В связи с этим необходимо исследовать основные направления развития правовой системы КР на современном этапе с позиции методологии концептуального анализа, суть которой, по мнению Ю.А. Гавриловой, заключается в следующем: «Концептуальной основой этого метода выступает понимание права как многомерного разнородного смыслового образования (концепта), имеющего в силу различной степени типичности, повторяемости, частотности использования его признаков смысловое ядро (ценности, идеи и нор-

мы) и смысловую периферию (юридическая практика и социокультурные коммуникации)»¹. Г.В. Назаренко отмечает, что концепт — это ментальная единица, которая выражает коллективный опыт. В научном знании определенным образом упорядоченный минимум концептов образует концептуальную схему². В.И. Карасик и Г.Г. Слышкин справедливо подчеркивают, что концепт является элементом не только индивидуального, но и коллективного сознания³. Ю.В. Суржанская считает, что в современном философском понимании «концепт — это медиальная структура, имеющая субъективно-объективный характер. Он существует как в сознании индивида, так и в языке этноса»⁴.

Солидаризуясь с мнениями названных ученых, мы предлагаем свое понимание правовых концептов как универсальных ценностей права (жизнь, свобода, справедливость, честь, достоинство, личная неприкосновенность и др.), закрепленных в Конституции Кыргызской Республики и в международно-правовых актах о правах и свободах человека и гражданина, составляющих основу правовой системы КР. Мы считаем, что правовые концепты существуют на пяти уровнях: индивидуальное сознание — нормативно-правовые акты — правоприменительные акты — акты толкования права — общественное правосознание.

В процессе реформирования происходит рецепция новых правовых концептов в правовую систему КР, закрепляющих видоизменяющийся интерес — общественный или частный — который, в свою очередь, обусловлен постоянно меняющимися социально-экономическими и политическими условиями существования общества. Справедливо мнение профессора А.Д. Керимова, который отмечает, что «нынешняя практика демократизации правовой жизни настоятельно требует массовой ориентированности правового сознания на выработку теоретически обоснованных и практически оправданных правовых решений, обогащения людей знанием действующего законодательства»⁵.

Рассмотрим подробнее основные направления развития права и законодательства КР в контексте дуализма правовой системы. В публичном и

¹ Гаврилова Ю.А. Проблемы использования неклассических методов в процессе преподавания истории и методологии юридической науки // Вестник Волгоградского государственного университета. Серия 5. Юриспруденция. 2011. № 2. С. 45.

² Назаренко Г.В. Методология правопознания [Электронный ресурс]: // URL: <https://books.google.kg/books?id=CnFbDgAAQBAJ&pg=PA19&lpg=PA19&dq> (дата обращения: 10.12.2017)

³ Карасик В.И., Слышкин Г.Г. Лингво-культурный концепт как единица исследования / Методологические проблемы когнитивной лингвистики / под ред. И. А. Стернина. Воронеж, 2001. С. 75–80.

⁴ Суржанская Ю.В. Концепт как философское понятие // Вестник Томского государственного университета. Философия. Социология. Политология. 2011. № 2. С. 72.

⁵ Керимов Д.А. Методология права. М., 2008. С. 379.

частном праве можно выделить те отрасли права и законодательства, которые подвергаются наибольшему изменению и реформированию. К базовым направлениям обновления публичного права можно отнести реформу уголовного и административного законодательства. Основными направлениями реформирования уголовного законодательства являются гуманизация правосудия, отход от репрессивных мер уголовно-правового воздействия, разгрузка пенитенциарной системы, а также разработка и внедрение новых механизмов воздействия на осужденных в целях их ресоциализации.

А.Б.Найманбаев, изучая развитие законодательства КР в современных условиях, выделил следующие основные тенденции:

«1) законодатель отказался от такой меры наказания, как арест, поскольку заложенные в УК КР сроки (от 1 до 6 месяцев) очень велики и, самое главное, экономические условия не позволяют реализовать его исполнение;

2) отменена смертная казнь и введено пожизненное лишение свободы;

3) снижены санкции многих статей Особенной части Уголовного кодекса Кыргызской Республики по преступлениям, не представляющим большой общественной опасности;

4) расширены возможности судов в сфере применения условно-досрочного освобождения от наказания и замены наказания на более мягкие виды;

5) расширен перечень альтернативных лишению свободы уголовных наказаний, дополнительно предусматривающий в нем такие виды, как ограничение свободы, исправительные работы, принесение извинения и возмещением причиненного ущерба;

6) расширены возможности досудебного и судебного освобождения от уголовной ответственности за примирением сторон»⁶.

Реформа уголовного законодательства была направлена на построение новой трехзвенной системы “преступление, проступок, нарушение” и принятие трех новых кодексов — новой редакции Уголовного кодекса КР, Кодекса КР о проступках и Кодекса КР о нарушениях.

Новый Уголовный кодекс КР, который вступит в действие с 1 января 2019 года, предусматривает три вида преступлений: менее тяжкие, тяжкие и особо тяжкие⁷. Преступления небольшой тяжести были отнесены к категории уголовных проступков, закрепленных в Кодексе КР о проступках. Все наказания разделены на две группы: не связанные с изоляцией от общества и связанные с изоляцией от общества. Для предотвращения коррупции при отправлении правосудия все наказания были разделены на четыре или шесть категорий в зависимости от субъекта преступления.

⁶ Найманбаев А.Б. Развитие законодательства Кыргызской Республики в современных условиях: дис. ... к. ю. н. М., 2011. С. 132.

⁷ Уголовный кодекс КР от 2 февраля 2017 года [Электронный ресурс]: // URL: <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/111527?cl=ru-ru> (дата обращения: 10.12.2017)

Новеллой уголовного законодательства является внедрение института пробационного надзора (пробации) — нового вида условного осуждения, при котором осужденный передается под надзор соответствующих органов. В ст. 83 нового УК КР указано, что пробационный надзор может быть применен судом при назначении наказания в виде лишения свободы на срок не более пяти лет с учетом личности осужденного и мнения потерпевшего. Пробационный надзор не применяется к лицам, осужденным за тяжкие или особо тяжкие преступления, иностранным гражданам и лицам без гражданства, временно проживающим в КР, а также к лицам, совершившим посягательство на половую неприкосновенность несовершеннолетнего. Пробационный надзор устанавливается на срок от одного года до трех лет.

Новая редакция УК КР вводит новый вид принудительной меры уголовно-правового воздействия (меры безопасности) — выдворение иностранного гражданина или лица без гражданства после отбытия наказания за пределы КР в порядке, предусмотренном международными договорами и законодательством КР, если у них отсутствуют установленные законом основания для пребывания на ее территории.

Кодекс КР о проступках от 1 февраля 2017 года № 18 вводится в действие с 1 января 2019 года. Согласно ч. 1 ст. 15 Кодекса КР о проступках под уголовным проступком признается совершенное субъектом проступка виновное, противоправное деяние (действие или бездействие), причиняющее вред или создающее угрозу причинения вреда личности, обществу или государству, наказание за которое предусмотрено Кодексом о проступках. В ч. 3 ст. 42 установлено, что привлечение лица к ответственности, предусмотренной Кодексом КР о проступках, не влечет его судимости⁸.

В Кодекс КР о проступках включено 122 уголовных проступка, среди них преступления небольшой тяжести разной степени общественной опасности и некоторые административные правонарушения. К примеру, уголовными проступками признаются: побои, причинение менее тяжкого вреда здоровью по неосторожности, насилие в семье, разглашение тайны усыновления (удочерения), разглашение врачебной тайны, кража в незначительном размере, мошенничество в незначительном размере, мелкое хулиганство, незаконная предпринимательская или банковская деятельность, заведомо ложная реклама, неисполнение приговора суда, решения суда или иного судебного акта и др. Вместе с тем следует отметить, что состав такого уголовного проступка, как незаконная предпринимательская или банковская деятельность, не предусматривает отягчающих обстоятельств — размера ущерба, причиненного гражданам, организациям либо государству, а также квалифицирующих признаков, закрепленных в ныне действующем УК КР.

⁸ Кодекс Кыргызской Республики о проступках [Электронный ресурс]: // URL: <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/111527?cl=ru-ru> (дата обращения: 10.12.2017)

Не следует забывать об одной из важнейших функций уголовной ответственности — превентивной, которая ставит целью предупредить совершение преступлений в будущем. Общая и частная превенции оказывают существенное влияние на выбор правомерного либо противоправного поведения субъектами права, удерживают их от совершения преступления. Правовые реформы будут эффективны только при условии высокого уровня правосознания как отдельной личности, так и всего общества. Мы считаем справедливым мнение Б.А. Осипяна, который отмечает, что «одним из существенных условий действия любого закона является непосредственная заинтересованность в его реализации со стороны различных слоев общества, а также материально-техническая и организационная гарантированность его практического исполнения»⁹. В связи с этим профессор С.С. Алексеев пишет: «Общество, в котором в результате целенаправленных усилий утвердился устойчивый правопорядок, входящий в кровь и плоть общественной жизни, — это общество, в котором получают развитие и начинают доминировать также и соответствующие моральные принципы»¹⁰.

Кодекс о проступках предусматривает шесть видов наказаний: общественные работы; ограничение свободы; лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью; исправительные работы; штраф; арест в отношении военнослужащих. Новеллой Кодекса о проступках также является назначение наказания в зависимости от правового статуса субъекта правонарушения. Все виды наказаний — общественные работы (ст. 45), ограничение свободы (ст. 46), исправительные работы (ст. 48), штраф (ст. 49) — делятся на две категории: первая категория — несовершеннолетние, для которых размер наказания меньше по сравнению со второй категорией субъектов (другие физические лица). Так, к примеру, в п. 2. ст. 45 предусмотрены две категории общественных работ: «I категория: для несовершеннолетних — от 20 до 30 часов, для других физических лиц — от 30 до 40 часов; II категория: для несовершеннолетних — от 30 до 40 часов, для других физических лиц — от 40 до 60 часов». В п. 3. ст. 43 указано, что «общественные работы не назначаются лицам, признанным инвалидами первой и второй группы, беременным женщинам, а также женщинам и мужчинам, находящимся в отпуске по уходу за ребенком, лицам, достигшим пенсионного возраста, военнослужащим срочной службы».

Только наказания в виде лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью (ст. 47), а также арест военнослужащих делятся на две категории без указания субъектного состава

⁹ Осипян Б.А. Трансформация права в закон: духовные, научные и практические аспекты. М., 2006. С. 43–50.

¹⁰ Алексеев С.С. Восхождение к праву. Поиск и решения. М., 2001. С. 209.

лиц, совершивших данные проступки (ст. 50). Другими словами, в Кодексе КР о проступках заложена иная система дифференциации юридической ответственности за совершение уголовных проступков, отличная от существующей научной парадигмы.

Институт уголовного проступка является новым для правовой системы КР. Этот институт давно применяется в странах англосаксонской правовой семьи. К примеру, в США преступления делятся на уголовные проступки (*misdemeanor*) и тяжкие преступления (*felony*). К первой категории относятся мелкие кражи, публичное пьянство, вандализм и др., ко второй — грабежи, убийства, разбой и др.). Обе категории закреплены в уголовных кодексах отдельных штатов.

В ряде стран романо-германской правовой системы уголовное законодательство также содержит понятия преступления и уголовного проступка. В Германии основным критерием различия между ними является размер санкции. Санкция в виде штрафа или лишения свободы на срок менее одного года отличают проступок, а деяния, за которые назначаются все остальные санкции, принято относить к преступлениям. Во Франции имеется трехзвенное деление наказуемых деяний: преступления, проступки, правонарушения. Преступлениями могут быть только наиболее тяжкие умышленные деяния, а проступками — как умышленные, так и неосторожные деяния. Среди стран ЕАЭС опыт западных государств переняли только Казахстан (в 2014 г.) и Кыргызстан.

Таким образом, важнейшим направлением дальнейшего развития уголовного законодательства является введение новых уголовно-правовых институтов проступка и пробационного надзора, сокращение сферы репрессивности применения мер наказания.

Что касается административно-правовой сферы, то в процессе развития современной правовой системы КР, в совершенствовании публично-правовой сферы трудно переоценить роль и значение административного права, нормы которого, регулируя общественные отношения, опосредующие государственно-управленческую деятельность¹¹, не только пронизывают все сферы жизнедеятельности общества, обеспечивая нормированность их функционирования, но и проникают в такие срезы общественных отношений, до которых не могут «дотянуться» нормы других отраслей законодательства¹².

Законодательство об административной ответственности выполняет важнейшие функции в профилактике правонарушений. В настоящий мо-

¹¹ См.: Методы и формы государственного управления / под ред. Ю.М. Козлова, Б.М. Лазарева, А.Е. Лунева и др. М., 1977; Козлов Ю.М. Административное право и в вопросах и ответах. М., 2000. 320 с.; Воронкова А.В. Понятие и институты административного права. СПб., 2002. 180 с.

¹² Аврутин Ю.Е. Перспективы развития административного права в контексте конституционной самоидентификации современной России // Журнал российского права. 2008. № 5. С. 33.

мент совершенно очевидной является тенденция к расширению применения мер административной ответственности. Поэтому указанный институт административного права постоянно совершенствуется и пополняется необходимыми нормами в равной степени и материальными, и процессуальными¹³.

На сегодняшний день тенденция такова, что законодательством об административной ответственности охватывается все большее количество общественных отношений во всех сферах жизнедеятельности общества. Возникновение новых отношений практически сразу влечет за собой адекватное отражение их в законодательстве об административной ответственности путем формулирования соответствующих составов административных правонарушений и установления ответственности за их совершение.

Кодекс КР о нарушениях, который вводится в действие с 1 января 2019 года, заменит ныне действующий Кодекс КР об административной ответственности¹⁴. В Кодексе КР о нарушениях устанавливаются ответственность и меры государственного воздействия в отношении граждан и юридических лиц (за исключением государственных и муниципальных органов) за невыполнение установленных государством правил, а также предусмотрены соответствующие процедуры их реализации. Кодекс о нарушениях содержит составы административных правонарушений. Кодекс о нарушениях предусматривает два вида взысканий: предупреждение и штраф, который по размеру делится на 8 категорий. Дополнительными правовыми последствиями нарушения являются: пеня; изъятие имущества; принудительная эвакуация транспортных средств. Принятие Кодекса о нарушениях должно способствовать упрощению производства по делам, связанным с мелкими проступками.

В рамках правовой реформы в КР принят Административно-процессуальный кодекс КР (далее — АПК КР)¹⁵, который направлен на реализацию требований ст. 93 Конституции КР, предусматривающей осуществление судебной власти, в том числе посредством административного судопроизводства. АПК КР призван регулировать порядок судопроизводства по спорам, вытекающим из административно-правовых (публично-правовых) отношений между административными органами и (или) их должностными лицами с одной стороны и физическими лицами (гражданами) и юридическими лицами с другой стороны, а также процессуальные принципы и правила рас-

¹³ Антипов В.Г. Сравнительный анализ законодательства об административных правонарушениях некоторых субъектов Российской Федерации. Домодедово, 2007. С. 3.

¹⁴ Кодекс КР о нарушениях от 13 апреля 2017 года [Электронный ресурс]: // URL: <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/111565> (дата обращения: 10.12.2017)

¹⁵ Административно-процессуальный кодекс КР от 25 января 2017 года [Электронный ресурс]: // URL: <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/111520> (дата обращения: 10.12.2017)

смотрения и разрешения данных споров в суде. В соответствии со ст. 15 АПК в порядке административного судопроизводства рассматриваются административные дела: о признании недействительным административного акта или действия административного органа полностью либо в части; об обязанности административного органа не принимать административный акт, обременяющий истца, или не совершать иного действия; об обязанности административного органа принять административный акт или совершить определенные действия; о признании недействительным подзаконного нормативного правового акта административного органа или представительного органа местного самоуправления; о признании незаконным утратившего силу административного акта административного органа.

Реформа публичных отраслей права оказывает значительное влияние на национальную правовую систему КР и характеризуется поиском оптимального баланса между общественными и личными интересами при соответствующем учете политических и международных факторов, которые оказывают наибольшее влияние на данную сферу.

Отдельного внимания в контексте развития законодательства КР в рамках дуализма права заслуживает рассмотрение вопроса о дальнейшем реформировании гражданского права и гражданского процессуального права как ведущих отраслей частного права. Здесь следует, по нашему мнению, обратить внимание на такое направление судебной реформы, как институт медиации, впервые закрепленный в новой редакции Гражданского процессуального кодекса КР¹⁶ (далее — ГПК КР) и Законе КР “О медиации”¹⁷.

Развитие медиации как альтернативного способа решения споров является значительным шагом Кыргызской Республики в развитии гражданского общества и формирования демократического правового государства. Впервые термин “медиация” стал входить в употребление после трагических событий на юге Кыргызстана в 2010 году. Однако медиация тогда рассматривалась только в качестве инструмента разрешения межэтнических конфликтов.

В настоящее время в соответствии со ст. 2 Закона КР “О медиации” от 28 июля 2017 года № 161 под медиацией понимается процедура урегулирования спора при содействии медиатора (медиаторов) путем согласования интересов спорящих сторон в целях достижения ими взаимоприемлемого соглашения. Одной из основных целей внедрения института медиации в правовую систему КР является уменьшение нагрузки на судебную систему.

¹⁶ Гражданский процессуальный кодекс Кыргызской Республики от 25 января 2017 года [Электронный ресурс] : // URL: <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/111521> (дата обращения: 10.12.2017)

¹⁷ Закон Кыргызской Республики “О медиации” от 28 июля 2017 года № 161 [Электронный ресурс]: // URL: <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/111668> (дата обращения: 10.12.2017)

Проведение медиации основывается на принципах добровольности, сотрудничества и равноправия спорящих сторон, нейтральности медиатора и конфиденциальности.

В соответствии с Законом о медиации процедура медиации применима к спорам, возникающим из гражданских, семейных и трудовых правоотношений. Медиация также применяется к спорам, возникающим из уголовно-правовых отношений, но в случаях, прямо предусмотренных законом. Так, в ч. 4 ст. 41 Уголовно-процессуального кодекса КР (далее — УПК КР), который вступит в силу с 1 января 2019 года, установлено, что потерпевший имеет право примириться, в том числе в порядке медиации с подозреваемым, обвиняемым, в случаях, предусмотренных законом. В ст. 62 УПК КР закреплены права и обязанности медиатора¹⁸. Вместе с тем медиация не применяется, если спор затрагивает интересы лиц, не участвующих в медиации, или лиц, признанных судом недееспособными, за исключением случаев, когда эти лица или законные представители недееспособных лиц вступают в процесс в качестве стороны медиации (ст. 1 Закона КР “О медиации”).

Закон о медиации закрепляет правовой статус медиатора, а также юридические последствия использования процедуры медиации. Практика показывает, что стороны используют процедуру медиации, находясь на стадии судебного разбирательства. В соответствии с п. 13 ст. 153 новой редакции ГПК КР судья в порядке подготовки дела к судебному разбирательству разъясняет сторонам их право урегулировать спор посредством медиации и вправе направить стороны на обязательную информационную встречу с медиатором. Суд может по заявлению лиц, участвующих в деле, или по своей инициативе приостановить производство по делу при заключении сторонами договора о применении медиации (п. 8 ст. 216 ГПК КР). Стороны вправе заключить мировое соглашение на основе медиативного соглашения.

Таким образом, правовые реформы в целом должны начинаться с подготовки концептуального анализа основ ее развития, что позволит определить единый вектор развития правовой системы Кыргызской Республики.



Библиография

Алексеев С.С. Восхождение к праву. Поиски и решения. М.: Норма, 2001. 752 с.

Аврутин Ю.Е. Перспективы развития административного права в контексте конституционной самоидентификации современной России // Журнал российского права. 2008. № 5. С. 38–49.

¹⁸ Уголовно-процессуальный кодекс Кыргызской Республики от 2 февраля 2017 года [Электронный ресурс]: // URL: <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/111530> (дата обращения: 10.12.2017)

Антипов В.Г. Сравнительный анализ законодательства об административных правонарушениях некоторых субъектов Российской Федерации. Домодедово: ВИПК МВД, 2007. 26 с.

Воронков А.В. Понятие и институты административного права. СПб.: Изд-во С.-Петербур. Университета, 2003. 180 с.

Гаврилова Ю.А. Проблемы использования неклассических методов в процессе преподавания истории и методологии юридической науки // Вестник Волгоградского государственного университета. Серия 5. Юриспруденция. 2011. № 2. С. 42–48.

Керимов Д.А. Методология права: предмет, функции, проблемы философии права. М.: Изд-во СГУ, 2008. 521 с.

Козлов Ю.М. Административное право в вопросах и ответах. М.: Юристъ, 2001. 320 с.

Карасик В.И. Слышкин Г.Г. Лингво-культурный концепт как единица исследования / Методологические проблемы когнитивной лингвистики / под ред. И. А. Стернина. Воронеж: ВГУ, 2001. С. 75–80.

Методы и формы государственного управления / под ред. Ю.М. Козлова, Б.М. Лазарева, А.Е. Лунева и др. М.: Юридическая литература, 1977. 334 с.

Назаренко Г.В. Методология правопознания. URL: <https://books.google.kg/books?id=CnFbDgAAQBAJ&pg=PA19&lpg=PA19&dq> (дата обращения: 10.12.2017)

Найманбаев А.Б. Развитие законодательства Кыргызской Республики в современных условиях: дис. к. ю. н. М., 2011. 227 с.

Ниязова А.Н. Некоторые проблемы законодательного регулирования имущественных, личных неимущественных отношений и отношений, связанных с осуществлением правосудия по гражданским делам в Кыргызской Республике // Вестник КРСУ. 2010. Том 10. № 6. С. 121–125.

Осипян Б.А. Трансформация права в закон: духовные, научные и практические аспекты // Государство и право. 2006. № 10. С. 43–50.

Суржанская Ю.В. Концепт как философское понятие // Вестник Томского государственного университета. Философия. Социология. Политология. 2011. № 2. С. 70–78.

Тихомиров Ю.А. Введение в российское право. М.: Городец-издат, 2003. 656 с.

Current Development of the Legal System of the Kyrgyz Republic



Zura Chikееva

Associate Professor, Head, Department of Theory and History of State and Law, Kyrgyz-Russian Slavic University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 44 Kievskaya Str., Bishkek 720000, Kyrgyz Republic. E-mail: tigp-thsl@krsu.edu.kg



Aliia Maralbaeva

Associate Professor, Department of Theory and History of State and Law, Kyrgyz-Russian Slavic University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 44 Kievskaya Str., Bishkek 720000, Kyrgyz Republic. E-mail: aliya.m@inbox.ru

Abstract

The article is dedicated to the main directions of reforming the legal system of the Kyrgyz Republic at the modern stage in the context of the dualism of law. The main branches of private and public law are studied. The methodology of conceptual analysis of the legal system of the Kyrgyz Republic reform is applied. The basic directions of public law reform include the reform of criminal and administrative legislation. The novels of criminal, criminal procedural, civil, civil procedural and administrative procedural legislation are analyzed. The main directions of criminal legislation reforming are the humanization of justice, transition from repressive measures of criminal-legal influence, unloading of the penitentiary system, as well as the development and implementation of new mechanisms of influence on convicts and measures of their re-socialization are examined. Theoretical and legal analysis of the introduction of the three-tier system “felony, misdemeanor, offence “ allows to analyze the tendencies of the criminal legislation development. In 2017, a new version of the Criminal Code of the Kyrgyz Republic, the Code of the Kyrgyz Republic on Misdemeanors and the Code of the Kyrgyz Republic on Offences were adopted. They will come into legal force on January 1, 2019. The novels of the criminal legislation are misdemeanor and probation supervision. The international experience of applying misdemeanor on the example of countries of Anglo-Saxon (common) law and Romano-German law is analyzed. In order to humanize criminal legislation, the Code of the Kyrgyz Republic on Misdemeanors was firstly adopted, that contains 122 misdemeanors, among them crimes of small gravity of varying degrees of public danger and some administrative offenses. As part of legal reform in the Kyrgyz Republic, the Administrative Procedural Code of the Kyrgyz Republic and the Law of the Kyrgyz Republic “On Mediation” were adopted for the first time. The implementation of mediation as an alternative dispute resolution is a significant step in the development of civil society, democratic and lawful state in the Kyrgyz Republic. Reforming the legal system of the Kyrgyz Republic should begin with the preparation of a conceptual framework, which provides determination of a single direction of its development.

Keywords

legal system, legislation, legal concept, mediation, Kyrgyz Republic, legal reform.

Citation: Chikееva Z., Maralbaeva A. (2018) Current Development of the Legal System of the Kyrgyz Republic. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 216–228 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.2.216.228

References

- Alekseev S.S. (2001) *Voshozhdenie k pravu: voprosy i reshenia* [Achieving Law. Questions and Solutions]. Moscow: Norma, 752 p. (in Russian)
- Antipov V.G. (2007) *Sravnitel'nyy analiz zakonodatel'stva ob administrativnykh pravonarusheniyyakh nekotorykh sub"ektov Rossiyskoy Federatsii* [Comparative analysis of legislation on administrative offences in some Russian regions]. Domodedovo: VIPK MVD Rossii, 26 p. (in Russian)
- Avrutin Yu.E. (2008) *Perspektivy razvitiya administrativnogo prava v kontekste konstitutsionnoy samoidentifikatsii sovremennoy Rossii* [Development of administrative law in the context of constitutional self-identification of modern Russia]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 5, p. 38–49.

Gavrilova Yu.A. (2011) Problemy ispol'zovaniya neklassicheskikh metodov v protsesse prepodavaniya istorii i metodologii yuridicheskoy nauki [Applying special methods in teaching history and methods in juridical science]. *Vestnik Volgogradskogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya: Yurisprudentsiya*, no 2, pp. 42–48.

Karasik V.I. Slyshkin G.G. (2001) Lingvo-kul'turnyy kontsept kak edinita issledovaniya [Language and culture aspect in research]. *Metodologicheskie problemy kognitivnoy lingvistiki* [Methodological issues of cognitive linguistics]. Voronezh: University, pp. 75–80.

Kerimov D.A. (2008) *Metodologiya prava: predmet, funktsii, problemy filosofii prava* [Methodology of law: subject, functions, matters of the philosophy of law]. Moscow: SGU Press, 521 p. (in Russian)

Kozlov Yu.M., Lazarev B.M., Lunev A.E. (1977) *Metody i formy gosudarstvennogo upravleniya* [Methods and forms of state regulation]. Moscow: Yuridicheskaya literatura, 334 p. (in Russian)

Kozlov Yu.M. (2001) *Administrativnoe pravo v voprosakh i otvetakh* [Administrative law in questions and answers]. Moscow: Jurist, 320 p. (in Russian)

Naymanbaev A.B. (2011) *Razvitiye zakonodatel'stva Kyrgyzskoy Respubliki v sovremennykh usloviyakh: Diss. kand. yurid. nauk* [The development of legislation of the Kyrgyz Republic (Cand. Jurid. Nauk Thesis)]. Moscow, 227 p. (in Russian)

Nazarenko G.V. (2015) *Metodologiya pravopoznaniya* [Methodology of law]. Available at: <https://books.google.kg/books?id=CnFbDgAAQBAJ&pg=PA19&lpg=PA19&dq> (accessed: 10.12. 2017)

Niyazova A.N. (2010) Nekotorye problemy zakonodatel'nogo regulirovaniya imushchestvennykh, lichnykh neimushchestvennykh otnosheniy i otnosheniy, svyazannykh s osushchestvleniem pravosudiya po grazhdanskim delam v Kyrgyzskoy Respublike [Legislative regulation of property relations, personal non-property relations and relations regarding civil cases in the Kyrgyz republic]. *Vestnik KRSU*, vol. 10, no 6, pp. 121–125.

Osipyany B.A. (2006) Transformatsiya prava v zakon: dukhovnye, nauchnye i prakticheskie aspekty [Transformation of law into act: idealistic, scientific and practical aspects]. *Gosudarstvo i pravo*, no 10, pp. 43–50.

Surzhanskaya Yu.V. (2011) Kontsept kak filosofskoe ponyatie [Concept as a philosophical concept]. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta. Filosofiya. Sotsiologiya. Politologiya*, no 2, pp. 70–78.

Tikhomirov Yu.A. (2003) *Vvedenie v rossiyskoe pravo* [Introduction into Russian law]. Moscow: Gorodets, 656 p. (in Russian)

Voronkov A.V. (2003) *Ponyatie i instituty administrativnogo prava* [Concepts and institutes of administrative law]. Saint Petersburg: University, 180 p. (in Russian)

Развитие понятийного аппарата конституционного права



А.А. Ливеровский

научный руководитель юридического факультета Санкт-Петербургского государственного экономического университета, заведующий кафедрой конституционного права, доктор юридических наук. Адрес: 191025, Российская Федерация, Санкт-Петербург, ул. Марата, 4/23. E-mail: aleksei.liverovskii@list.ru



Аннотация

В статье поднимается проблема изменения парадигмы конституционного права России в связи с переходом в конце XX века к новому этапу ее конституционного развития. Перестройка конституционного правопонимания связана с преодолением правовых, политических и идеологических проблем. Исследование предполагает использование рациональной методологии для уточнения традиционных гуманитарных понятий конституционного права на основе естественного правопонимания. Доктрина верховенства конституции исследуется с точки зрения предопределенности ее правового содержания по отношению к позитивному праву — результату деятельности органов государственной власти. Обсуждая мифологические построения установления правопорядка в традиционных сообществах, содержащиеся в Ветхом Завете, автор предлагает конструкцию формирования общественных отношений регуляторами, имеющими естественное происхождение. Выделяя традиционную и религиозную основы содержания регуляторов общественных отношений, характерных для догосударственных моноэтнических сообществ, автор, исходя из понятия «конституционная культура», выявляет их «конституционность». Обращение к истокам права позволяет получить уточненное представление о категориях конституционного права и обосновать их естественно-правовое, основанное на рациональном моделировании, происхождение. В рамках естественного правопонимания построена модель конституционного регулирования общественных отношений, базирующаяся на системе конституционных принципов. Анализ решений органов конституционной юстиции позволил определить механизм регулирования общественных отношений принципами конституционного регулирования, отличный от механизма нормативного регулирования. Приведено понятие Права Конституции как естественно-правовой формы конституционного регулирования. Его использование приводит к пониманию правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации как «гибких доктрин», создание которых корректирует и предопределяет конституционное развитие государства. Судебное разрешение органом конституционного нормоконтроля дихотомии — «конституционный режим»/«законодательный режим» с помощью конституционного регулирования позволяет выделить в деятельности Конституционного Суда правотворческую характеристику и тем самым уточнить его место и роль в системе взаимодействия человека, общества и государства.



Ключевые слова

конституционное регулирование, конституционный нормоконтроль, позитивное право, естественное правопонимание, конституционные принципы, правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации.

Библиографическое описание: Ливеровский А.А. Развитие понятийного аппарата конституционного права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 2. С. 229–247.

JEL: K1; УДК: 342

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.2.229.247

Политические события, изменившие основы государственного строя в России во второй половине XX века, заставили переосмыслить традиционные представления о конституционном праве. Принятие Конституции Российской Федерации (далее — Конституция), текст которой составлен по известным демократическим образцам, ознаменовало признание новых для нашего общества социальных ценностей. Страна вышла из коммунистического политико-правового режима, созданного на основе абсолютно отрицания частной собственности и рыночных отношений. Его родовым свойством при формальном провозглашении демократии как основы государственного строя являлся отрыв корпорации государственной власти от народа. Положения советских конституций, формально демократические, не соответствовали правовым условиям, создаваемым властью. Эти «праздничные» документы существовали отдельно как от фактических общественных отношений, так и от реально состоявшегося правового (государственного) режима. Вместо объявленного народовластия (хотя первоначально и в самой жесткой классовой парадигме) власть осуществлялась органами государственного управления¹, образовавшими авторитарную систему с единоличным правителем наверху². При этом даже формально как в научном, так и в законодательном плане отрицались фундаментальные принципы конституционализма, например, принцип разделения государственной власти³. В результате воздействия на общество весьма эффективной коммунистической идеологии правосознание граждан было сформировано в жестких рамках государство-центрического понимания социальных ценностей, в частности, безусловного признания верховенства государственной власти над правами и свободами человека.

Результат всенародного голосования 1993 года обозначил согласие социума на конституционную реформу, прежде всего на революционный переход к осмысленной реализации человеко-центричных социальных ценностей, т.е. на признание человека, его прав и свобод высшей конституционной цен-

¹ Фактически власть в государстве принадлежала партийным, а не государственным органам, обозначенным в советских конституциях.

² Авакьян С.А. Конституционное право России как фундамент борьбы с коррупцией / Противодействие коррупции: конституционно-правовые подходы. М., 2016. С. 23.

³ Положение ст. 16 Декларации прав человека и гражданина (1789) гласит: «Общество, где не обеспечена гарантия прав и нет разделения властей, не имеет Конституции». См.: Документы истории Великой французской революции. М., 1990. Т. 1.

ностью. Принятая тогда Конституция в отличие от советских конституционных актов стала регулятором общественных отношений. Значимую роль в этом сыграла деятельность Конституционного Суда Российской Федерации (далее — Суд) по конституционному нормоконтролю.

Осознанный народом выбор нового пути государственного развития, определяемого реализацией общепризнанных принципов международного права, не решил в одночасье проблем правового развития. Переходным процессам стали свойственны имитационные проявления в реализации демократических институтов, деформации применения конституционных принципов, коррупционные проявления как содержательная составляющая государственного управления. Общим местом в доктринальном анализе причин появившихся проблем стали обоснованные ссылки на консерватизм правосознания лиц, воспитанного советским режимом с его устойчивым признанием необходимости административно-командной системы и неприятием частноправовых ценностей. Более того, в научных публикациях⁴ обсуждается вопрос о совместимости «европейских ценностей» и реализующих их общепризнанных принципов международного права с конституционной культурой⁵ нашего общества. Конституционные деформации вызвали растерянность правоведов⁶ — традиционные понятия конституционной методологии⁷ не позволяли отразить правовую реальность переходных процессов.

В теоретическом плане в советское время декларировался позитивизм — отождествление права и закона. Признанный российский теоретик права С.С. Алексеев определяет: «Право — это система общеобязательных, формально-определенных норм»⁸, и в своих классических работах выстраивает теорию позитивного права⁹, исходя из понятия «нормы» как регулятора общественных отношений, осуществляющего нормативное регулирование.

В качестве права, в советское время конъюнктурно отождествляемого со справедливостью, признавалась получившая форму закона воля власти, которая имела характер государственного принуждения. Г.Г. Арутюнян, от-

⁴ Зорькин В.Д. Конституционная идентичность России: доктрина и практика // Журнал конституционного правосудия. 2017. № 4. С. 2.

⁵ Harutyunyan G.G. Constitutional Monitoring. Yerevan, 2016. С. 280.

⁶ «В настоящее время имеет место своего рода растерянность (ученых), связанная с «крушением» марксистско-ленинской методологии». Лазарев В.В. История и методология юридической науки. М., 2016. С. 169.

⁷ В современном прочтении *методология науки* — это не только совокупность принципов, приемов и способов научной деятельности, но и ее *структура*, логическая организация, а также конкретные *закономерности* познания, отнесенные к ее *предмету* и выявленные самой наукой.

⁸ Алексеев С.С. Общая теория права. М., 2008. С. 81.

⁹ Мы исходим из следующего определения: позитивное право — продукт государственно-властной воли, выраженный в законах и иных нормативных актах.

мечая прогрессивную роль позитивизма в развитии государственности, делает существенную оговорку о том, что «позитивистское правомышление ... опиралось не на сущность объективного права, а на его дискреционное восприятие и субъективное волеизъявление власти»¹⁰. Поскольку возникновение норм позитивного права связано с политической деятельностью действующих и обладающих властными полномочиями органов государственной власти, встает вопрос о возможной субъективности содержания законов. При этом анализ исторического развития государственности вплоть до недавних времен формирует устойчивое убеждение о склонности государственной власти к волюнтаристским самоуправным решениям, исходящим из собственных интересов властной корпорации или субъективных мнений ее лидера о пути государственного развития. Давно подмеченным свойством власти (властной корпорации) является ее стремление к расширению полномочий (впрочем, иногда необходимое и добросовестное) и к их несменяемому сохранению. В этом плане легко объясняется субъективность властных решений, определяемых собственными интересами власти, не всегда совпадающими с общепольными. Как отмечал еще Г.Ф. Шершеневич — «государственная власть (в своих решениях. — А.Л.) не всегда руководствуется общепольностью», но «вынуждена всегда ею прикрываться»¹¹. Апология позитивизма приводила к презумированию верховенства государства над правом и, соответственно, позитивного права над реальными правовыми притязаниями личностей.

У современных правоведов становится все более привлекательным юридическое (естественно-правовое¹²) правопонимание, характеризующее разграничением права и закона, изображающее право как нечто объективно существующее, не зависящее от субъективного волеизъявления законодателя. Известный теоретик права А.В. Коновалов отмечает, что под естественным правом следует понимать не только теоретическую модель регулирования общественных отношений, но и «работоспособный и практический механизм, совокупность наилучших подходов, основанных на онтологических свойствах человека и закономерностях его существования в социуме и, в свою очередь, являющихся основой для наиболее эффективных практик обустройства общественных отношений, в том числе в части разрешения в их процессе конфликтных ситуаций»¹³. Ссылаясь на правовую позицию

¹⁰ *Narutyunyan G.G.* Op. cit. P. 265.

¹¹ *Шершеневич Г.Ф.* *Общее учение о праве и государстве: Лекции.* М., 2015. С. 70.

¹² «Естественное право в той или иной форме есть нечто *объективное*, не зависящее от воли, усмотрения или произвола законоустанавливающей (государственной) власти, т.е. определенное, отличное от других социальное явление (социальный регулятор) со своей *объективной* природой, своей сущностью и отличительными особенностями». См.: *Новая философская энциклопедия.* Т. 3. М., 2010. С. 306.

¹³ *Kononov A.V.* One more time on the notion of *ius natural* // *Вестник гражданского права.* 2017. № 6. Т. 17. С. 31.

Т.Н. Нешатаевой¹⁴, утверждающей, что юридической формой естественного права являются правовые принципы¹⁵, А.В. Коновалов заключает, что их использование для справедливого правового регулирования отражает объективность содержания естественного права. Разумеется, общество заинтересованно в объективных решениях власти, исключающих ее волюнтаристское волеизъявление.

В советское время конституционное (оно именовалось тогда государственным) право воспринималось как одна из отраслей позитивного права — системы государственно-правовых норм, регулирующих в основном формирование органов государственной власти и их полномочий, что сводило понимание конституционного строя к государственному строю. В начале XXI века появились исследования, в которых не только в постановочном плане ставился вопрос о необходимости пересмотра парадигмы конституционного права, унаследованной от предыдущей эпохи, но и предлагались новые подходы к пониманию конституционного развития государств как в теоретическом плане, так и в практике правоприменения.

Знаменательно, что теоретические попытки обнаружить естественно-правовой характер конституций осуществили правоведы — судьи органов конституционной юстиции стран Восточной и Центральной Европы, в том числе России¹⁶. Как отмечалось выше, содержание их деятельности состоит в нахождении решений, определяющих соответствие законодательных реалий, созданных органами государственной власти, плану конституционного развития государства, принятого с согласия народа. В формальном плане основным полномочием органов конституционной юстиции является осуществление конституционного нормоконтроля, т.е. судебное разрешение вопроса о соответствии Конституции нормативных правовых актов, принимаемых органами государственной власти. Данное полномочие, основанное на доктрине верховенства Конституции, реализует важнейшую для прогрессивного развития государства миссию: в условиях возможной субъективности результатов законодательной деятельности органов государственной власти орган конституционной юстиции своими решениями объективизирует конституционное развитие государства. Чтобы деятельность органа конституционной юстиции соответствовала своему предназначению, необходимо, чтобы предписания Конституции имели объективный характер,

¹⁴ *Нешатаева Т.Н.* Суд и общепринятые принципы и нормы международного права // Вестник ВАС РФ. 2004. № 3. С. 126–128.

¹⁵ В позитивистской парадигме также рассматривается категория «правовые принципы», отождествляемая с категорией «принципы права». При этом С.С. Алексеев считал, что «принципы права по большей части выступают в виде норм (норм-принципов)». См.: *Алексеев С.С.* Указ. соч. С. 75.

¹⁶ *New Millenium Constitutionalism: Paradigms of Reality and Challenge.* Yerevan, 2013. P. 526.

т.е. в плане приведенных выше определений воплощали естественное право. Для убедительности данных представлений выявим естественное происхождение предписаний Конституции, осуществляющих регулирующее воздействие на общественные отношения.

Л. Гарлицкий справедливо указывает на неформализованную «размытость» основных конституционных понятий, являющихся регуляторами общественных отношений: «Поскольку четких границ между «ценностями», «принципами» и «нормами» не существует, все конституции содержат те или иные весьма общие понятия, которые служат основой толкования конституции и ее положений»¹⁷. Действительно, в доктринальных исследованиях традиционно используются «гуманитарные» представления о конституционных категориях. Приведем ставшее хрестоматийным определение конституционных принципов, данное Г.А. Гаджиевым: «Конституционные принципы, являясь, естественно, разновидностью правовых принципов, представляют собой базовые мировоззренческие юридические предписания, прибывающие в «свернутом виде». Они характеризуются наивысшей степенью нормативной обобщенности, неконкретным юридическим содержанием и в силу этого — высоким потенциалом разностороннего развития посредством формирования развивающихся представлений о них. Не будучи до конца распознанными, они реальны, но вместе с тем представляют собой некое таинство и потому, подобно притчам в священных текстах, обладают мистическим содержанием»¹⁸. Из данного представления о конституционных принципах можно сделать следующие выводы. Во-первых, конституционные принципы признаются специфическими регуляторами общественных отношений, отличными от норм, во-вторых, их регулирующее воздействие на общественные отношения может изменяться не догматично, а в результате формирования нового представления о них. И, наконец, отсылка к «священным текстам» наталкивает на мысль о древнем происхождении этого правового феномена и его естественно-правовом характере.

Модель регулирования общественных отношений на основе правовых принципов (разумеется, в мифологическом плане) можно обнаружить в Библии¹⁹. Обратимся к десяти заповедям, написанным, согласно Ветхому Завету, на каменных скрижалях Богом и переданных Моисею. Согласно этому Завету Бога, такие предписания должны определять бытие евреев. Форма и содержание этих регуляторов общественных отношений позволяет считать

¹⁷ Гарлицкий Л. Конституционные ценности и Страсбургский суд / Конституционные ценности в теории и судебной практике. М., 2009. С. 221.

¹⁸ Гаджиев Г.А. Принципы права и право из принципов // Сравнительное конституционное обозрение. 2008. № 2. С. 22.

¹⁹ Библия. М., 2000.

подобные предписания правовыми принципами. Для разрешения конфликтов Моисей — первый судья — мог и должен был толковать десять заповедей, создавая новые предписания, совокупность которых составит Закон Божий (свод правил, определяющих порядок у древних евреев). Таким образом, в соответствии с библейскими представлениями, Бог установил правовой режим регулирования общественных отношений правовыми принципами.

Исполнение всех десяти заповедей²⁰, как и правовые предписания Закона Божьего, обеспечивало сохранение жизни человека, его осмысленного существования, духовного здоровья: «...слушайте законы, которые я научаю вас исполнять, дабы вы были живы и размножились...»²¹. Дальнейший анализ содержания правовых принципов Божественного происхождения позволяет утверждать, что целью их регулирующего воздействия является реализация высшей ценности — «жизнь человека» и исходящей из нее иерархии социальных ценностей. При этом выделяется фундаментальная система правовых принципов — десять заповедей. Остальные регуляторы общественных отношений — предписания Закона Божьего — создавались толкованием фундаментальной системы правовых принципов. Таким образом, обнаруживается модель регулирования общественных отношений правовыми принципами, имеющими естественное происхождение (предполагается Богом). В этом источник их объективности.

Отметим, что осмысленное признание необходимости исполнения сообществом предписаний Бога создавало нравственную основу существования человека, формировало его правосознание. Главная особенность заповедей, как, впрочем, и иных естественно-правовых принципов, в сочетании их регулятивных возможностей с моральной коннотацией, которая не присуща таким регуляторам общественных отношений, как нормы. Десять заповедей можно рассматривать не только как правовые предписания, но и как моральные нормы, определяющие общественную нравственность. Более того, как пишет в статье «Законодательство Моисея: Единство морали и права» академик А.А. Гусейнов, десять заповедей принесли понимание реализации

²⁰ Первые три заповеди реализует социальную ценность «Бога», но никто не будет возражать, что вера в Бога помогает человеку выжить.

²¹ То, что заповеди реализуют высшую ценность — «жизнь человека», читается во всех заповедях, например, в принципе, реализующем семейные ценности, вытекающие из высшей ценности: «Почитай отца твоего и мать твою, как повелел тебе Господь, Бог твой, чтобы продлились дни твои, и чтобы хорошо тебе было на той земле, которую Господь, Бог твой, дает тебе». Признание семейных ценностей необходимо для оптимального воспроизводства потомства, т.е. в конечном итоге для сохранения жизни человека. Правовыми принципами являются и напущения Моисея назначенным им судьям. Новеллы напущения можно считать установлением принципов демократического судопроизводства: «...выслушивайте братьев ваших и судите справедливо как брата с братом, так и пришельца его, не различайте лиц на суде, как малого, так и великого выслушайте...». См.: Второзаконие. Гл. 5. Ст. 16.

справедливости как потенциальной необходимости разграничения права и юридического закона при возникновении регулирования общественных отношений государственной властью²².

С появлением государства система регулирования общественных отношений становится дихотомичной — обнаруживается конфликт правового режима общества, определяемого естественным регулированием (регуляторы — правовые принципы естественного происхождения), и законодательного режима государства, определяемого нормативным регулированием (регуляторы — законы). Любой правопорядок в какой-то мере ограничивает права человека, но естественно-правовой режим осознавался как необходимый, а законодательный мог вызывать отторжение как несправедливый. Отношение к государственной власти, т.е. осмысленное принятие установленных ею ограничений, или их неприятие, зависело от того, насколько государственное регулирование соответствует мере справедливости и согласия, которую обеспечивал естественно-правовой режим.

В памятниках правовой культуры древних монархий можно обнаружить описание социальных регуляторов объективной природы, не зависящих от усмотрения или даже произвола государственной власти. Правовые принципы, существовавшие априори, отделялись от установлений, предлагаемых для введения органами государственной власти. Так, содержание «Книги мертвых» (древний Египет) делится на перечень обязательных принципов, исходящих от богов, и на иные документы: указы и инструкции, нормативные правовые акты, которые должны приниматься фараоном. При этом предполагалось безусловное верховенство первых над вторыми.

В законах царя Хаммурапи (древний Вавилон) отчетливо разграничиваются «идеальное право» (принципы, составляющие правовую доктрину) и правовые акты, исходящие от царя. При этом Хаммурапи настоятельно требует у будущих владык в их установлениях обеспечивать справедливость государственного управления.

Обращения к древним письменным источникам свидетельствуют об осмысленных моделях регулирования общественных отношений, имеющих естественно-правовой характер. Объективность регуляторов, описанных в приведенных текстах, в мифологическом плане вытекает из их Божественного происхождения. В альтернативном разрезе можно обратиться к представлениям греческих философов о происхождении естественного права и, соответственно, естественно-правовых режимов. Исходя из рациональной точки зрения, приписываемой Аристотелю, система естественных регуляторов общественных отношений, обеспечивающая существование человека, меру справедливости и согласия в обществе, создавалась разумом человека,

²² Баренбойм П, и др. Моисей: Первый философ права. Человек, который видел Бога. М., 2017. С. 45.

обобщением чувственного восприятия опыта взаимодействия с действительностью на фоне характерных для этого общества условий общественного бытия²³.

В русле рациональных понятий об установлении в обществе естественно-правового режима для определения правовой природы регуляторов общественных отношений рассуждал Г.Г. Арутюнян. Он ввел понятие конституционной культуры общества как исторически сложившейся, обогащенной опытом поколений ценностной системы убеждений, представлений и правосознания, лежащей в фундаменте общественного бытия и определяющей установление и реализацию обязательных правил поведения на основе их нравственного и духовного осмысления²⁴. Обратим внимание, что данное понимание конституционности в первоначальном плане не связывалось с государственностью. Подчеркивая этот момент, ученый отмечает, что правовой фундамент конституционной культуры, например, «догосударственных» моноэтнических сообществ, составляли этнические обычаи, традиции, моральные нормы и религиозные каноны, которые исполнялись и сохранялись как обязательные условия поведения данных социальных общностей²⁵. Обозначенный естественный правопорядок можно назвать этнорелигиозным режимом исходя из формирующих его правопорядок регуляторов общественных отношений. Для нашего исследования важно, что правопорядок, индуцируемый конституционной культурой, создается не нормами позитивного права, исходящими от государственной власти, а вышеуказанными регуляторами общественных отношений.

Выделим характерные черты предложенной категории «конституционная культура», позволяющие судить о «конституционности» этого естественно-правового режима. Правовое содержание конституционной культуры состоит в том, что индуцируемый ею правовой режим общества устанавливается и реализуется в соответствии с признанной в обществе системой социальных ценностей. Признание системы социальных ценностей было обусловлено их духовным осмыслением, которое влекло за собой общее согласие лиц, осознавших необходимость регулирования общественных отношений правовыми принципами, реализующими эти ценности. Эти принципы име-

²³ Гениальная догадка греческих философов о естественном характере права как объективном регуляторе общественных отношений обосновывалась рациональным взглядом на окружающий мир, свободным от божественной природы фундаментальных правовых принципов. Аристотель формулировал выводы, имеющие форму религиозных догматов, но их постижение возникало на путях научного познания, а их объективность, по его представлению, предопределялась посредством безошибочной интуиции, рожденной человеческим разумом. См.: *Аристотель*. Аналитики первая и вторая. М., 1952.

²⁴ *Harutyunyan G.G. Op. cit.* P. 280.

²⁵ *Harutyunyan G.G. Constitutional Culture: The Lessons of History and the Challenges of Time.* P. 238.

ют естественное происхождение в том смысле, что данные предписания стали результатом рационального познания окружающей действительности. «Естественность» регуляторов общественных отношений придает им объективный характер²⁶. Рассмотренные черты естественно-правового режима позволяют считать его конституционным. Основным его свойством является человеко-центричный характер, вытекающий из целей формирования правопорядка.

Развитие цивилизации, выход отдельных сообществ на более высокий уровень конституционной культуры приводили к появлению конституционных актов и соответствующих конституционных режимов, содержащих регуляторы государственно-правовых отношений, ограничивающих государственную власть. Примером такого ограничения может служить принцип разделения властей как способ организации государственной власти, препятствующий абсолютизму. Формулирование таких конституционных принципов, формирование их систем надо оценивать как высочайшее достижение человеческого разума, появившееся в результате длительного интеллектуального осмысления проблем государственного устройства. Признавая конституционные принципы результатом рационального познания действительности, мы выходим на объективный характер их регулирующего воздействия на общественные отношения.

Следующим этапом развития конституционной культуры можно считать появление конституционных принципов, реализующих ценность более высокого порядка осмысления — «достоинство человека». Их появление формировала история цивилизации — последовательность бунтов, восстаний, революций, общественных конфликтов с государственной властью. Индивидуумы боролись против рабства и крепостничества — правовых институтов, легитимность которых устанавливала власть, отдавали жизнь за свободу, за равенство гражданских прав — за человеческое достоинство.

В этом плане примечательна мысль Н.С. Бондаря, что категория «достоинство человека», которая «генетически имеет нравственно-этическое происхождение», является «основой базисных ценностей современного конституционализма»²⁷. Современные конституционные модели выстроены

²⁶ Продолжая в этом дискурсе искать содержательные аналогии конституционным категориям, назовем Библию протоконституцией, тогда десять заповедей — система фундаментальных конституционных принципов, а Моисей — «конституционный судья», который, толкуя предпосланные Богом фундаментальные конституционные принципы, создавал естественное право — Закон Божий. Безусловно, целью «библейского регулирования» было сохранение жизни человека, поэтому можно считать, что заповеди (точнее, их исполнение) реализовали социальные (*конституционные!* — А.Л.) ценности, пирамиду которых возглавляла высшая ценность — «жизнь человека».

²⁷ Бондарь Н. Достоинство личности в аксиологической системе конституционного правосудия / Конституционное правосудие в новом тысячелетии. Ереван, 2014. С. 42.

именно исходя из реализации этой цели конституционного развития. Приходим к выводу, что предпосланная законодательному развитию государств и являющаяся глобальной целью регулирования общественных отношений высшая ценность — это основа для формирования системы фундаментальных конституционных принципов (объективных регуляторов общественных отношений, реализующих иерархию конституционных ценностей, исходящих из высшей).

С.А. Авакьян отмечает, что правовой режим общества определяется характером общественных отношений после воздействия на них соответствующих правовых регуляторов²⁸. Исходя из данного определения, осуществление конституционного нормоконтроля можно интерпретировать как судебное разрешение дихотомии двух правовых режимов: законодательного (возникающего в результате воздействия регуляторов общественных отношений, принятых органами государственной власти, — нормативных правовых актов) и конституционного (состав и форму присущих ему регуляторов следует уточнить).

Текст Конституции содержит два вида высказываний, имеющих правовую форму регуляторов общественных отношений: правовые принципы и нормы (далее будем называть их конституционными принципами и конституционными нормами). Исходя из анализа мотивировочной части решений Суда, конституционность нормы позитивного права устанавливается в соответствии с регулирующим воздействием конституционных принципов. Сравнить нормы законов с нормами, содержащимися в Конституции, бессмысленно — противоречие должно быть тривиальным, в силу свойства механизма нормативного регулирования. Если, условно говоря, в Конституции написано, что некое должностное лицо избирается на шесть лет, то любые нормы законов, устанавливающие иной срок, будут считаться неконституционными, без всякого решения Суда. Осмысленным будет сравнение норм позитивного права с регуляторами общественных отношений, обладающими иным, ненормативным механизмом регулирования, а именно с конституционными принципами.

Применение правовой нормы требует установления заключенной в ней воли органа (лица), ее создавшего, и разрешения вопроса о том, подпадают ли соответствующие общественные отношения под действие этой правовой нормы. Если правовая норма применяется в рассматриваемой ситуации, то правовое воздействие на общественные отношения происходит в полном соответствии с ее содержанием. Правовая норма не может быть применена в некоторой мере. Исполнение властного предписания частично означало бы искажение воли субъекта нормотворчества, т.е. неверное применение нор-

²⁸ Авакьян С.А. Конституционный лексикон: государственно-правовой терминологический словарь. М., 2015. С. 557.

мы в целом. Таким образом, в отношении применения (и действия) нормы позитивного права справедливо правило абсолютной полноты реализации ее содержания. Применение правовой нормы требует установления ее содержания, т.е. заключенной в ней воли органа (лица), ее создавшего, и разрешение вопроса о том, подпадают ли соответствующие общественные отношения под действие данной правовой нормы.

Если правовая норма определяется как подлежащая применению в рассматриваемой ситуации, то правовое воздействие на общественные отношения возможно только в случае применения нормы в точном соответствии с ее смыслом. Правовая норма не может быть применена только в некоторой мере. Исполнение властного предписания лишь частично означает не просто искажение смысла правовой нормы, но и неверное применение нормы в целом, поскольку реализация заключенной в ней воли субъекта нормотворчества, по существу, не состоялась. При этом характер предписания, заключенного в правовой норме (запрет, обязывание, уполномочивание), значения не имеет. Для применения правовой нормы требуется соотнести сложившиеся общественные отношения с конкретным правилом поведения и устранить, таким образом, все иные правовые предписания, разрешая при необходимости вопросы конкуренции правовых норм и преодолевая коллизии между ними.

Таким образом, в отношении применения (и действия) нормы позитивного права справедливо правило абсолютной полноты реализации содержания правовой нормы.

Регулирующее воздействие конституционных принципов подчинено иному правилу. В отношении их применения (и действия) допустимо вести речь о правиле установления возможной полноты его содержания. Это правило можно представить, как реализацию принципа в такой устанавливаемой мере, настолько полно, насколько это возможно, исходя из правовой ситуации.

Рассмотрим один из конституционных принципов — принцип разделения государственной власти. Его содержание состоит в том, что при традиционном разделении полномочий между органами законодательной, исполнительной и судебной ветвей государственной власти соответствующие органы в рамках установленной компетенции принимают самостоятельные решения независимо от нормативно установленного влияния органов, относящихся к другим ветвям государственной власти. Современное конституционное законодательство, исходя из доктрины «сдержек и противовесов», определяет меру возможной самостоятельности органов государственной власти при принятии решений. Например, орган исполнительной власти Санкт-Петербурга — Губернатор — обладает существенными полномочиями в законодательном процессе, при том, что принятие законов является

установленной Конституцией прерогативой Законодательного Собрания Санкт-Петербурга. Полномочие Губернатора Санкт-Петербурга по назначению членов Правительства также не вполне самостоятельно — назначение им вице-губернаторов должно проходить согласование в Законодательном Собрании (высшем органе законодательной власти). Таким образом, соответствующие нормы Устава Санкт-Петербурга, не нарушая Конституции России, закрепляют меру реализации принципа разделения государственной власти.

Аллюзии из Священных книг можно использовать не только для установления понятий о Божественном происхождении естественного права, но и для понимания структурных свойств системы конституционных принципов. Выше приводились соображения, связанные с представлением десяти заповедей как фундаментальной системы правовых принципов — естественных регуляторов общественных отношений. Исследователь иудейского права судья Верховного Суда Израиля М. Элон, также подтверждая Божественное происхождение естественно-правового регулирования, отмечает, что «в каждой юридической системе можно обнаружить фундаментальные принципы, на базе которых образовались все остальные. Эти основные принципы незыблемы и неизменны». При этом ученый под базовыми правовыми принципами понимает «повеления Божьи в том виде, в каком они выкристаллизовались в Торе»²⁹. В данном утверждении не только содержится попытка объяснить объективность правовых принципов за счет их происхождения, но и усматриваются структурные свойства иудейского права как естественного права.

Вслед за М. Элоном считаем, что из совокупности конституционных принципов можно выделить базовую систему фундаментальных правовых принципов³⁰. Систему основополагающих (фундаментальных) конституционных принципов в этом случае следует называть конституционной моделью, исходя из тех смыслов, которые придают этому понятию современные исследователи³¹. Некоторые фундаментальные принципы, составляющие конституционную модель, могут быть не обозначены непосредственно в конституционном тексте, но меры их регулирующего воздействия выражаются в совокупном действии конституционных норм. Так, фундаментальный демократический принцип сменяемости власти не содержится непосредственно в тексте Конституции, однако конституционные нормы, определяющие сроки полномочий государственных органов, осуществляют его воздействие на общественные отношения.

²⁹ Элон М. Еврейское право. СПб., 2002. С. 224.

³⁰ Обратная схема была обнаружена нами в Ветхом Завете: десять заповедей — фундаментальная система правовых принципов, на ней строится Закон Божий.

³¹ Хабриева Т.Я., Чиркин В.Е. Теория современной конституции. М., 2005. С. 16.

Возможность выделения базовой системы конституционных принципов правоведами неоднократно обсуждалось в научной литературе. Так, глава I Конституции «Основы конституционного строя» содержит предписания, которые по своей априорной значимости могут и должны служить фундаментальными регуляторами общественных отношений. Для целей нашего исследования является целесообразным предложение В.В. Невинского раскрывать понятие «основы конституционного строя» через категорию «конституционных принципов», рассматривая их как исходные положения конституции, определяющие содержание нормативно-правового регулирования общественных отношений. В этом случае конституционный строй понимается как урегулированный конституционными принципами и конституционными нормами порядок экономической, социальной, духовной и политической жизни общества, организации государства, основанный на признании необходимости баланса интересов личности, общества и государства. Восприятие «основ конституционного строя» как системы конституционных принципов способствует стройности конституционно-правовой теории, большей определенности в понимании этих категорий в их тесной взаимосвязи. Системность конституционных принципов является основой для понимания механизма их регулирующего воздействия и определяет содержательное наполнение решений Суда.

Разрешение дел по конституционному нормоконтролю сводится к анализу Судом регулирующего воздействия на общественные отношения конституционных принципов. Для решения вопроса о конституционности нормы закона орган конституционного нормоконтроля выявляет возможное воздействие конституционных принципов на общественные отношения в их системной взаимосвязи, поскольку правоотношения, сложившиеся на основе рассматриваемой нормы позитивного права, могут лежать в сфере действия сразу нескольких конституционных принципов. Обычно выделяются «парные» конституционные принципы, которые определяют коллизионное (конкурирующее) воздействие на рассматриваемые общественные отношения. Системное воздействие конституционных принципов предполагает определение меры действия каждого из относящихся к правовой ситуации конституционных принципов. Реализацию этого правила можно понимать как возможность разрешить дело таким образом, чтобы содержание каждого из применяемых принципов было реализовано в той или иной установленной мере, т.е. настолько полно, насколько возможно исходя из условий правовой ситуации. Легализуют установленный баланс системного воздействия конституционных принципов на общественные отношения, связанные с рассматриваемым юридическим казусом, правовые позиции Суда, являющиеся содержательной основой мотивировочной части соответствующего решения.

Правовые позиции Суда — это «гибкие доктрины»³², т.е. они могут изменяться при рассмотрении нового юридического казуса в связи с тем, что устанавливаемый баланс воздействия принципов на общественные отношения в новых конституционных условиях может стать иным³³. Необходимость при принятии судебного решения поиска баланса конституционных принципов исходит из их равноценности. В этом состоит их содержательное отличие от конституционных ценностей, между которыми существует логически обусловленная иерархия. Примерами пар коллидирующих принципов являются принципы свободы выражения мнения и свободы выборов, фундаментальные принципы равенства перед судом и законом и социального государства. При рассмотрении казуса взаимного влияния последних двух принципов в условиях свободного рынка на экономическое правоотношение органу конституционного нормоконтроля для разрешения казуса необходимо найти баланс их общего воздействия исходя из анализа социальной защищенности участников рыночного оборота.

Некоторые конституционные принципы так же, как математические аксиомы³⁴, строятся на основе первичных понятий: справедливость, свобода, равенство. Так же, как математические первичные понятия³⁵, их следует считать фикциями³⁶, т.е. понятиями, которым отводится инструментальная роль в теории познания³⁷. На них так же, как и на первичные понятия математики, распространяется «общественный договор» об их условно-субъективном понимании. Субъективно воспринимаемые в каждой конституционной культуре фикции, связывая нормативно определенные объекты, формируют объективные конституционные принципы. Такова конструкция принципа ст. 19 Конституции («все равны перед законом и судом») и принципа справедливости, выведенного Судом в качестве самостоятельного конституционного принципа. Ссылка на необходимость его реализации стано-

³² Гуцан Н.Ф. Акты конституционной юстиции в системе источников российского права: дис. ... к. ю. н. СПб., 2009.

³³ Этим рассуждением снимаются претензии к Конституционному Суду России, выдвигаемые в связи с изменением создаваемых им правовых позиций.

³⁴ Аксиома — исходное понятие, самоочевидный (интуитивно одобренный) или выбранный из определенных соображений принцип, не предполагающий какого-либо обоснования. Классические аксиомы геометрии хотя и основываются на опыте, но, по сути дела, являются теоретическими предположениями.

³⁵ Например, в геометрии Евклида — это «точка», «прямая», «плоскость».

³⁶ Фикционализм (от лат. *factio* — выдумка, вымысел) — философское представление о модельном мышлении как о системе фикций, искусственных, абсолютизированных, идеальных объектов, используемых в познании понятий, не имеющих общепонимаемого отражения в действительности и имеющих инструментальное значение. См.: *Vaihinger H. Die Philosophie des Als Ob*. Berlin, 1911.

³⁷ С.С. Алексеев называет юридическими фикциями связки в правовом материале, обеспечивающие оптимальное функционирование правовой системы. См.: *Алексеев С.С. Указ. соч. С. 301.*

вится глобальной основой многих решений Суда (в этом плане Суд следует Закону Хаммурапи. — А.Л.).

Регулирование конституционными принципами (назовем его конституционным регулированием) отличается от нормативного регулирования правовой формой моделирования действительности³⁸. Г.А. Гаджиев рассматривает правовые позиции органа конституционной юстиции как правовые принципы, пригодные для моделирования не только конкретного юридического казуса, но и группы сходных юридических коллизий. Правовые позиции Суда имеют общеобязательное значение и представляют собой выявленное им «кристаллизованное право»³⁹. Юридическая значимость, широкое и приоритетное использование правовых позиций Суда правоприменительными органами для решения проблем конституционности судебных решений и законотворчества позволяет считать их по форме, содержанию и механизму регулирующего воздействия на общественные отношения новыми конституционными принципами, дополняющими совокупность принципов, закрепленную Конституцией.

Изложенные рассуждения позволяют предложить модель естественного права, отнесенного к конституционному регулированию. Уходя от субъективной сущности позитивного права и осмысляя объективный и predetermined по отношению к законодательству государства характер конституционных принципов, определим Право Конституции (имеется в виду конституция конкретного государства) как совокупность регуляторов общественных отношений, признанных в качестве конституционных принципов данной конституции. Используя приведенные выше рациональные соображения, построим структуру Права Конституции. Из совокупности конституционных принципов выделяется базовая система фундаментальных принципов, на которой «строятся» все остальные конституционные принципы, в том числе созданные Судом правовые позиции, которые также являются конституционными принципами, поскольку получены в результате толкования фундаментальной системы конституционных принципов, т.е. являются элементами введенного права. Такова структура естественного права, элементами которого являются конституционные принципы

Построение рациональной конструкции «конституционного регулирования» и уточнение категорий «конституционная ценность», «конституци-

³⁸ Конституционные принципы, как и нормы позитивного права, являются правовыми моделями действительности, с разной степенью адекватности ее отражающими. Применение конституционных принципов при принятии решений судьями общей юрисдикции (*романтическая мечта!* — А.Л.) как наполнение судебного усмотрения позволяет приблизить «грубое» моделирование нормой к реальному казусу.

³⁹ Гаджиев Г.А. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации как источник конституционного права / Конституционное правосудие в посткоммунистических странах. М., 1999. С. 116.

онный принцип» позволяют уяснить место и роль Конституционного Суда Российской Федерации в системе взаимодействия человека, общества и государства, а применение естественно-правового подхода в определении структуры конституционного регулирования в постановочном плане выводит на новую парадигму конституционного права.



Библиография

- Авакьян С.А. Конституционное право России как фундамент борьбы с коррупцией / Противодействие коррупции: конституционно-правовые подходы. М.: Юстицинформ, 2016. С. 12–76.
- Авакьян С.А. Конституционный лексикон: государственно-правовой терминологический словарь. М.: Юстицинформ, 2015. 670 с.
- Алексеев С.С. Общая теория права. М.: Проспект, 2008. 576 с.
- Бондарь Н. Достоинство личности в аксиологической системе конституционного правосудия / Конституционное правосудие в новом тысячелетии. Ереван: NJHAR, 2014. С. 42–76.
- Бондарь Н.С. Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия. М.: Норма, 2011. 544 с.
- Гаджиев Г.А. Принципы права и право из принципов // Сравнительное конституционное обозрение. 2008. № 2. С. 22–45.
- Гарлицкий Л. «Конституционные ценности» и Страсбургский суд / Конституционные ценности в теории и судебной практике. М.: Институт права и публичной политики, 2009. С. 221–233.
- Гуцан Н.Ф. Акты конституционной юстиции в системе источников российского права: дис. ... к. ю. н. СПб., 2009. 149 с.
- Лазарев В.В. История и методология юридической науки. М.: Норма, 2016. 495 с.
- Хабриева Т.Я., Чиркин В.Е. Теория современной конституции. М.: Норма, 2005. 320 с.
- Шершеневич Г.Ф. Общее учение о праве и государстве. М.: Ленанд, 2015. 160 с.
- Элон М. Еврейское право. СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. 611 с.
- Harutyunyan G.G. Constitutional culture: The lessons of history and the challenges of time / New Millenium Constitutionalism: paradigms of reality and challenge. Yerevan: NJHAR, 2017. 528 p.
- Harutyunyan G.G. Constitutional monitoring. Yerevan: NJHAR, 2016. 340 p.
- Yak B. Nationalism and moral psychology of community. Chicago: University Press, 2012. 520 p.

Development of Constitutional Law Conceptual Framework



Alexey Liverovskii

Research director, Law Faculty; Chief, Constitutional Law Department, Saint Petersburg Economic University, Doctor of Juridical Sciences. Address: 4 Marata Str., Saint Petersburg 191025, Russian Federation. E-mail: aleksei.liverovskii@list.ru



Abstract

The article raises the issue of the paradigm shift of constitutional law in modern conditions related with transition of Russian Federation to a fundamentally new stage of its constitutional development at the end of the 20th century. The reconstruction of constitutional legal understanding is connected with overcoming of legal, political and ideological problems of the transitional period. This study involves the application of a rational methodology of clarifying traditional humanitarian concepts of constitutional law based on natural legal understanding. The doctrine of supremacy of the constitution is examined in terms of the predetermination of its legal content towards the positive law as the result of the activities of state authorities. Discussing the mythological construction of the establishment of legal order in traditional communities contained in the Old Testament, the author suggests construction of the formation of social relations by regulators of natural origin. Highlighting the traditional and religious basis of the content of regulators of social relations specific to the “pre-state monoethnic communities” the author reveals their “constitutionality” on the basis of concept of “constitutional culture”. Such an approach to the sources of law allows to obtain a more precise idea of the categories of constitutional law and to justify their natural-legal origin based on rational modeling. Within framework of natural legal understanding a model of constitutional regulation of social relations based on a fundamental system of constitutional principles has been constructed. The analysis of content of decisions of the bodies of constitutional justice allowed to determine the mechanism for regulating of social relations by constitutional principles (constitutional regulation) which is different from the mechanism by the normative regulation. The concept of Right of the Constitution as a natural-legal form of constitutional regulation is formulated. Its application leads to the representation of the legal positions of the Constitutional Court of the Russian Federation as “flexible doctrines” the creation of which corrects and predetermines constitutional development of the state. Judicial resolution of the dichotomy: constitutional regime/legislative regime by the constitutional court through the constitutional regulation allows to emphasize a law-making characteristic on the activity of Constitutional Court of Russian Federation and thus to clarify its place and role in the system of interaction between a person, society and a state.



Keywords

constitutional regulation, constitutional normative control, positive laws, natural legal understanding, constitutional principles, legal positions of Constitutional Court of Russian Federation.

Citation: Liverovskii A.A. (2018) Development of Conceptual Framework of Constitutional Law. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 229–247 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.2.229.247



References

- Alekseev S.S. (2008) *Obshaya teoriya prava* [General theory of law]. Moscow: Prospekt, p. 81.
- Avakyan S.A. (2016) Konstitucionnoe pravo Rossii kak fundament bor'by s korrupciyey [Constitutional law of Russia as basis for fighting corruption]. *Anti-corruption: the constitutional approaches*. Moscow: Yusticininform, pp. 12–76.
- Avakyan S.A. (2015) *Konstitucionnyi leksikon: gosudarstvenno-pravovoi terminologicheskii slovar* [The constitutional lexicon: legal terminological dictionary]. Moscow: Yusticininform, 670 p. (in Russian)

- Bondar' N.F. (2014) Dostoinstvo lichnosti v aksiologicheskoi sisteme konstitucionnoi yustitsii [Dignity of the person in the axiological system of constitutional justice]. *Constitutional justice in the new millennium*. Yerevan: NJHAR, pp. 42–76.
- Bondar' N.S. (2011) *Yuridicheskiy konstitucionalizm v Rossii v svete konstitucionnoi yustitsii* [Judicial constitutionalism in Russia in the light of constitutional justice]. Moscow: Norma, 544 p. (in Russian)
- Elon M. (2002) *Evreiskoie pravo* [The Jewish Law]. Saint Petersburg: Yuridicheski centre press, 611 p. (in Russian)
- Gadjiev G.A. (2008) Principy prava i pravo iz principov [Principles of law and law from principles]. *Sravnitel'noe konstitucionnoe obozrenie*, no 2, pp. 22–45.
- Garlitckii L. (2009) Konstitucionnye zennosti i Strasburgskiy sud [The constitutional values and the Strasbourg court]. *Constitutional values in theory and jurisprudence*. Moscow: Institute of Law and Public Policy, pp. 221–233.
- Gutcan N.F. (2009) *Akty konstitucionnoi justitsii v sisteme istochnikov rossiyskogo prava*. Dis....kand. jurid. nauk [Acts of constitutional justice in the system of Russian law sources. Candidate of juridical sciences thesis]. Saint Petersburg, 2009. 149 p.
- Harutyunyan G.G. (2017) Constitutional culture: lessons of history and the challenges of time. *New Millenium Constitutionalism: paradigms of reality and challenge*. Yerevan: NJHAR, 528 p.
- Harutyunyan G.G. (2016) *Constitutional monitoring*. Yerevan: NJHAR, 340 p.
- Khabriyeva T. Ya., Tchirkin V.E. (2005) *Theoria sovremennoi konstitutsii* [Theory of modern constitution]. Moscow: Norma, 320 p. (in Russian)
- Lazarev V.V. (2016) *Istoria i metodologiya yuridicheskoy nauki* [History and methodology of legal science]. Moscow: Norma, 495 p. (in Russian)
- Shershenevich G.F. (2015) *Obschee uchenie o prave i gosudarstve* [General theory of law and state]. Moscow: Lenand, 160 p. (in Russian)
- Yack B. (2012) *Nationalism and the moral psychology of community*. Chicago: University Press, 520 p.

Развитие избирательных систем: исторический контекст



И.Г. Шаблинский

профессор кафедры конституционного и административного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: ishablin@yandex.ru



Аннотация

Рецензия на кн.: Любарев А. Е. Избирательные системы: российский и мировой опыт. М.: Либеральная миссия, 2017. 632 с.



Ключевые слова

избирательное право, выборы, голоса, квоты, партийные списки, блоки.

Библиографическое описание: Шаблинский И. Г. Развитие избирательных систем: исторический контекст // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 2. С. 248–254.

Автор рецензируемой работы А. Любарев — один из специалистов в области избирательного права и избирательных систем, автор десятков статей и книг по данной проблематике, один из авторов инициативного Избирательного кодекса, эксперт Комитета гражданских инициатив. Интересен его блог и в частности его анализ событий, связанных с президентскими выборами 2018 года.

Рецензируемая работа — фундаментальный труд, содержащий как детальное описание самих избирательных систем, так и характеристику различных исторических контекстов, в которые данные системы создавались. Вообще, историко-политический аспект, т.е. обширный фактологический материал, связанный с политической жизнью десятков государств, — важная часть работы. Из нее как из энциклопедии можно извлечь массу интересных данных, обусловленных применением тех или иных избирательных систем. Но все же следует еще раз отметить, что в данном случае перед нами не популярный очерк и не учебник, но добросовестное и тщательно выстроенное академическое правовое исследование.

В первых двух главах автор классифицирует избирательные системы и обозначает основные вехи в истории их развития. В двух последующих главах эти системы подробно описываются. Автор также детально разбирает некоторые общие для них параметры, предоставляя при этом весьма обширную и структурированную информацию для тех, кто размышляет над темой совершенствования отечественной избирательной системы. Всего в работе шесть глав, раскрывающие различные аспекты исследования избирательных систем.

Оставаясь на почве академической методологии, автор почти не обозначает своих политических позиций, вроде неизбежных при оценке электоральных систем и процессов. Из исследования становится ясно, что автор не чужд интереса к математике. Как, впрочем, и многие из изобретателей избирательных систем.

Важнейшее обобщение работы, связанное с динамикой развития законодательства о выборах — это вывод о его связи с процессом развития и укрепления политической демократии в разных частях мира: «Развитие избирательных систем тесно связано с процессом демократизации, и в истории этого процесса также можно увидеть несколько волн» (с. 51). Вслед за С. Хантингтоном автор уделяет внимание четырем волнам демократизации, прокатившимся в последние два столетия в основном по государствам Европы, но достигавшим и Нового Света. Обращает внимание он и на периоды отката, усиления авторитарных тенденций. Первая волна продолжалась почти столетие — с 1820-х до 1920-х годов. Но за этой волной следовал и откат, связанный с созданием в целом ряде стран авторитарных и фашистских режимов.

Распространение демократии с середины 1940-х годов («вторая волна») ознаменовалось победой антигитлеровской коалиции и восстановлением демократических режимов в Италии, Греции, других государствах и продолжалось до конца 1950-х гг. Хантингтон связывает ее затухание с переворотом в Пакистане в 1958 г. Ему также предшествовали перевороты и установление авторитарных режимов в Иране и Египте в 1952 г. «Третья волна» демократизации может быть связана с «революцией гвоздик» в Португалии в 1974 г., «четвертая волна» — с крушением системы тоталитарных коммунистических режимов Восточной Европы в 1989 г. Развитие избирательных систем в определенной мере коррелировалось с этими волнами. Хотя с какого-то времени (может быть, с середины XX века) пыл изобретательства новых систем и методов голосования иссяк, и речь шла уже о распространении и применении известных и доказавших свою эффективность систем.

Важнейшим достижением в этом контексте стало замещение чисто мажоритарных систем различными вариантами пропорциональной системы. Автор замечает в связи с этим: «В XIX веке общественность европейских

стран постепенно начала осознать несправедливость избирательных систем, основанных на принципе большинства, которые лишали представительства значительные группы избирателей. Этому во многом способствовали произошедшие в тот период кардинальные изменения в избирательных правах — сокращение и, в конечном счете, полная ликвидация имущественных цензов» (с. 62).

Период после Первой Мировой войны — это пора роста популярности пропорциональной избирательной системы по миру. Ее распространение в известной мере олицетворяло в данный период расширение ареала политической демократии. В 1918 г. данная система была установлена в Дании, в 1919 г. — в Австрии, Германии, Италии, Литве, Польше, Чехословакии, Эстонии, в 1922 г. — в Латвии, в 1925 г. — в Чили.

Но в этот же период в ряде стран Европы и Латинской Америки демократические режимы были заменены единоличными идеологизированными диктатурами. В некоторых случаях политики и эксперты усматривали один из факторов такого перерождения в недостатках избирательных систем. В частности, в Латвии, где в 1934 г. был установлен авторитарный режим, его глава К. Ульманис, указывая на кризис парламентаризма, ссылаясь на крайнюю раздробленность Сейма в результате выборов, на которых применялась пропорциональная система.

А. Любарев обращает внимание на то, что и «в Германии сложилось убеждение, что значительная степень вины за приход к власти нацистов лежит на избирательной системе Веймарской Республики. И хотя такое мнение весьма спорно, оно сыграло существенную роль в выработке новой избирательной системы. Минусом прежней избирательной системы считалась также безличность связанных списков» (с. 93).

Избирательные системы продолжали совершенствоваться с учетом тяжелых политических ошибок и кризисов. Третья и четвертая «волны» демократизации, прокатившиеся по миру — это расширение поисков оптимальных систем выборов и подсчета голосов.

Книга А. Любарева разворачивает перед читателем длинный перечень действовавших и действующих в различных государствах избирательных систем. Читатель, пожалуй, может быть удивлен сложившимся в этой сфере разнообразием. Некоторые из этих систем ставят перед избирателем задачи, связанные с заполнением бюллетеня (и, в частности, с дифференциацией оценок кандидатов и партий). Не менее сложные задачи могут вставать и перед избирательными комиссиями при подсчете голосов в рамках данных систем. Однако все эти трудности не заставили законодателей ряда стран отказать от того, чтобы попытаться учесть голоса максимально возможного числа избирателей (сводя к минимуму потерю голосов аутсайдеров) при максимально возможном учете предпочтений каждого голосующего. При

выборе методик голосования и подсчета голосов упрощение почти всегда означало пренебрежение политической волей широкого круга лиц.

В последние десятилетия в самых разных государствах (в том числе и в России) развитие получили варианты смешанных систем, т.е. сочетание систем мажоритарных и пропорциональных. Тем или другим из них отдавалось предпочтение в зависимости от того, какие цели преследовали законодатели, отражавшие интересы различных политических элит. Среди таких целей могло быть и оставление избирателям возможности выразить предпочтение наиболее полно, и отсечение радикальных группировок, и предотвращение избыточного дробления депутатского корпуса.

О поисках и опыте применения различных избирательных систем можно говорить и применительно к нашей стране. Проблема, однако, в том, что чаще всего данный поиск был обусловлен стремлением обеспечить максимальные удобства партии власти, свести к минимуму (или полностью исключить) конкуренцию и сохранить status quo. Этим в конечном счете обусловлено и снижение доверия и интереса граждан к выборам.

В книге мы находим авторские подходы к возможным реформам российской избирательной системы, нацеленным на создание оптимальных условий для реальной политической конкуренции, а также для наилучшего выражения предпочтений избирателя. А. Любарев давно работает над предложениями о корректировке действующих в данной сфере институтов. Некоторые из этих предложений (сформулированные ранее в инициативном проекте Избирательного кодекса) заслуживают серьезного изучения. К ним можно обратиться и в рецензии (может быть, ее прочитают и в Центральной избирательной комиссии). Автор выступает за установление в России двухголосой смешанной связанной избирательной системы, образцом для которой служит система, работающая в Германии. При этом предусматриваются особенности, связанные с российским политическим опытом. Предлагается снижение заградительного барьера с 5% до 3%.

Для российской избирательной системы актуальным является также вопрос об недостатках «закрытых списков» при пропорциональной системе: именно такие списки предусмотрены сейчас федеральным законом и законами большинства регионов. Но в условиях стабильности и предсказуемости результатов выборов (а они у нас весьма предсказуемы) места в списках давно уже делятся на «проходные», «полупроходные» и «непроходные». При этом «проходные» места могут продаваться (с. 179). Претенденты на «непроходные» места прекрасно понимают, что их участие в выборах является символическим.

В этом плане законодателю есть смысл подумать над более широким применением на федеральном и региональном уровне «открытых» списков, при использовании которых избиратель может обозначать предпочтения, нуме-

руя кандидатов. Правда, для определения эффективности такой меры важен более широкий политический контекст. Автор замечает, что «применение пропорциональной компоненты на выборах законодательных собраний регионов содействовало плюрализации политической жизни в регионах и в перспективе могло бы привести к демонтажу регионального авторитаризма... если бы этот механизм не был сломан последующими контрреформами...» (с. 205).

Автор книги подробно разбирает различные методы распределения мандатов в рамках пропорциональной системы, но в целом отдает предпочтение применяемому сейчас в России (на выборах в Государственную Думу) методу Хэйра-Нимейера (разработанному, кстати, еще А. Гамильтоном, одним из отцов-основателей США). По этому поводу он даже вступает в полемику с известным конституционалистом В.Е. Чиркиным, доказывая — на наш взгляд, вполне убедительно, — что данный метод прост. В самом деле, довольно легко понять его суть, условную «цену» одного депутатского мандата в голосах: как частное от деления числа всех проголосовавших избирателей на число мест в законодательном органе. Нужно признать, что книга А. Любарева — не полемическая: автор крайне редко вступает в споры с оппонентами; в основном он остается верен двум жанрам: просветительскому и аналитического комментария. При этом автор — в заключение данного сюжета — вполне обоснованно рекомендует ЦИК в целях прозрачности публиковать расчет распределения мандатов.

Автор книги касается весьма широкого круга проблем, связанных с избирательным процессом, предлагая решения. Он, в частности, обращает внимание на негативные последствия нормы, требующей разбивать партийные избирательные списки на большое число территориальных групп, особенно в небольших и однородных регионах. Такое требование не только создает проблемы партиям, не обладающим административным ресурсом, но и приводит к тому, что значительные территории оказываются не представленными в списочной половине депутатского корпуса. Следует обратить внимание и еще одно негативное последствие данной меры: «В тех случаях, когда списки разбиваются на группы, в основном соответствующие субъектам федерации, региональные власти получают сильный стимул повышать явку любыми законными и незаконными методами, поскольку от явки зависит число мандатов, получаемых регионом» (с. 322).

Автор обосновывает нецелесообразность восстановления порога явки — его наличие подталкивает администрации всех уровней (и избирательные комиссии) к манипуляциям, нацеленным на достижение нужной явки. В то же время он выступает за восстановление графы «против всех». В книге содержится довольно интересный сюжет, как работала эта графа в ходе избирательных кампаний в предшествующее десятилетие. Нужно признать, что в

определенной мере она повышала явку разочарованных или рассерженных избирателей.

В книге рассматривается и проблема избирательных блоков. Данный институт, как известно, был исключен из законов о выборах федеральным законодателем в 2006 г., и есть основания полагать, что это было сделано в интересах партии власти. Достаточно обратить внимание на случаи, когда данная партия проигрывала выборы в региональные законодательные собрания по партийным спискам.

Вместо избирательных блоков (требующих составления общего списка двух и более партий) А. Любарев предлагает ввести институт соединения списков. Его аргументы основательны (с. 385). С одной стороны, данный институт более технологичен, поскольку заключение соглашения о соединении списков требует гораздо меньше времени и решений, чем формирование избирательного блока с единым списком кандидатов. С другой стороны, партии при соединении списков сохраняют индивидуальность (в то время как при формировании блока партия в нем практически растворяется), но голоса, полученные каждой из таких партий, при подсчете складываются. Вероятно, это авторское предложение — одно из наиболее интересных.

В книге разбирается и тема гендерных квот. Автор подробно разбирает опыт нескольких стран, введивших такие квоты. Вопрос, насколько такие методы позволяют выразить или защитить интересы женщин, остается спорным (хотя в рамках темы представительства этнических меньшинств данный метод может считаться общепринятым). Практика подводит к выводу, что «законодательные меры дают позитивный эффект только там, где общество уже готово к равноправию и где прогресс в этой области был бы и без этих мер, но, может быть, в меньшей степени (с. 391)». Так, лидером в области гендерного равенства являются Скандинавские страны, но они шли к успеху долгим путем и в основном через деятельность сборников равенства. При этом обязательные гендерные квоты касались только назначаемых органов, а квоты в партийных списках устанавливались самими партиями на добровольной основе. Автор не обозначает своей позиции, но складывается впечатление, что к квотам он относится без энтузиазма.

Рецензируемая работа весьма своевременна и полезна и с точки зрения поиска путей реформирования нашей избирательной системы, и с точки зрения правового просвещения. Да, конечно, количество расчетов и отсылок к математическим формулам может напугать читателей, относящих себя к «чистым гуманитариям». Но и для них в книге немало нового и интересного. И в сущности именно гуманитарный интерес может иногда требовать от читателя некоторых усилий с тем, чтобы лучше понять механизм выражения и защиты его прав — в данном случае избирательных.

Development of Electoral Systems: Historical Context



Ilya Shablinsky

Professor, Constitutional and Administrative Law Chair, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: ishablin@yandex.ru



Abstract

Review of a book by A.E. Lubarev. Development of Electoral Systems: Historical Context. Moscow: Liberal Mission, 2016. 632 p.



Keywords

electoral law, elections, votes, quotas, party lists, blocs.

Citation: Shablinsky I.G. (2018) Development of Electoral Systems: Historical Context. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 248–254 (in Russian)

Журнал учрежден в качестве печатного органа Национального исследовательского университета «Высшей школы экономики» с целью расширения участия НИУ ВШЭ в развитии правовой науки, в совершенствовании юридического образования.

Главные задачи:

- стимулирование научных дискуссий
- опубликование материалов по наиболее актуальным вопросам права
- содействие реформе юридического образования, развитию образовательного процесса, в том числе разработке новых образовательных курсов
- укрепление взаимодействия между учебными и научными подразделениями НИУ ВШЭ
- участие в расширении сотрудничества российских и зарубежных ученых-юристов и преподавателей
- вовлечение молодых ученых и преподавателей в научную жизнь и профессиональное сообщество
- организация круглых столов, конференций, чтений и иных мероприятий

Основные темы:

Правовая мысль (история и современность)
Портреты ученых-юристов
Российское право: состояние, перспективы, комментарии
Судебная практика
Право в современном мире
Реформа юридического образования
Научная жизнь
Дискуссионный клуб
Рецензии

Журнал рассчитан на преподавателей вузов, аспирантов, научных работников, экспертное сообщество, практикующих юристов, а также на широкий круг читателей, интересующихся современным правом и его взаимодействием с экономикой. «Право. Журнал Высшей школы экономики» включен в перечень ведущих российских рецензируемых научных журналов и изданий, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией Минобрнауки России для публикации основных научных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук по направлению «Юриспруденция».

Журнал выходит раз в квартал и распространяется в России, странах СНГ и дальнего зарубежья.

Журнал входит в **Web of Science Core Collection Emerging Sources Citation Index, Russian Science Citation Index (RSCI) на базе Web of Science.**

Журнал включен в следующие базы данных:

Киберленинка, HeinOnline, Ulrichsweb, Open J-Gate, Gale

АВТОРАМ

Требования к оформлению текста статей

Представленные статьи должны быть оригинальными, не опубликованными ранее в других печатных изданиях. Статьи должны быть актуальными, обладать новизной, содержать выводы исследования, а также соответствовать указанным ниже правилам оформления. В случае ненадлежащего оформления статьи она направляется автору на доработку.

Статья представляется в электронном виде в формате Microsoft Word по адресу: lawjournal@hse.ru

Адрес редакции: 109028, Москва, Б. Трехсвятительский пер, 3, оф. 113

Рукописи не возвращаются.

Объем статьи

Объем статей до 1,5 усл. п.л., рецензий — до 0,5 усл. п.л.

При наборе текста необходимо использовать шрифт «Times New Roman». Размер шрифта для основного текста статей — 14, сносок — 11; нумерация сносок сплошная, постраничная. Текст печатается через 1,5 интервала.

Название статьи

Название статьи приводится на русском и английском языке. Заглавие должно быть кратким и информативным.

Сведения об авторах

Сведения об авторах приводятся на русском и английском языках:

- фамилия, имя, отчество всех авторов полностью
- полное название организации — места работы каждого автора в именительном падеже, ее полный почтовый адрес.
- должность, звание, ученая степень каждого автора
- адрес электронной почты для каждого автора

Аннотация

Аннотация предоставляется на русском и английском языках объемом 250–300 слов. Аннотация к статье должна быть логичной (следовать логике описания результатов в статье), отражать основное со-

держание (предмет, цель, методологию, выводы исследования).

Сведения, содержащиеся в заглавии статьи, не должны повторяться в тексте аннотации. Следует избегать лишних вводных фраз (например, «автор статьи рассматривает...»).

Исторические справки, если они не составляют основное содержание документа, описание ранее опубликованных работ и общеизвестные положения, в аннотации не приводятся.

Ключевые слова

Ключевые слова приводятся на русском и английском языках. Необходимое количество ключевых слов (словосочетаний) — 6–10. Ключевые слова или словосочетания отделяются друг от друга точкой с запятой.

Сноски

Сноски постраничные.

Сноски оформляются согласно ГОСТ Р 7.0.5-2008 «Система стандартов по информации, библиотечному и издательскому делу. Библиографическая ссылка. Общие требования и правила составления», утвержденному Федеральным агентством по техническому регулированию и метрологии. Подробная информация на сайте <http://law-journal.hse.ru>.

Тематическая рубрика

Обязательно — код международной классификации УДК.

Список литературы

В конце статьи приводится список литературы. Список следует оформлять по ГОСТ 7.0.5-2008.

Статьи рецензируются. Авторам предоставляется возможность ознакомиться с содержанием рецензий. При отрицательном отзыве рецензента автору предоставляется мотивированный отказ в опубликовании материала.

Плата с аспирантов за публикацию рукописей не взимается.

Свидетельство о регистрации средства массовой информации
«Право. Журнал Высшей школы экономики»
ПИ № ФС77-66570 от 21 июля 2016 г.
выдано Федеральной службой по надзору
в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций

Выпускающий редактор *В.С. Беззубцев*
Корректор *И.В. Гетьман-Павлова*
Художник *А.М. Павлов*
Компьютерная верстка *Н.Е. Пузанова*
Редактор английского текста *А.В. Калашиников*

Подписано в печать 13.06.2018. Формат 70×100/16

Усл. печ. л. 16,12. Тираж 500 экз.