

Учредитель

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

Редакционная коллегия

А.И. Абдуллин (Казанский (Приволжский) федеральный университет, РФ)

Дж. Айджани (Туринский университет, Италия)

Ю. Базедов (Институт сравнительного и международного частного права Макса Планка, ФРГ)

С.В. Бахин (Санкт-Петербургский государственный университет, РФ)

Н.А. Богданова (МГУ им. М.В. Ломоносова, РФ)

В.А. Виноградов (НИУ ВШЭ, РФ)

А.В. Габов (ИГП РАН, РФ)

Ю.В. Грачева (НИУ ВШЭ, РФ)

Г.А. Гаджиев (НИУ ВШЭ, РФ)

С.Ф. Дикин (Кембриджский университет, Великобритания)

Г.Б. Динвуди (Чикаго-Кент колледж, США)

И.А. Емелькина (РАНХиГС при Президенте РФ, РФ)

Н.Ю. Ерпылева (НИУ ВШЭ, РФ)

А.А. Иванов (НИУ ВШЭ, РФ)

В.Б. Исаков (НИУ ВШЭ, РФ)

А.А. Ларичев (НИУ ВШЭ, РФ)

Т.Г. Моршаклова (НИУ ВШЭ, РФ)

Г.И. Муромцев (Российский университет дружбы народов, РФ)

А.В. Наумов (НИИ Университета прокуратуры, РФ)

Н.А. Поветкина (НИУ ВШЭ, РФ)

А.И. Рарог (МГЮА им. О.Е. Кутафина, РФ)

В.А. Сивичкий (Конституционный Суд Российской Федерации)

Е.А. Суханов (МГУ им. М.Ю. Ломоносова, РФ)

Ю.А. Тихомиров (НИУ ВШЭ, РФ)

Г.Г. Шинкаревая (ИГП РАН, РФ)

Т. Эндикотт (Оксфордский университет, Великобритания)

Главный редактор

И.Ю. Богдановская (НИУ ВШЭ, РФ)

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, 2022

Право

ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

3/2022



ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

О.С. Гузеева

Конституционные основы понимания уголовного наказания в системе мер противодействия преступлениям. 4

М.А. Филатова

Проблемы толкования признаков злоупотребления в сфере государственных и муниципальных закупок 28

А.А. Волос

Цифровизация общества и объекты наследственного правопреемства 51

А.В. Ефимов

Экономическая деятельность и правовое положение юридических лиц. 72

А.Б. Зеленцов, О.А. Ястребов

Современные модели административно-процессуального регулирования: опыт сравнительно-правового исследования 96

I.V. Panova, A.A. Zaraiskiy

Administrative Justice 132

E.V. Ryabova, V.A. Machehkin

Taxation of Self-Employed in Russia: Potential Discrimination 149

Д.Л. Комягин

Новое единство кассы и реформа кассового устройства в России 173

Ю.С. Ромашев

Международный обычай в российской правовой системе 195

Право в современном мире

А.Н. Сквозников

Ограничение прав и свобод человека в условиях пандемии COVID-19: международно-правовые аспекты 222

Н.Ю. Ерпылева, И.В. Гетьман-Павлова, А.С. Касаткина

Кодификация международного частного права в смешанных юрисдикциях (на примере Пуэрто-Рико) 241

Рецензия 278

Publisher

National Research
University Higher School
of Economics

Editorial Board

A.I. Abdullin (Kazan (Volga
Region) Federal University, RF)

G. Ajani (University of Turino,
Italy)

J. Basedow (Max Planck Institute
for Comparative and International
Private Law, Germany)

S.V. Bakhin (St. Petersburg State
University, RF)

N.A. Bogdanova (Lomonosov
Moscow State University, RF)

S. Deakin (University of
Cambridge, UK)

G. Dinwoodie (Chicago-Kent
College of Law, Chicago, USA)

I.A. Emelkina (the Russian
Academy of National Economy
under the President of the
Russian Federation, RF)

T. Endicott (University
of Oxford, UK)

A.V. Gabov (Institute of State
and Law of the Russian Academy
of Sciences, RF)

G.A. Gadjeiev (HSE, RF)

Yu.V. Gracheva (HSE, RF)

A.A. Ivanov (HSE, RF)

V.B. Isakov (HSE, RF)

A.A. Larichev (HSE, RF)

T.G. Morshchakova (HSE, RF)

G.I. Muromtsev (Peoples'
Friendship University
of Russia, RF)

A.V. Naumov (University
of Procuracy, RF)

N.A. Povetkina (HSE, RF)

A.I. Rarog (Moscow State
Juridical Kutafin University, RF)

G.G. Schinkaretskaya (IGP
RAN, RF)

V.A. Sivitsky (the Constitutional
Court, RF)

E.A. Sukhanov (Lomonosov
Moscow State University, RF)

Y.A. Tikhomirov (HSE, RF)

V.A. Vinogradov (HSE, RF)

N.Y. Yerpyleva (HSE, RF)

Editor-in-Chief

I.Yu. Bogdanovskaya
(HSE, RF)

Address:

3 Bolshoy Triohsviatitelsky Per.,
Moscow 109028, Russia

Tel.: +7 (495) 220-99-87

<http://law-journal.hse.ru>

e-mail: lawjournal@hse.ru

Law

JOURNAL

OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

3/2022



ISSUED QUARTERLY

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

O.S. Guzeeva

Constitutional Foundations for Understanding Criminal Punishment
in the System of Measures to Counteract Crimes. 4

M.A. Filatova

Interpretation of Elements of Crimes Connected with Abuses
in the Sphere of Public Procurement. 28

A.A. Volos

Digitalization of Society and Objects of Hereditary Succession 51

A.V. Efimov

Economic Activities and Status of Legal Entities. 72

A.B. Zelentsov, O.A. Yastrebov

Modern Models of Administrative Procedural Regulation:
Experience of Comparative Legal Research 96

I.V. Panova, A.A. Zarskiy

Administrative Justice. 132

E.V. Ryabova, V.A. Machekhin

Taxation of Self-Employed in Russia: Potential Discrimination 149

D.L. Komyagin

New Unity of Government Cash Desk and Reform
of the Cash Register in Russia 173

Yu.S. Romashev

International Custom in the Russian Legal System. 195

Law in the Modern World

A.N. Skvoznikov

Limitation of Human Rights and Freedoms in the Context
of the COVID-19 Pandemic: International Legal Aspects 222

N.Y. Erpyleva, I.V. Getman-Pavlova, A.S. Kasatkina

Codification of Private International Law in Mixed Jurisdictions
(on the Puerto Rico Example) 241

Book Review 278

Law JOURNAL OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

ISSUED QUARTERLY

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 included in the List of peer-reviewed scientific publications recommended by the Higher Attestation Commission under the Ministry of Higher Education and Science of Russian Federation for the publication of the main research results for the degree of Candidate and Doctor of juridical sciences.

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

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

Научная статья

УДК 343.241

DOI:10.17323/2072-8166.2022.3.4.27

Конституционные основы понимания уголовного наказания в системе мер противодействия преступлениям



Ольга Сергеевна Гузеева

Арбитражный суд Московской области, Россия 107078, Москва, ул. Академика Сахарова, 18, Olga3520@list.ru, <https://orcid.org/0000-0002-6810-395X>



Аннотация

Ограничение прав и свобод человека в целях предупреждения совершения преступлений является одним из важных и сложных направлений правовой политики государства. Здесь пересекаются, с одной стороны, конституционно значимые требования относительно оснований ограничения прав человека, с другой — криминологические постулаты о желательности раннего предупреждения преступлений на предкриминальной стадии, конституционные представления о жестких пределах ограничения прав человека и криминологические свидетельства необходимости контроля за поведением лица на посткриминальной стадии, стандарты ограничения прав лица, совершившего преступление, только рамками уголовного права и потребность в возложении на него иных правовых санкций за пределами уголовного права. Эти противоречия создают целостный комплекс проблем правового регулирования, включающий рассуждения о видах, целях, основаниях правоограничений и их конституционной допустимости. На основе анализа решений Конституционного Суда Российской Федерации и нормативных правовых актов в статье даны рассуждения о системе правоограничительных мер противодействия преступлениям. В такую систему включены меры, применяемые на предкриминальной стадии, меры процессуального обеспечения, меры уголовного наказания, меры уголовно-правового характера, меры, применяемые на посткриминальной стадии, неуголовно-правовые последствия совершения преступлений. Применительно к каждой группе мер определены правовые позиции Конституционного Суда, соблюдение которых позволяет, с одной стороны, согласовать эти меры в едином комплексе правоограничений, с другой, предельно четко их противопоставить друг другу

с целью избежать нарушения отраслевой правовой природы и нарушения принципа справедливости. Особенное внимание уделено специфическим признакам уголовного наказания в общем ряду правоограничений. Доказано, что таковые связаны с основанием, сущностью и целью наказания. Отличительной сущностной характеристикой наказания признается наличие в нем выраженного морального упрека со стороны общества в адрес преступника. Только наказание, назначенное именно за совершение преступления, выражает такой согласованный упрек и в силу этого ориентировано на исправление преступника.



Ключевые слова

конституционализация уголовного права, ограничение прав и свобод человека, меры уголовно-правового характера, уголовное наказание, правовые последствия совершения преступления, меры предупреждения преступлений.

Для цитирования: Гузеева О.С. Конституционные основы понимания уголовного наказания в системе мер противодействия преступлениям // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 3. С. 4–27. DOI:10.17323/2072-8166.2022.3.4.27.

Russian Law: conditions, perspectives, commentaries

Research article

Constitutional Foundations for Understanding Criminal Punishment in the System of Measures to Counteract Crimes



Olga S. Guzeeva

Arbitration Court of the Moscow Region, 18 Akademika Sakharova Str., Moscow 107078, Russia, Olga3520@list.ru, <https://orcid.org/0000-0002-6810-395X>



Abstract

Restricting human rights and freedoms in order to prevent the commission of crimes is one of the most important and difficult directions of the state's legal policy. Here intersect, on the one hand, constitutionally significant requirements regarding the grounds for limiting human rights and on the other hand, criminological postulates about the desirability of early crime prevention at the pre-criminal stage; constitutional ideas about the strict limits of human rights restrictions and criminological evidence of the need to control the behavior of a person at the post-criminal stage; standards of limiting the rights of a person who committed a crime, only within the framework of criminal law and the need to impose other legal sanctions on him outside of criminal law. These contradictions create an integral complex of problems of legal regulation, including discussions about the types, purposes, grounds of legal restrictions and their constitutional admissibility. Based on the analysis of the decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation, the provisions of normative legal acts, the article presents the author's reasoning about the system of law-restrictive measures to counter crimes. Such a system includes: measures applied at the pre-criminal stage,

procedural measures, measures of criminal punishment, measures of a criminal-legal nature, measures applied at the post-criminal stage, non-criminal consequences of committing crimes. With regard to each group of measures, the legal positions of the Constitutional Court of the Russian Federation are determined, the observance of which allows, on the one hand, to coordinate all these measures in a single set of legal restrictions, and on the other hand, to very clearly oppose them to each other in order to avoid violation of the sectoral legal nature and violation of the principle justice. Special attention is paid to the specific features of criminal punishment in the general range of legal restrictions. It has been proven that these are associated with the basis, essence and purpose of punishment. Only the punishment is the appointment precisely for the commission of a crime, expresses a moral reproach to the personality of the offender and is focused on its correction. A distinctive essential characteristic of punishment is the presence in it of a pronounced moral reproach on the part of society against the offender. Only punishment imposed specifically for the commission of a crime expresses such a concerted reproach and, therefore, is oriented towards the correction of the offender.

Keywords

constitutionalization of criminal law; restriction of human rights and freedoms; measures of a criminal law; criminal penalty; legal consequences of committing a crime; crime prevention measures.

For citation: Guzeeva O.S. (2022) Constitutional Foundations for Understanding Criminal Punishment in System of Measures to Counteract Crimes. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no. 3, pp. 4–27 (in Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2022.3.4.27.

Введение

Анализ института уголовного наказания с точки зрения конституционных стандартов регулирования уголовно-правовых отношений (насколько позволяет судить анализ отечественной библиографии по уголовному праву) не входит в число приоритетных и актуальных тем научных сочинений. Между тем должно быть очевидным, что поскольку уголовное право в одной из популярных его интерпретаций есть прежде всего право наказания, постольку этот вопрос требует отдельного и самого пристального внимания. В теоретическом отношении он условно, но отчетливо распадается на две составляющие: во-первых, это конституционные основы собственно права государства на наказание, во-вторых, это основы уголовного наказания как отраслевого института. Если первый аспект темы (пусть и без использования концепта «конституционализация») традиционно составлял важнейший элемент предмета исследования едва ли не всех дореволюционных авторов и вызывает оправданный интерес современных специалистов [Гурин Д.В., 2014, 2015]; то конституционализация собственно института наказания остается «белым пятном». Обсуждение этого вопроса в доктрине ограничивается, как правило, важными, но частными аспектами конституционных

основ смертной казни и отдельными рассуждениями общего характера [Жалинский А.Э., 2011: 612–625]; [Антипов С.А., 2012: 91–127]. Настало время концептуализировать проблему конституционных основ института уголовного наказания, рассматривая ее в качестве необходимого элемента решения общей задачи конституционализации отрасли уголовного права.

В этих целях требуется прежде всего определить специфику уголовного наказания и его место в общем ряду мер, принимаемых государством в связи с реализацией его функций охраны конституционных ценностей и правопорядка. Этот вопрос нуждается в комплексном и последовательном анализе, учитывая, что таковые меры предпринимаются до, во время, вместо и вместе с наказанием и с содержательной точки зрения весьма близки этому институту.

1. Уголовное наказание и превентивные меры индивидуального характера, применяемые на предкриминальной стадии

Еще Н.С. Таганцев указывал, что наказание надо отличать от принудительных мер, принимаемых органами государственной власти в интересах предупреждения или пресечения правонарушений, и мер надзора за отдельными лицами или группами лиц, по своим занятиям, образу жизни, прежней деятельности и т.п., опасных общественному или государственному порядку и спокойствию [Таганцев Н.С., 1902: 825]. Основной разграничительный фактор состоит в том, что наказание есть следствие совершенного преступления, оно всегда применяется после преступления, а не до момента его совершения. На первый взгляд это самоочевидный факт. Однако в современных условиях данный признак приобретает крайне важное значение в связи с развитием системы мер правового предупреждения преступлений и становлением так называемого «превентивного уголовного права». Речь идет о системе мер правового воздействия, включая правоограничительные меры, в отношении лиц, которые еще не совершили предусмотренного уголовным законом общественно опасного деяния.

На примере анализа законодательства США и Великобритании А.Л. Гурина к таким мерам относит, например, контрольные приказы и заключение под стражу без предъявления обвинения, включение лиц в списки тех, кто не допускается на борт воздушного судна, замораживание банковских активов, запрет на поездки, судебные приказы в отношении лиц, демонстрирующих антиобщественное поведение или совершивших акты домашнего насилия и др. [Гурина А.Л., 2018: 217].

В рамках отечественной правовой системы также можно найти аналоги подобных мер. Так, Закон «Об основах системы профилактики правонару-

шений в Российской Федерации»¹ содержит указание на возможность полиции вынести официальное предостережение в отношении лица, демонстрирующего антиобщественное поведение, с последующей возможной ответственностью за неисполнение этого предостережения. В проекте Федерального закона «О профилактике семейно-бытового насилия в Российской Федерации»² предусматривается применение в отношении лиц, совершающих акты семейно-бытового насилия, таких мер, как запрет вступать в контакты, общаться с лицом, подвергшимся семейно-бытовому насилию, возложение обязанности покинуть место совместного проживания с лицом, подвергшимся семейно-бытовому насилию. При этом семейно-бытовое насилие понимается как умышленное деяние, причиняющее или содержащее угрозу причинения физического и (или) психического страдания и (или) имущественного вреда, не содержащее признаков административного правонарушения или уголовного преступления.

Такие и некоторые иные аналогичные меры по своим объективным признакам весьма схожи с уголовным наказанием. Данное обстоятельство признал и Конституционный Суд Российской Федерации (далее — КС РФ), рассматривая вопрос о конституционности некоторых положений Федерального закона «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних»³. Обсуждая природу такой профилактической меры как помещение несовершеннолетних, не достигших возраста уголовной ответственности, в центры временного содержания, КС РФ констатировал: «Понятие «лишение свободы» в его конституционно-правовом смысле имеет автономное значение... Особенности режима пребывания в центре позволяют рассматривать нахождение там как лишение свободы в конституционно-правовом смысле. Следовательно, будучи нацеленным на защиту жизни и здоровья несовершеннолетнего, совершившего общественно опасное деяние до достижения возраста уголовной ответственности, на профилактику противоправного поведения, помещение в центр временного содержания для несовершеннолетних правонарушителей органов внутренних дел должно быть правомерным именно в контексте статьи 22 Конституции Российской Федерации и статьи 5 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, принципиально важных для нормативного регулирования

¹ Федеральный закон от 23.06.2016 № 182-ФЗ «Об основах системы профилактики правонарушений в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2016. № 26 (Часть I). Ст. 3851.

² Available at: URL: <http://council.gov.ru/services/discussions/themes/110611/> (дата обращения: 17.05.2020)

³ Федеральный закон от 24.06.1999 № 120-ФЗ (ред. от 24.04.2020) «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних» // СЗ РФ. 1999. № 26. Ст. 3177.

допустимого лишения свободы»⁴. Соответственно, отсутствие общественно опасного деяния, запрещенного уголовным законом, непричастность к нему несовершеннолетнего исключают саму предпосылку помещения в центр по данному основанию, а значит, установление факта совершения такого деяния является необходимым условием принятия соответствующего решения, как и установление угроз жизни или здоровью несовершеннолетнего либо рисков совершения им повторного общественно опасного деяния, при том что эти риски и угрозы могут быть предотвращены путем его помещения в центр. Вместе с тем даже если указанные обстоятельства подтверждены, соразмерность и необходимость данной меры в отношении лица подлежат оценке в предусмотренной законом процедуре надлежащим судом, исследующим фактическую сторону дела, с предоставлением процессуальных гарантий защиты права на свободу и личную неприкосновенность, пропорциональных характеру ограничений.

Анализ приведенной правовой позиции позволяет выявить несколько важных суждений. Они напрямую относятся к такой превентивной мере, как помещение несовершеннолетних в центр временного содержания, но, по нашему убеждению, могут и должны иметь всеобщий характер, определяя понимание всех иных превентивных правоограничений. В частности:

правоограничительные меры, направленные на предупреждение совершения преступлений, являются в принципе конституционно допустимыми в мере, в какой они соответствуют конституционным основаниям ограничения прав и свобод граждан, предписанным в ч. 3 ст. 55 Конституции;

превентивные меры могут применяться только когда наличествует совокупность двух обязательных и взаимосвязанных условий: во-первых, должен быть подтвержден факт, который свидетельствует о правонарушающем и (или) опасном поведении лица. Во-вторых (и это особенно важно), должны иметься подтвержденные свидетельства того, что лицо, допустившее такое поведение, обладает повышенными рисками повторения соответствующих поведенческих актов. Такая совокупность является гарантией, с одной стороны, от применения правоограничений только на основании одних лишь предположений о вероятной опасности лиц, которые ни в чем предосудительном не были замечены, а, с другой стороны, от применения правоограничений в отношении лиц, которые в будущем не опасны для конституционно значимых ценностей;

⁴ Постановление Конституционного Суда РФ от 29.11.2019 № 38-П «По делу о проверке конституционности положений статей 1070 и 1100 Гражданского кодекса Российской Федерации и статьи 22 Федерального закона «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних» в связи с жалобой гражданки А.». Available at: URL: <http://www.ksrf.ru/ru/Decision/Pages/default.aspx> (дата обращения: 01.02.2021)

превентивные меры по характеру содержащихся в них правоограничений могут ассоциироваться или быть тождественными некоторым традиционным уголовным наказаниям (например, ограничивать или лишать лицо физической свободы, свободы распоряжения имуществом и т.д.). Необходимо, во-первых, дифференцированный анализ соответствия ограничиваемого права и охраняемого блага, во-вторых, объема содержания ограничений и цели, которую преследует государство, в-третьих, соразмерности объема ограничений имеющимся угрозам. Решение всех этих вопросов должно быть индивидуализированным на основании общих правовых норм;

превентивные меры, как и любое правоограничение, должны назначаться в состязательной судебной процедуре с гарантиями прав лиц, в отношении которых они применяются, либо в любом случае применение таких мер должно быть поставлено под контроль независимого суда, например, через институт обжалования решений об их применении.

Превентивные меры (которые в литературе часто именуют «преднаказанием») ввиду того, что они являют собой ограничение прав человека, не совершившего правонарушения, но обладающего повышенным риском его совершить, составляют важную часть современного правового пространства [Бабаев М.М., Пудовочкин Ю.Е., 2021: 275–288]. В силу логики риска и безопасности эти меры не только не могут быть элиминированы, но напротив, будут иметь тенденцию к росту в части оснований и объемов применения. Поскольку содержательно они близки традиционному уголовному наказанию, то вопрос о разграничении этих двух правовых феноменов приобретает важное теоретическое и прикладное значение.

Предпосылки к его решению в определенной мере содержатся непосредственно в отечественной Конституции, в ее статьях, оперирующих терминами «виновный», «осужденный», «приговор» (ст. 32, 49, 50). Они указывают, прежде всего, на формальный критерий разграничения наказаний и «преднаказаний», который состоит в том, что наказания применяются только на основании приговора суда к лицам, которые признаны виновными в совершении преступления, т.е. являются правовым следствием преступления и осуждения за него. В совокупности с предписаниями уголовного закона и положениями уголовно-правовой теории они позволяют выявить и содержательную специфику наказания, обоснованно предположить, что наказание есть прежде всего отражение и следствие официальной, государственной оценки виновности лица, его осуждения. Наказание есть следствие вины. Мера виновности определяет меру осуждения и, как следствие, меру наказания. В этом отношении наказание не только следует за преступлением, но детерминируется им сущностно, содержательно и формально. Как преступление отвергает правопорядок, так и наказание означает восстановление и торжество правопорядка; как преступление свидетельствует о нару-

шении конституционно значимых ценностей, так и наказание подтверждает их незыблемость и недопустимость нарушения.

2. Уголовное наказание и процессуальные меры обеспечительного характера

Обсуждая вопросы о специфике наказания, Н.С. Таганцев обращал внимание, что его следует отличать от принудительных мер, принимаемых «для устранения различного рода затруднений, причиняемых правильному осуществлению предначертанной законом деятельности» органов следствия и суда [Таганцев Н.С., 1902: 825]. Действующее законодательство содержит указания на возможность применения к обвиняемым и осужденным самых разных правоограничений, не связанных с наказанием, в частности, мер пресечения и процессуального принуждения (главы 12, 13, 14 Уголовного процессуального кодекса Российской Федерации; далее — УПК РФ), меры, направленные на обеспечение исполнения приговора (например, запрет на выезд осужденного за границу). Такие меры, как и наказание, следуют после совершения преступления, во многом обуславливаются опасностью совершенного деяния (хотя и не только ею), а также процессуальными рисками и рисками для стабильности правосудия. По своему содержанию они также являют собой ограничения прав и свобод лица, что неоднократно подчеркивал КС РФ.

Так, обсуждая вопросы конституционности меры пресечения в виде заключения под стражу, данный Суд указывал, что она по своему конституционно-правовому смыслу тождественна лишению свободы, а потому должна отвечать критериям правомерности, производным от предписаний ст. 22 Конституции и ст. 5 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (1950)⁵. Более того, Суд констатировал, что избрание в качестве меры пресечения заключение под стражу ущемляет право на свободу и личную неприкосновенность независимо от того, исполнено или не исполнено соответствующее постановление⁶.

Тем самым фактически признано, что мера пресечения в виде заключения под стражу в своем конституционно-правовом измерении не отличается от наказания в виде лишения свободы, в связи с чем КС РФ обратил особое внимание на процессуальные гарантии права на свободу, включая судебную процедуру рассмотрения дела, юридическую помощь обвиняемому, сораз-

⁵ Постановление Конституционного Суда РФ от 24.05.2018 № 20-П «По делу о проверке конституционности статьи 435 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан Д. и К.».

⁶ Постановление Конституционного Суда РФ от 03.05.1995 № 4-П «По делу о проверке конституционности статей 220¹ и 220² Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданина В.А. Аветяна».

мерность и обоснованность применяемой меры, ее строго индивидуализированный характер и т.д. Единственное отличие, которое усматривается в данном случае, — это цель применения меры пресечения, обусловленный ею порядок отбывания правоограничений и форма принятия решения, не предполагающая, разумеется, осуждения лица.

Гораздо более сложным в конституционном отношении стал вопрос о такой обеспечительной мере, как запрет для осужденных на выезд за пределы государства. Исследуя вопрос о конституционности такого запрета, установленного в ст. 15 Федерального закона «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию»⁷, КС РФ указал, что такой запрет не направлен на установление каких-либо санкций, носящих дополнительный по отношению к уголовному наказанию характер. Его целью выступает предотвращение возможности неисполнения приговоров и уклонения от уголовной ответственности лиц, виновность которых установлена судом⁸.

Суд, таким образом, признал, что данная обеспечительная мера ограничивает право осужденных на свободу перемещения (причем вне зависимости от того, к какому виду наказания был приговорен осужденный), однако отказался рассматривать соответствующее правоограничение в качестве дополнительной санкции уголовно-правового характера. КС РФ подошел к анализу запрета на выезд за пределы государства с точки зрения правомерности общих правовых запретов, но в этом встретил критику Европейского Суда по правам человека (далее — ЕСПЧ).

В специальном постановлении по этому вопросу⁹, констатировавшем нарушение Россией положений ст. 2 Протокола № 4 к Европейской конвенции 1950 года, ЕСПЧ согласился, что данная мера преследует законные цели поддержания общественного порядка и предупреждения преступности. Вместе с тем он подчеркнул, что запрет на выезд за границу может быть оправдан лишь только при четких признаках подлинного общественного интереса, который перевешивает право индивида на свободу передвижения. В силу этого подобный запрет должен аргументироваться индивидуальными обстоятельствами каждого дела. Если запрет на поездки является следствием статуса лица как осужденного и еще не реабилитированного правонарушителя, то общее и почти автоматическое ограничение не может считаться необходимым.

⁷ Федеральный закон от 15.08.1996 № 114-ФЗ «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию» // СПС КонсультантПлюс.

⁸ Постановление Конституционного Суда РФ от 08.12.2009 № 19-П «По делу о проверке конституционности подпункта 4 статьи 15 Федерального закона «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию» в связи с жалобами граждан В.Ф. Алдошиной и Т.С.-М. Идалова».

⁹ Постановление ЕСПЧ от 20.09.2016. Дело «Власов [Vlasov] и Беньяш [Benyash] против Российской Федерации» (жалобы № 51279/09 и 32098/13).

Как видим, ЕСПЧ провел более тонкий анализ, следуя тому, что меры, связанные с обеспечением исполнимости индивидуализированного приговора, также должны быть строго индивидуализированы и подконтрольны суду, и не могут носить общего, недифференцированного характера. Детальное обсуждение вопроса о конституционности рассматриваемой обеспечительной меры, разумеется, выходит далеко за пределы предмета нашего анализа. Ограничимся общим указанием на то, что продемонстрированный ЕСПЧ подход, по нашему мнению, является в большей степени обоснованным, поскольку не допускает применения общих запретов в целях обеспечения индивидуального судебного решения.

Единственный нюанс, по которому невозможно согласиться с ЕСПЧ, состоит в том, что он пытается связать применение обеспечительных мер с целями уголовного наказания. Критикуя позицию властей России, ЕСПЧ указал, что власти «не дали никаких объяснений, почему они считают, что запрет на поездки способствует реабилитации заявителей» и что «предполагаемый риск повторного правонарушения... не упоминался в судебных решениях». Однако реабилитация и превенция повторных нарушений по определению не могут входить в число целей обеспечительных мер. КС РФ абсолютно правильно подчеркнул, что единственная цель запрета на выезд — обеспечение исполнения судебного приговора — это неотъемлемая черта правового государства и элемент «права на суд». Этого в принципе достаточно для обоснования рассматриваемого правоограничения, обоснованность и соразмерность которого не должны проверяться на предмет ответственности не свойственных этому правоограничению целей.

Таким образом, в качестве промежуточного вывода можно констатировать, что меры, связанные с обеспечением возможности расследовать уголовное дело и исполнить вынесенный судом приговор, будучи конституционно оправданными, тем не менее объективно являют собой ограничение прав и свобод человека. В этом отношении они содержательно близки уголовному наказанию, от которого, однако, существенным образом отличаются по форме возложения и, самое главное, по целям применения. Они не выражают собой осуждения, кары, не определяют содержанием и степенью виновности лица, не направлены на решение задач восстановления справедливости, поддержания нарушенных преступлением конституционных ценностей, исправления и реабилитации лица, совершившего преступление.

3. Уголовное наказание и компенсаторные меры

Специфика целей применения уголовного наказания позволяет обособить его и от таких мер правового воздействия, которые предусматриваются законом для возмещения причиненного преступлением вреда. Важность

этого момента признается ЕСПЧ, который в одном из своих решений установил, что цель наказания за преступления должна быть сдерживающей и карательной, а не компенсаторной, и это является «обычной отличительной чертой уголовного наказания»¹⁰.

Компенсаторные меры имеют прочную конституционно-правовую основу в виде положений ст. 52 Конституции России, согласно которой «права потерпевших от преступлений и злоупотреблений властью охраняются законом. Государство обеспечивает потерпевшим доступ к правосудию и компенсацию причиненного ущерба». При этом в случае совершения преступления, которое причинило вред, меры компенсации могут быть реализованы в различных формах и правовых режимах.

Во-первых, компенсация может быть определена в силу положений главы 59 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) в рамках реализации обязательств, вытекающих вследствие причинения вреда, в том числе в результате совершения преступления. КС РФ сформулировал принципиально важную позицию по этому поводу. В одном из его решений указано, что между причинителем вреда и потерпевшим возникают гражданские правоотношения, а, следовательно, не исключается возможности привлечения физических лиц помимо административной или уголовной и к деликтной ответственности, предусмотренной гражданским законодательством, в той мере, в какой совершение соответствующих правонарушений сопровождается причинением вреда. Обязанность возместить причиненный вред как мера гражданско-правовой ответственности применяется к причинителю вреда при наличии состава правонарушения, включающего, как правило, наступление вреда, противоправность поведения причинителя вреда, причинную связь между противоправным поведением и наступлением вреда, а также вину причинителя вреда. Тем самым предполагается, что привлечение физического лица к ответственности за деликт в каждом случае требует установления судом состава гражданского правонарушения; иное означало бы необоснованное смешение различных видов юридической ответственности, нарушение принципов справедливости, соразмерности и правовой определенности¹¹.

¹⁰ Постановление Европейского Суда по правам человека по от 23.07.2002. Дело «Яносевич против Швеции [Janosevic — Sweden] (жалоба № 34619/97); § 68.

¹¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 8.12.2007 № 39-П «По делу о проверке конституционности положений статей 15, 1064 и 1068 Гражданского кодекса Российской Федерации, подпункта 14 пункта 1 статьи 31 Налогового кодекса Российской Федерации, статьи 199.2 Уголовного кодекса Российской Федерации и части первой статьи 54 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи жалобами граждан Г.Г. Ахмадеевой, С.И. Лысяка и А.Н. Сергеева».

Эти тезисы имеют общее значение и подчеркивают, что компенсаторные меры, налагаемые в гражданско-правовом порядке, не только в своей целевой установке не соприкасаются с уголовным наказанием, но и имеют особое правовое основание применения, а именно — они вытекают из деликтных обязательств.

Во-вторых, компенсаторные механизмы могут предписываться непосредственно в нормах уголовного законодательства, при этом здесь они могут выступать в двух вариациях: как предварительное условие, наличие которого (в совокупности с иными предусмотренными законом основаниями) дает возможность государству освободить лицо, совершившее преступление, от уголовной ответственности, отказаться от реализации принадлежащего ему права наказания (например, в ст. 75, 76 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ); как содержание меры правового воздействия, которая применяется к лицу, совершившему преступление, на основании судебного решения взамен уголовной ответственности или уголовного наказания (например, в ст. 90, 92 УК РФ).

Принципиально важно, что в обеих ситуациях компенсация сама по себе не преследует целей уголовного наказания. Таковые поставлены законом перед институтами освобождения от уголовной ответственности и от уголовного наказания. Данное обстоятельство многократно подтверждено КС РФ¹². Соответственно, здесь не происходит подмены публично-правовой уголовной ответственности мерами компенсаторного характера. Публичные цели уголовно-правового регулирования достигаются фактом привлечения лица к ответственности и освобождения от нее по нереабилитирующим основаниям либо освобождения от наказания в рамках реализации уголовной ответственности. Таким образом, цели наказания и цели компенсаторных мер оказываются четко разведенными, как и сами эти меры.

Сказанное не означает вовсе, что существуют конституционно-правовые препятствия на пути конструирования в уголовном законе собственно наказаний компенсаторного характера. Как известно, УК РСФСР 1960 г. в ст. 32 в качестве такового предусматривал возложение обязанности загладить причиненный вред; ранее действовавший УК Киргизии допускал применение к виновному лицу такого вида наказания, как «тройной айып» (ст. 45, 78)¹³.

¹² Определение Конституционного Суда РФ от 21.06.2011 № 860-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Зяблина Евгения Владимировича на нарушение его конституционных прав статьей 76 Уголовного кодекса Российской Федерации»; Определение Конституционного Суда РФ от 23.10.2014 № 2513-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Габдрахманова Рамиля Равилевича на нарушение его конституционных прав примечанием к статье 222 Уголовного кодекса Российской Федерации».

¹³ С введением в действие с 1.01.2019 г. в Киргизии нового уголовного закона этот вид наказания был изъят из системы наказаний. См. подробнее: [Джалгасынова Г.Д., 2012].

В доктрине и сегодня разрабатываются теоретические концепции уголовных восстановительных наказаний [Дворянсков И.В., 2005]; [Фатхудинов А.И., 2003]; [Пападенко Е.В., Силкин В.П., 2019]. Не углубляясь в исследование этого вопроса, отметим, что на пути внедрения в уголовный закон компенсаторных мер именно в качестве уголовного наказания есть весьма существенное препятствие. Наказание, как уже отчасти было показано, это следствие вины, его объем, содержание, интенсивность определяются мерой виновности лица, совершившего преступление. Меры компенсаторного характера, чтобы быть собственно компенсацией, должны основываться на иных параметрах, а именно на объеме причиненного вреда.

Между тем объем вреда и вина — далеко не совпадающие, не равновеликие понятия, не всегда взаимосвязаны и взаимоопределяемы (достаточно вспомнить проблему определения степени вины в неосторожном преступлении, связанном с причинением масштабного вреда, а в противоположность этому — степень вины в не имеющем фактических последствий покушении на причинение вреда высшим конституционным ценностям). Компенсация, хотя и предполагает наличие вины нарушителя, но лишь в качестве общего условия применения меры; она в любом случае не предопределяется содержанием вины. Поэтому компенсаторные наказания не будут соответствовать общей системе наказаний и принципам их назначения, а потому, полагаем, идея компенсации причиненного вреда посредством уголовного права должна реализовываться посредством иных, нежели наказание, мер. Уголовные наказания не могут ни преследовать цели восстановления вреда, ни быть содержательно направленными на такое восстановление.

КС РФ также высказался на этот счет вполне определенно: «обязанность государства обеспечивать права потерпевших от преступлений не предполагает наделение их правом определять необходимость осуществления уголовного преследования в отношении того или иного лица, а также пределы возлагаемой на него уголовной ответственности и наказания»; «такое право в силу публичного характера уголовно-правовых отношений принадлежит только государству»; «вид и мера ответственности лица, совершившего правонарушение, должны определяться исходя из публично-правовых интересов, а не частных интересов потерпевшего», «определение пределов уголовной ответственности и наказания... не может обуславливаться волеизъявлением потерпевшего»¹⁴.

¹⁴ Постановление Конституционного Суда РФ от 24.04.2003 № 7-П «По делу о проверке конституционности положения пункта 8 постановления Государственной Думы от 26 мая 2000 года «Об объявлении амнистии в связи с 55-летием Победы в Великой Отечественной войне 1941-1945 годов» в связи с жалобой гражданки Л.М. Запорожец»; Постановление Конституционного Суда РФ от 27.06.2005 № 7-П «По делу о проверке конституционности положений частей второй и четвертой статьи 20, части шестой статьи 144, пункта 3 части первой

В итоге можно резюмировать, что компенсаторные меры, вне сомнений ограничивая права и свободы лиц, в отношении которых они применяются, по основаниям и целям применения могут быть весьма отчетливо отграничены от уголовного наказания. Правовое регулирование отношений по поводу возмещения имущественного вреда (как имеющих частноправовой характер) должно обеспечиваться, главным образом, в рамках гражданского законодательства за счет присущего ему правового инструментария, направленного, в том числе на обеспечение надлежащего исполнения соответствующих обязательств.

4. Уголовное наказание и иные меры уголовно-правового характера

Одна из проблем современной науки, которая не может считаться в полной мере решенной, состоит в разграничении наказаний и иных мер уголовно-правового характера. УК РФ к числу таких мер прямо относит принудительные меры медицинского характера, конфискацию имущества и судебный штраф. Вытекающие из их непосредственного описания в уголовном законе принципиальные различия между ними в основаниях и целях применения не способствуют выработке общего понимания правовой природы мер уголовно-правового характера. Ввиду чего в теории есть множество несовпадающих позиций относительно понятия, признаков, оснований и объема мер уголовно-правового характера, анализ которых зачастую не ограничивается положениями раздела VI УК РФ, но включает в себя и иные нормативные положения кодекса (например, условное осуждение, замену наказания, освобождение от ответственности и др.).

Приступая к обсуждению вопроса о сущности мер уголовно-правового характера, полагаем, нужно строго следовать предписаниям закона о том, что такие меры могут применяться как в случае совершения преступлений, так и в случае совершения общественно опасных деяний, которые по формальным основаниям преступлениями не являются (например, совершают-

статьи 145, части третьей статьи 318, частей первой и второй статьи 319 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросами Законодательного Собрания Республики Карелия и Октябрьского районного суда города Мурманска»; Постановление Конституционного Суда РФ от 16.05.2007 № 6-П «По делу о проверке конституционности положений статей 237, 413 и 418 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом президиума Курганского областного суда»; Постановление Конституционного Суда РФ от 17.10.2011 № 22-П «По делу о проверке конституционности частей первой и второй статьи 133 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан В.А. Тихомировой, И.И. Тихомировой и И.Н. Сардыко».

ся лицами в состоянии невменяемости)¹⁵. Предпосылкой к их применению служит, таким образом, уголовно-релевантное общественно опасное деяние. Игнорирование специфических особенностей деяния, при наличии которого могут быть назначены меры уголовно-правового характера, оправдано, на наш взгляд, толкованием их социального предназначения и целей.

Последовательному и правильному решению обсуждаемого вопроса может служить развертывание тезиса С.И. Курганова о том, что любые предусмотренные уголовным законом меры могут применяться либо «за совершение» деяния, либо «к лицам, совершившим деяние» [Курганов С.И., 2008: 35]. Не все, что применяется к лицам, совершившим общественно опасные деяния на основании закона, следует, по нашему убеждению, признавать мерами уголовно-правового характера, но и не все меры, которые применяются за совершение преступлений, следует считать мерами уголовно-правового характера. Этимологически понятие «мера уголовно-правового характера» предполагает материальную основу — права и свободы человека, которые в строго определенном объеме ограничиваются. По этой причине не могут рассматриваться в качестве мер уголовно-правового характера: специфические процедурные формы реализации ответственности, например, условное осуждение или освобождение от наказания; санкции, которые применяются не на основании совершенного общественно опасного деяния, а на основании нарушения предписаний судебного акта, например, замена наказания более мягким или, напротив, более строгим видом наказания, отмена условного осуждения.

Только реальные правоограничительные меры, применение которых связано с совершенным общественно опасным деянием, могут претендовать на статус мер уголовно-правового характера. К ним следует относить меры медицинского характера, принудительные меры воспитательного воздействия, конфискацию имущества, судебный штраф, правоограничения, которые налагаются решением суда на условно осужденных и условно-досрочно освобожденных от наказания. Формально в этом ряду может располагаться и уголовное наказание. Однако оно обладает качественной спецификой. Отличие кроется в том, что меры уголовно-правового характера, в отличие от наказания, применяются не только в связи с совершением преступления, но и в связи с совершением общественно опасного деяния, не являющегося преступлением. Они могут выступать в качестве мер, заменяющих наказание, либо в качестве мер, сопутствующих его применению. Основанием к этому служит иное целевое назначение мер уголовно-правового характера и отсутствие их

¹⁵ По этой причине выразим несогласие с позицией И.Э. Звечаровского, полагающего, что меры медицинского характера и меры воспитательного воздействия не следует признавать мерами уголовно-правового характера, поскольку ни не обладают уголовно-правовой природой и не влекут изменения уголовно-правового статуса личности.

связи с виной. Меры уголовно-правового характера применяются за совершение общественно опасного деяния, к лицам, совершившим общественно опасное деяние, но не на основании их вины в совершенном деянии.

Обращение к практике КС РФ позволяет подтвердить эти теоретические рассуждения. Так, обсуждая вопросы конституционности некоторых положений закона, регламентирующих применение мер медицинского характера, Суд указал, что лицо, в отношении которого ведется производство о применении принудительных мер медицинского характера, так же как подозреваемый и обвиняемый по уголовному делу, по существу, учитывается в совершении деяния, запрещенного уголовным законом¹⁶. При этом тяжесть деяния, совершенного лицом в состоянии невменяемости, не может служить определяющим критерием, на основании которого устанавливается опасность такого лица для него самого или окружающих, наличие которой в то же время является основанием для назначения принудительных мер медицинского характера¹⁷.

Конфискация имущества, а также орудий и средств совершения преступления, согласно мнению КС РФ, имея целью удержание правонарушителя и других лиц от противозаконного использования принадлежащего им имущества, выступает юридическим последствием инкриминируемого лицу уголовно наказуемого деяния. Следовательно, конфискация представляет собой публично-правовую санкцию, структурно обособленную (и, как следствие, автономную) от наказания. Как мера уголовно-правового характера, выражающаяся в возложении на обвиняемого (осужденного) обязанности претерпеть дополнительные (по отношению к наказанию) правоограничения уголовно-превентивного свойства, она по своей конституционно-правовой природе соотносима по некоторым признакам с наказанием, но не тождественна ему, а потому может применяться не только в качестве сопровождающей наказание вспомогательной меры при постановлении обвинительного приговора, но и при освобождении от наказания.

Высказался КС РФ и о правоограничениях, применяемых в случае условного осуждения лица на испытательный срок. Испытательный срок, назначаемый при условном осуждении, не является видом наказания, а его определение судом не связано с санкцией соответствующей статьи Особенной

¹⁶ Постановление Конституционного Суда РФ от 20.11.2007 № 13-П «По делу о проверке конституционности ряда положений статей 402, 433, 437, 438, 439, 441, 444 и 445 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан С.Г. Абламского, О.Б. Лобашовой и В.К. Матвеева».

¹⁷ Постановление Конституционного Суда РФ от 21.05.2013 № 10-П «По делу о проверке конституционности частей второй и четвертой статьи 443 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина С.А. Первова и запросом мирового судьи судебного участка № 43 города Кургана».

части УК РФ¹⁸. Условным осуждением преследуется цель уменьшения уголовной репрессии до необходимого минимума принудительных мер, обеспечивающих достижение целей наказания¹⁹, а применение к условно осужденному правоограничений, прямо не предусмотренных этой нормой по усмотрению суда, направлено на индивидуализацию уголовной ответственности и достижение такой цели наказания, как исправление осужденного, соответственно, не может расцениваться как нарушающее права граждан²⁰.

Толкование приведенных правовых позиций КС РФ позволяет резюмировать, что все меры уголовно-правового характера: содержат ограничения прав и свобод лица, совершившего преступление или общественно опасное деяние; такие меры могут применяться судом на основании закона, исходя из фактических обстоятельств, с неременным гарантированием прав конституционных и процессуальных лица; эти меры не предопределяются содержанием вины субъекта правонарушения, они не выражают отрицательной оценки содеянного и личности, не выступают карой, а потому могут применяться и при отсутствии вины, и при условии отказа в установлении вины; применяемые вслед и по причине совершенного общественно опасного деяния, такие меры имеют подчеркнута исправительный и превентивный характер, а потому решающее значение в их применении приобретают характеристики личности, отражающие присущие ей риски повторного причинения вреда (по причине заболевания, поведения или обладания определенными предметами). Все эти конституционно подтвержденные признаки, в конечном итоге, и отличают меры уголовно-правового характера от уголовного наказания.

5. Уголовное наказание и превентивные меры индивидуального характера, применяемые на посткриминальной стадии

Отдельный и весьма объемный вид правоограничений в отношении лиц, которые совершили преступление и были осуждены судом, предусматрива-

¹⁸ Определение Конституционного Суда РФ от 25.09.2014 № 1992-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Каткова Андрея Алексеевича на нарушение его конституционных прав частью первой статьи 64 и частями первой и второй статьи 73 Уголовного кодекса Российской Федерации».

¹⁹ Определение Конституционного Суда РФ от 25.12.2008 № 941-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Захарова Николая Александровича на нарушение его конституционных прав статьей 64 Уголовного кодекса Российской Федерации».

²⁰ Определение Конституционного Суда РФ от 29.09.2016 № 1918-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Земскова Дмитрия Евгеньевича на нарушение его конституционных прав частью пятой статьи 73 Уголовного кодекса Российской Федерации».

ется законодательством России, не относящимся к источникам уголовного права. Не имея возможности перечислить их все, укажем для примера административный надзор²¹, запрет на занятие педагогической деятельностью, установленный ст. 331 Трудового кодекса Российской Федерации (далее — ТК РФ)²², запрет ранее судимым получать лицензию на приобретение оружия или занимать должности, связанные с учетом, хранением или использованием оружия²³ и др.

Такие ограничения не предусмотрены непосредственно в УК РФ, но их связь с совершенным преступлением актуализирует постановку и рассмотрение вопроса об отличии от наказания, о том, не выступают ли они в качестве «постнаказания», дополнительной мерой карательного воздействия, автоматически применяемой к любому лицу, совершившему то или иное преступление.

Принципиальные позиции на этот счет сформулированы в практике КС РФ²⁴. Во-первых, Суд признал, что такие ограничения непосредственно свя-

²¹ Федеральный закон от 06.04.2011 № 64-ФЗ (ред. от 01.10.2019) «Об административном надзоре за лицами, освобожденными из мест лишения свободы» // СЗ РФ. 2011. № 15. Ст. 2037.

²² Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 № 197-ФЗ (ред. от 24.04.2020) // СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 3.

²³ Федеральный закон от 13.12.1996 № 150-ФЗ (ред. от 02.08.2019) «Об оружии» // СЗ РФ. 1996 № 51. Ст. 5681.

²⁴ Постановление Конституционного Суда РФ от 18.07.2013 № 19-П «По делу о проверке конституционности пункта 13 части первой статьи 83, абзаца третьего части второй статьи 331 и статьи 351.1 Трудового кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан В.К. Барабаш, А.Н. Бекасова и других и запросом Мурманской областной Думы»; Определение Конституционного Суда РФ от 22.03.2012 № 597-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Байкова Алексея Алексеевича на нарушение его конституционных прав положениями статей 3, 4, 5, 6, 10, 12 и 13 Федерального закона «Об административном надзоре за лицами, освобожденными из мест лишения свободы», части первой статьи 86 Уголовного кодекса Российской Федерации и статьи 261⁸ Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации»; Определение Конституционного Суда РФ от 29.-5.2014 № 1190-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Ковалева Евгения Александровича на нарушение его конституционных прав примечанием к статье 139 и пунктом «а» части третьей статьи 158 Уголовного кодекса Российской Федерации»; Постановление Конституционного Суда РФ от 10.10.2013 № 20-П «По делу о проверке конституционности подпункта «а» пункта 3.2 статьи 4 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации», части первой статьи 10 и части шестой статьи 86 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан Г.Б. Егорова, А.Л. Казакова, И.Ю. Кравцова, А.В. Куприянова, А.С. Латыпова и В.Ю. Синькова»; Постановление Конституционного Суда РФ от 08.12.2015 № 31-П «По делу о проверке конституционности пункта «м» части первой статьи 58 Положения о службе в органах внутренних дел Российской Федерации в связи с жалобой гражданина А.Л. Алборова»; Постановление Конституционного Суда РФ от 18.07.2013 № 19-П «По делу о проверке конституционности пункта 13 части первой статьи 83, абзаца третьего части второй статьи 331 и статьи 351.1 Трудового кодекса Российской Федерации

заны с рисками для конституционно значимых ценностей, которые происходят от лица, совершившего преступление, поскольку на современном этапе невозможно гарантировать надлежащее исправление лица, совершившего преступление.

Во-вторых, поскольку такие риски связаны с личностью, для установления правоограничений не имеет принципиального значения, было ли лицо осуждено за преступление или нет; прекращение уголовного преследования по не реабилитирующим основаниям (поскольку им не отрицается, но напротив, подтверждается факт совершения преступления, пусть и без установления вины) само по себе не исключает потенциальной опасности лица, в отношении которого уголовное преследование не было доведено до вынесения судом приговора.

В-третьих, такие правоограничения не являются уголовным наказанием, не выступают частью уголовной ответственности как элемента уголовно-правовых отношений между лицом, совершившим преступление, и государством, не регламентируются уголовно-правовыми нормами, но могут быть связаны с общеправовыми последствиями судимости или привлечения лица к ответственности. Они относятся к мерам предупреждения преступлений и других правонарушений, оказания на лицо индивидуального профилактического воздействия, и в ряде случаев могут применяться к лицу без специального указания в приговоре в качестве установленного на определенный срок правоограничения.

В-четвертых, такие правоограничения по общему правилу не должны иметь бессрочного и недифференцированного характера, не должны применяться без учета вида и степени тяжести совершенного преступления, срока, прошедшего с момента его совершения, формы вины, обстоятельств, характеризующих личность (в том числе поведение лица после совершения преступления), а также иных факторов, позволяющих оценить риски наступления неблагоприятных последствий.

Анализ показывает, что в отличие от наказания, рассматриваемые меры не связаны с виновностью лица и основаны на понимании того, что некоторые лица, совершившие преступление, в случае осуществления ими тех или иных видов деятельности и реализации тех или иных прав, могут создавать опасность для конституционно значимых ценностей. Эти представления о рисках, с одной стороны, могут быть слишком общими и должны быть связаны со спецификой совершенного преступления и устанавливаемым правоограничением. С другой стороны, они настолько явны и высоки, что не требуют проверки уровня их реальности в каждом конкретном случае,

в связи с жалобами граждан В.К. Барабаш, А.Н. Бекасова и других и запросом Мурманской областной Думы».

допуская правоограничения в качестве общей, а не индивидуализированной меры ограничения правового статуса лица.

6. Уголовное наказание и иные правовые последствия совершения преступления

Преступление как юридический факт порождает не только уголовно-правовые отношения и не только необходимость реализации уголовной ответственности в целях защиты публичных интересов и правопорядка. Совершение преступления изменяет, вплоть до прекращения, многие иные правовые отношения, участником которых было виновное лицо. В рамках этих «иных» отношений на лицо, совершившее преступление, также могут быть возложены определенные меры ответственности. Их наличие в правовой системе предопределено принципиальной допустимостью реализации нескольких видов ответственности в случае, когда совершенное лицом деяние содержит в себе правовые основания каждой из них.

Таковы, например:

меры материальной ответственности, которую несут работники предприятия за причиненный преступлением работодателю прямой действительный ущерб на основании ст. 242 ТК РФ;

лишение родительских прав, которое применяется на основании абз. 6 ч. 1 ст. 69 Семейного кодекса Российской Федерации²⁵ и является, как указал КС РФ, «крайней мерой ответственности, которая применяется судом только в случае виновного противоправного поведения родителей и только в ситуации, когда защитить права и интересы детей другим путем невозможно»²⁶;

признание сделки ничтожной и противной интересам государства и общества с последующим изъятием всего полученного по сделке в доход государства. Как указал КС РФ, сохранение в пользовании виновного лица денег, ценностей и иного имущества, полученных в результате совершения им преступления, потенциально способствовало бы такому общественно опасному и противоправному поведению, а потому противоречило бы достижению задач УК РФ²⁷; а предусмотренные ст. 167 ГК РФ последствия недействитель-

²⁵ Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 № 223-ФЗ (ред. от 06.02.2020) // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 16.

²⁶ Определение Конституционного Суда РФ от 21.11.2013 № 1834-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Брусликова Бориса Васильевича на нарушение его конституционных прав положением статьи 69 Семейного кодекса Российской Федерации» и др.

²⁷ Определение Конституционного Суда РФ от 26.11.2018 № 2855-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Жукова Сергея Юрьевича на нарушение его конституционных прав частью первой статьи 104.1 Уголовного кодекса Российской Феде-

ных сделок не равнозначны штрафу как виду уголовного наказания. Соответственно, взыскание на основании взаимосвязанных положений ст. 167 и 169 ГК РФ в доход государства суммы, полученной в результате получения взятки, не является наказанием за совершенное преступление, а обусловлено недействительностью сделки, совершенной с целью, противной основам правопорядка или нравственности, а потому не свидетельствует о нарушении принципа *non bis in idem*²⁸.

Заключение

Анализ некоторых признаков уголовного наказания в сравнении с признаками иных мер, принимаемых государством в качестве средства защиты от правонарушающего поведения, позволяет отчетливо выявить его конституционно значимые особенности. Он позволяет, в частности, убедиться в непреходящей справедливости вывода Н.С. Таганцева, который писал: «Только те меры, которые принимаются государством против лиц, учинивших преступные деяния, вследствие такого учинения, для охраны правопорядка и правоохраняемых интересов, могут быть отнесены к карательной деятельности государства» [Таганцев Н.С., 1902: 825].

Действительно, только наказание применяется в целях защиты публичных интересов в случае совершения преступлений. Однако оно обладает еще одним конституционно значимым признаком, который отсутствует у всех иных правоограничительных мер. Признак этот, трудно артикулируемый, содержательно связан с понятиями о виновности, моральном упреке и исправлении.

Полагаем, прав В.К. Дуюнов, когда пишет: «Сущность наказания состоит в его свойстве быть материализованным выражением (формой) реагирования государства на акт преступного поведения виновного, формой осуждения, порицания виновного и совершенного им преступления, формой, содержанием которой являются установленные законом правоограничения, возлагаемые по приговору суда на осужденного с целью оказать на него требуемое

рации и подпунктом «а» пункта 1 статьи 7 Федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с ратификацией Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции от 31.10.2003 и Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию от 27.01.1999 и принятием Федерального закона «О противодействии коррупции».

²⁸ Определение Конституционного Суда РФ от 20.12.2018 № 3301-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Давлетова Андрея Юрьевича на нарушение его конституционных прав статьей 169 Гражданского кодекса Российской Федерации, частью третьей статьи 31, частью первой статьи 45 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, частью третьей статьи 46 Уголовного кодекса Российской Федерации».

психологическое или иное предупредительное воздействие и тем вызвать положительные изменения в его личности, чтобы в дальнейшем это лицо не совершало преступлений» [Дуюнов В.К., 1997: 62–63]. Развивает эти идеи (хотя и несколько в ином аспекте) В.В. Мальцев, когда для совершенствования ст. 43 УК РФ определяет наказание в качестве меры государственного осуждения, основанной на тяжести совершенного виновным преступления и заключающейся в предусмотренных кодексом лишениях или ограничениях прав и свобод этого лица [Мальцев В.В., 2007: 90].

Логическая и содержательная связь понятий «уголовное наказание» и «осуждение» помогает лучше понять особенность наказания в ряду иных правоограничительных мер. При этом подход В.К. Дуюнова, предполагающий анализ наказания именно как формы осуждения, более точен, поскольку осуждение может приобретать формы и не связанные непосредственно с наказанием (в ситуациях, например, осуждения без назначения наказания или с заменой наказания иными мерами уголовно-правового характера). При таком взгляде на наказание можно заключить, что даже при совпадении в содержательной части (в части устанавливаемых правоограничений), форма применения, свойственная уголовному наказанию, не может быть повторена ни в одной другой правоограничительной мере, которые не могут выражать собой осуждения, отрицательной моральной и социально-политической оценки содеянного и личности деятеля. Равно как графит и алмаз — разновидности одного химического элемента — различаются формулой кристаллической решетки, наказание отличается от иных правоограничений формой своего выражения. Оно применяется исключительно на основании обвинительного приговора, предопределяется характером и степенью общественной опасности совершенного преступления, соединено с осуждением виновного и специфическим образом направлено на его исправление, превенцию и защиту публичного правопорядка.

Назначение за преступление, моральный упрек и исправление — специфические признаки уголовного наказания, не свойственные никакой иной мере. Однако их забвение на фоне растущего морального релятивизма и слабых успехов в деле личностной коррекции преступников посредством правоограничений приводит к тому, что сегодня активно именуется «кризисом наказания». Суть кризиса, на наш взгляд, в том, что если рассматривать наказание исключительно как меру, минимизирующую криминогенные риски личности, исчезает потребность в детализированной концепции преступления как такового, а если лишить уголовное наказание задачи демонстрации морального упрека и исправления виновного, исчезает необходимость в разграничении уголовных и административно-деликтных предписаний. Следуя этим двум уже не гипотетически возможным, а вполне реальным направлениям, наука и практика имеют феномен превентивного уголовно-

го права и уголовного права «в широком смысле». Однако и тот, и другой в своем последовательном развитии фактически отрицают феномен самого уголовного права, каковым мы его представляем на основании данных истории. Проблема специфичности уголовного наказания, таким образом, оказывается непосредственно связанной с сохранением специфичности («самости») уголовного права. Если мы признаем необходимость и целесообразность уголовного права как такового (в его классической интерпретации), мы обязаны сохранить и развить отмеченные специфические признаки уголовного наказания — его способность служить моральным упреком и исправлять лиц, совершивших преступления.



Список источников

1. Антипов С.А. Конституционные основы Общей части уголовного права. М.: Проспект, 2012. 144 с.
2. Бабаев М.М., Пудовочкин Ю.Е. Очерки криминальной рискологии. М.: Юрлитинформ, 2021. 368 с.
3. Гурин Д.В. Право государства на уголовное наказание в свете принципа разделения властей и его реализации в Российской Федерации // Библиотека криминалиста. 2015. N 2. С. 57–72.
4. Гурин Д.В. Право государства на уголовное наказание: субъективное содержание и формы объективизации // Библиотека криминалиста. 2014. N 6. С. 32–52.
5. Гуринская А.Л. Англо-американская модель предупреждения преступности: критический анализ. СПб.: РГПУ, 2018. 400 с.
6. Дворянсков И.В. Эффективность альтернативных наказаний (компенсационная модель). М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2005. 96 с.
7. Джалгасынова Г.Д. Тройной айып как вид уголовного наказания: учеб. пособие. Бишкек: КРСУ, 2012. 74 с.
8. Дуюнов В.К. Наказание в уголовном праве России — принуждение или кара? Государство и право. 1997. № 11. С. 61–68.
9. Звечаровский И.Э. Меры уголовно-правового характера: понятие, системы, вины // Законность. 1999. № 3. С. 36–39.
10. Курганов С.И. Наказание: уголовно-правовой, уголовно-исполнительный и криминологический аспекты. М.: Проспект, 2008. 191 с.
11. Мальцев В.В. Наказание и проблемы его назначения в уголовном праве. Волгоград: ВА МВД России, 2007. 224 с.
12. Попаденко Е.В., Силкин В.П. От карательного подхода к восстановительному // Вестник Нижегородской академии МВД России. 2019. № 4. С. 205–210.
13. Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Лекции. Часть общая. Т. II. Изд. 2-е. СПб.: Гос. тип., 1902. 823 с.
14. Уголовное право. Учебник. Т. 1. Общая часть / под ред. А.Э. Жалинского. М.: Городец, 2011. 863 с.
15. Фатхудинов А.И. Цели наказания и правовое регулирование механизма их достижения по УК РФ: дис. ... к. ю. н. Казань, 2003. 185 с.



References

1. Antipov S.A. (2012) *Constitutional basic of general part of criminal law*. Moscow: Prospekt, 144 p. (in Russ.)
2. Babaev M.M., Pudovochkin Yu. E. (2021) *Essays in criminal risks*. Moscow: Yurlitinform, 368 p. (in Russ.)
3. Duyunov V.K. (1997) Punishment in Russian criminal law: constraint or penalty? *Gosudarstvo i pravo*=State and Law, no. 11, pp. 61–68 (in Russ.)
4. Dvoryanskov I.V. (2005) *Efficiency of alternate punishment (compensation model')*. Moscow: Yuniti-Dana, 96 p. (in Russ.)
5. Dzhalgasynova G.D. (2012) *Triple айр as a criminal penalty*. Bishkek: University Press, 74 p. (in Russ.)
6. Fatkhudinov A.I. (2003) *Aims of punishment and regulating mechanism of its destination*. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Kazan', 185 p. (in Russ.)
7. Gurin D.V. (2015) The right of a state for criminal punishment and division of powers. *Biblioteka kriminalista*=Library of Criminalist, no. 2, pp. 57–72 (in Russ.)
8. Gurin D.V. (2014) The right of state for criminal punishment: content and forms. *Biblioteka kriminalista*=Library of Criminalist, no. 6, pp. 32–52 (in Russ.)
9. Gurinskaya A.L. (2018) *Anglo-American model of preventing crimes: critical analysis*. Saint Petersburg: RGPU Press, 400 p. (in Russ.)
10. Kurganov S.I. (2008) *Penalty: legal and criminological aspects*. Moscow: Prospekt, 191 p. (in Russ.)
11. Mal'tsev V.V. (2007) *Punishment and its setting in criminal law*. Volgograd: MVD Rossii, 224 p. (in Russ.)
12. Popadenko E.V., Silkin V.P. (2019) From punishment approach to rehabilitation. *Vestnik Nizhegorodskoi akademii MVD Rossii*=Herald of Nizhny Novgorod Academy of Interior, no. 4, pp. 205–210 (in Russ.)
13. Tagantsev N.S. (1902) *Russian criminal law. Lectures*. Saint Petersburg: University, 823 p. (in Russ.)
14. Zhalinskyi A.E. et al. (2011) *Criminal law*. Moscow: Gorodets, 863 p. (in Russ.)
15. Zvecharovskii I.E. (1999) Criminal law measures. *Zakonnost'*=Legality, no. 3, pp. 36–39 (in Russ.)

Информация об авторе:

О.С. Гузеева — судья, кандидат юридических наук.

Information about the author:

O.S. Guzeeva — Judge, Candidate of Science (Law).

Статья поступила в редакцию 28.02.2021; одобрена после рецензирования 24.09.2021; принята к публикации 17.01.2022.

The article was submitted to the editorial office 28.02.2021; approved after reviewing 24.09.2021; accepted for publication 17.01.2022.

Научная статья

УДК 343

DOI:10.17323/2072-8166.2022.3.28.50

Проблемы толкования признаков злоупотребления в сфере государственных и муниципальных закупок



Мария Алексеевна Филатова

Московский государственный университет им. М.В. Ломоносова, Россия 119991, Москва, Ленинские горы, 1/13, m_filatova@law.msu.ru, <https://orcid.org/0000-0002-7662-988X>



Аннотация

Новые нормы Уголовного кодекса Российской Федерации, направленные на борьбу со злоупотреблениями в сфере государственных и муниципальных закупок, редко используются правоприменителем, несмотря на значительное количество совершаемых в данной сфере общественно опасных деяний и возбуждаемых уголовных дел. В статье предлагается использовать телеологическое толкование признаков состава в ст. 200.4 Кодекса, позволяющее применять норму с учетом разграничения с иными составами преступлений. В качестве объекта преступления автор рассматривает публичные финансовые интересы, а не интересы службы, что взаимосвязано с субъектным составом. Рассматриваются аспекты определения размера крупного ущерба: возможность учета в качестве крупного ущерба размера гражданско-правовой ответственности, а также упущенной выгоды. Обосновывается необходимость вменения именно этой статьи при конкуренции данной нормы со ст. 178 УК. Субъект преступления в рассматриваемом составе определен с помощью позитивно-негативного признака. Автором предложен подход, согласно которому ответственность лица по ст. 200.4 актуальна в случаях осуществления функций, не относящихся к функциям должностного лица или лица, осуществляющего управленческие функции в коммерческой организации, даже если в иных случаях такие функции им осуществляются. Приведены примеры из практики, рассмотрены субъекты ответственности по ст. 200.4. Особенности причинной связи включают признание возможности ее установления при невиновных действиях третьих лиц, а также рассмотрение нормы как специального случая посредственного исполнения состава. Иной подход затрудняет применение нормы на практике. Автором обоснована возможность привлечения к ответственности по ст. 200.4 при наличии косвенного умысла, рассмотрены квалифицирующие признаки состава. Несмотря на высокую значимость для охраны общественных отношений, возникающих по поводу

заключения и исполнения государственных и муниципальных контрактов, конструкция состава, сформулированная в ст. 200.4 УК подлежит тщательной детализации правоприменителем для возможности привлечения виновных лиц к уголовной ответственности.



Ключевые слова

государственные и муниципальные закупки, злоупотребление, подкуп, функции должностного лица, ограничение конкуренции, контрактный управляющий.

Для цитирования: Филатова М.А. Проблемы толкования признаков злоупотребления в сфере государственных и муниципальных закупок // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. № 3. С. 28–50. DOI:10.17323/2072-8166.2022.3.28.50.

Research article

Interpretation of Elements of Crimes Connected with Abuses in the Sphere of Public Procurement



Maria A. Filatova

Lomonosov Moscow State University, 1/13 Leninskiye Gori, Moscow 119991, Russia, m_filatova@law.msu.ru



Abstract

Current legal norms of the Russian Federation Criminal Code, aimed at struggle against abuse of power in regard to public procurement, are rarely implemented, in spite of the fact that there are many socially dangerous acts in this sphere and a lot of cases. The paper is devoted to the Article 200.4 of the Russian Criminal Code and contains its interpretation based on purposes of that Article. The author states that the crime is targeted at public finances and connects this statement with the range of perpetrators limited by the legislator. The specific target of the act proscribed in the Article 200.4 of the Criminal Code is the procedure that is established by public procurement legislation. Problems of large-scale damage are discussed (for instance, whether it is possible to consider civil liability of the company as damage or to include expectation loss in the amount of damage). It is claimed that principals are those who as a rule have some administrative, management functions, but while committing that crime do not realize them. This conclusion is exemplified with public procurement managers and other possible perpetrators. Causation between the act and the damage creates difficulties because of the interference of innocent actions of third parties. It is necessary to admit that this crime is in fact a specific kind of crimes perpetrated through innocent agents, otherwise the requirement will never be satisfied. As for *mens rea*, the crime is committed knowingly. Author concludes that liability for abuses in regard to public procurement requires a difficult detailed inquiry of all its elements by law enforcement agencies though the sphere of public procurement is extremely important and has to be protected from abuses by means of criminal law.

Keywords

public procurement; abuse; bribery; civil servant's functions; restraint of trade; public procurement manager.

For citation: Filatova M.A. (2022) Interpretation of Elements of Crimes Connected with Abuses in the Sphere of Public Procurement. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no. 3, pp. 28–50 (in Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2022.3.28.50.

Введение

Обеспечение государственных и муниципальных нужд является одной из наиболее крупномасштабных с точки зрения стоимости контрактов сфер большинства государств. Обеспокоенность высоким уровнем коррупции и иных нарушений в этой сфере ощущается не только в отдельных странах, но и на международном уровне. Так, в 2007 году Организацией экономического сотрудничества и развития выпущен подробный материал по взяточничеству в сфере закупок, посвященный его методам, участникам и противодействию данному явлению¹. Действует несколько Директив ЕС, направленных на борьбу с данным явлением и на повышение транспарентности в вопросах публичных закупок².

В большинстве правопорядков выделяется взяточничество в системе государственных закупок и мошенничество в рамках данных процедур. Непросто найти множество примеров на каждом из этапов: при формировании заявки и условий тендера могут быть по преступному согласованию определены, например, слишком короткие сроки или же установлена узкая спецификация для удовлетворения заявки только одним подрядчиком; множество способов создания преимуществ может быть реализовано при использовании процедуры закупки у единственного поставщика и т.д.³ Мошенничество в данной сфере рассматривается чаще в отношении подрядчиков, однако выделяют в качестве субъектов и членов организации заказчика⁴. Схемы такого мошенничества включают и использование картельных соглашений в целях формирования представлений заказчика о стоимости

¹ Bribery in Public Procurement: Methods, Actors and Counter-Measures. Paris, 2007.

² См., напр.: Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26.02.2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC // Official Journal of the European Union, L 94, 28.3.2014, pp. 65–242.

³ Bribery in Public Procurement. P. 20.

⁴ Procurement Fraud in the Public Sector. The Research undertaken by the Cross-Government Procurement Fraud Working Group. October 2011. С. 7.

контракта и, как следствие, исключение из конкурса компаний малого бизнеса⁵.

Охрана общественных отношений в сфере государственных и муниципальных закупок усилена в 2018 году⁶ путем введения двух новых составов преступлений в Уголовный кодекс Российской Федерации; далее — УК): ст. 200.4 (злоупотребления в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных или муниципальных нужд) и ст. 200.5 (подкуп работника контрактной службы, контрактного управляющего, члена комиссии по осуществлению закупок). Причина дополнения УК новыми нормами заключалась в том, что многие деяния в сфере закупок, наносящие существенный ущерб бюджетной системе и конкуренции, охраняемой законом, не охватываются действующим уголовным законодательством [Тенишев А.П., Тесленко А.В., 2019: 22–26; 2020: 18–22].

Незначительное количество приговоров, вынесенных по рассматриваемым составам, свидетельствует о проблемах применения нового законодательства. Один из наиболее трудных вопросов, от ответа на который зависит жизнеспособность данных норм — это субъект преступления, поскольку одно из толкований приведенного перечня дает основание говорить о юридической невозможности привлечения к уголовной ответственности по данной норме кого-либо в принципе.

В силу очевидной в последние несколько лет криминализации идентичных по объективной и субъективной сторонам, однако отличных по субъекту и, как следствие, объекту деяний, целесообразно провести последовательный анализ всех признаков состава злоупотребления полномочиями работниками контрактной службы, контрактным управляющим, членом закупочной комиссии и иными лицами, перечисленными в диспозиции ст. 200.4 УК. Значительное сходство самого деяния, формы вины и мотивов в данном составе с преступлениями, предусмотренными ст. 204, 290 и 291 УК, по которым написано множество научных исследований, предопределяет акцент преимущественно на тех признаках, по которым возможно провести разграничение.

1. Объект преступления

Смежность сферы действия данных норм с криминализованными злоупотреблениями по должности или службе дала основание некоторым ав-

⁵ Ibid. P. 8.

⁶ Федеральный закон «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и статью 151 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» от 23.04.2018 № 99-ФЗ // СЗ РФ. 2018. № 18. Ст. 2569.

торам для рассмотрения основного непосредственного объекта как общественных отношений, обеспечивающих интересы нормальной службы в коммерческих и иных организациях или службы в государственных органах или органах местного самоуправления [Есаков Г.А., 2021: 226]. Дополнительным объектом при таком подходе рассматриваются имущественные интересы государства или муниципальных образований.

И.А. Клепицкий определяет непосредственный объект как финансовые отношения в сфере распоряжения бюджетными и иными государственными и муниципальными средствами в сфере закупок для государственных и муниципальных нужд [Клепицкий И.А., 2021: 784]. В свете разъяснений в пояснительной записке к законопроекту⁷ верен именно этот подход. В ней подчеркивается, что совершение деяний лицами, не являющимися носителями должностных функций или функций управления в коммерческих организациях, ранее не было охвачено нормами УК. Более того, преступление будет содержать все признаки состава только если причинен исчисляемый имущественный ущерб бюджетной системе. Это является дополнительным подтверждением того, что основной непосредственный объект в данном составе преступления — финансовые интересы государства, проявляющиеся в финансовых интересах государственных или муниципальных заказчиков, либо бюджетных учреждений, государственных, муниципальных унитарных предприятий.

По-видимому, в условиях исключения из субъектов должностных лиц и лиц, выполняющих управленческие функции в коммерческой или иной организации, интересы службы не могут выступать даже дополнительным обязательным объектом. В противном случае дополнительным объектом интересы службы будут выступать всегда при совершении преступления в рамках трудовой деятельности.

В качестве основного непосредственного объекта можно указать и общественные отношения, связанные с выполнением требований законодательства о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ и услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд. Данное законодательство состоит из Закона о контрактной системе⁸ (далее — Закон), Закона о защите конкуренции (далее — ФЗ № 135)⁹, Закона о противодействии кор-

⁷ Пояснительная записка «К проекту федерального закона «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и статью 151 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации». Available at: URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/410960-7> (дата обращения: 25.05.2022)

⁸ Федеральный закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» // СЗ РФ. 2013. № 14. Ст. 1652.

⁹ Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» // СЗ РФ. 2006. № 31 (1 ч.). Ст. 3434.

рупции (далее — ФЗ №273)¹⁰ и иных, что подтверждается и судебной практикой¹¹.

1.1. Бланкетный характер ст. 200.4 УК РФ и установление ущерба

Объективная сторона преступления, предусмотренного ст. 200.4 УК РФ, выражена в совершении деяния, повлекшего причинение крупного ущерба. Диспозиция статьи носит полностью бланкетный характер, она отсылает к законодательству о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд. Несмотря на требование правовой определенности уголовно-правовых норм как отражения принципа законности, юридические конструкции бланкетного характера не исключаются в целях, как отмечает Конституционный суд Российской Федерации (далее — КС РФ; КС), «уяснения используемых терминов и понятий»¹². В данном случае речь идет не только о терминах и понятиях, но скорее о положенном в основу уголовно-правовой нормы положении регулятивного законодательства, где в качестве отграничения от иных правонарушений избран признак определенного ущерба.

В соответствии со ст. 2 Закона № 44-ФЗ такое законодательство состоит из указанного Закона и других федеральных законов, регулирующих соответствующие отношения. Нормы права, содержащиеся в других федеральных законах и регулирующие указанные отношения, должны соответствовать настоящему Федеральному закону. Кроме того, ч. 2 ст. 2 данного Закона содержит положение: в случаях, предусмотренных законодательством о контрактной системе в сфере закупок, Президент, Правительство, федеральные органы исполнительной власти, Государственная корпорация атомной энергии «Росатом», Государственная корпорация космической деятельности «Роскосмос» вправе принимать нормативные правовые акты в указанной сфере.

Положенный в основу диспозиции ст. 200.4 УК РФ Закон № 44-ФЗ содержит описание требований к порядку проведения закупки с момента планирования до момента исполнения контракта, включая процессы мониторинга, аудита и контроля за соблюдением законодательства. В качестве примеров можно привести нарушение правил проведения запроса предложений (ст. 83

¹⁰ Федеральный закон от 25.12.2008 № 273-ФЗ «О противодействии коррупции» // СЗ РФ. 2008. № 52 (ч. 1). С. т. 6228.

¹¹ Решение Арбитражного суда Республики Хакасия от 06.04.2018 по делу № А74 — 1502/2018.

¹² См., напр.: Постановления КС РФ от 27.05. 2003 N 9-П, от 31.03. 2011 № 3-П, от 14.02. 2013 № 4-П, от 17.06. 2014 № 18-П, от 16.07. 2015 № 22-П; Определение КС РФ от 19.12.2019 № 3318-О.

Закона), нарушение способов определения поставщиков (ст. 24); нарушение запрета на переговоры с участником закупки (ст. 46 Закона) и др.

Таким образом, законодатель ввел уголовную ответственность за нарушение регламентированного им порядка закупки. Хотя данная сфера является среди иных экономических отношений государства одной из наиболее подверженных преступным посягательствам, оставаясь при этом крайне важной, само по себе нарушение установленного порядка не несет в себе общественной опасности той степени, которая требуется для признания деяния преступным. Иными словами, для удовлетворения материального признака понятия преступления (общественной опасности) в конструкции состава присутствует обязательный крупный ущерб.

Исходя из примечания к ст. 170.2 УК, крупным для целей ст. 200.4 признается ущерб более 2,25 млн. руб. Исчисление такого ущерба должно производиться через материальные убытки, которые понес заказчик в результате нарушения законодательства о закупках. Целью нарушителей может являться либо продажа товара заказчику по завышенной стоимости, либо неосновательное занижение цены, по которой товар приобретается у заказчика. Например, когда исходная начальная максимальная цена контракта была незаконно завышена, ущерб должен исчисляться исходя из разницы между ценой контракта, которую уплатил бы заказчик при отсутствии нарушения, и ценой, уплаченной заказчиком в действительности.

Труднее решать вопросы с возникновением у бюджетного учреждения (и иных заказчиков по закупкам) ответственности (гражданско-правовой или административной), вызванной нарушением законодательства о закупках субъектами, указанным в составе ст. 200.4. Например, если вследствие такого нарушения имело место неисполнение условий гражданско-правового договора, что повлекло привлечение бюджетного учреждения к ответственности с выплатой контрагенту неустойки. Или если в результате умышленных действий работников бюджетной организации она была привлечена к административной ответственности (в сфере защиты прав потребителей или противодействия коррупции, например), размер которой составил более 2,25 млн. руб. В связи с этим актуализируется вопрос, можно ли такой ущерб считать удовлетворяющим признаку состава.

Вероятно, если будет установлена причинно-следственная связь, а также субъективные признаки состава, на поставленный вопрос можно ответить утвердительно: привлечение к ответственности, выразившейся в денежном эквиваленте, может быть рассмотрено как конститутивный признак состава — ущерб.

Оконченным преступление признается с момента причинения крупного ущерба, т.е. либо с момента, когда исполнителю по контракту была перечислена завышенная сумма, либо когда заказчик выплатил соответствующую

сумму в счет погашения какой-либо образовавшейся в результате виновных действий субъекта задолженности. Поскольку ущерб, в отличие от родственной ст. 285 УК, является в ст. 200.4 криминообразующим признаком, его исчисление принципиально важно. При этом открытым (до формирования судебной практики, как минимум, или в лучшем случае — до рекомендаций Пленума Верховного суда Российской Федерации; далее — ВС РФ) остается вопрос: можно ли рассматривать в качестве ущерба упущенную выгоду участников закупки, с которыми не был заключен контракт в результате нарушения отраслевого законодательства субъектом.

Ввиду отсутствия судебной практики по ст. 200.4 обратимся к толкованию аналогичного признака при ограничении конкуренции. Анализ доктрины и практики свидетельствует, что несмотря на дискуссионность содержания данного признака, крупный ущерб все же иногда следственные органы пытаются исчислять как упущенную выгоду, определяемую на основе предложений потерпевших о цене контракта, сделанных в ходе электронного аукциона [Есаков Г.А., 2019: 140–152]. Однако в силу того, что упущенная выгода по общему правилу (исключением здесь является ст. 165 УК РФ) не учитывается уголовным правом в силу своей неопределенности, то чаще суды отказывают в исчислении в качестве ущерба суммы недополученных в результате неправомерных действий денежных средств, составляющих цену контракта. Одной из причин отклонения судом признания того или иного участника потерпевшим является и наличие иных добросовестных участников торгов [Ермолович Я.Н., 2019: 15–26]. При этом очевидно, что контракт мог быть заключен лишь с одной из компаний, в связи с чем признание их всех потерпевшими невозможно, а выбор одного из них не обоснован.

В литературе отмечается, что Федеральная антимонопольная служба отстаивает необходимость учета упущенной выгоды в составе ущерба. Между тем к проблемам установления упущенной выгоды относится вопрос о методиках ее расчета, на что в доктрине также обращено внимание [Денисова А.В., 2016: 26–32]; [Есаков Г.А., 2019: 140–152]. Например, в случаях не заключенного из-за нарушения законодательства о закупках контракта очевидно, что поставщик понес бы значительные расходы на выполнение условий, т.е. встает вопрос, считать ли тогда ущерб как всю сумму контракта или за вычетом расходов, которые должны были быть понесены.

Однако в одном из немногочисленных упоминавшихся выше дел по ст. 178 УК, где речь шла об упущенной выгоде, дело было возвращено прокурору для устранения препятствий к его рассмотрению, в том числе в силу того, что «размеры затрат либо их отсутствие в ходе расследования уголовного дела установлены не были. Представители потерпевших заявили в суде, что представляемые ими хозяйственные общества не понесли каких-либо расходов, связанных с заключением или исполнением контракта. Ценовое

предложение, сделанное в ходе аукциона, включало как прибыль, так и затраты общества. При этом расчет рентабельности (упущенной выгоды) по контракту не производился, результаты аукциона они не обжаловали, материальных претензий представляемые ими общества к подсудимым не имеют» (выделено мной. — М.Ф.) [Ермолович Я.Н., 2019: 42–45].

Если уголовное право воспримет более широко, чем только для целей ст. 165 УК РФ, концепцию упущенной выгоды, то методика ее исчисления должна включать экспертную оценку специалиста о чистой прибыли за вычетом понесенных (или подлежащих уплате) расходов.

1.2. Соотношение статей 178 и 200.4 УК

При анализе признаков составов, указанных в ст. 200.4, с неизбежностью возникает вопрос о возможной совокупности преступлений, предусмотренных ст. 178 и ст. 200.4. Конструкция состава ограничения конкуренции отчасти синхронизируется с рассматриваемой ситуацией (в контексте обсуждения причинения ущерба участникам) по ст. 200.4, поскольку фактически речь идет об ущербе в силу нарушения правил о добросовестной конкуренции. В ситуациях, когда государственный или муниципальный заказчик в нарушение отраслевого законодательства заключает контракт, сумма которого объективно не является завышенной, а поставляемые товары или услуги соответствуют требуемому качеству (что крайне популярно для государственных оборонных заказов с их так называемыми «откатами»), очевидно, что вред заказчику не причиняется. Соответственно, требуется установить, распространяются ли положения ст. 200.4 и на сферу ограничения конкуренции.

Исходя из ст. 6 Закона № 44-ФЗ, в котором к принципам контрактной системы в сфере закупок относится обеспечение конкуренции, можно ответить утвердительно на данный вопрос. Подобная ситуация может возникнуть только тогда, когда иным (добросовестным) участникам при закупках причинен ущерб. Указанные ранее авторы считают, что «в некоторых случаях возможна дополнительная квалификация деяния, предусмотренного ст. 178 УК РФ, по совокупности со ст. ст. 201.1, 200.4 и 200.5 УК РФ» [Тенишев А.П., Тесленко А.В., 2020: 22]. Они приводят примеры, когда соучастником картельного соглашения выступает контрактный управляющий или когда участник картеля вступает с ним в сговор. Например, когда имеет место сговор о распределении участия в государственном оборонном заказе в зависимости от ассортимента товаров оборонного назначения, если участники картеля могут самостоятельно производить товары, являющиеся предметом сговора.

С приведенным мнением трудно согласиться. Объекты рассматриваемых преступлений являются крайне близкими — это законная деятельность в

сфере экономики, соблюдение отраслевого законодательства по различным группам общественных отношений. Если признать, что объектом для ст. 200.4 при причинении ущерба добросовестным участникам при закупке является охраняемая законом конкуренция, то ввиду бланкетности обеих рассматриваемых норм виновный будет нести уголовную ответственность дважды за нарушение положений одного регуляторного правила.

В каждом деле, безусловно, требуется установление, насколько квалификация будет охватывать все фактические обстоятельства. Приведенная выше ситуация включает в себя два основных криминализованных элемента: защиту конкуренции и особую сферу — государственные закупки. Для выяснения, какая норма будет общей, а какая — специальной, необходимо проанализировать характер бланкетных норм. Так, ст. 178 отсылает к Закону о защите конкуренции, хотя основным законом для ст. 200.4 будет Закон о госзакупках, который включает в себя и принцип конкуренции (раскрывающийся в указанном Законе). Поэтому когда контрактный управляющий, осуществляя злоупотребление, выполняет одновременно и состав ст. 178, более верной является квалификация только по ст. 200.4, поскольку формула обвинения по ней тогда будет основана на нарушении положений обоих законов, в силу отражения обязательности принципа конкуренции в Законе о госзакупках.

Подтверждается данный тезис и проблемами причиненного ущерба, поскольку даже если (с учетом проблемы исчисления ущерба всех добросовестных участников или того, который имел наибольшие шансы заключить контракт) суд найдет способ установить размер, данная сумма и потерпевший будут совпадать при квалификации деяния по обоим составам.

Для правильной квалификации помимо установления факта нарушения субъектом преступления бланкетного законодательства и причинения ущерба, требуется также установление причинно-следственной связи, что, как верно указывается некоторыми авторами, зачастую проблематично в силу необходимости учета экономических факторов, оказывающих влияние на функционирование рынка и естественного изменения его состояния [Антонов В.Ф., 2021: 8–11].

2. Субъект преступления

Понятие субъекта рассматриваемого преступления является ключевым, поскольку именно его характеристики стали причиной криминализации злоупотребления и подкупа при закупках. Определяется специальный субъект в рассматриваемой статье через позитивно-негативный признак. Негативный — не являются должностными лицами или лицами, выполняющими управленческие функции в коммерческой или иной организации. Такие

лица будут нести ответственность по ст. 201, 201¹, 285, 285⁴, 286 УК в случае нарушения законодательства о закупках и наличия иных необходимых признаков указанных составов.

Позитивный признак раскрывается через перечисление категорий лиц, которые могут быть субъектами рассматриваемого преступления; это:

работник контрактной службы;

контрактный управляющий;

член комиссии по осуществлению закупок;

лицо, осуществляющее приемку поставленных товаров, выполненных работ или оказанных услуг;

иное уполномоченное лицо, представляющее интересы заказчика в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных или муниципальных нужд.

Большинство указанных понятий определяется в Законе № 44-ФЗ. В соответствии с ч. 1 ст. 38 Закона контрактные службы создаются при годовом объеме закупок у заказчика, превышающем 100 млн. руб. Требования к работникам контрактной службы в Законе не раскрываются подробно, указывается лишь на необходимость высшего образования или дополнительного профессионального образования в сфере закупок. Исходя из негативного признака при установлении субъекта, руководитель контрактной службы (в случае его назначения) и его заместитель (при наличии) будут нести ответственность не по рассматриваемой норме, а по соответствующим статьям глав 23 или 30 УК РФ.

Заказчики, у которых годовой объем не превышает данного порога, назначают «должностное лицо, ответственное за осуществление закупки или нескольких закупок, включая исполнение каждого контракта (далее — контрактный управляющий)» (ч. 2 ст. 38 указанного Закона). Приведенное определение Закона, на первый взгляд, напрямую противоречит диспозиции уголовно-правовой нормы, исключившей из числа субъектов должностных лиц. Более того, ощущение несогласованности подтверждается и наличием в Кодексе административной ответственности Российской Федерации (далее — КоАП) следующего положения: «Лица, осуществляющие функции члена комиссии по осуществлению закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, контрактные управляющие, работник контрактной службы, совершившие административные правонарушения, предусмотренные статьями 7.29–7.32, 7.32.5, частями 7, 7.1 статьи 19.5, статьей 19.7.2 настоящего Кодекса, несут административную ответственность как должностные лица» (примечание к ст. 2.4 КоАП).

Однако в пояснительной записке к ст. 200.4 УК¹³ указано, что «ряд нарушений, связанных с целями осуществления закупок, определением цены го-

¹³ Available at: URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/410960-7> (дата обращения: 01.01.2021)

сударственного или муниципального контракта, заключением или исполнением государственного или муниципального контракта и совершаемых из корыстной или иной личной заинтересованности, не может рассматриваться как уголовно наказуемое злоупотребление служебным положением, поскольку эти нарушения совершаются представителями заказчика, которые не являются должностными лицами (например, работниками контрактной службы, контрактными управляющими, членами комиссии по осуществлению закупок, лицами, осуществляющими приемку поставленных товаров, выполненных работ, оказанных услуг)». Данное разъяснение авторов законопроекта заставляет искать объяснение такому решению законодателя. В противном случае необходимо было бы признать грубую юридическую ошибку, которую едва ли могли допустить при введении нового состава в УК.

Выделим два подхода к объяснению. Более простой заключается в том, что в данном случае речь идет об отраслевой рассогласованности терминов, поскольку для уголовного права «должностное лицо» понимается исключительно в смысле примечания к ст. 285 УК (т.е. довольно узко), тогда как иные отрасли используют данный термин не всегда в таком ограничительном толковании. В таком случае законодателю следует уточнить статус контрактного управляющего, которого некоторые авторы предлагают рассматривать как должностное лицо, исходя из его функций [Любый И.А., 2020: 27–29].

Тем не менее такой подход ошибочен по следующим основаниям. Анализ функций и полномочий контрактного управляющего (ч. 4 ст. 38 ФЗ № 44), а равно контрактной службы в целом¹⁴, дает основания полагать, что указанные лица могут относиться к выполняющим административно-хозяйственные или организационно-распорядительные функции, но часть их полномочий к таковым не относятся. Так, например, в полномочия контрактного управляющего входит обеспечение осуществления закупок, в том числе заключение контрактов (п. 4 ч. 4 ст. 38 Закона), что, скорее всего, будет относиться к функциям, которые уголовный закон рассматривает как присущие должностным лицам. В то же время формулировка «обеспечение осуществления закупок» не позволяет сделать однозначного вывода о действиях, выполняемых сотрудниками контрактной службы или контрактным управляющим, равно как и относимость таковых к имеющим юридически значимые последствия.

Например, такие функции, как разработка плана-графика закупок (п. 2 ч. 4. ст. 38 Закона), консультации с поставщиками (п. 6 ч. 4 ст. 38), едва ли могут быть отнесены к полномочиям, установленным уголовным законом

¹⁴ Приказ Минфина России от 31.07.2020 №158н «Об утверждении Типового положения (регламента) о контрактной службе». Available at: URL: <http://pravo.gov.ru> (дата обращения: 20.10.2020)

для определения преступления, совершенного должностным лицом. В Обзоре судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о приращении п. 9 ч. 1 ст. 31 данного Закона, отмечается, что, когда заместитель руководителя контрактной службы осуществляет разработку различных документов — плана закупок, плана-графика, а также — при осуществлении других функций или полномочий, которые входят в сферу деятельности контрактной службы, он не принимает фактические решения, влекущие правовые последствия, вследствие чего его полномочия не равны по функциональным обязанностям полномочиям руководителя¹⁵.

Из сказанного выходит, что ст. 200.4 может применяться к контрактным управляющим только когда они нарушают законодательство о закупках при выполнении иных, не входящих в число административно-хозяйственных или организационно-распорядительных функций, и это влечет наступление имущественного ущерба. Во всех остальных случаях они будут привлекаться к ответственности по соответствующим статьям главы 23 или главы 30 УК, санкции которых выше, поскольку речь идет о посягательстве уже на два объекта (помимо экономических отношений и ущерба, нарушаются интересы службы).

Косвенное подтверждение данной позиции есть и в судебной практике: так, ВС РФ указал, что «не образует состав получения взятки принятие должностным лицом денег, услуг имущественного характера и т.п. за совершение действий (бездействие), хотя и связанных с исполнением его профессиональных обязанностей, но при этом не относящихся к полномочиям представителя власти, организационно-распорядительным либо административно-хозяйственным функциям»¹⁶. К уголовной ответственности по ст. 200.5 УК («Подкуп работника контрактной службы, контрактного управляющего, члена комиссии по осуществлению закупок») по одному из дел за передачу предмета подкупа привлечен к ответственности представитель поставщика. Он передал денежные средства Л. — замначальника отдела АО ЦКБА (контрольный пакет акций которого принадлежит АО «Корпорация «Тактическое ракетное вооружение», 100% акций которого принадлежит Российской Федерации) за помощь в заключении контракта. Л., имея точные сведения, что именно требуется и каковы наиболее важные для заказчика условия, осуществил подготовку заявки и технической документации от поставщика — АО «Джи Эс Системс» — для создания у данного акционерного общества приоритетного положения перед другими поставщиками¹⁷. По дру-

¹⁵ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2017. № 2.

¹⁶ П. 7 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 9.07.2013 N 24 «О судебной практике по делам о взяточничестве и об иных коррупционных преступлениях» // СПС Консультант Плюс.

¹⁷ Приговор Куйбышевского районного суда Омска от 11.10.2019 по делу N 1-324/2019 // СПС КонсультантПлюс.

тому делу была привлечена контрактная управляющая ГБУЗ РА ЦРБ, систематически направлявшая по мессенджеру заявки на поставку товаров представителю поставщика — ООО АльфаМед — в нарушение предусмотренной законом процедуры¹⁸. Данные действия к организационно-распорядительным и административно-хозяйственным функциям не относятся, что обусловило привлечение к уголовной ответственности именно по ст. 200.5 УК РФ.

В доктрине есть схожие подходы. Например, аналогичной позиции применительно к субъектам, указанным в ст. 200.5 УК, придерживается В.Н. Борков, указывая, что «при отграничении получения взятки (ст. 290 УК) в контрактной сфере от незаконного получения материальных ценностей лицами, представляющими интересы заказчика в сфере закупок (ч. 4–6 ст. 200.5 УК), необходимо исследовать характер совершенных или предполагаемых действий виновного, за которые были получены материальные ценности. Деяние виновного квалифицируется по ст. 290 УК, если материальное вознаграждение получено за действия (бездействие), входящие в служебные, т.е. в должностные полномочия субъекта, или полномочия других должностных лиц, на которых виновный оказывает влияние. Исполнителей преступлений, предусмотренных ч. 4–6 ст. 200.5 УК, подкупают за совершение действий «в связи с закупкой товаров, работ, услуг для обеспечения государственных или муниципальных нужд» [Борков В.Н., 2020].

В рассмотренной дихотомии отражается функциональный подход к определению субъекта: лицо, занимающее должность в коммерческой организации или на государственной (муниципальной) службе, будет нести уголовную ответственность за преступления против интересов службы в тех случаях, когда оно выполняло объективную сторону состава, используя те полномочия, которые входят в понятие «административно-хозяйственные, организационно-распорядительные или управленческие функции». Именно в таком понимании можно увидеть отличие основного непосредственного объекта рассматриваемого преступления от соответствующих составов в главах 23 и 30 УК: распространенность причинения имущественного ущерба в данной сфере повлекла криминализацию деяния, однако сами по себе интересы службы в узком законодательном их понимании здесь не страдают. Деяние становится преступным именно в силу причиненного материального исчисляемого ущерба, поэтому статья абсолютно закономерно определена в главу об экономических преступлениях. Подтверждение этому можно найти и в уже упомянутой пояснительной записке к законопроекту, согласно которой деяния вносятся в уголовный закон в силу причиняемого бюджетной системе государства ущерба.

¹⁸ Приговор Майкопского районного суда Республики Адыгея от 11.08.2020 N 1-130/2020 // СПС КонсультантПлюс.

При таком понимании очевидными становятся и исключения в субъектном составе: суды при рассмотрении дел по ст. 201, 285-286 УК устанавливают, входили ли действия в организационно-распорядительные или административно-хозяйственные функции. Так, под одним из дел, где лицо было оправдано по ст. 290 и 285 УК (требование прокурора о рассмотрении возможности привлечения к ответственности по ст. 200.4 было отклонено в силу того, что состав был введен позже совершения инкриминируемых деяний), суд указал, что «кроме этого, выполненные Л.Е.МА. указанные в обвинении действия по подготовке проекта государственного контракта и технического задания к нему также не свидетельствуют о выполнении им организационно-распорядительных либо административно-хозяйственных функций в государственном учреждении, поскольку указанные действия носят технический характер, каких-либо правовых последствий не образуют...»¹⁹. Таким образом, лица, виновные в причинении имущественного ущерба в результате иного нарушения законодательства о закупках, оставались вне пределов уголовной ответственности, если совершали деяние, не входящее в обсуждаемые функции.

Следующий из перечисленных субъектов — член комиссии по осуществлению закупок. По ст. 39 Закона заказчик создает такую комиссию для определения поставщиков и назначает председателя. В отношении члена комиссии и председателя, как представляется, работает та же логика, что была изложена выше: председатель, как правило, выполняет функции должностного лица, т.е. принимает решения, которые влекут правовое последствие, поэтому он хотя прямо и не исключается из числа субъектов (о нем умалчивается), но чаще, вероятно, будет нести ответственность по статьям главы 30 УК. При этом рядовые члены комиссии будут нести ответственность так же, как и контрактный управляющий — в зависимости от того, какие функции они выполняли, совершая преступное деяние.

Лицо, осуществляющее приемку поставленных товаров, выполненных работ или оказанных услуг — еще один упомянутый в диспозиции субъект преступления. В указанном законе о приемке говорится, что подписывается документ заказчиком, в случае создания приемочной комиссии — всеми членами такой комиссии и утверждается заказчиком (ст. 94). Документы, которыми оформляется приемка, готовятся контрактной службой или контрактным управляющим (п. 3.4.3.3. вышеуказанного Типового положения). Заказчиком по п. 7 ст. 3 Закона является бюджетное учреждение, государственное, муниципальное унитарные предприятия, п. 5 относит к ним помимо государственных органов, среди прочего, «Росатом», «Роскосмос» и

¹⁹ Апелляционное определение Верховного суда Республики Коми от 02.06.2020 по делу № 22-1208/2020 // СПС КонсультантПлюс.

публично-правовую компанию «Единый заказчик в сфере строительства». Таким образом, в силу того, что правовое последствие влечет исключительно подпись (утверждение) заказчиком (т.е. лицом, имеющим право подписи от имени заказчика), то последний в случае умышленного нарушения положений законодательства будет рассматриваться в качестве должностного лица, и, следовательно, нести ответственность по соответствующим составам. Лица, готовившие документы, или члены приемочной комиссии, напротив, не могут рассматриваться в качестве должностных лиц при исполнении функции приемки, поэтому могут подлежать уголовной ответственности по ст. 200.4, если их действия, осуществленные в нарушение закона, повлекли причинение крупного ущерба.

Наконец, последняя группа, закрепляющая открытый перечень специальных субъектов — это иные уполномоченные лица, представляющие интересы заказчика. Исходя из системного толкования норм Закона № 44-ФЗ, укажем среди таких лиц представителей специализированной организации — юридического лица, которое заказчик привлекает для выполнения отдельных функций (в частности, разработки документации, размещения информации в единой информационной системе и т.д.) (ст. 40). Кроме того, заказчик при приемке проводит экспертизу и может для ее осуществления привлечь экспертов или экспертные организации (ст. 41), которые также представляют интересы заказчика на разных стадиях (например, при приемке — ч. 3, ч. 1 ст. 94 того же Закона). Однако эксперты могут выступать субъектами в данном составе только если не будет установлено в их действиях специального состава преступления — ст. 200.6 УК (заведомо ложное экспертное заключение в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд).

Таким образом, список субъектов в диспозиции сформулирован достаточно широко в целях охвата всех лиц, принимающих участие в процессе осуществления деятельности по закупке, но не подлежащих уголовной ответственности в качестве должностных лиц в силу отсутствия какого-либо из признаков должностного лица. По этим причинам при разграничении составов необходимо принимать во внимание, что ст. 285 и ст. 201 УК не соотносятся с рассматриваемой как общая и специальная нормы, т.е. конкуренции они не создают. Исключение должностных лиц и лиц, выполняющих управленческие функции в коммерческих или иных организациях, из числа субъектного состава, делает эти составы смежными (т.е. прямо разграниченными законом по признаку субъекта).

В доктрине неоднократно отмечалось, что законодателем избран неудачный способ описания субъектного состава в силу, в частности, излишней громоздкости, казуистичности, а равно — указания на исключение лиц, выполняющих управленческие функции в коммерческой или иной органи-

зации, поскольку они априори не могут совершить данного преступления [Бавсун М.В., Борков В.Н., 2018: 90-94]. В связи с этим можно встретить и предложения об использовании обобщающей формулировки «работники заказчика, не являющиеся должностными лицами» [Шурпаев Ш.М., 2021: 34-40], и уточнение понятия «должностное лицо» применительно к злоупотреблениям в сфере закупок [Бекренев Л.Л., 2019: 53].

В свете проблем, связанных с содержанием различных признаков преступлений, а равно единичного количества приговоров по данному составу за четыре года его существования, сделаем вывод, что уточнение субъектного состава без внесения более серьезных изменений едва ли может улучшить практику его применения.

3. Установление причинно-следственной связи

Анализ признаков объективной стороны и субъекта позволяет вернуться к вопросу об установлении причинно-следственной связи между нарушением отраслевого законодательства именно субъектом данного преступления, когда это повлекло причинение ущерба. Проблема заключается в том, что при определенном подходе к толкованию данных признаков возможность применения данной нормы может исключаться в принципе в силу следующих оснований:

ущерб причиняется в результате заключения контракта в нарушение конкурсных процедур (презюмируется, что при их соблюдении ущерб не должен быть причинен), однако:

контракт всегда подписывает руководитель, и если

руководитель нарушает предписанные правила умышленно, то ущерб находится вне причинной связи с нарушениями иных лиц (даже если они нарушают закон по согласованию с руководителем), но если

руководитель нарушает без умысла, то все равно причиной причиненного ущерба становятся именно его действия, поэтому

иные лица, действующие умышленно с целью причинения ущерба «руками» руководителя, выполняют состав должностного преступления или хищения путем посредственного исполнения.

Такая цепь аргументов, препятствующих привлечению к уголовной ответственности кого-либо по данной статье, основывается на подходе, при котором когда лицо подписывает контракт или его подпись является обязательной, такое лицо становится должностным (в отношении предприятий, речь о которых идет применительно к государственным и муниципальным закупкам). Если же подпись виновного не является обязательной, то, согласно описанной позиции, все действия виновного при отсутствии осознания подписывающим контракт лицом можно (и должно) описывать через институт посредственного причинения вреда.

Следовательно, для применения нормы требуется:

установление факта нарушения отраслевого законодательства лицами, указанными в ст. 200.4 УК в качестве субъектов;

отсутствие умысла на нарушение отраслевого законодательства и на причинение ущерба у руководителя и следование принципу, согласно которому невиновные действия третьих лиц не прерывают причинно-следственную связь;

игнорирование института посредственного исполнения с учетом наличия специальной нормы.

В целом все указанные условия могут быть выполнены правоприменителем, если введенную норму рассматривать как частный случай отдельно криминализированного института посредственного причинения вреда. Криминализация различных действий пособников и организаторов в качестве отдельных составов в отношении террористических преступлений дает возможность такого восприятия конструкции ст. 200.4 УК.

Однако остается вопрос: можно ли констатировать причинение ущерба действиями (бездействием) именно этих лиц на том основании, что фактом, имеющим юридическое значение, выступает заключенный позднее и подписанный руководителем контракт. Вероятнее всего, ответ должен быть утвердительным, в противном случае норма останется мертворожденной. Основанием для такого решения можно считать то, что невиновные действия (бездействие) руководителя не будут прерывать причинно-следственную связь между нарушением законодательства субъектом преступления и ущербом.

В качестве примера приведем наиболее часто встречающееся в практике арбитражных судов нарушение закона — помощь в составлении для поставщиков технического задания и иных документов, необходимых для победы в проводимых после этого аукционах или торгах, что создает преимущественные условия по отношению к другим участникам торгов²⁰. Очевидно, что виновный не совершает юридически значимых действий, помогая готовить документы, однако это приводит к тому, что на момент проведения конкурса недобросовестный поставщик имеет однозначное преимущество, и у руководителя нет оснований сомневаться, что нарушена при заключении контракта не нарушена.

Введение данного состава используется и обвиняемыми по должностным преступлениям: указывая на выполнение деяния, не входящего в должностные функции, они просят переqualифицировать их действия со ст. 285 на

²⁰ См., напр.: Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 27.11.2018 № Ф06-38755/2018 по делу № А55-10042/2017; Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 28.02.2019 № Ф03-308/2019 по делу № А73-3220/2018.

ст. 200.4. Заинтересованность в этом объясняется разной степенью тяжести (средней и небольшой соответственно)²¹ и соответствующих уголовно-правовых последствий (сроков давности, например).

4. Субъективная сторона

Субъективная сторона преступления включает вину и корыстную заинтересованность. Ранее состав содержал также иную личную заинтересованность в качестве мотива, однако в июле 2022 года внесены изменения, исключившие его²². В качестве обоснования указывается, что исключаемый мотив носит оценочный характер и имеющиеся в п. 16 Постановления Пленума ВС РФ №19²³ разъяснения не являются исчерпывающими и не позволяют сделать однозначного вывода. Это, в свою очередь, создает риски привлечения к уголовной ответственности практически за любое нарушение законодательства в сфере закупок, если оно повлекло причинение крупного ущерба²⁴. Преступление может быть совершено только умышленно. Достаточно ли для привлечения к ответственности косвенного умысла — дискуссионный вопрос. Так, И.А. Клепицкий пишет, что конструкция состава с указанным в нем последствием позволяет говорить о возможности косвенного умысла [Клепицкий И.А., 2021: 785]. Другой позиции придерживается Г.А. Есаков: «Субъективная сторона преступления характеризуется прямым умыслом и специальным мотивом...» [Есаков Г.А., 2021: 227].

Указание на обязательные цель или мотив в составе преступления, как правило, свидетельствует о необходимости установления прямого умысла. Однако в рассматриваемом случае наиболее частой будет ситуация, при которой виновное лицо, совершая деяние, осознает возможность наступления общественно-опасных последствий в виде причиненного крупного ущерба, но относится к ним безразлично, поскольку целью его действий является именно удовлетворение своей собственной заинтересованности, а не причинение ущерба заказчику. Интеллектуальный элемент умысла также скорее будет характеризоваться возможностью, а не неизбежностью, поскольку достижение размера крупного ущерба редко является очевидным.

²¹ См., напр.: приговор Элистинского городского суда Республики Калмыкия от 21.07.2020 по делу №1-2/2020 // СПС КонсультантПлюс.

²² Федеральный закон «О внесении изменений в статью 200.4 Уголовного кодекса Российской Федерации» от 14.07.2022 № 345-ФЗ // Российская газета. № 160. 22.07.2022.

²³ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 16.10.2009 № 19 «О судебной практике по делам о злоупотреблении должностными полномочиями и о превышении должностных полномочий» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2009. № 12.

²⁴ Available at: URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/106973-8> (дата обращения: 02.08.2022)

В качестве возможного подтверждения данного вывода выступает и тот факт, что для схожей конструкции уже устоявшегося в судебной практике состава злоупотребления должностными полномочиями (ст. 285 УК) допускается и косвенный умысел, хотя в нем также содержится указание на корыстную или иную личную заинтересованность [Есаков Г.А., 2019: 642].

Корыстный мотив означает желание извлечь выгоду имущественного характера: обогатиться, избавиться от долговых обязательств и т.д. Такой мотив может существовать не только в отношении самого виновного, но и в отношении третьих лиц (например, желание обогатить родственников).

5. Квалифицирующие признаки

Квалифицированный состав преступления, закрепленный в ч. 2 ст. 200.4, включает два признака: совершение группой лиц по предварительному сговору (п. «а») и причинение особо крупного ущерба (п. «б»). Группу лиц могут образовывать только лица, указанные в качестве специальных субъектов в диспозиции нормы. Насчет особо крупного ущерба встречается позиция, согласно которой отношение виновного к данному последствию может быть неосторожным [Клепицкий И.А., 2021: 786]. Представляется, однако, что если умыслом виновного охватывалось причинение крупного ущерба, то в случаях, когда он самонадеянно рассчитывал избежать достижения особо крупного размера ущерба или не предполагал, но при должной степени осмотрительности мог и должен был предполагать, вменение квалифицирующего признака невозможно. Конструкция состава не дает оснований полагать, что законодатель предусмотрел в п. «б» преступление с двумя формами вины, в связи с чем для вменения признака причинения особо крупного ущерба судам необходимо устанавливать наличие прямого или косвенного умысла.

Заключение

Изучение содержания признаков состава злоупотребления в сфере государственных закупок, равно как и малочисленной судебной практики по соответствующим делам, позволяет сделать несколько выводов. Во-первых, проблемы применения нормы во многом основаны на не совсем удачной конструкции субъекта, которую законодатель вывел в данной норме. При длительно существующих преступлениях коррупционной направленности (в широком смысле, включая нарушение любых обязательных для данной деятельности правил с целью извлечения неправомерной выгоды) одна из основных трудностей всегда — установление соответствия обстоятельств дела всем признакам субъекта: должности, характеристики полномочий

и т.д. Новый состав требует установления — пусть и через отрицание — всех тех же признаков, чтобы исключить наличие статей 285 или 290 УК. Однако даже при успешном решении данной задачи затем необходимо установить и причинно-следственную связь, для чего в каждом случае потребуется анализ наличия или отсутствия умысла у лица, чья подпись повлекла юридически значимые последствия (руководителя заказчика). Наконец, даже в случае невиновных действий последнего для привлечения к ответственности лиц по ст. 200.4 неизбежно встает вопрос о посредственном исполнении.

Такая ситуация обусловлена спецификой законодательного описания должностного лица (в частности, если сравнивать с зарубежным законодательством, где ответственность по подобным преступлениям несут все субъекты по тем же нормам, что и гражданские служащие или должностные лица). Вероятно, чтобы суды смогли применять норму к ответственности контрактных управляющих и иных подобных лиц, им потребуется крайне тщательный анализ именно таких способов воздействия этих лиц на принятие решений о заключении контракта, которые нельзя отнести к влекущим юридически значимые последствия.

Кроме того, с развитием антимонопольного законодательства и формированием судебной практики по ст. 178 УК станет понятнее, насколько пересекаются у данных норм объекты и последствия в виде ущерба. Совокупность может быть установлена только в том случае, если ущерб при злоупотреблении с использованием картельных соглашений будет отличным от причиненного непосредственно таким соглашением.



Список источников

1. Антонов В.Ф. Уголовная ответственность за ограничение конкуренции: вопросы квалификации. Конкурентное право. 2021. № 1. С. 8–11.
2. Бавсун М.В., Борков В.Н. Новые уголовно-правовые меры охраны отношений в сфере закупок для государственных нужд. Современное право. 2018. № 9. С. 90–94.
3. Бекренев Л.Л. Прогнозируемые проблемы правоприменения статьи 200.4 Уголовного кодекса Российской Федерации. Юридическая наука. 2019. № 7. С. 51–54.
4. Борков В.Н. Квалификация получения незаконного вознаграждения за приемку товаров, работ или услуг при исполнении контракта // Законность. 2020. № 9. С. 16–19.
5. Денисова А.В. Общественно опасные последствия преступления, предусмотренного ст. 178 УК РФ «Ограничение конкуренции». Российский следователь. 2016. № 13. С. 26–32.
6. Ермолович Я.Н. Уголовная ответственность за ненадлежащее исполнение государственного оборонного заказа и нарушение порядка государственных закупок. Оборонно-промышленный комплекс: вопросы права. 2019. № 1. С. 15–26.
7. Ермолович Я.Н. Упущенная выгода как общественно опасное последствие совершения преступления. Российский следователь. 2019. № 3. С. 42–45.

8. Есаков Г.А. Уголовная ответственность за ограничение конкуренции: проблемы и перспективы. Закон. 2019. № 8. С. 140–152.
9. Есаков Г.А. (ред.) Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации. М.: Проспект, 2019. 752 с.
10. Есаков Г.А. (ред.) Российское уголовное право. Особенная часть. М.: Проспект, 2021. 608 с.
11. Клепицкий И.А. Новое экономическое уголовное право. Монография. М.: Проспект, 2021. 984 с.
12. Любый И.А. Проблемные вопросы субъективного состава ст. 200.4 УК Российской Федерации. Российская юстиция. 2020. № 2. С. 27–29.
13. Тенишев А.П., Тесленко А.В. К вопросу об уголовно наказуемых посягательствах на конкуренцию. Ч. 1. Конкурентное право. 2019. № 4. С. 22–26.
14. Тенишев А.П., Тесленко А.В. К вопросу об уголовно наказуемых посягательствах на конкуренцию. Ч. 2. Конкурентное право. 2020. № 1. С. 18–22.
15. Шурпаев Ш.М. Некоторые особенности специального субъекта преступлений, предусмотренных статьями 200.4 и 200.5 Уголовного кодекса. Российский юридический журнал. 2021. № 6. С. 34–40.



References

1. Antonov V.F. (2021) Liability for restricting competition: issues of qualification. *Konkurentnoe pravo*=Competition Law, no. 1, pp. 8–11 (in Russ.)
2. Bavsun M.V., Borkov V.N. (2018) New criminal law measures for protecting relations in the sphere of state purchases. *Sovremennoe pravo*=Modern Law, no. 9, pp. 90–94 (in Russ.)
3. Bekrenev L.L. (2019) Future problems of implementing Article 200.4 of the Russian Criminal Code. *Juridicheskaya nauka*=Legal Science, no. 7, pp. 51–54 (in Russ.)
4. Borkov V.N. (2020) Qualification of getting unlawful reward for receiving commodities, works or services during fulfilling contracts. *Zakonnost*=Legality, no. 9, pp. 16–19 (in Russ.)
5. Denisova A.B. (2016) Socially dangerous consequences of a crime according to Article 178 of the Russian Criminal Code «On restricting competition». *Rossiyskiy sledovatel*=Russian Investigator, no. 13, pp. 26–32 (in Russ.)
6. Ermolovich Ya. N. (2019) The liability for improper fulfilling state defence request and breaking procedures of state purchases. *Oboronno-promshlennyi kompleks: voprosy prava*=Defence Industrial Complex: Legal Aspects, no. 1, pp. 15–26 (in Russ.)
7. Ermolovich Ya. N. (2019) Missed benefit as socially dangerous consequence of committing crime. *Rossiyskiy sledovatel*=Russian Investigator, no. 3, pp. 42–45 (in Russ.)
8. Esakov G.A. (2019) Liability for restricting competition: issues and prospects. *Zakon*=Statute, no. 8, pp. 140–152 (in Russ.)
9. Esakov G.A. et al. (2019) Commentaries to the Russian Criminal Code. Moscow: Prospekt, 752 p. (in Russ.)
10. Esakov G.A. et al. (2021) The Russian criminal law. Special part. Moscow: Prospekt, 608 p. (in Russ.)
11. Klepitskiy I.A. (2021) *Modern economic criminal law*. Moscow: Prospekt, 984 p. (in Russ.)
12. Liubiy I.A. (2020) Problematic aspects of the subject *corpus delicti* of the Russian Criminal Code (Article 200.4). *Rossiyskaya justiticia*=Russian Justice, no. 2, pp. 27–29 (in Russ.)

13. Shurpaev S.M. (2021) Some specifics of the special subject of crimes according to Articles 200.4 and 200.5 of the Russian Criminal Code. *Rossiyskiy juridicheskiy zhurnal*=Russian Law Journal, no. 6, pp. 34–40 (in Russ.)
 14. Tenishev A.P., Teslenko A.B. (2019) On liable encroachments upon competition (part 1). *Konkurentnoe pravo*=Competition Law, no. 4, pp. 22–26 (in Russ.)
 15. Tenishev A.P., Teslenko A.B. (2020) On liable encroachments upon competition (part 2). *Konkurentnoe pravo*=Competition Law, no. 1, pp. 18–22 (in Russ.)
-

Информация об авторе:

М.А. Филатова — кандидат юридических наук, доцент.

Information about the author:

M.A. Filatova — Candidate of Science (Law), Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 18.10.1021; одобрена после рецензирования 30.06.2022; принята к публикации 17.07.2022 .

The article was submitted to the editorial office 18.10.1021; approved after reviewing 30.06.2022; accepted for publication 17.07.2022.

Научная статья

УДК 347; 347.65/.68.

DOI:10.17323/2072-8166.2022.3.51.71

Цифровизация общества и объекты наследственного правопреемства



Алексей Александрович Волос

Саратовская государственная юридическая академия, Россия 410056, Саратов,
Вольская ул., 1. volosalexey@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0001-5951-1479>



Аннотация

Статья посвящена ключевым вопросам, возникающим при включении цифровых объектов в наследственную массу. Рассматривается, как «классическая» теория наследственного права может быть использована для разрешения указанной проблемы и какие уточнения должны быть в этой теории сделаны. Целью исследования является рассмотрение особенностей категории «объекты наследственного правопреемства» и ее трансформации в связи с происходящими в настоящее время процессами цифровизации общества. Для достижения данной цели автор в первой части работы рассматривает общие вопросы теории объектов наследственного правопреемства. Во второй части статьи анализируются проблемы отнесения некоторых объектов гражданских правоотношений, возникших в процессе цифровизации общества, к наследственной массе (цифровые права, криптовалюты, аккаунты в социальных сетях). В третьей части статьи, используя индуктивные рассуждения, исследователь формулирует общие концептуальные проблемы развития законодательства, связанные с «цифровыми» объектами наследственного правопреемства. Сделан вывод, что возможны следующие законодательные решения выявленных проблем: установление полного запрета на наследование «цифровых» активов; создание отдельного правового регулирования наследственных отношений специально под цифровые активы; допущение факта включения в наследственную массу цифрового объекта только при условии его введения в оборот; допущение некоторых особенностей наследования «цифровых объектов». Несомненно, выбор подхода зависит от государственной политики в сфере цифровой экономики, которая, в свою очередь, должна исходить из научно обоснованных концепций и реальных предложений. Позиция автора заключается в том, что правовое регулирование «цифровых» наследственных отношений в России может быть основано на смешанном методе, включающим совокупность традиционных и технологических методов деятельности. Такой метод наиболее коррелирует с допущением включения в наследственную массу «цифрового объекта» только при условии его реального введения в оборот.



Ключевые слова

цифровое право; цифровые права; криптовалюта; социальные сети; наследование; объекты наследственного правопреемства; наследственная масса; завещание.

Благодарности: Исследование проведено при финансовой поддержке гранта Президента Российской Федерации для государственной поддержки молодых российских ученых–кандидатов наук в рамках научного проекта МК-165.2021.2 «Цифровые челленджи современного наследственного права».

Статья опубликована в рамках проекта по поддержке публикаций авторов российских образовательных и научных организаций в научных изданиях НИУ ВШЭ.

Для цитирования: Волос А.А. Цифровизация общества и объекты наследственного правопреемства // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. № 3. С. 51–71. DOI:10.17323/2072-8166.2022.3.51.71.

Research article

Digitalization of Society and Objects of Hereditary Succession



Aleksei A. Volos

Saratov State Law Academy, 1 Volskaya Str., Saratov 410056, Russian Federation, volosalexey@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0001-5951-1479>.



Abstract

The article is devoted to the key issues that arise when digital objects are included in the heritage. The author consider how the classical theory of inheritance law can be used in the case of digital inheritance and what clarifications should be made to this theory. The purpose of the research is to examine the features of the category “objects of hereditary succession” and its transformation in the case of the digital transformation in society. In order to achieve this purpose the author in the first part of the research studies the general issues of the theory of objects of inheritance. The second part of the article it is analyzed the problems of attributing some objects of civil legal relations that have arisen in the process of digitalization of society to the hereditary mass (digital rights, cryptocurrency, social nets accounts). Finally, in the third part, using inductive reasoning, the researcher formulates general conceptual problems of the development of legislation related to digital objects of inheritance. Based on the results of the research, it was concluded that the following legislative solutions to the identified problems are possible: the establishment of a complete ban on inheritance of digital assets; the creation of a separate legal regulation of inheritance relations specifically for digital assets; the assumption of the fact of inclusion in the hereditary mass of a digital object only if it is really possible to put it into circulation; the assumption of some features of inheritance of “digital objects”. Undoubtedly, the choice of approach strongly depends on the state’s policy in the field of the digital economy, which in turn should proceed from sound concepts and practical proposals. The position of the author of the article is that the legal regulation of “digital” hereditary relations in Russia has be based on a mixed method,

including a combination of traditional and technological methods. Such a method is most correlated with the assumption of the fact of inclusion in the hereditary mass of a digital object only if it is really possible to put it into circulation.



Keywords

digital law; digital rights; cryptocurrency; social nets; inheritance; objects of inheritance; heritage; will.

Acknowledgments: The reported study was carried out under of a grant from the President of the Russian Federation for state support of young Russian scientists candidates of sciences within of the research project МК-165.2021.2 “Digital Challenges of Modern Inheritance Law”. The paper is published within the project of supporting the publications of the authors of Russian educational and research organizations in the Higher School of Economics academic publications.

For citation: Volos A.A. (2022) Digitalization of Society and Objects of Hereditary Succession. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no. 3, pp. 51–71 (in Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2022.3.51.71.

Введение

Современные технологии стали главным трендом и символом развития всех сфер общественной жизни. Ученые и практикующие юристы постепенно привыкают к блокчейну, криптовалютам, смарт-контракту, а цифровые технологии стали привычными для договорных, корпоративных, трудовых отношений, не говоря о сфере защиты интеллектуальной собственности, экономические процессы в которой уже не одно десятилетие невозможно понять без изучения влияния Интернета.

Наследственное право традиционно является одной из наиболее консервативных сфер правового регулирования. Воздействие цифровых технологий на наследственное право пока минимально, хотя абсолютно оставаться в стороне от происходящих во всем мире процессов невозможно. Ситуация в настоящий момент несколько упрощается малым количеством кейсов. Однако когда таковые возникают (например, знаменитый спор по поводу доступа наследников к аккаунту умершего в Facebook¹), начинаются жаркие споры. Вместе с тем нередко подобные дискуссии касаются лишь конкретного казуса. Системного концептуального понимания «цифровых» объектов наследственного правопреемства в настоящий момент не имеется.

¹ См., напр.: Верховный суд Германии разрешил передавать по наследству аккаунты в Facebook. Available at: URL: <https://pravo.ru/news/204002/?ysclid=l60uelq1x649441363> (дата обращения: 22.09.2021)

Необходимость в этом рано или поздно возникнет, ведь обладатели криптовалют, дорогих аккаунтов в социальных сетях или компьютерных играх, иных цифровых активов постепенно будут становиться наследодателями, а их потенциальные наследники начнут судебные разбирательства. Тогда уже и встанет вопрос — а насколько классическая теория объектов наследственного правопреемства способна разрешить такие споры. Настоящая статья является попыткой внести вклад в разрешение указанной проблемы, предложить авторский взгляд на ситуацию.

Целью исследования таким образом является рассмотрение особенностей категории «объекты наследственного правопреемства» и ее трансформации в связи с происходящими процессами цифровизации общества. В рамках статьи будут рассмотрены общие вопросы теории объектов наследственного правопреемства, а также проблемы отнесения некоторых объектов гражданских правоотношений, возникших в процессе цифровизации общества, к наследственной массе (цифровые права, криптовалюты, аккаунты в социальных сетях). Далее автор формулирует общие концептуальные проблемы развития законодательства, связанные с «цифровыми» объектами наследственного правопреемства. Будет предложен и собственный взгляд на то, как должно развиваться законодательство в рассмотренных сферах.

1. Теория объектов наследственного правопреемства

Цивилистическая теория, по крайней мере до появления «цифровых» объектов, не знала серьезных споров об объектах наследственного правопреемства. Идут дискуссии о возможности перехода по наследству отдельных прав и обязанностей², но не подлежит сомнению принцип, по которому имущественные права включаются в наследственную массу, а неимущественные — нет.

Это традиционное для частного права правило закреплено в ст. 1112 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ): в состав наследства входят принадлежавшие наследодателю на день открытия наследства вещи, иное имущество, в том числе имущественные права и обязанности. При этом права, неразрывно связанные с личностью, личные неимущественные права и другие нематериальные блага в состав наследства не входят.

На основании толкования указанных норм общепризнано, что имущественные права для вхождения в наследственную массу должны отвечать следующим требованиям. Во-первых, принадлежность возможному насле-

² Например, суды неоднозначно подходили к вопросу о возможности перехода по наследству долга наследодателя, возникшего в результате привлечения его к субсидиарной ответственности по основаниям, предусмотренным законодательством о несостоятельности (банкротстве). См.: Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации. 2020. № 1, утв. Президиумом Верховного Суда РФ 10.06.2020 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2020. № 10.

додателю на момент открытия наследства. Во-вторых, отсутствие связи с личностью потенциального наследодателя. В-третьих, переход по наследству таких прав не запрещен законом.

На практике споры происходили во многом не из-за проблемы определения объектов наследственного правопреемства, а вследствие ненадлежащего оформления наследодателями своих прав. В частности, решался вопрос о наследовании жилых помещений, по котором не была завершена процедура приватизации³, о наследовании самовольных построек⁴ и др. По подобным делам суды нередко принимают различные решения. Такая ситуация подчеркивает не какое-либо неоднозначное толкование правил об объектах наследственного правопреемства, а необходимость совершенствования процедурных аспектов оформления прав на недвижимость.

Есть позиция, согласно которой долги не входят в объект наследственного правопреемства, не являются составной частью наследства. Данный вывод сделан из того, что наследники отвечают по долгам, обременяющим наследство, лишь в пределах действительной стоимости наследственного имущества. Как писал В.И. Серебровский, «долги являются... только «обременением» наследства, но не его составной частью» [Серебровский В.И., 2003: 60]. Однако если рассматривать наследование как процесс перехода прав и обязанностей, не вполне ясно, чем обременение отличается от элементов составной части наследства. Обременения (например, обременение сервитутом), связанные с имуществом, также переходят по наследству и являются частью обязанностей, входящих в наследственную массу.

За рубежом понятие об объектах наследственного правопреемства в целом аналогично отечественному, за исключением того, что ряд правовых порядков регулируют отношения по поводу не известных российскому закону правовых конструкций. Например, во Франции и Германии не переходит по наследству узуфрукт [Петров Е.Ю., 2015: 22, 23]. Вместе с тем в континентальной системе права общепризнано, что имущественные права и обязанности переходят по наследству, а неимущественные — нет.

Таким образом, теоретическая характеристика объектов наследственного правопреемства пока не стала предметом споров. Однако постоянно создающиеся и активно распространяющиеся «объекты цифрового мира» могут поставить вопрос об актуальности данной концепции.

Во-первых, применительно к ряду «цифровых» объектов трудно разделить имущественную и неимущественную составляющие. Так, аккаунты в соци-

³ См.: Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации. 2017. № 1. 16.02.2017 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2018. № 1-3.

⁴ См., напр.: Определение Верховного Суда Российской Федерации № 18-КГ20-91-К4 от 19.01.2021. Available at: URL: http://vsrf.ru/stor_pdf.php?id=1960006 (дата обращения: 22.09.2021)

альной сети или компьютерных играх, изначально возникшие для удовлетворения потребностей в общении и развлечении, стали объектами крупных сделок. Возможная передача аккаунта по наследству означает автоматическую передачу имущественных прав (что гарантируется наследственным правом) и неимущественных прав (что не допускается наследственным правом).

Во-вторых, встанет проблема надлежащего оформления прав на «цифровые» объекты для целей наследственного правопреемства. Очевидно, что действующее наследственное право не знает соответствующих механизмов для этого.

Тем самым, ввиду развития и совершенствования объектов «цифрового мира» и в целом глобальной цифровизации общества встает вопрос о пересмотре основных подходов к объектам наследственного правопреемства или, по крайней мере, об уточнении концептуальных положений.

2. Объекты гражданских правоотношений, возникшие в процессе цифровизации общества

Развитие технологий, ускорившееся в период пандемии коронавируса, привело к появлению таких объектов, о которых классическая цивилистика не могла и подозревать. Разумеется, гражданское право строится на основании принципа свободы договора и, по идее, субъекты могут включать в оборот любые объекты, кроме тех, которые к обороту прямо запрещены, либо совершать подобные сделки с учетом законодательно установленных ограничений. Однако техническая сторона вопроса стала настолько определяющей, что юристам не всегда удается понять особенности вновь возникающих отношений.

В 2019 году в ГК РФ включена отдельная статья о цифровых правах (ст. 141.1). Также закреплено, что такие права — имущественные (ст. 128), но ситуация в целом не стала более ясной. Во-первых, не оказалось лаконичным законодательно установленное определение цифровых прав. Оно, к сожалению, дано через термины, которые сами требуют уточнения: осуществление цифровых прав, правила информационной системы, распоряжение цифровым правом — все это категории, о которых нет единого понимания ни у теоретиков, ни у практиков. Во-вторых, гражданское законодательство так и не определилось с правовым режимом ряда объектов, отнесение которых к «цифровым правам» по смыслу ст. 141.1 сомнительно, но по поводу которых возникают экономические отношения (криптовалюта, аккаунт социальной сети/ компьютерной игры и др.).

Экономический оборот идет существенно впереди законодательства. Так, развитым стал оборот аккаунтов в социальных сетях и компьютерных играх. Любой желающий может приобрести, скажем, аккаунт игры «World

of Tanks», причем выбор широкий как по цене, так и по качеству («уровню прокачки»)⁵. Получается, что отношения складываются. Другой вопрос, подпадают ли такие отношения под действие права и как именно право должно их регулировать.

Например, некоторые социальные сети включают в соглашение с пользователем пункт, который определяет порядок перехода аккаунта после его смерти. Технически такой подход выглядит обоснованным. Более того, ученые предлагают на основании механизма криптографии создать систему онлайн-завещания, основанную на технологии блокчейна и смарт-контрактов [Chen C.-L. et al., 2021: 1].

Вместе с тем прав Е.Ю. Петров: «Если цифровой актив отвечает экономическим признакам собственности, то принятые пользователем контрактные ограничения наследования могут быть отклонены судом» [Петров Е.Ю., 2018: 67]. Получается любопытная ситуация. С одной стороны, чтобы аккаунт передавался после смерти, необходимо техническое решение (например, указание электронного адреса наследника). С другой, подобный вариант прямо противоречит нормам наследственного права и может вызвать обоснованные возражения нотариусов и наследников, не указанных в самом таком «завещании».

В целом теоретическую проблему можно описать так. Цифровой актив должен быть входить в наследственную массу, так как он соответствует основным необходимым характеристикам объекта наследственного правоотношения (прежде всего по поводу него возникают экономические отношения). Однако, признав это, мы приходим к невозможности реализовать основные принципы и правила наследственного права. Здесь речь и про процедурные моменты, и про защиту прав участников отношений.

Вспомним про смарт-контракт и подумаем, что будет с правами и обязанностями после смерти граждан, которые решили использовать подобное техническое средство. Исследователи пишут, что «может быть решена проблема кажущейся невозможности уступки права (требования) по первоначальному смарт-контракту» [Ефимова Л.Г., Михеева И.В., Чуб Д.В., 2020: 98]. Предлагают даже пути и способы решения этой проблемы, с чем в целом автор настоящих строк соглашается.

Получается, что и правопреемство по наследству возможно в этой ситуации. Однако не совсем понятно, как, в каком порядке и к кому следует обращаться за реализацией таких прав. Допустим, исполнение произошло автоматически (передана криптовалюта), но наследник не может ее получить ввиду отсутствия ключа.

⁵ См.: FunPay — биржа игровых аккаунтов. Available at: URL: <https://funpay.ru/lots/77/> (дата обращения: 25.09.2021)

Или, к примеру, вспомним, что п. 1 ст. 1149 ГК РФ, закрепляющий право на обязательную долю в наследстве, сам по себе направлен на материальное обеспечение тех категорий лиц, которые нуждаются в особой защите в силу возраста или состояния здоровья. Право на обязательную долю в цифровом активе выглядит странным как с точки зрения сущности (чтобы обеспечить особую защиту в силу возраста или нездоровья передам аккаунт в компьютерной игре?), так и с точки зрения процедуры передачи (нужно ведь передать коды и пароли тем гражданам, которые не указаны в завещании). Проблема решается тем, что, видимо, в качестве обязательной доли будет передано иное имущество (не цифровой актив), но тогда нужно будет устанавливать стоимость указанных цифровых активов.

В рамках статьи мы рассмотрим некоторые «цифровые объекты» (цифровые активы) с точки зрения принципов наследованного права и возможности отнесения к наследственной массе (цифровые права, криптовалюты, аккаунты в социальных сетях). Рассмотреть все возможные объекты, возникшие в связи с цифровизацией общества, невозможно хотя бы потому, что среди них регулярно создаются новые⁶. Да и смысла рассматривать все объекты нет. Полагаем, что исследование некоторых из них помогает понять основные тенденции развития законодательства и судебной практики, а также подходы, выработанные деловой практикой, предложить направления совершенствования законодательства.

Под «цифровым активом» («цифровым объектом», «объектом, существующим в цифровой форме») в настоящей статье понимается информационный ресурс, производный от права на ценность и обращающийся в распределенном реестре в виде уникального идентификатора⁷. Этот объект существует в компьютерном коде и вокруг него возникают отношения, прежде всего экономические.

2.1. Цифровые права

Долгожданное появление в законодательстве понятия цифровых прав мало упростило понимание того, как происходит оборот цифровых объектов в целом. Особенно запутали ситуацию странные законодательные

⁶ Так, в середине 2021 года развернулась дискуссия об оборотоспособности эксклюзивных цифровых токенов на изображения всех картин Государственного Эрмитажа. Пока вопрос об их наследовании не стоял, но логично предположить, что раз такие цифровые активы продаются, то, наверное, они должны входить в наследственную массу. О данной дискуссии см., напр.: Иванов А.А. Остановите «Эрмитаж»! Available at: URL: https://vk.com/ivanov.pravo?w=wall-126165392_1917 (дата обращения: 01.10.2021)

⁷ Available at: URL: https://www.banki.ru/wikibank/tsifrovoy_aktiv_/ (дата обращения: 01.10.2021)

ограничения. Многие ученые удивлены избранным законодателем решением, согласно которому цифровыми правами признаются названные в таком качестве в законе обязательственные и иные права, содержание и условия осуществления которых определяются в соответствии с правилами информационной системы, отвечающей установленным законом признакам. «Соответственно, закон должен не только специально назвать определенные права цифровыми, но прямо выделить признаки информационной системы, по правилам которой эти права признаются оборотоспособными» [Блажеев В.В., Егорова М.А., 2020: 266].

Автор настоящей статьи полагает, что правило ст. 141.1 ГК РФ рискует превратиться «в мертвую» или почти не используемую на практике норму. Отличительной чертой цифровых активов является их постоянное возникновение и совершенствование. В этом состоит и сущность цифровизации общества. У нас же, судя по логике ст. 141.1 ГК РФ, хотят «загнать» объекты цифрового права в рамки только прав, указанных в законе, что, как представляется, противоречит принципам и трендам цифровизации в мире.

Особенно обратим внимание на формулировку из п. 1 ст. 141.1 ГК РФ: «Осуществление, распоряжение, в том числе передача, залог, обременение цифрового права другими способами или ограничение распоряжения цифровым правом возможны только в информационной системе *без обращения к третьему лицу* (курсив мой — А.В.)». Интересно, как следует толковать указанное правило применительно к завещательным распоряжениям. Допускается ли понимание, что в информационной системе без обращения к третьему лицу можно составить завещание по поводу цифровых прав? Скорее всего, на этот вопрос последует отрицательный ответ, ведь правила о завещании являются специальными применительно к другим сделкам.

С другой стороны, можно предположить и такое толкование п. 1 ст. 141.1 ГК РФ: раз завещание невозможно «только в информационной системе без обращения к третьему лицу», то и распоряжение цифровыми правами на случай смерти не допускается. Исходя из формальной логики, такое толкование правдоподобно. Остается только надеяться, что судебная практика не пойдет по этому пути, а будет рассматривать цифровые права как отдельный вид имущественных прав, которые входят в наследственную массу.

Среди авторов, изучающих цифровые права, Ю.С. Харитоновна склонна включать их наследственную массу, но полагает, что «переходу в порядке универсального правопреемства подлежат лишь оборотоспособные цифровые активы». Также исследовательница добавляет: «Возможности цифрового наследования по закону и завещанию ограничены в зависимости от объекта условиями договора и/или конституционным правом частных лиц на тайну частной жизни» [Харитоновна Ю.С., 2020: 5]. То есть в любом случае вопрос о включении/невключении конкретного цифрового актива в на-

следственную массу должен решаться индивидуально вне зависимости от избранной законодателем модели регулирования таких отношений.

Как видим, констатация факта, что цифровые права есть права имущественные, не привела к однозначному решению вопроса о включении их число объектов наследственного правопреемства. Видимо, без технических решений, подкрепленных законодательно установленными правилами, обойтись невозможно.

Трудно разделить оптимизм некоторых авторов, считающих, что отдельные проблемы в изучаемой сфере могут быть устранены уже сейчас. Утверждается, например, что можно получить информацию о существовании цифровых прав у наследодателя посредством изучения его электронной переписки, анализа банковских операций, записей в реестре прав, отражающих сделки с объектами, сертифицированными токенами и т.д. Но тут же признается, что пока невозможно обеспечить принудительный доступ к цифровому кошельку наследодателя, идентифицированному наследниками, в отсутствие кода [Bessarab N.S., 2020: 370].

Действия, связанные с изучением переписки, анализом банковских операций и др., непременно столкнутся со сложностями юридического (кто даст доступ к банковской тайне или электронной переписке?), фактического (сколько нужно наследнику совершить таких действий и будет ли от этого результат в виде «нахождения» цифрового актива?) и технического (чем пользоваться?) характера. Поэтому высока вероятность того, что если наследник не знал о цифровых правах наследодателя, а последний никак не сообщил о них в завещании, то шансов на переход их по наследству нет.

2.2. Криптовалюты

Биткоины, а затем другие криптовалюты наделали много шума в экономике в последнее десятилетие. Вряд ли сейчас наблюдается увеличение интереса к ним, однако по-прежнему значимость криптовалют в гражданском обороте (в том числе с точки зрения стоимости и рассмотрения в качестве денежного актива) велика.

Правовая характеристика криптовалюты — тоже объект дискуссий. Формально ее нельзя отнести к цифровым правам, но ученые рассматривают ее в качестве одного из объектов имущественных отношений: либо в качестве «иногo имущества» [Савельев А.И., 2017], перечень которого открыт, либо в качестве особого «цифрового имущества» [Ефимова Л.Г., 2019], которое должно быть закреплено в ГК РФ. В зарубежной литературе в целом также общепризнано, что отношения по поводу криптовалюты — имущественные [Low G., Tan T., 2020].

В России формального подтверждения этому нет. Хотя Верховный суд РФ фактически подтвердил, что отношения по поводу криптовалюты — за-

конные и имущественные. Так, по одному из дел сделан такой вывод: передав свое имущество (криптовалюту) взамен полученных денежных средств, гражданин преследовал экономическую цель, заключив сделки по продаже криптовалюты. Таким образом, имелись правовые основания для получения денежных средств⁸. Следует вывод, что криптовалюта должна входить в наследственную массу, так как соответствует и критериям объекта наследственного правопреемства.

Вопросы возникают при обсуждении порядка перехода по наследству криптовалюты. Т.С. Яценко права в том, что «обеспечить принудительный доступ к выявленному наследниками цифровому кошельку наследодателя при отсутствии у них кода пока невозможно» [Яценко Т.С., 2019: 14]. При решении вопроса о включении криптовалютных активов в наследственную массу необходимо учитывать функциональные особенности криптовалют в целом и специфику конкретного вида криптовалют. Достоин обсуждения и подход, согласно которому наследование криптовалютных активов по закону технически невозможно из-за особенностей самого объекта [Omelchuk O., Piorol I., Snizhanna A., 2021: 103–122].

Действительно, использование криптовалюты происходит по правилам технической сети, где пользователь имеет уникальный логин, пароль (возможно, использует и иные способы идентификации, например, отпечаток пальца). По поводу цифровых активов нотариусы уже осознали, что «если наследодатель не сообщил своим наследникам логина и пароля, унаследовать права на страницу в соцсети или ценного персонажа сетевой игры вряд ли получится»⁹. С криптовалютой ситуация аналогичная.

Стоит отметить, что юристы уже выдвинули ряд рекомендаций, как поступать владельцам криптовалют, чтобы быть уверенным в их получении после их смерти другими лицами¹⁰. При этом данные рекомендации не в полной мере основаны на законе, ведь особого порядка совершения завещательных распоряжений по поводу криптовалюты нет. Как посмотрят на данные рекомендации в сфере нотариата и суда, прогнозировать невозможно.

Есть и научные подходы к тому, как должен быть осуществлен механизм перехода криптовалюты по наследству. Возможный порядок наследования криптовалют: ««классическое» завещание, использование системы отсроченного платежа (перевод всех криптоединиц предполагаемому наследнику в определенный срок)» [Довлатова А.М., 2020: 50]. Однако оба варианта

⁸ Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 02.02.2021 г. № 44-КГ20-17-К7, 2-2886/2019 // СПС КонсультантПлюс.

⁹ Available at: URL: Московские нотариусы разбирались как передать по наследству цифровые активы (notariat.ru) (дата обращения: 11.05.2021)

¹⁰ Available at: URL: Передача криптовалюты по наследству в России: что важно знать: РБК (rbc.ru) (дата обращения: 11.05.2021)

встречают практические неудобства. Составление «классического» завещания у нотариуса может вызвать затруднения при описании объекта наследственного правопреемства. Система же отсроченного платежа предопределяет необходимость активности лица, имеющего криптовалюту, постоянную перепроверку им данной функции.

Показательно, что Р.М. Янковский, который довольно подробно исследовал правовой режим криптовалют в России, пришел к неутешительному выводу: в нашей стране намечается тенденция к запрету на оборот криптовалют. Автор обращает внимание, что криптовалюта не включена формально в состав наследственной массы, но при этом отмечает, что «в ближайшее время регулятор обратится к установлению санкций за нарушения нового законодательства, определит обязанности и запреты в сфере выпуска и оборота криптовалюты» [Янковский Р.М., 2020: 43, 68]. У сказанного есть логика, ведь законодатель в последнее время все больше устанавливает запретов в отношении криптовалют. Субъективные права участников таких отношений уходят дальше от регулирования.

Что будет, если действительно оборот криптовалют в России будет запрещен? Тогда образуется интересная ситуация, связанная с коллизионно-правовым регулированием наследственных отношений по поводу такого объекта. Поскольку в некоторых странах оборот криптовалют разрешен и даже поощряется, не ясно, как будут защищены права наследников владельца криптовалюты, если правом, подлежащим применению к отношениям по наследованию, будет право Российской Федерации.

Как видим, в настоящий момент нет оснований для невключения криптовалюты в наследственную массу. Однако ее технические и экономические особенности приводят к тому, что процесс передачи в порядке наследственного правопреемства порой не затруднителен, но практически невозможен.

2.3. Аккаунты в социальных сетях

Изначально социальные сети использовались исключительно для личных целей (переписка, поиски друзей, распространение информации о себе). Сейчас аккаунты стали инструментом крупного бизнеса, позволяющим быстро и действенно продвигать товары, работы и услуги. Появилось мнение, что учетная запись социальной платформы никогда не может служить только индивидуальным целям. Она функционирует как элемент Сети, приносящей пользу всем ее пользователям путем обмена цифровым контентом. Другие авторы подвергают сказанное сомнению, указывая, что главная цель каждого аккаунта — удовлетворение потребностей как экономического, так и неэкономического характера [Grochowski M., 2019: 1198].

Есть различные подходы к правовой сущности аккаунта: база данных; запись на сервере собственника социальной сети; договор между пользо-

вателем и организатором сети; смешанная природа [Панарина М.М., 2018: 29–30]. Правда, имеются сомнения, что предложенные решения применимы ко всем ситуациям. Аккаунт в социальной сети может быть использован для разнообразных целей, одним человеком или несколькими лицами, иметь совершенно уникальный контент и т.п. Все это в совокупности должно влиять на правовую сущность и, как следствие, на права и обязанности участников отношений по поводу аккаунта. Например, название одного аккаунта может быть зарегистрировано в качестве товарного знака или знака обслуживания, а другого — нет. Другой пример: использование бизнес-аккаунта в целях приема в претензионном порядке жалоб потребителей. Интересно, что в одном из дел суд решил, что бизнес-аккаунт может быть частью договора купли-продажи бизнеса¹¹, т.е. фактически входить в состав предприятия по смыслу ГК РФ. То есть может быть и такой, оригинальный вариант рассматривания аккаунта.

В России нет норм о наследовании аккаунтов в социальных сетях. При этом ряд зарубежных исследователей полагает, что требуется в нормах законодательства прямо установить порядок их наследования. Утверждается, что хотя различные правовые источники на уровне Европейского союза определяют цифровые услуги и цифровой контент, единого определения все еще нет, и оно должно быть введено путем внесения поправок в европейские директивы.

Но даже здесь не все очевидно, ведь в Евросоюзе нет единого способа управления цифровым наследством, действуют особые правила некоторых стран (Эстония, Хорватия, Нидерланды, Польша, Италия). Правила эти различаются. Так, в Нидерландах признается, что цифровые права, в том числе права на аккаунты наследуются [Berlee A., 2017: 256–260]. В Хорватии теория и практика с сомнением относятся к данному вопросу [Vučković R., Kanceljak I., 2019: 724–746]. Довольно уникально регулирование Эстонии. Здесь по закону признается, что цифровые активы переходят по наследству. Даже личное имущество умершего передается наследнику после смерти, например, письма и дневники, электронные письма, личные сообщения в социальных сетях и социальных сетях при условии, что они хранятся на жестком диске или флешке [Kolk K.-A., 2020: 22].

Из судебной практики зарубежных стран знаменитым стало решение Верховного суда Германии, который признал право наследников на доступ к социальному аккаунту умершего. В решении 15.09.2020 данный Суд уточнил объем доступа к аккаунту умершего: родителям умершего должны быть предоставлены те же права доступа, что и первоначальному пользователю. Пред-

¹¹ См.: Определение Третьего кассационного суда общей юрисдикции от 09.12.2020 № 88-18815/2020 // СПС КонсультантПлюс.

ставители социальной сети предъявили флешку с PDF-документом, содержащим данные аккаунта. По мнению указанного Суда, этого недостаточно¹².

Таким образом, теоретически аккаунт в социальной сети должен входить в наследственную массу, если доказана его экономическая сущность (например, использование для предпринимательских целей). Вместе с тем, порядок его передачи с позиции законодательства малопонятен.

3. Цифровизация общества и объекты наследственного правопреемства: перспективы развития законодательства

Исследование перспектив включения некоторых объектов, существующих в цифровой форме, в наследственную массу приводит практически во всех случаях к схожим результатам.

Во-первых, все изученные цифровые активы и иные объекты соответствуют признакам объектов наследственного правопреемства. Так, криптовалюты (равно как и цифровые права или бизнес-аккаунты в социальной сети) принадлежат возможному наследодателю на момент открытия наследства; у них отсутствует связь с личностью потенциального наследодателя (за исключением некоторых отдельных аспектов, связанных с особенностью объекта, например, личная переписка в аккаунте). Более того, переход по наследству таких прав и объектов прямо не запрещен законом (по крайней мере, пока).

Во-вторых, не всегда легко оценить стоимость такого объекта. Данный критерий не должен играть решающей роли при включении прав и обязанностей в наследственную массу, но может вызывать проблемы при распределении наследства, например, при расчете обязательной доли в наследстве. При этом механизмы расчета стоимости, например, аккаунта в компьютерной игре, возможны, поскольку так или иначе на рынке на них формируется спрос и предложение.

В-третьих, «цифровые объекты» характеризуются сложностью, а зачастую невозможностью доступа посторонних лиц. Иногда доступ возможен только после судебного решения (например, немецкое дело по Facebook), но при отсутствии кода или пароля совершенно нет механизма использования объекта (криптовалюта). В такой ситуации без специального распоряжения наследодателя переход «цифрового объекта» к наследнику на практике невозможен.

¹² Germany: Federal Court of Justice Clarifies Scope of Postmortem Access to Social Media Accounts. Available at: <https://www.loc.gov/law/foreign-news/article/germany-federal-court-of-justice-clarifies-scope-of-postmortem-access-to-social-media-accounts/> (дата обращения: 25.03.2021)

В-четвертых, «цифровые объекты» характеризуются сложностью передачи от наследодателя к наследнику даже в случае наличия воли обоих. Технически предусмотреть такие способы передачи возможно, но проблема в том, насколько они будут допустимы по закону.

В-пятых, возможна ситуация, при которой никто, кроме наследодателя, не знает о существовании «цифрового объекта». Если наследодатель самостоятельно (в том числе под «тайным» именем) пользовался бизнес-аккаунтом или осуществлял транзакции с криптовалютой, то велика вероятность, что наследники такого гражданина никогда не узнают о таком наследстве.

В связи со сказанным возможны следующие законодательные решения, выбор которого зависит от государственной политики в сфере цифровой экономики.

Первый вариант: полный запрет на наследование «цифровых» активов, что противоречило бы тенденциям цифрового развития экономики в мире, но решило бы многие проблемы в этой сфере (например, проблему трудности передачи цифровых активов наследникам). Теоретических оснований для такого решения не имеется, хотя иногда утверждают, что все «цифровые объекты» связаны с личностью наследодателя. Этот подход очень спорный, но возможный, если допустить, что коды или пароли настолько идентифицируют личность, что подразумевают личную связь субъекта с объектом.

Второй вариант: создание отдельного правового регулирования наследственных отношений специально под цифровые активы. Например, необходимо предусмотреть возможность составления особого «завещания» (в рамках информационной системы, социальной сети и т.п.) или особого порядка перехода прав и обязанностей только по правилам технической сети, а не по процедурам, предусмотренным ГК РФ. Подобный вариант заманчив, но его реализация посягает на фундаментальные принципы наследственного права. Кроме того, это решение ограничивает возможности нотариата участвовать в наследственных процедурах, а нотариат России является фактическим монополистом в сфере оформления наследственных прав. Насколько к этому готово государство — большой вопрос.

Третий вариант: допустить включение в наследственную массу «цифрового объекта» только если его реально возможно ввести в оборот. Например, если утрачен (специально не передан наследодателем) ключ (пароль) от криптовалюты, то она не может быть передана наследникам. Следовательно, в этой ситуации криптовалюта не будет рассмотрена в качестве элемента наследственной массы. Данное решение обосновано с практической точки зрения, но существенно ограничивает права наследников (скажем, на все свои сбережения наследодатель приобрел криптовалюту, но пароля никому не сообщил). Видимо, такой вариант может быть правильным в «переходный» период, пока право и экономика разбираются в отношениях по поводу цифровых объектов.

Четвертый вариант: законодательно допустить некоторые особенности наследования «цифровых объектов» (например, возможность составления «завещания» по правилам технических систем — в частности, «завещание» на страницу «ВКонтакте» с последующим дублированием у нотариуса), но общие правила о наследовании оставить существующими. Подобный вариант является ныне компромиссным.

За рубежом предлагают некоторые законодательные решения, частично пересекающиеся с описанным выше. Отмечается, что внедрение института электронного завещания и расширение режима закрытого завещания являются перспективными направлениями научной и законодательной работы, ведь пользователь должен иметь возможность самостоятельно решать судьбу собственных активов в виртуальном пространстве.

Далее выделяются способы наследования криптовалютных активов: традиционные, технологические и смешанные. Традиционные методы включают использование «классического» (традиционного) завещания или завещания закрытого типа. Технологические способы: система отсроченных платежей, встроенных в клиентские программы крипто-кошелька; использование специально созданных интернет-ресурсов для наследования цифровых активов; отсроченные системы доступа к кошелькам. Смешанные методы включают наследование крипто-кошельков в бумажной и аппаратной формах [Saleh A.J., Alazzam F.A.F. et al., 2020: 235, 245].

Автор настоящих строк полагает, что в России перспективным может быть только смешанный метод. Традиционный подход не учитывает технологических особенностей «цифровых» объектов и приведет к тому, что субъекты будут искать механизмы «ухода» от законодательства в «серые» схемы, попытки любым способом обойти наследственное право.

Технологические методы возможны только при официально признанном отходе от основных принципов наследственного права (например, защита прав обязательных наследников). Кроме того, такие методы создадут дополнительные возможности уклонения от налогов и/или утечки капитала в другие страны. Так или иначе подобные методы вряд ли будут санкционированы государством в нашей стране.

Смешанные методы, в свою очередь, позволят найти баланс, «включить» в работу по передаче «цифровых объектов» нотариусов и позволят обеспечить права наследников.

Законодательное решение проблемы наследственного правопреемства «цифровых» объектов должно также найти баланс между правами наследника и нормами о защите персональных данных. В доктрине правильно сделан следующий акцент: в большинстве случаев предоставление права на неконтролируемый доступ к объектам, существующим в цифровой форме, даже к назначенному лицу или его наследникам, может столкнуться с пра-

вом на неприкосновенность частной жизни, защиту личных данных и тайну переписки [Crespo M.O., 2019: 101]. Возможное решение: если наследодатель указал лицо в качестве наследника, рассматривать подобное волеизъявление, в том числе и на доступ ко всем личным данным.

Еще один момент, на который стоит обратить внимание законодателю: объекты «цифрового» мира должны быть разделены, порядок их наследования должен быть различным. Например, бизнес-аккаунты и «обычные» аккаунты должны наследоваться по-разному. В каждом случае следует выяснять, не связан ли объект с личностью наследодателя. Возможно, он вообще не должен входить в наследственную массу.

Таким образом, перспективы развития законодательства России в сфере определения объектов наследственного правопреемства применительно к объектам в цифровой форме имеются. Следует принимать во внимание особенности таких объектов, но в любом случае законодателю необходимо выбирать вариант регулирования, основываясь прежде всего на политике в сфере регулирования цифровой экономики.

В завершение нельзя не отметить опыт Испании в вопросе регулирования отношений по наследственному правопреемству «цифровых» объектов. В данной стране была сделана попытка упорядочить данные отношения. Однако испанский законодатель, не предлагая технических решений, создал запутанные и хаотичные правила, которые помимо похвальной педагогической функции привели к еще большим сложностям [Crespo M.O., 2019: 129]. Уже каталонский Закон 2017 года предусматривает возможность назначения «цифрового исполнителя» для действий перед поставщиками цифровых услуг, с которыми наследодатель имел активные учетные записи [Molins M., 2020: 908]. Нельзя не отметить разницу в подходах законодателя Испании и Каталонии. Но наиболее важно другое: для того, чтобы законы в данной сфере работали, они должны учитывать технические особенности «цифрового» наследства, а также строиться на единой понятной концепции. Именно это и рекомендуется сделать российскому законодателю.

Заключение

Наследственное право России (законодательство и практика) выступает сейчас чуть ли не как последний солдат, сопротивляющийся цифровизации. Действительно, в перечень объектов гражданских прав прямо включены цифровые права; в сфере корпоративных отношений уже несколько лет голосование идет на блокчейне; договоры и интеллектуальная собственность уже давно обсуждают через идею цифровизации... В практике наследования проблемы только возникают и будет неплохо, если теория и законодательство будут к этому готовы.

Возможны следующие законодательные решения, выбор которых сильно зависит от государственной политики в сфере цифровой экономики: установление полного запрета на наследование «цифровых» активов; создание отдельного правового регулирования наследственных отношений специально под цифровые активы; допущение включения в наследственную массу «цифрового объекта» только если его возможно ввести в оборот; допущение особенностей наследования «цифровых объектов».

Вместе с тем правовое регулирование «цифровых» наследственных отношений в России может быть основано только на смешанном методе, включающем совокупность традиционных и технологических методов. Такой метод наиболее коррелирует с допущением факта включения в наследственную массу «цифрового объекта» только если его возможно ввести в оборот.

Традиционный подход не учитывает технологических особенностей «цифровых» объектов и приведет к тому, что субъекты будут искать механизмы ухода в «серые» схемы, попытки любым способом обойти наследственное право. Технологические методы возможны только при официально признанном отходе от основных принципов наследственного права (например, защита прав обязательных наследников). Кроме того, такие методы создадут дополнительные возможности уклонения от налогов и/или утечки капитала в другие страны.

В любом случае следует на законодательном уровне установить возможность для некоторых объектов (перечисленных в законе) перехода по наследству не в соответствии с правилами законодательства, а в соответствии с правилами технической системы (в том числе социальная сеть, компьютерная игра). Это позволит гарантировать переход по наследству цифровых объектов, в частности, криптовалюты и при этом позволит гражданам совершить в самой технической системе распоряжение на случай смерти. Тем самым будут в наиболее полной мере гарантированы принципы свободы завещания и наследственного правопреемства.



Список источников

1. Блажеев В.В., Егорова М.А. (общ. ред.) Цифровое право. М.: Проспект, 2020. 640 с.
2. Довлатова А.М. Зарубежный опыт наследования криптовалют как инструмента реализации права на наследование в социуме // Вестник Южно-Российского государственного технического университета. 2020. № 2. С. 47–51.
3. Ефимова Л.Г. Криптовалюты как объект гражданского права // Хозяйство и право. 2019. № 4. С. 17–25.
4. Ефимова Л.Г., Михеева И.В., Чуб Д.В. Сравнительный анализ доктринальных концепций правового регулирования смарт-контрактов в России и в зарубежных странах // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 4. С. 78–105.

5. Панарина М.М. Наследование аккаунта в социальных сетях и вопросы цифрового наследования: правовое исследование // *Наследственное право*. 2018. № 3. С. 29–30.
6. Петров Е.Ю. (отв. ред.) *Наследственное право: постатейный комментарий к статьям 1110–1185, 1224 Гражданского кодекса Российской Федерации*. М.: М-Логос, 2018. 656 с.
7. Петров Е.Ю. (отв. ред.) *Основы наследственного права России, Германии, Франции*. М.: Статут, 2015. 271 с.
8. Савельев А.И. Криптовалюты в системе объектов гражданских прав // *Закон*. 2017. № 8. С. 136–153.
9. Серебровский В.И. *Избранные труды по наследственному и страховому праву*. М.: Статут, 2003. 558 с.
10. Харитоновна Ю.С. Наследование цифровых активов // *Нотариальный вестник*. 2020. № 1. С. 5–16.
11. Янковский Р.М. Криптовалюты в российском праве: суррогаты, «иное имущество» и цифровые деньги // *Право. Журнал Высшей школы экономики*. 2020. № 4. С. 43–77.
12. Яценко Т.С. Наследование цифровых прав // *Наследственное право*. 2019. № 2. С. 11–14.
13. Berlee A. Digital Inheritance in the Netherlands. *Journal of European Consumer and Market Law*, 2017, no. 6, pp. 256–260.
14. Bessarab N.S. Digital Right in the Field of Inheritance. *Advances in Economics, Business and Management Research*, 2020, vol. 138, pp. 366–370.
15. Chen C.-L., Lin C.-Y. et al. A Traceable Online Will System Based on Blockchain and Smart Contract Technology. *Symmetry*, 2021, vol. 13, no. 466. 19 p.
16. Crespo M.O. La Sucesion en los “Bienes Digitales”. *La Respuesta Plurilegislativa Espanola, Revista de Derecho Civil*, 2019, vol. VI, no. 4, pp. 89–133.
17. Grochowksi M. Inheritance of the Social Media Accounts in Poland. *European Review of Private Law*, 2019, no. 5, pp. 1195–1206.
18. Kolk K.-A. Digital inheritance in the European Union. Bachelor’s thesis. Tallinn: University of Technology, 2020. 36 p.
19. Low G., Tan T. Cryptocurrency — Is It a Property? *Journal of Investment Compliance*, 2020, vol. 21, no. 2/3, pp. 175–179.
20. Molins M. Voluntades Digitales en Caso de Muerte. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, vol. 12, no. 1, pp. 908–929.
21. Omelchuk O., Iliopol I., Snizhanna A. Features of Inheritance of Cryptocurrency Assets. *Ius Humani Law Journal*, 2021, vol. 10, no. 1, pp. 103–122.
22. Saleh A.J., Alazzam F.A.F. et al. Legal aspects of the management of cryptocurrency assets in the national security system. *Journal of Security and Sustainability*, 2020, vol. 10, no. 1, pp. 235–247.
23. Vučković R., Kanceljak I. Does the right to use digital content affect our digital inheritance? EU and comparative law issues and challenges series, 2019, no. 3, pp. 724–746.



References

1. Berlee A. (2017) Digital Inheritance in the Netherlands. *Journal of European Consumer and Market Law*, no. 6, pp. 256–260.
2. Bessarab N.S. (2020) Digital Right in the Field of Inheritance. *Advances in Economics, Business and Management Research*, vol. 138, pp. 366–370.

3. Chen C.-L., Lin C.-Y. et al. (2021) A Traceable Online Will System Based on Blockchain and Smart Contract Technology. *Symmetry*, vol. 13, no. 466. 19 pp.
4. Crespo M.O. (2019) La Sucesion en los “Bienes Digitales”. La Respuesta Plurilegislativa Espanola. *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, no. 4, pp. 89–133 (in Spanish)
5. Digital Law (2020) V.V. Blazheeva, M.A. Egorova (eds.) Moscow: Prospect, 640 pp. (in Russ.)
6. Dovatova A.M. (2020) Foreign experience of inheritance of cryptocurrencies as a tool for the realization of the right to inheritance in society. *Vestnik Yuzho-Rossiyskogogosudarstvennogo technicheskogo universiteta*=Bulletin of Southern Russian State Technical University, no. 2, pp. 47–51 (in Russ.)
7. Efimova L.G. (2019) Cryptocurrencies as an object of civil law. *Hozyajstvo i pravo* = Economy and Law, no. 4, pp. 17–25 (in Russ.)
8. Efimova L.G., Mikheeva I.V., Chub D.V. (2020) Comparative Analysis of Doctrinal Concepts of Legal Regulating Smart Contracts in Russia and Foreign States. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*=Law. Journal of the Higher School of Economics, vol. 13, no. 4, pp. 78–105 (in Russ.)
9. Fundamentals of inheritance law of Russia, Germany, France (2015) E. Yu. Petrov (ed.). Moscow: Statut, 271 pp. (in Russ.)
10. Grochowski M. (2019) Inheritance of the Social Media Accounts in Poland. *European Review of Private Law*, no 5, pp. 1195–1206.
11. Inheritance Law (2018) Commentary on Articles 1110-1185, 1224 of the Russian Civil Code. E. Yu. Petrov (ed.). Moscow: M-Logos, 656 pp. (in Russ.)
12. Kharitonova Yu. S. (2020) Inheritance of digital assets. *Notarial’nyj vestnik* = Notary Bulletin, no. 1, pp. 5–16 (in Russ.)
13. Kolk K.-A. (2020) Digital inheritance in the European Union. Bachelor’s thesis. Tallinn, 36 pp.
14. Low G., Tan T. (2020) Cryptocurrency — Is It Property? *Journal of Investment Compliance*, vol. 21, no. 2/3, pp. 175–179.
15. Molins M. (2020) Voluntades Digitales en Caso de Muerte. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, no. 1, pp. 908–929 (in Spanish)
16. Omelchuk O., Iliopol I., Snizhanna A. (2021) Features of Inheritance of Cryptocurrency Assets. *Ius Humani Law Journal*, vol. 10, no. 1, pp. 103–122.
17. Panarina M.M. (2018) Inheritance of an account in social networks and issues of digital inheritance. *Nasledstvennoe pravo*= Inheritance law, no. 3, pp. 29-30 (in Russ.)
18. Saleh A.J., Alazzam F.A.F. et al. (2020) Legal aspects of the management of cryptocurrency assets in the national security system. *Journal of Security and Sustainability*, vol.10, no. 1, pp. 235–247.
19. Serebrovsky V.I. (2003) Selected works on inheritance and insurance law. Moscow: Statute, 558 pp. (in Russ.).
20. Savelyev A.I. (2017) Cryptocurrencies in the system of objects of civil rights. *Zakon* = Law, no. 8, pp. 136–153 (in Russ.).
21. Vučković R., Kanceljak I. (2019) Does the right to use digital content affect our digital inheritance? EU and comparative law issues and challenges series, no. 3, pp. 724–746.
22. Yankovskiy R.M. (2020) Cryptovalues in the Russian Law: Surrogates, «Other Property» and Digital Money. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*=Law. Journal of the Higher School of Economics, vol. 13, no. 4, pp. 43–77 (in Russ.)

23. Yatsenko T.S. (2019) Inheritance of digital rights. *Nasledstvennoe pravo*= Inheritance Law, no. 2, pp. 11–14 (in Russ.)

Информация об авторе:

А.А. Волос — кандидат юридических наук, доцент, старший научный сотрудник.

Information about the author:

A.A. Volos — Candidate of Science (Law), Associate Professor, Senior Researcher.

Статья поступила в редакцию 20.06.2022; одобрена после рецензирования 30.06.2022; принята к публикации 17.07.2022.

The article was submitted to the editorial office 20.06.2022; approved after reviewing 30.06.2022; accepted for publication 17.07.2022.

Научная статья

УДК 347

DOI:10.17323/2072-8166.2022.3.72.95

Экономическая деятельность и правовое положение юридических лиц



Анатолий Викторович Ефимов

Российский государственный университет правосудия, Россия, Москва 117418,
ул. Новочеремушкинская, 69. av_efimov@inbox.ru, <https://orcid.org/0000-0002-8222-4432>



Аннотация

В статье рассматриваются проблемы зависимости правового положения юридических лиц от их экономических характеристик (показателей). На фоне рассуждений о проблемах обеспечения дифференциации (гибкости) правового регулирования экономической деятельности ставится ключевой вопрос о конструировании норм права, связывающих экономические характеристики с правовым положением юридических лиц. В связи с этим анализируются некоторые юридически значимые экономические характеристики и оценивается возможность их постоянного учета и мониторинга, а на отдельных примерах демонстрируются связи с правовыми последствиями, влияющими на правовое положение такого рода лиц. Цель настоящего исследования заключается в формировании научно-теоретических положений: о функциональной зависимости правового положения юридических лиц от экономических характеристик; о правовом и индивидуальном регулировании экономической деятельности, в котором должны учитываться экономические характеристики; о конструировании гибких норм права, связывающих экономические характеристики юридических лиц с последствиями, влияющими на их правовое положение. В исследовании применены общенаучные методы (системный, теоретико-игровой, функциональный, группа формально-логических методов: дедукция, индукция, анализ, синтез и т.д.) и специальные юридические методы (формально-юридический, сравнительно-правовой, экономический анализ права, метод правового моделирования). В работе сделан вывод о необходимости последовательной и системной дифференциации правового регулирования экономической деятельности юридических лиц. Обоснован функциональный подход к конструированию норм права, в рамках которого норма рассматривается как зависимость (функция) определенных правовых последствий, закрепленных в диспозициях или санкциях, влияющих на правовое положение юридических лиц, от экономических характеристик,

которые достигаются юридическими лицами в результате их деятельности. Предложена единая система раскрытия сведений о юридических лицах, на основе которой стало бы возможно фиксировать в рамках одного информационного ресурса экономические характеристики юридических лиц. Прикладное значение взаимосвязи экономических характеристик и правового положения юридических лиц показано на примерах регулирования корпоративных отношений, несостоятельности индивидуального государственного регулирования экономической деятельности.



Ключевые слова

юридическое лицо, правовой статус, дифференциация регулирования, экономическая деятельность, правовая среда бизнеса, функциональная зависимость, корпоративное управление, корпоративная ответственность, несостоятельность, государственное регулирование.

Для цитирования: Ефимов А.В. Экономическая деятельность и правовое положение юридических лиц // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 3. С. 72–95. DOI:10.17323/2072-8166.2022.3.72.95.

Research article

Economic Activities and Status of Legal Entities



Anatoly V. Efimov

Russian State University of Justice, Moscow 117418, 69 Novocheremushkinskaya Street, Russia, av_efimov@inbox.ru, <https://orcid.org/0000-0002-8222-4432>



Abstract

The article deals with the aspects of the dependence of the legal status of legal entities on their economic indicators. In the context of discussions about the problems of ensuring the differentiation (flexibility) of the legal regulation of economic activity, a key question is raised about the construction of legal norms that link economic indicators with the legal status of legal entities. In this regard, some legally significant economic indicators are analyzed and the possibility of their constant accounting and monitoring is studied, and some examples demonstrate the relationship of economic indicators with legal consequences that determine the legal status. The purpose of the study is to formulate research provisions: on the functional dependence of the legal status of legal entities on economic indicators; on the legal and individual regulation of economic activity, where economic indicators should be considered; on the construction of flexible norms of law that link the economic indicators of legal entities with the consequences that determine their legal status. When writing the article, the author applied both general scholar methods (systemic, game theory, functional, a group of formal logical methods: deduction, induction, analysis, synthesis, etc.) and special legal methods (formal legal, comparative legal, economic analysis of law, legal modeling method). The paper concludes that there is a need for a consistent and systematic differentiation of the legal regulation of the economic activity of legal entities. A functional approach to the construction of legal norms is substantiated, in which the norm is considered as a dependence (function)

of certain legal consequences, enshrined in dispositions or sanctions that determine the legal status of legal entities, on economic indicators that are achieved by legal entities because of their activities. A unified system for disclosing information about legal entities is proposed, based on which it would be possible to record economic indicators of legal entities within one information resource. The applied value of the relationship between economic indicators and the legal status of legal entities is shown by examples of regulation of corporate relations, insolvency, and individual state regulation of economic activity.

Keywords

legal entity; economic activity; legal status; legal environment of business; differentiation of legal regulation; functional dependence; corporate governance; corporate social responsibility; insolvency; state regulation of the economy.

For citation: Efimov A.V. (2022) Economic Activities and Status of Legal Entities. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no. 3, pp. 72–95 (in Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2022.3.72.95.

Введение

Проблема взаимосвязи права и экономики традиционно привлекает внимание юристов, экономистов, а также иных исследователей. В рамках данной статьи ставится вопрос о том, как экономические характеристики (показатели) влияют и (или) должны влиять на правовое положение юридических лиц. Без учета экономических характеристик юридических лиц их правовое регулирование основывается на объективно вмененных моделях поведения, которые не позволяют достигать гибкости данного регулирования. В свою очередь это приводит к неадекватному правовому воздействию и к неспособности права решать экономические задачи. Между тем последовательный и системный учет экономического положения юридических лиц, ориентация правовых регуляторов на индивидуальные экономические характеристики позволят более точно описывать экономические процессы и плодотворнее их регулировать.

Гипотеза настоящего исследования — зависимость правового положения юридических лиц от экономических характеристик (показателей) носит функциональный характер. Доказательство данного предположения актуализирует функциональный подход к конструированию норм права, в рамках которого экономические характеристики (и их совокупности) получают отражение в гипотезах норм, а правовые последствия — в диспозициях и санкциях. Тем самым при достижении экономических характеристик для юридических лиц становятся актуальными предусмотренные диспозициями и санкциями правовых норм субъективные права и юридические обязанности, которые составляют содержание их правового положения. Примеры функциональной зависимости правового положения и экономических

характеристик могут быть продемонстрированы при регулировании корпоративных отношений, несостоятельности, а также при индивидуальном государственном регулировании экономической деятельности.

Затрагиваемые в статье вопросы предопределили использование широкого спектра методов исследования. В частности, при оценке взаимосвязи права и экономики был применен системный метод (в интерпретации Н. Лумана), благодаря которому право было рассмотрено как оперативно закрытая социальная система, развитие которой обусловлено в том числе и развитием экономических коммуникаций. Использование теоретико-игрового подхода вместе с методологией экономического анализа права позволили сделать акцент на том, что право непосредственно регулирует поведение, деятельность участников оборота, а не сами общественные отношения. Поскольку право воздействует именно на экономическую деятельность, от экономических характеристик зависят права и обязанности юридических лиц. В целях исследования данной зависимости был применен функциональный метод. Рассуждения в тексте сопровождались использованием формально-логических методов.

В статье также использовались специальные юридические методы (формально-юридический, сравнительно-правовой, метод правового моделирования), которые позволили оценить российское правовое регулирование экономической деятельности юридических лиц, сравнить его с зарубежными подходами, а также описать модель динамики правового положения юридических лиц в зависимости от индивидуальных экономических характеристик.

1. Общие положения о взаимосвязи права и экономики

Экономическая деятельность юридических лиц осуществляется в контексте правового регулирования. Несмотря на отсутствие устоявшегося легального определения экономической деятельности, в российской доктрине данное понятие традиционно характеризуется как общее по отношению к хозяйственной, предпринимательской, торговой и иной деятельности, а также оно традиционно понимается как воспроизводственная деятельность, объединяющая такие стадии, как производство, распределение, обмен, потребление [Ершова И.В., 2016: 50]. Т.Я. Хабриева и В.Ю. Лукьянова отмечают, что право «формирует «поле возможностей», в рамках которого осуществляется экономическая деятельность, предопределяет легитимность и правомерность тех или иных ее видов» [Хабриева Т.Я., Лукьянова В.Ю., 2016: 6]. Регулятивное воздействие права выражается в том, что участники экономической деятельности вынуждены соотносить поведение с моделями, которые закреплены в праве.

С.Н. Братусь подчеркивал, что «право, регулируя поведение лиц, воздействуя на их волю, тем самым оказывает воздействие на производственные отношения. Регулируя поведение лиц, право закрепляет и развивает производственные отношения, возникающие независимо от воли людей, как объективный результат их деятельности» [Братусь С.Н., 1954: 12–13]. В.К. Андреев также пишет, что гражданским и иным законодательством регулируются не общественные отношения сами по себе, а «прежде всего экономическая деятельность граждан и юридических лиц» [Андреев В.К., 2016: 36]. Из этого следует, что право, в первую очередь, воздействует на поведенческие акты отдельных лиц, посредством совершения которых лица начинают определенным образом соотноситься друг с другом; из их индивидуальных поведенческих актов объективно складываются общественные отношения.

В доктрине обосновывается, что правовое регулирование носит конкретно-исторический характер и что правовое регулирование должно максимально соответствовать состоянию общественных отношений. Так, В.М. Сырых пишет, что «невозможно обеспечить точное отражение в позитивном праве экономических отношений без основательного анализа их содержания и особенностей функционирования на соответствующем этапе развития гражданского общества» [Сырых В.М., 2011: 476]. Данный тезис означает, что право предопределяется экономическими и другими социальными условиями.

В данном контексте интересен подход Н. Лумана к восприятию права как оперативно закрытой социальной системы [Luhmann N., 2004: 76–141], которая в целях сохранения своей автономности закрывается от разрушительного воздействия внешней среды (в том числе и от экономических коммуникаций). При этом взаимодействие права и экономики выражается в том, что некоторые экономические коммуникации становятся юридически значимыми. Основываясь на подходе Н. Лумана, А.Е. Кирпичев обращает внимание, что одно и то же явление может иметь одновременно и экономическое значение, и юридическое (при отражении этого явления в праве) [Кирпичев А.Е., 2018: 41]. Кроме того, право постоянно находится в процессе адаптации к изменениям внешней среды, поэтому при усложнении внешней среды происходит внутреннее усложнение права, внутренняя дифференциация права как системы. Следовательно, внутренняя сложность и дифференцированность права — это индикатор его развитости.

Очевидно, что развитие права предполагает соответствующие системные изменения в правовом регулировании. При этом изменения в праве означают переход от какого-то сущего состояния к должному состоянию, т.е. изменения связаны с преодолением так называемой «гильотины Д. Юма» [Юм Д., 1996: 510–511]. Изменения в праве как в системе хотя и происходят под влиянием объективных условий внешней среды, однако являются так или иначе осмысленными, целенаправленными. Характеризуя целевую

направленность изменений в праве, Е.П. Губин подчеркнул, что «важно не ставить во главу угла правовые традиции, а решать экономическую задачу с учетом того, что основной сферой интересов общества и государства является все-таки экономика, а законодательство обеспечивает ее развитие» [Губин Е.П., 2019: 9]. Вместе с тем вопрос о способах наиболее действенного воздействия права на экономику остается актуальным.

2. Методологические проблемы дифференциации правового регулирования экономической деятельности

Процесс внутреннего усложнения и дифференциации права может быть обусловлен более точным учетом экономических характеристик с последующей привязкой к ним правовых последствий. Многочисленные грани и оттенки общественной жизни не могут не влиять на правовое регулирование. Стоит согласиться с метким высказыванием Г.А. Гаджиева, что «законодатель, не проявивший гибкость в правовом регулировании, страдает нормотворческим дальтонизмом» [Гаджиев Г.А., 2018: 135]. Чем точнее право будет учитывать характеристики лиц, осуществляющих экономическую деятельность, тем более определенным и гибким будет право, тем большего результата можно добиться при решении экономических задач.

В частности, М.И. Одинцова [Одинцова М.И., 2020: 11–12] и А.Г. Карапетов [Карапетов А.Г., 2016: 60] подчеркивают, что с точки зрения экономического анализа права нормы права определяют стимулы и поведение лиц за счет того, что содержат информацию о «цене» того или иного поведения. Следовательно, развитие права в направлении дифференциации позволит лицам лучше соотносить экономическую деятельность с системой «цен», надежнее оценивать возможные стратегии своего поведения, наиболее точно рассчитывая выигрыши и издержки [Дегтерев Д.А., 2021: 47, 147, 165]. Это значит, что регуляторы должны не только объективно вменять те или иные модели поведения, а учитывать экономическое состояние, возможности и стремления участников оборота. Вероятно, в первую очередь, право должно адаптироваться к усложнению экономической деятельности юридических лиц, которые фактически составляют организационно-структурную основу национальной и глобальной экономики. При этом такой подход к правовому регулированию может быть применен и к иным лицам, осуществляющим экономическую деятельность.

Современные теоретические подходы к дифференциации правового регулирования экономической деятельности юридических лиц весьма противоречивы. С одной стороны, методология частного права исходит из того, что «субъекты гражданского права обладают одинаковыми юридическими

возможностями, а на их действия распространяются одни и те же гражданско-правовые нормы. Необходимыми изъятиями из названного принципа являются правила о повышенных требованиях к предпринимателям как к профессиональным участникам имущественного оборота и, наоборот, о дополнительных правовых гарантиях граждан-потребителей» [Суханов Е.А., 2019: 45]. Таким образом, несмотря на исключения, связанные с предпринимательской деятельностью, частное право в целом накладывает на всех участников гражданского оборота одинаковые стандарты поведения.

В контексте исследования правового положения юридических лиц может показаться, что дифференциация правового регулирования экономической деятельности юридических лиц осуществляется по их организационно-правовым формам. Например, Е.А. Суханов пишет, что «хозяйственные общества предназначены не для мелкого, а именно для крупного (особенно акционерные общества) и среднего бизнеса. Для малого бизнеса должны в большей мере использоваться организационно-правовые формы кооперативов, а также товариществ, не требующих никакого минимального уставного капитала и строгой организационной структуры, тем более что во многих случаях такой бизнес вообще не нуждается в форме юридического лица, а вполне может развиваться индивидуальными предпринимателями» [Суханов Е.А., 2014: 13–14].

Однако сами по себе организационно-правовые формы не имеют явной и однозначной связи с экономической деятельностью юридических лиц. Более того, стихийное формирование современных перечней организационно-правовых форм как в России, так и в зарубежных странах [Dmitriev O.N., 2020: 433] свидетельствует об отсутствии каких-либо упорядоченных критериев их многообразия. Это значит, что право воздействует на юридические лица, учитывая их организационно-правовые формы, но при этом в законодательстве и доктрине нет определенности относительно того, какие критерии лежат в основе различия организационно-правовых форм.

В настоящее время на практике такие организационно-правовые формы, как общества с ограниченной ответственностью или акционерные общества могут использоваться и в малом и среднем предпринимательстве, и в сфере крупного предпринимательства. В связи с этим дифференциация правового регулирования по существующим организационно-правовым формам скорее говорит о неадекватности правового воздействия на участников оборота и на экономику в целом.

По общему правилу, в нормах частного права правовые последствия (диспозиции и санкции) не ставятся в зависимость от таких гипотез, которые учитывают или могут учитывать индивидуальные характеристики лиц. В связи с этим право не может результативно «выравнивать» экономические отношения или, наоборот, при необходимости поддерживать неравенство.

Это указывает на снижение потенциальных возможностей воздействия права на экономическую деятельность.

Стоит отметить, что данный подход критикуют ученые в сфере корпоративного права. Так, в английской доктрине обозначается проблема распространения одинаковых норм на все компании («one size fits all») [Dignam A., Lowry J., Riley C., 2016: 13]. Общая модель устройства компании основана на идее разделения собственности и контроля. В связи с этим в правовое регулирование закладывается такая модель, при которой инвесторы (акционеры) осуществляют контроль раз в год на годовом общем собрании акционеров (AGM), а повседневное управление концентрируется в руках менеджмента. Модель разделения собственности и контроля описывает деятельность крупных компаний с большим количеством акционеров и с высокой степенью распыленности акционерного капитала, которые в свое время исследовались А. Берлом и Г. Минсом [Berle Jr. A., Means G., 1933: 119–121]. Однако для большинства компаний в Великобритании, не ведущих крупный бизнес, такое разделение собственности и контроля не характерно.

С другой стороны, правовое положение юридических лиц определяется не только гражданским правом, а целым набором отраслей законодательства, связанных с экономической деятельностью (это законодательство конституционное, гражданское, предпринимательское, корпоративное, налоговое, антимонопольное, уголовное и т.д.). Именно экономическое законодательство в целом (с учетом правоприменительной практики) создает полноценный правовой ландшафт экономической деятельности юридических лиц, формирует правовую среду бизнеса [Nogal-Meger P., 2018: 115]. Не зря К. Гринфилд, основываясь на идее необходимости государственного регулирования деятельности корпораций, подчеркивает, что изменения в корпоративном праве должны быть частью пакета юридических мер для исправления рыночных недостатков или решения других задач государственной политики [Greenfield K., 2006: 38–39]. При этом отдельные отрасли экономического законодательства, в отличие от гражданского законодательства, в целом ориентированы на учет экономических характеристик участников оборота.

В связи с этим обратим внимание на субъектов малого и среднего предпринимательства, правовое положение которых обуславливается организационно-правовой формой, среднесписочной численностью работников, доходом¹. В доктрине обосновывается, что «юридическое значение выделения среди российских организаций такого рода субъектов заключается в предоставлении им государственной поддержки в виде различного рода льгот и преференций» [Ермолова О.Н., Шварц Л.В., 2012: 57]. Оценивая конкурент-

¹ Федеральный закон от 24.07.2007 № 209-ФЗ (ред. от 30.12.2020) «О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2007. № 31. Ст. 4006.

ные возможности мелкого, среднего и крупного бизнеса, государство стремится обеспечить их фактическое равенство в данной сфере.

Из этого следует, что закрепление одинаковых, негибких стандартов поведения участников оборота в гражданском законодательстве компенсируется дифференцированным регулированием в рамках иных отраслей экономического законодательства. Вместе с тем, наличие отдельных примеров усложнения и дифференциации права в условиях отсутствия полноценной теоретической базы, вероятно, свидетельствует о своеобразной стихийности подобного регулирования. Кроме того, правовые последствия далеко не всегда обусловлены ясно очерченными экономическими характеристиками, что неминуемо порождает проблемы при выборе участниками оборота стратегии поведения, а также приводит к разнообразию правоприменительной практики.

Конечно, отдельные аспекты экономической деятельности принимаются во внимание в специальных нормативных правовых актах. Однако зачастую в законодательство вводятся специальные наименования лиц для весьма ограниченных целей. Речь идет о таких понятиях, как экономические субъекты²; хозяйствующие субъекты³; лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность⁴ и т.д. При таком подходе подчеркиваются роли, в которых выступают юридические лица, обозначаются отраслевые правовые последствия, зависящие от определенных юридических фактов в рамках их экономической деятельности. Вместе с тем стоит отметить, что одни и те же юридические факты могут порождать сразу несколько правовых последствий. Это значит, что одно юридическое лицо может одновременно быть и лицом, осуществляющим предпринимательскую деятельность, и хозяйствующим субъектом, и экономическим субъектом. Ныне в связи с этим при оценке совокупного воздействия права на конкретное юридическое лицо необходимо «вручную» осуществлять «наложение» его отраслевых ролей и отраслевых правовых последствий.

3. Правовое положение юридических лиц в контексте функционального подхода к конструированию норм права

В доктрине предложено множество определений понятия «правовое положение» [Долинская В.В., 2012: 6–17], однако, как правило, в ядро правового

² Федеральный закон от 06.12.2011 № 402-ФЗ (ред. от 26.07.2019) «О бухгалтерском учете» // СЗ РФ. 2011. № 50. Ст. 7344.

³ Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ (ред. от 17.02.2021) «О защите конкуренции» // СЗ РФ. 2006. № 31 (1 ч.). Ст. 3434.

⁴ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 08.12.2020) // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

го положения лица включаются принадлежащие ему субъективные права, юридические обязанности и правовые интересы [Витрук Н.В., 2012: 218]. Получается, что юридическое лицо логично воспринимать как единый центр привязки различных (по отраслям права) прав и обязанностей, из которых формируется его правовое положение. При этом особенности правового положения юридических лиц стоит обозначать не за счет введения новых отраслевых понятий, а за счет построения зависимости прав и обязанностей от многочисленных комбинаций юридических фактов, возникающих в процессе экономической деятельности.

Оригинальная попытка преломить влияние отдельных отраслевых правовых последствий к конкретному юридическому лицу была предпринята при разработке и обосновании мегаотрасли экономического права, объединяющей фрагментарное регулирование отдельных экономически ориентированных отраслей права (конституционного, гражданского, предпринимательского, уголовного, финансового и т.д.) [Ершов В.В., Ашмарина Е.М., Корнев В.Н., 2017: 128–151]. В этом смысле юридические лица начинают восприниматься в контексте регулирования традиционных отраслей права, объединенных тем, что часть отраслевых правовых последствий обусловлена юридическими фактами, возникающими в процессе экономической деятельности.

В рамках юридического исследования в первую очередь важно не столько определить сами экономические характеристики, влияющие на правовые последствия, сколько разработать теоретические положения об отражении экономических понятий в праве, о конструировании норм права с учетом количественных и качественных характеристик экономических коммуникаций. Зависимость правовых последствий от экономических характеристик, которые свойственны тем или иным юридическим фактам в деятельности юридических лиц, может быть исследована с помощью математического анализа.

Выражаясь математическим языком, необходимо использовать понятие функции, которое было введено в научный оборот Лейбницем для обозначения переменной, которая рассматривается по отношению к другой (или другим) переменной (переменным), через которую (ые) она может выражаться и от значения (ий) которой (ых) зависит ее собственное значение [Фосс А.Э., 2009: 83]. В современном виде понятие функции описывается формулой: $y = f(x)$. При этом «величина y называется функцией независимой переменной x , если любому определенному значению x (из множества ее возможных значений) соответствует определенное значение y » [Смирнов В.И., 1974: 14]. Для постановки правового последствия в зависимость от нескольких экономических характеристик применимо понятие функции нескольких переменных: «Если в силу некоторого закона каждой совокупности n чисел

(x, y, z, \dots, t) из некоторого множества E ставится в соответствие определенное значение переменной u , то u называется функцией от n переменных x, y, z, \dots, t , определенной на множестве E , и обозначается $u = f(x, y, z, \dots, t)$ » [Черненко В.Д., 2003: 387].

Применение функционального подхода к конструированию норм права позволяет описать экономические характеристики (и их совокупности) в гипотезах норм, а правовые последствия — в диспозициях и санкциях. Таким образом, правовые последствия, которые сейчас принадлежат к различным отраслям права (или отраслям законодательства), будут связаны с экономическими «аргументами» функций. Закрепляя функциональную зависимость в нормах права, государство могло бы показывать правовые последствия достижения тех или иных экономических показателей (на языке экономического анализа права речь идет о нормах права как о скрытых, неявных «ценах»), а также фактически государство могло бы выражать свою позицию о желательности или нежелательности достижения тех или иных экономических характеристик. При этом и юридические лица, основываясь на четком представлении о системе правовых последствий от конкретного экономического показателя (или их совокупности), могли бы рациональнее выстраивать поведенческие стратегии.

4. К вопросу об экономических характеристиках, влияющих на правовое положение юридических лиц

Для реализации функционального подхода к конструированию норм права необходимо обозначить круг возможных экономических характеристик, от которых может зависеть правовое положение юридических лиц. Экономическое положение юридического лица определяется, прежде всего, по его микроэкономическим показателям, которые отражаются, в частности, в документах бухгалтерской отчетности. Например, в настоящее время по данным бухгалтерской отчетности определяется стоимость чистых активов⁵, от которой зависят последствия, связанные с соотношением чистых активов и размера уставного капитала (п. 4 ст. 30 Закона об ООО⁶), особенности распределения чистой прибыли (ст. 29 Закона об ООО). На основе микроэкономических характеристик возможно построение различных соотношений (в том числе выводятся показатели платежеспособности и ликвидности, показатели финансовой устойчивости, показатели деловой активности и по-

⁵ Приказ Минфина России от 28.08.2014 № 84н (ред. от 27.11.2020) «Об утверждении Порядка определения стоимости чистых активов» // Российская газета. 2014. № 244.

⁶ Федеральный закон от 08.02.1998 № 14-ФЗ (ред. от 31.07.2020, с изм. от 24.02.2021) «Об обществах с ограниченной ответственностью» // СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 785.

казатели рентабельности [Проданова Н.А., 2019: 97]), к которым могут быть привязаны правовые последствия.

Также речь может идти и о других экономических характеристиках. Так, А.Е. Кирпичев выдвигает и доказывает гипотезу, что «на правовое положение лица может оказывать влияние принадлежность его к тому или другому сектору экономики, выделяемому как на основе вида деятельности (банковский, страховой, туристический, фармацевтический и т.д.), так и на основании формы собственности (в том числе, публичной)» [Кирпичев А.Е., 2018: 236]. Кроме того, может учитываться количество работников, а также их опытность [Кондратьев В.А., 2016: 9]; абсолютные и относительные показатели выручки, доходов, прибыли; степень концентрации/распыленности уставного капитала [Степанов Д.И., 2016: 115–116] и другие характеристики, а также их динамика. Для более точного описания правового положения юридических лиц их микроэкономические показатели стоит соотносить с показателями по группе лиц, по отрасли, по виду рынка и с макроэкономическими показателями (инфляция, ключевая ставка и т.д.).

Важно подчеркнуть, что правовые последствия должны ставиться в зависимость от адекватных экономических характеристик. В связи с этим обратимся к дискуссии о функциях уставного капитала. С экономической точки зрения уставный капитал не способен адекватно отражать имущественное состояние юридических лиц, поскольку для юридического лица он является не собственно имуществом или активом, а элементом пассивной части бухгалтерского баланса, фактически являясь одним из источников формирования активов (имущества) юридического лица и выступая специфическим обязательством юридического лица перед его участниками [Глушецкий А.А., 2017: 20]. Следовательно, для оценки имущества юридических лиц и привязки правовых последствий стоит использовать другие, более точные экономические показатели.

5. Единая система раскрытия сведений о юридических лицах

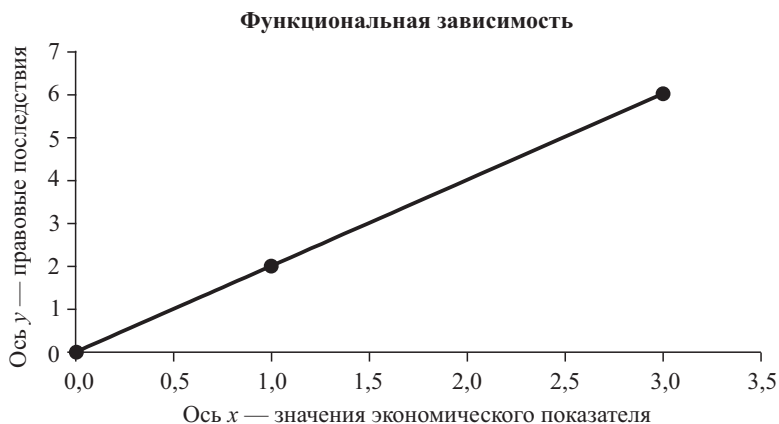
Изменение правового положения в зависимости от изменения экономических характеристик актуализирует концепцию динамической правоспособности. Так, М.М. Агарков предлагал понимать правоспособность динамически, полагая, что «гражданская правоспособность для каждого данного лица в каждый определенный момент времени означает возможность иметь определенные конкретные права и обязанности в зависимости от его взаимоотношений с другими лицами» [Агарков М.М., 1940: 71–72]. Из данной концепции следует, что правоспособность изменяется при совершении любой экономической трансакции, которая имеет юридическое значение. Однако в контек-

сте настоящего исследования стоит отметить, что правоспособность является лишь свойством лица, благодаря которому оно может вступать в правоотношения с другими лицами, в то время как динамике подвергаются непосредственно сами права, обязанности и иные элементы правового положения.

Зависимость правового положения юридических лиц от их экономических характеристик предполагает своевременный учет последних. По мнению автора, в результате фрагментарного регулирования экономической деятельности в рамках отдельных отраслей права (или отраслей законодательства) складываются изолированные информационные ресурсы, предназначенные для узко отраслевых целей (устав, ЕГРЮЛ, единый реестр субъектов малого и среднего предпринимательства, реестр недобросовестных поставщиков и т.д.). В связи с этим вместо разрозненных и несинхронизированных информационных ресурсов о юридических лицах предлагается сформировать единую систему раскрытия сведений о юридических лицах. При наличии определенных экономических характеристик система будет сигнализировать о правовых последствиях для юридических лиц и обозначать возможные варианты поведения в рамках правового регулирования. Важно, что формирование такой системы позволит преодолеть проблему изолированного раскрытия сведений отдельными лицами без учета их отношений с другими лицами. Внесение и раскрытие сведений об одном лице с учетом соотношения данных сведений со сведениями других лиц обеспечит корректность информации об экономической деятельности юридического лица в контексте всей экономики.

Формирование единой системы раскрытия сведений о юридических лицах позволит визуализировать правовое положение юридических лиц за счет геометрического отражения функциональных зависимостей. Простейший пример такой зависимости может быть продемонстрирован на графике. Например, по оси x откладывается экономическая характеристика, имеющая значения в диапазоне от 0 до 3, а по оси y — правовые последствия, оцениваемые в условных единицах (т.е. вместо цифр могут быть и нечисловые значения). Зависимость задается формулой, связывающей экономическую характеристику и правовое последствие, которая отображается на графике.

При этом экономическая деятельность юридического лица может описываться n -ным количеством характеристик. В связи с этим правовое положение юридического лица будет полноценно определяться в многомерном пространстве. Оперативный учет динамики экономических характеристик в единой системе раскрытия сведений о юридических лицах обеспечит возможность для заинтересованных лиц (аффилированные лица, кредиторы, правоприменительные органы и т.д.) в той или иной степени осуществлять онлайн-мониторинг объективного положения юридического лица в экономическом и правовом пространствах.



6. Прикладное значение взаимосвязи экономических характеристик и правового положения юридических лиц

Помимо общих положений о связи экономической деятельности с правовым положением юридических лиц стоит обратить внимание и на некоторые прикладные вопросы.

6.1. Корпоративные отношения

Экономическая деятельность юридического лица накладывает отпечаток на особенности корпоративного управления, ответственности и совершения корпоративных сделок. Так, при квалификации крупных сделок суды обязаны оценивать не только соотношение цены или балансовой стоимости предмета сделки с балансовой стоимостью активов юридического лица (количественный критерий), но и учитывать пределы его обычной хозяйственной деятельности, в том числе учитывать изменение масштабов деятельности (качественный критерий) (п. 1 ст. 78 Закона об АО⁷, п. 1 ст. 46 Закона об ООО). В частности, в п. 9 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 26.06.2018 № 27⁸ отмечено, что «сделка также может быть квалифицирована как влекущая существенное изменение масштабов деятельности общества, если она влечет для общества существенное изменение региона деятельности или рынков сбыта».

⁷ Федеральный закон от 26.12.1995 № 208-ФЗ (ред. от 31.07.2020, с изм. от 24.02.2021) «Об акционерных обществах» // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1.

⁸ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 26.06.2018 № 27 «Об оспаривании крупных сделок и сделок, в совершении которых имеется заинтересованность» // Российская газета. 2018. № 145.

Вместе с тем И.С. Шиткина критикует позицию Пленума Верховного Суда Российской Федерации за то, что при описании обычной хозяйственной деятельности сохраняется высокая степень неопределенности: «ВС РФ своим толкованием не ограничивает круг сделок, которые могут подпадать под названные законом критерии для отнесения их к крупным». Отсутствие конкретных экономических характеристик, описывающих обычную деятельность юридических лиц и в целом масштабы их деятельности, влечет опасность, что внутренняя оценка значимости той или иной сделки при ее совершении может не совпасть с последующей квалификацией суда [Шиткина И.С., 2019: 127–128]. В то же время и для суда квалификация сделки в качестве крупной в условиях отсутствия определенности правового регулирования таит в себе опасность принятия произвольного решения.

При привлечении директора к ответственности за убытки, причинные юридическому лицу, суды также обязаны оценивать добросовестность и разумность действий директора в контексте обычной деловой практики и масштаба деятельности юридического лица (п. 3, 5 постановления Пленума ВАС РФ 30.07.2013 № 62⁹). Следовательно, аналогичная опасность неопределенности экономических характеристик деятельности юридического лица сохраняется и при привлечении директоров к ответственности.

Более того, экономическая деятельность юридических лиц оказывает существенное влияние на общество в целом, что отражается в дискуссиях о корпоративной социальной ответственности [Vitols S., 2011: 20–23]; [Langvardt J., 2019: 115]. Однако автор настоящей работы полагает, что особенности корпоративного управления и меры корпоративной социальной ответственности не должны одинаково вменяться всем юридическим лицам, а, наоборот, должны зависеть от показателей, характеризующих масштабы их экономической деятельности, от их влияния на общество в целом.

Например, в контексте дискуссии о необходимости участия работников в управлении юридическими лицами на уровне коллегиальных органов управления выглядит оптимальным дифференцированный подход к решению данного вопроса. Вместо общей нормы, которая бы позволяла или обязывала все юридические лица соблюдать представительство работников в коллегиальных органах управления, участие работников можно обусловить экономическими характеристиками юридических лиц.

В качестве положительной попытки дифференциации правового регулирования корпоративных отношений на основе изучения экономических характеристик юридических лиц приведем опыт накопленный германским

⁹ Постановление Пленума ВАС РФ от 30.07.2013 № 62 «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица» // Экономика и жизнь (Бухгалтерское приложение). 2013. № 34.

законодателем в регулировании участия наемных работников в наблюдательных советах корпораций (институт «соопределения» — кодетерминации). К числу основных законов, регулирующих участие работников Германии в управлении организациями, относятся: Закон об участии наемных работников в наблюдательных советах и правлениях предприятий горнодобывающей и металлургической промышленности 1951 г.¹⁰, Закон об участии работников в управлении юридическим лицом 1976 г.¹¹, Закон о квотировании трети мест в наблюдательном совете для представителей работников 2004 г.¹²

Исходя из содержания данных законов, необходимо выделить наблюдательные советы, которые: наполовину состоят из представителей работников (хозяйственные общества в сфере угольной и металлургической промышленности с числом работников более чем 1000, а также акционерные общества, товарищества на акциях, общества с ограниченной ответственностью, кооперативы, не относящиеся к предприятиям угольной или металлургической промышленности с количеством работников более 2000); наблюдательные советы, которые на треть состоят из представителей работников (юридические лица с числом работников от 500, которые не относятся к предприятиям угольной или металлургической промышленности). Тем самым дифференцированное регулирование участия наемных работников зависит от таких факторов, как отрасль экономики, организационно-правовая форма, количество работников.

6.2. Несостоятельность (банкротство)

Характеристики экономической деятельности позволяют оценить имущественную основу и платежеспособность юридических лиц. В связи с этим от экономического положения юридических лиц могут зависеть правовые последствия, связанные с несостоятельностью (банкротством). В частности, проблема оценки платежеспособности должника возникает до введения процедур несостоятельности. Так, согласно ст. 9 Закона о банкротстве на ру-

¹⁰ Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie in der Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 801-2, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 24. April 2015 (BGBl. I S. 642) geändert worden ist. Available at: <https://www.gesetze-im-internet.de/montanmitbestg/BJNR003470951.html> (дата обращения: 16.12.2017)

¹¹ Mitbestimmungsgesetz vom 4. Mai 1976 (BGBl. I S. 1153), das zuletzt durch Artikel 7 des Gesetzes vom 24. April 2015 (BGBl. I S. 642) geändert worden ist. Available at: <https://www.gesetze-im-internet.de/mitbestg/BJNR011530976.html> (дата обращения: 16.12.2017)

¹² Drittelbeteiligungsgesetz vom 18. Mai 2004 (BGBl. I S. 974), das zuletzt durch Artikel 8 des Gesetzes vom 24. April 2015 (BGBl. I S. 642) geändert worden ist. Available at: URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/drittelbg/BJNR097410004.html> (дата обращения: 16.12.2017)

ководителя юридического лица возлагается обязанность обратиться с заявлением должника в арбитражный суд в случае наступления так называемого объективного банкротства (п. 9 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 21.12.2017 № 53¹³). При этом само объективное банкротство не связано с экономическими характеристиками юридического лица и является оценочным понятием¹⁴.

Другой пример — субординация требований аффилированных кредиторов. В Обзоре судебной практики разрешения споров, связанных с установлением в процедурах банкротства требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц¹⁵ прослеживается идея субординации требований, которые возникли в результате компенсационного финансирования в условиях имущественного кризиса (видимо, имущественный кризис — это синоним объективного банкротства). Признание имущественного кризиса влечет весьма серьезные правовые последствия, но ни в законе, ни в разъяснениях Верховного Суда не обозначены конкретные экономические характеристики юридических лиц, которые находятся в таком состоянии. Р.Т. Мифтахутдинов и А.И. Шайдуллин пишут, что «установление признаков имущественного кризиса представляет собой крайне непростую задачу, которая всегда будет носить сугубо оценочный характер и зависеть от судейского усмотрения» [Мифтахутдинов Р.Т., Шайдуллин А.И., 2020: 49]. Однако при таком подходе вопрос о критериях, по которым суд будет оценивать имущественный кризис, остается открытым.

В настоящее время низкая эффективность реабилитационных процедур несостоятельности во многом обусловлена запоздалым обнаружением объективного банкротства. Кредиторы часто сталкиваются с ситуацией, когда активы выведены, а должник уже фактически является банкротом, чем в подавляющем большинстве случаев и обусловлен стремительный переход из процедуры наблюдения сразу в процедуру конкурсного производства.

На этом фоне обостряется проблема отсутствия правового регулирования диагностики юридических лиц на предмет их банкротного (или предбанкротного) состояния. Например, в литературе обосновывалась необходимость «возложения в законодательном порядке обязанности юридического лица направлять в качестве приложения к бухгалтерской отчет-

¹³ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2017 № 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве» // Российская газета. 2017. № 297.

¹⁴ См.: Определение Верховного Суда РФ от 29.03.2018 по делу № 306-ЭС17-13670(3), А12-18544/2015 // СПС КонсультантПлюс.

¹⁵ Обзор судебной практики разрешения споров, связанных с установлением в процедурах банкротства требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 29.01.2020) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2020. № 7.

ности в налоговые органы ежеквартальную, полугодовую или ежегодную методику анализа финансово-хозяйственной деятельности, направленную на выявление признаков банкротства» [Голубцов В.Г., Кондратьева К.С., Сыропятова Н.В., 2014: 70]. В контексте идеи о формировании единой системы раскрытия сведений о юридических лицах представляется, что мониторинг экономических характеристик в режиме онлайн позволит дифференцированно подходить к квалификации признаков банкротства, устанавливать над должником особый контроль кредиторов и оперативно реагировать на сомнительную динамику тех или иных характеристик на ранних стадиях ухудшения экономического положения.

В специальной литературе уже разработаны некоторые модели (методики) прогнозирования вероятности наступления банкротства: двухфакторные и пятифакторные модели Альтмана (для различных компаний), модель Г. Спрингейта, модель Р. Таффлера и Г. Тишоу, четырехфакторная модель ИГЭА, модель Р. Лиса [Балынин И.В., 2020: 335-341]. Изменением экономических характеристик может быть обусловлено и изменение процедур несостоятельности, в рамках которых существенно изменяется правовое положение юридического лица-должника [Пирогова Е.С., Курбатов А.Я., 2012: 60–66].

6.3. Индивидуальное государственное регулирование экономической деятельности

Экономическими характеристиками юридических лиц могут быть обусловлены точечные государственные регулятивные меры индивидуального характера. Это касается как мер ответственности, так и мер стимулирования. Следовательно, для применения индивидуальных мер регулирования также необходимы гибкие нормы права, учитывающие экономические характеристики юридических лиц.

В качестве первого примера можно привести конструкцию оборотных штрафов, при назначении которых учитываются особенности экономической деятельности юридического лица. Так, согласно п. 2 ст. 14.31 КоАП РФ¹⁶, если хозяйствующий субъект злоупотребляет своим доминирующим положением и нарушает антимонопольное законодательство, в результате чего не допускается, ограничивается или устраняется конкуренция, то для юридических лиц это влечет наложение административного штрафа.

Так, размер штрафа ставится в зависимость от размера суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги) или размера суммы расходов правонарушителя на приобретение товара (работы, услуги) и

¹⁶ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ (ред. от 24.02.2021) // СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. 1). ст. 1.

от товарного рынка, в рамках которого было совершено правонарушение. С помощью количественных коэффициентов определяются нижние и верхние границы возможного размера штрафа. При этом учитываются смягчающие и отягчающие обстоятельства (п. 4 примечаний к ст. 14.31 КоАП РФ), которые вычисляются по формуле и влияют на определение итогового размера штрафа. Однако дифференцированный подход к применению мер ответственности в целом не получил системного воплощения в законодательстве. Поскольку на уровне правового регулирования во многих случаях не определено, как именно те или иные факторы влияют на размеры штрафов и иных санкций, индивидуализация ответственности (в том числе административной, гражданско-правовой) выглядит весьма произвольно.

Также можно рассмотреть и стимулирующие меры государственного регулирования (субсидии, льготы и т.д.), которые влияют на правовое положение юридических лиц. В целях стимулирования экономической деятельности в период пандемии коронавируса государство столкнулось с проблемой выявления участников оборота, которые существенно пострадали от кризиса. Из-за отсутствия основательных теоретических наработок в сфере взаимосвязи экономических показателей и правового положения участников оборота при оказании государственной поддержки акцент был сделан на таких критериях, как осуществление деятельности в пострадавших отраслях российской экономики¹⁷, наличие у лица статуса субъекта малого или среднего предпринимательства¹⁸ и т.д. При этом происходит объективное вменение, что именно эти участники оборота пострадали, именно они нуждаются в государственной поддержке. Вместе с тем без надлежащей оценки и учета остаются их абсолютные и относительные экономические характеристики.

В рамках юридического исследования не ставится цели оценить экономическую полезность оказания государственной поддержки по объективно вмененным критериям; однако приходится говорить о неиспользованном потенциале государственного воздействия на правовое положение участников оборота. Стоит отметить, что сами по себе объективно вмененные критерии необходимы при определении лиц, которым должна поступать государственная поддержка, однако подобное выделение адресатов государственной помощи не всегда позволяет охватить всех нуждающихся в той или иной помощи.

¹⁷ Постановление Правительства Российской Федерации от 02.04.2020 № 409 (ред. от 07.11.2020) «О мерах по обеспечению устойчивого развития экономики» // СЗ РФ. 2020. № 15 (часть IV). Ст. 2267; Постановление Правительства Российской Федерации от 03.04.2020 № 434 (ред. от 16.10.2020) «Об утверждении перечня отраслей российской экономики, в наибольшей степени пострадавших в условиях ухудшения ситуации в результате распространения новой коронавирусной инфекции» // СЗ РФ. 2020. № 15 (часть IV). Ст. 2288.

¹⁸ Письмо Минэкономразвития Российской Федерации от 08.05.2020 № Д13и-14491 // СПС КонсультантПлюс.

Кроме того, оказание всем лицами, отобранным по объективно вмененным критериям, одинаковой помощи не учитывает их фактическое изначальное, как правило, неравное экономическое состояние, что делает такую помощь кому-то относительно избыточной, а кому-то явно недостаточной. Поэтому при определении получателей государственной поддержки в первую очередь стоит ориентироваться на экономические характеристики юридических лиц с поправкой на объективно вмененные критерии, что подчеркнет точность, гибкость и эффективность индивидуального государственного регулирования экономической деятельности.

Заключение

Вопрос о соотношении экономики и права носит проблемный характер. Восприятие права как оперативно закрытой системы позволяет положительно оценить процесс внутреннего усложнения и дифференциации правового регулирования под влиянием экономических коммуникаций. В этом смысле правовые последствия, описывающие правовое положение юридических лиц, могут быть поставлены в зависимость от определенных характеристик, возникающих в процессе осуществления экономической деятельности. Это позволит гибко и точно регулировать поведение юридических лиц.

В данной статье предложено использовать понятие функциональной зависимости для описания связи экономических характеристик и правовых последствий. Экономическая деятельность порождает юридические факты, к которым может быть привязан целый спектр правовых последствий, влияющих на набор прав и обязанностей юридических лиц, из которых формируется их правовое положение. Следовательно, при достижении юридическим лицом определенных экономических показателей меняется состав прав, обязанностей и других элементов его правового положения. Для системности регулирования необходимо описывать правовое положение юридического лица в многомерном пространстве, которое задается широким спектром экономических показателей. Это значит, что к одному экономическому показателю (по отдельности или в совокупности с другими характеристиками) может быть привязано сразу несколько правовых последствий, которые должны рассматриваться в системе.



Список источников

1. Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. М.: Юридическое издательство НКЮ СССР, 1940. 192 с.
2. Андреев В.К. Юридические лица как субъекты экономической деятельности // Журнал российского права. 2016. № 5. С. 35–44.

3. Братусь С.Н. О роли советского права в развитии производственных отношений. М.: Знание, 1954. 24 с.
4. Витрук Н.В. О категориях правового положения личности в социалистическом обществе. Избранное. М.: Российская академия правосудия, 2012. 641 с.
5. Гаджиев Г.А. Принцип равного правонаделения и паритетной (эластичной) правовой защиты / Гражданское право: современные проблемы науки, законодательства, практики: сборник статей. М.: Статут, 2018. С. 132–150.
6. Глушецкий А.А. Уставный капитал: стереотипы и их преодоление. Экономический анализ норм корпоративного права. М.: Статут, 2017. 184 с.
7. Голубцов В.Г., Кондратьева К.С., Сыропятова Н.В. Обеспечение баланса частноправового и публично-правового регулирования в процессе предупреждения банкротства с использованием мер, направленных на стимулирование должника к надлежащему исполнению обязательств // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2014. N 2. С. 62–74.
8. Губин Е.П. Важно не ставить во главу угла правовые традиции, а решать экономическую задачу. Закон. 2019. № 3. С. 8–18.
9. Дегтерев Д.А. Теоретико-игровой подход в праве. М.: Ленанд, 2021. 240 с.
10. Долинская В.В. Правовой статус и правосубъектность. Законы России: опыт, анализ, практика. 2012. № 2. С. 6–17.
11. Ермолова О.Н., Шварц Л.В. Влияние экономических характеристик субъектов предпринимательства на их правовой статус. Законы России: опыт, анализ, практика. 2012. № 2. С. 55–60.
12. Ершов В.В., Ашмарина Е.М., Корнев В.Н. Экономическое право Российской Федерации. М.: РГУП, 2017. 283 с.
13. Ершова И.В. Экономическая деятельность: понятие и соотношение со смежными категориями. Lex Russica. 2016. № 9. С. 46–61.
14. Карапетов А.Г. Экономический анализ права. М.: Статут, 2016. 528 с.
15. Кирпичев А.Е. Предпринимательские обязательства субъектов публичного сектора экономики: дис. ... д. ю. н. М., 2018. 499 с.
16. Кондратьев В.А. Опыт субъектов предпринимательской деятельности как критерий определения победителя торгов в форме конкурса. Имущественные отношения в Российской Федерации. 2016. № 10. С. 6–12.
17. Корпоративные финансы. А.М. Губернаторов (ред.). М.: Норма, 2020. 399 с.
18. Мифтахутдинов Р.Т., Шайдуллин А.И. Понижение в очередности (субординация) требований контролирующих должника или аффилированных с ним лиц в российском банкротном праве // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2020. N 9S. С. 3–136.
19. Одинцова М.И. Экономика права. М.: Юрайт, 2020. 345 с.
20. Коршунова Л.Н., Проданова Н.А. и др. Основы финансового менеджмента. М.: Норма, 2019. 228 с.
21. Пирогова Е.С., Курбатов А.Я. Ограничение правоспособности и дееспособности юридических лиц-должников в рамках дел о несостоятельности (банкротстве). Саратов: КУБиК, 2012. 128 с.
22. Смирнов В.И. Курс высшей математики. М.: Наука, 1974. 479 с.
23. Степанов Д.И. Экономический анализ корпоративного права // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2016. № 9. С. 104–167.

24. Суханов Е.А. (ред.) Гражданское право. Т. 1. М.: Статут, 2019. 576 с.
25. Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право. М.: Статут, 2014. 456 с.
26. Сырых В.М. Материалистическая теория права: избранное. М.: РАП, 2011. 1259 с.
27. Фосс А. Сущность математики. Пер. с нем. М.: Либриком, 2009. 120 с.
28. Хабриева Т.Я., Лукьянова В.Ю. Право и экономическая деятельность // *Общественные науки и современность*. 2016. № 3. С. 5–21.
29. Черненко В.Д. Высшая математика в примерах и задачах: Учебное пособие. Т. 1. СПб.: Политехника, 2003. 703 с.
30. Шиткина И.С. Значение реформы института крупных сделок и сделок с заинтересованностью для теории и практики. *Закон*. 2019. № 12. С. 120–137.
31. Юм Д. Трактат о человеческой природе. М.: Мысль, 1996. 734 с.
32. Berle Jr. A., Means G. *The Modern Corporation and Private Property*. N.Y.: Macmillan, 1933, 396 p.
33. Dignam A., Lowry J. Riley C. *Company Law*. London: University, 2016. 228 p.
34. Dmitriev O.N. Conceptual idea to optimize institutional typological series of organization and legal forms of legal entities. *Amazonia Investiga*, 2020, vol. 9, no. 26, pp. 432–441.
35. Greenfield K. *The failure of corporate law: fundamental flaws and progressive possibilities*. Chicago: University Press, 2006. 288 p.
36. Langvardt J. et al. *Business Law: The Ethical, Global, and E-Commerce Environment*. N.Y.: McGraw-Hill, 2019. 1527 p.
37. Luhmann N. *Law as a social system*. N.Y.: Oxford University Press, 2004. 498 p.
38. Nogal-Meger P. The quality of business legal environment and its relation with business freedom. *International Journal of Contemporary Management*, 2018, vol. 17, no. 2, pp. 111–136.
39. Vitols S. What is the sustainable company? In: *The sustainable company: a new approach to corporate governance*. N. Kluge (ed.). Brussels: ETUI, 2011. 265 p.



References

1. Agarkov M.M. (1940) *Obligation under Soviet civil law*. Moscow: People's Commissariat of Justice, 192 p. (in Russ.)
2. Andreev V.K. (2016) Legal entities as subjects of economic activity. *Zhurnal rossiyskogo prava*=Journal of Russian law, no. 5, pp. 35–44 (in Russ.)
3. Berle Jr. A., Means G. (1933) *Modern Corporation and Private Property*. N.Y.: Macmillan, 396 p.
4. Bratus S.N. (1954) *Role of Soviet law in development of industrial relations*. Moscow: Znanie, 24 p. (in Russ.)
5. Chernenko V.D. (2003) *Higher mathematics textbook*. Saint Petersburg: Politekhnik, 703 p. (in Russ.)
6. Degterev D.A. (2021) *Game and theoretic approach in law*. Moscow: Lenand, 240 p. (in Russ.)
7. Dignam A., Lowry J., Riley C. (2016) *Company Law*. London: University Press, 226 p.
8. Dmitriev O.N. (2020). Conceptual idea to optimize institutional typological series of organization and forms of legal entities. *Amazonia Investiga*, vol. 9, no. 26, pp. 432–441.

9. Dolinskaya V.V. (2012) Legal status and legal personality. *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika*=Laws of Russia: experience, analysis, practice, no. 2, pp. 6–17 (in Russ.)
10. Ermolova O.N., Shvarts L.V. (2012) Influence of economic characteristics of business entities on their legal status. *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika*=Laws of Russia: experience, analysis, practice, no. 2, pp. 55–60 (in Russ.)
11. Ershov V.V., Ashmarina E.M., Kornev V.N. (2017) *Economic law of the Russia*. Moscow: Russian Justice University, 283 p. (in Russ.)
12. Ershova I.V. (2016) Economic activity: concept and correlation with related categories. *Lex Russica*, no. 9, pp. 46–61 (in Russ.)
13. Foss A. (2009) *The essence of mathematics*. Moscow: Libricom, 120 p. (in Russ.)
14. Gadzhiev G.A. (2018) The principle of equal ownership and parity (elastic) legal protection. Civil law: modern issues of doctrine, legislation, practice. Collection of articles. Moscow: Statut, pp. 132–150 (in Russ.)
15. Glushetsky A.A. (2017) *Authorized capital: stereotypes and their overcoming. Economic analysis of corporate law norms*. Moscow: Statut, 184 p. (in Russ.)
16. Golubtsov V.G., Kondratieva K.S., Syropatova N.V. (2014) Ensuring the balance of private law and public law regulation in the process of bankruptcy prevention using measures for stimulating debtor to fulfill obligations. *Vestnik Permskogo Universiteta*=Herald of Perm University, no. 2, pp. 62–74 (in Russ.)
17. Greenfield K. (2006) *The failure of corporate law: fundamental flaws and progressive possibilities*. Chicago: University Press, 288 p.
18. Gubernatorov A.M. (ed.) (2016) *Corporate finance*. Moscow: Norma, 399 p. (in Russ.)
19. Gubin E.P. (2019) Not to prioritize legal traditions, but to solve economic problem. *Zakon*=Statute, no. 3, pp. 8–18 (in Russ.)
20. Hume D. (1996) *Treatise on human nature*. Moscow: Mysl, 734 p. (in Russ.)
21. Karapetov A.G. (2018) *Economic analysis of law*. Moscow: Statut, 528 p. (in Russ.)
22. Kirpichev A.E. (2018) Entrepreneurial obligations of subjects of public sector of economy. Doctor of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 499 p. (in Russ.)
23. Khabrieva T.Ya., Lukyanova V.Yu. (2016) Law and economic activity. *Obschestvennye nauki i sovremennost*=Social Sciences and Modernity, no. 3, pp. 5–21 (in Russ.)
24. Kondratiev V.A. (2016) The experience of business entities as a criterion for determining winner of a tender. *Imuschestvennye otnosheniya v Rossii*=Property relations in Russia, no. 10, pp. 6–12 (in Russ.)
25. Korshunova L.N., Prodanova N.A. et al. (2019) *Basics of financial management*. Moscow: Norma, 228 p. (in Russ.)
26. Langvardt J. et al. (2019). *Business Law: Ethical, Global, and E-Commerce Environment*. N.Y.: McGraw-Hill, 1527 p.
27. Luhmann N. (2004) *Law as a social system*. N.Y.: Oxford University Press. 498 p.
28. Miftakhutdinov R.T., Shaydullin A.I. (2020) Decrease in the order (subordination) of claims of the controlling debtor or persons affiliated with him in Russian bankruptcy law. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudia*=Herald of Economic Justice, no. 9, pp. 3–136 (in Russ.)
29. Nogal-Meger P. (2018) The quality of business legal environment and its relation with business freedom. *International Journal of Contemporary Management*, vol. 17, no. 2, pp. 111–136.
30. Odintsova M.I. (2020) *Economics of law*. Moscow: Yurait, 345 p. (in Russ.)

31. Pirogova E.S., Kurbatov A. Ya. (2012) Restriction of legal capacity of legal entities-debtors in framework of insolvency (bankruptcy) cases. Saratov: KUBiK, 128 p. (in Russ.)
32. Shitkina I.S. (2019) Importance of the reform of the institution of major transactions and related party transactions for theory and practice. *Zakon=Statute*, no. 12, pp. 120–137 (in Russ.)
33. Smirnov V.I. (1974) Course of higher mathematics. Moscow: Nauka, 479 p. (in Russ.)
34. Stepanov D.I. (2016) Economic analysis of corporate law. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudia=Herald of Economic Justice*, no. 9, pp. 104–167 (in Russ.)
35. Sukhanov E.A. (2014) Comparative corporate law. Moscow: Statut, 456 p. (in Russ.)
36. Sukhanov E.A. (ed.) (2019) Civil law. Moscow: Statut, 576 p. (in Russ.)
37. Syrykh V.M. (2011) Materialistic theory of law: selected works. Moscow: Norma, 1259 p. (in Russ.)
38. Vitols S. (2011) What is the sustainable company? In: The sustainable company: a new approach to corporate governance. S. Vitols and N. Kluge (eds.). Brussels: ETUI, 265 p.
39. Vitruk N.V. (2012) Categories of individual legal status in a socialist society. Selected works. Moscow: Russian Academy of Justice, 641 p. (in Russ.)

Информация об авторе:

А.В. Ефимов — старший преподаватель, кандидат юридических наук.

Information about the author:

A.V. Efimov — Senior Lecturer, Candidate of Science (Law).

Статья поступила в редакцию 08.05.2021; одобрена после рецензирования 24.09.2021; принята к публикации 15.12.2021.

The article was submitted to the editorial office 08.05.2021; approved after reviewing 24.09.2021; accepted for publication 15.12.2021.

Научная статья

УДК 342

DOI:10.17323/2072-8166.2022.3.96.130

Современные модели административно- процессуального регулирования: опыт сравнительно-правового исследования

Александр Борисович Зеленцов¹,
Олег Александрович Ястребов²

^{1,2} Российский университет дружбы народов, Россия 117198, Москва, ул. Миклухо-Маклая, 6.

¹ zelentsov-ab@rudn.ru, <https://orcid.org/0000-0002-6496-8905>

² yastrebov-oa@rudn.ru, <https://orcid.org/0000-0003-4943-6940>

Аннотация

В статье рассматриваются подходы к пониманию административного процесса и его структуры в России и ряде зарубежных стран. Выявляется возрастание в российской административно-процессуальной науке интереса к разработке «синтезирующей» общей теории административного процесса, в том числе на основе интегративной методологии. В этом контексте раскрывается специфика подходов к его пониманию в зарубежных странах и концептуализируются две основные кодификационные модели административно-процессуального регулирования: модель раздельной кодификации, предполагающая регулирование административных процедур и административного судебного процесса (административного судопроизводства) в двух самостоятельных актах, и модель общей (единой) кодификации, которая характеризуется объединением этих видов административного процесса в одном кодифицирующем акте. Особое внимание уделяется реализации модели общей кодификации административных процедур и административного судопроизводства. В рамках этой модели административный процесс отождествляется исключительно с административным судопроизводством. В свою очередь, возрастает тенденция к использованию модели общей кодификации, объединяющей в одном кодексе принципы и нормы, которые регламентируют и административные процедуры, и административное судопроизводство. Выявляются особенности юридической техники при проведении такой кодификации,

анализируется уровень системной целостности этих единых кодифицирующих актов с позиций интегративной методологии общей теории административного процесса. Логика исследования и практический интерес предопределили необходимость внимательного изучения опыта реализации модели единой кодификации в государствах постсоветского пространства и определения места производства по делам об административных правонарушениях в национальных административно-процессуальных системах. Исследование опыта использования моделей единой кодификации и его осмысление создают дополнительные стимулы и предпосылки для развития интегративной концепции административного процесса, понимаемого как целостное явление в единстве его юрисдикционной и не юрисдикционной (позитивной) составляющих. В статье раскрываются особенности применения интегративной методологии к пониманию и интерпретации административного процесса в российской науке и проблемные вопросы построения на ее основе общей теории административного процесса.



Ключевые слова

административный процесс, административная процедура, административное судопроизводство, модель раздельной кодификации, модель единой (общей) кодификации, компаративное исследование, интегративный метод.

Для цитирования: Зеленцов А.Б., Ястребов О.А. Современные модели административно-процессуального регулирования: опыт сравнительно-правового исследования // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. № 3. С. 96–130. DOI:10.17323/2072-8166.2022.3.96.130.

Research article

Modern Models of Administrative Procedural Regulation: Experience of Comparative Legal Research



Alexander B. Zelentsov¹, Oleg A. Yastrebov²

^{1, 2} RUDN University, 6 Miklukho-Maklaya St., Moscow 117198, Russia

¹ zelentsov-ab@rudn.ru <https://orcid.org/0000-0002-6496-8905>

² yastrebov-oa@rudn.ru <https://orcid.org/0000-0003-4943-6940>



Abstract

The article examines the existing approaches of understanding administrative process and its structure in Russia and a number of foreign countries. The increasing interest in the development of a “synthesizing”, general theory of the administrative process, including that based on the integrative methodology, is revealed in the Russian administrative procedural science. In this context, the specificity of approaches to its understanding in foreign countries is revealed and two main codification models of administrative procedural regulation are conceptualized: a model of separate codification, involving the regulation of administrative procedures and administrative judicial process (administrative proceedings) in two independent acts, and a model of general

(unified) codification, which is characterized by the unification of these types of administrative process in one codifying act. Particular attention to the implementation of the model of general codification of administrative procedures and administrative proceedings is paid. Within the framework of this model, the administrative process is identified exclusively with administrative legal proceedings. In turn, there is a growing trend towards the use of a general codification model, which combines in one code the principles and norms that regulate both administrative procedures and administrative legal proceedings. Some features of the legal technique in carrying out such codification are revealed, the level of systemic integrity of these unified codifying acts is analyzed from the standpoint of the integrative methodology of the general theory of administrative process. The logic of the research and practical interest have determined the need for a careful study of the experience of implementing the unified codification model in the post-Soviet states and determining the place of proceedings in cases of administrative offenses in national administrative procedural systems. The study of the experience of application of unified codification models and its scientific understanding create additional incentives and prerequisites for the development of an integrative concept of the administrative process, understood as an integral phenomenon in the unity of its jurisdictional and non-jurisdictional (positive) components. The article reveals the features of the application of integrative methodology to the understanding and interpretation of the administrative process in Russian doctrine and the problematic issues of building a general theory of the administrative process on its basis.

Keywords

administrative process, administrative procedure, administrative legal proceedings, model of separate codification, model of unified (common) codification, comparative study, integrative method.

For citation: Zelentsov A.B., Yastrebov O.A. (2022) Modern Models of Administrative Procedural Regulation: Experience of Comparative Legal Research. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no. 3, pp. 96–130 (in Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2022.3.96.130.

Введение

Одним из контрапунктов теоретической дискуссии в отечественной науке административного права традиционно выступает противопоставление «управленческого» и «юрисдикционного» подходов к пониманию правовой природы административного процесса. В рамках этих подходов административный процесс трактуется либо как формальный элемент управленческой деятельности, отражающий ее специфику и характерные черты, либо как способ (форма) юрисдикционной деятельности по разрешению спорных административных дел, и идентифицируется в первую очередь с реализацией судебной функции публичной власти. Длющаяся более полувека дискуссия о достоинствах и недостатках данных подходов привела к появлению их модификаций и теоретических интерпретаций, которые продолжают множиться, например, в виде «комплексного подхода на основе управленческого». Становится все более очевидной необходимость добиться консенсуса, способного положить конец затяжным и порой бесплодным спорам о «преимуществах» или «корректности» того или иного подхода.

Одной из важных вех на пути достижения такого консенсуса стала проведенная в 2021 г. в Омске Всероссийская научно-практическая конференция «Современные проблемы построения российской модели административного процесса», на которой была сделана попытка выработать единую позицию российских ученых по вопросу о понятии и содержании административного процесса, основных направлений систематизации отечественного административно-процессуального права. Подводя итоги конференции, профессор Ю.П. Соловей исходил из того, что «отечественное законодательство предусматривает необходимые и достаточные нормативно-правовые основания для понимания российского административного процесса в качестве правового понятия, содержательно состоящего из трех частей: административного судопроизводства; производства по делам об административных правонарушениях; административного производства (административных процедур)». Опираясь на это положение, он отстаивал мнение, что дискуссию о понимании российского административного процесса, в первую очередь о содержании данного правового понятия «следует считать завершенной».

Разделяя позицию широкого понимания административного процесса, смеем тем не менее полагать, что в этом вопросе рано ставить точку. Остается нерешенным целый ряд проблем теоретического и методологического характера, связанных с необходимостью разработки «синтезирующей» концепции административного процесса и выделения его видов, создающих о нем целостное представление. Одну из таких проблем обозначил сам Ю.П. Соловей, выделяя три части (триализм) в содержании понятия «административный процесс», в то же время констатируя, что современное «российское законодательство обуславливает дуалистический характер административного процесса», и этот дуализм выражается в существовании административного судебного процесса и внесудебного административного процесса [Соловей Ю.П., 2021: 375].

Констатация «дуализма» или «триализма» в понимании административного процесса с опорой только на широкую (хотя и системную) интерпретацию исторически обусловленных законодательных текстов неизбежно требует на доктринальном уровне развернутого теоретического обоснования. Концептуальной основой достижения консенсуса в вопросе широкого понимания административного процесса может стать общая теория юридического процесса, исходящая из посылки, что юридический процесс включает юрисдикционную и не юрисдикционную составляющие, и его общность (как единства этих составляющих) состоит в руководящих процессуальных принципах, а не в наборе процессуальных правил [Павлушина А.А., 2002]; [Ланг П.П., 2017: 225–232].

В административно-правовой науке России идеи общей теории юридического процесса получили развитие в рамках интегративной концепции адми-

нистративного процесса. Эта концепция находит все больше сторонников. В доктрине обоснованно отмечается, что «среди воззрений на административный процесс более продуктивным представляется определение его сущности через призму интегративного правопонимания» [Хатуаев В.У., 2021: 23–30].

Вместе с тем интегративная концепция административного процесса, ориентированная на диалектическое преодоление дихотомической противоположности управленческого и юрисдикционного подходов к его пониманию, нуждается в дальнейшей разработке категориально-понятийного аппарата и адекватных юридических конструкций, способных стать фундаментальной основой, консолидирующей эти подходы в рамках общей теории административного процесса.

Не вызывает сомнений, что для целей построения современной отечественной теории административного процесса значительный интерес имеет сравнительно-правовое изучение доктрины и реализации современных моделей административно-процессуального регулирования в зарубежных странах. Компаративные исследования позволяют не только расширить знания о тенденциях развития иностранных административно-процессуальных систем, но и лучше понять структурные особенности и инвариантные факторы развития отечественного административно-процессуального права. Они помогают по-новому взглянуть на сложившиеся ранее в нашей доктрине догмы и стереотипы, в значительной мере предопределяющие инерционное движение современной теоретической мысли.

1. Дихотомическая конструкция «административный процесс v/s административная процедура»

Сравнительно-правовые исследования показывают, что в доктрине и административно-процессуальном законодательстве зарубежных стран также отсутствует единый подход к пониманию административного процесса. Это обуславливает существование различных моделей его правового регулирования.

В одних странах господствует парадигма, основанная на противопоставлении административного процесса, понимаемого как процесс реализации исполнительно-распорядительной (административной) функции, судебному процессу. Исходный постулат этой парадигмы: административный процесс — процесс, противоположный судебному. При таком подходе в судебном процессе, по общему правилу, не выделяется и не получает формализации административное судопроизводство — судебный административный процесс. Этот подход присущ в первую очередь государствам, доктрина и законодательство которых опираются на модель единой судебной юрисдикции. К этой модели относятся не только страны англо-саксонской пра-

вовой семьи, но и ряд государств, заимствовавших ее отдельные правовые институты, например, Бразилия [Bacellar Filho R., 1998: 65]; [Perlingeiro R., 2015: 89–136]. Так, в правовой доктрине данной страны доминирует понимание административного процесса как последовательности действий, совершаемых публичной администрацией и имеющих целью реализацию предписаний закона посредством издания правовых актов управления¹. Административный процесс в сфере деятельности федеральной публичной администрации регулируется Законом № 9.784/99 (Закон об общем административном процессе)². Предписания Закона распространяются также на деятельность «органов федеральной законодательной и судебной власти, в случае исполнения ими административной функции» (ст. 1).

В рамках этой парадигмы основаниями для идентификации административного процесса выступают критерии субъекта (публичная администрация) и вида реализуемой функции (осуществление административной деятельности). В этом случае процесс с участием публичной администрации или иного органа публичной власти, связанный с реализацией административной функции, является административным. В то же время, если суд реализует функцию судебного контроля по административным делам (которые могут быть в законе формально не выделены), процесс называется судебным и противопоставляется административному.

В то же время в доктрине тех зарубежных стран, где правовая система строится с учетом выделения специализированной административно-спорной юрисдикции (административного судопроизводства), доминирует по общему правилу понимание административного процесса как судебного административного процесса. Такого рода понимание находит законодательное выражение. Так, в Италии законодатель называет административно-процессуальным Кодекс, регулирующий состязательное производство в административных трибуналах³. Под административным понимается процесс, осуществляемый в органах административной юстиции, а для обозначения формы деятельности публичной администрации по реализации исполнительной власти используется концепт административной процедуры.

В Италии, как и в других странах романо-германской правовой семьи, разграничению категорий «административный процесс» и «административная процедура» придается принципиальное значение. Это разграничение

¹ Processo administrativo: aspectos gerais. Available at: [https:// enciclopediajuridica.pucsp.br/...145...administrativo...](https://enciclopediajuridica.pucsp.br/...145...administrativo...) (дата обращения: 25.07. 2021)

² Lei do Processo Administrativo Federal — Portal da Câmara. Available at: <https://www2.camara.leg.br/lei> (дата обращения: 25.07. 2021)

³ Codice del processo amministrativo approvato con il Decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 aggiornato, con le modifiche apportate, da ultimo, dal D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 settembre 2020, n. 120.

между процессом и процедурой лежит в основе парадигмы, которая сформировалась на консенсуальной основе и в доктрине получила обозначение «традиционной» [González Navarro F., 1997: 491]. В рамках этой парадигмы административный процесс идентифицируется с административно-юрисдикционной деятельностью, с отправлением судебной функции по административным делам, а процедура — с административной деятельностью. Считается, что административная процедура — это производство, характерное для деятельности публичной администрации, реализующей полномочия по принятию административных актов. Напротив, административный процесс трактуется как совокупность действий и формальностей, которые реализуются органами публичной власти, наделенными юрисдикционными полномочиями по разрешению административных споров. Соответственно административно-процессуальным правом называется право, регулирующее «судебные процессы против администрации, и оно не охватывает административные процедуры, в которых осуществляется административная функция» [Gordillo A., 2014: 393]. При этом комплекс норм, регулирующих административные процедуры, обозначается как административно-процедурное право.

В рамках этой парадигмы в основе разграничения административной процедуры и административного процесса лежит классическое понятие о процессе как особом виде юридической деятельности. В своей классической модели процесс трактуется как совокупность действий сторон перед третьей стороной — арбитром, независимым и беспристрастным, который стоит над сторонами, опосредует отношения между ними и завершает процесс принятием юрисдикционного акта, разрешающего спор. Особенность модели административной процедуры характеризуется тем, что отношения между сторонами в этой форме публичной деятельности складываются и реализуются напрямую, линейно без опосредования третьей стороной и завершаются принятием административного акта. В административной процедуре субъект, представляющий публичную власть, выступает не то что стороной, а «суперстороной», поскольку он является носителем публичных интересов, руководит реализацией административной процедуры и обладает способностью решать вопросы, являющиеся предметом процедурных правоотношений.

В классическом понимании процесс имеет конфликтный генезис: в нем разрешается правовой конфликт, реализуются и защищаются нарушенные или оспоренные права и законные интересы. Административная процедура рассматривается как форма осуществления ненарушенных прав и законных интересов: ее модель характеризует позитивный, неконфликтный способ реализации права. Считается, что в условиях правового государства процедура являет собой не только последовательность действий граждан, с одной

стороны, и административных учреждений, с другой. Она становится формальной гарантией прав граждан, поскольку закон предписывает осуществление административной деятельности в рамках заранее определенного порядка действий и публичная администрация должна соблюдать принципы и правила установленной процедуры.

Таким образом, в административно-правовой доктрине большинства стран романо-германской правовой семьи сложилась дихотомическая конструкция, выражающаяся в разграничении административной процедуры (как формы управленческой деятельности) и административного процесса, отождествляемого с судебным административным процессом. При этом несмотря на различные коннотации, понятие административного процесса, как правило, идентифицируется с административным судопроизводством, а понятие административной процедуры — с административным производством по принятию правовых актов управления.

В результате возобладавшего в теории дихотомического подхода административный процесс и административная процедура трактуются в значительной мере как оппозиции, противостоящие друг другу. В рамках этой дихотомии административная процедура не рассматривается как административный процесс или его часть либо разновидность, а противопоставляется ему как самостоятельный правовой институт. Дихотомический подход исключает трактовку административной процедуры и судебного административного процесса в качестве бинарных оппозиций, характеризующих две стороны административного процесса как целого, а редуцирует это целое к одной из его частей — судебному административному процессу.

Попытка преодолеть этот редукционизм была предпринята в рамках общей теории процесса, которая отодвигает на второй план господствующую парадигму в понимании процесса (спор — стороны — арбитр) и разрабатывает методологию для его более широкой трактовки. Сторонники этого подхода утверждают, что вся предшествующая теория процесса строилась на убеждении: процесс и судебная функция являются понятиями если не идентичными, то коррелятивными. Эта старая парадигма выполнила, по их мнению, свое историческое предназначение, поэтому от нее следует отказаться, чтобы уступить место новому подходу, согласно которому процесс может служить инструментом реализации любой публичной функции, будь то законодательная, судебная, административная или политическая [Marquez Gomez D., 2003: 34].

При новом подходе в качестве базовых признаков процесса рассматриваются такие его характеристики, как: взаимосвязанная последовательность действий; участие нескольких субъектов; направленность на достижение единого результата; цель — осуществление государственной власти. Данный подход к пониманию процесса претендует на охват в рамках единой

процессуальной концепции не только юрисдикционного процесса, но и позитивных процедур осуществления государственной власти, не связанных с разрешением правовых конфликтов.

Однако в административно-правовой доктрине современных государств этот подход утверждается с большим трудом и не получил пока распространения. Доминирующей остается парадигма, основанная на дихотомической конструкции «административная процедура — административный процесс». Разграничение процесса и процедуры, лежащее в основе этой конструкции, приобрело фундаментальный характер и отчетливо проявляется в действующем законодательстве.

2. Базовые модели кодификации административно-процессуального законодательства

В странах романо-германской правовой семьи исторически сложились две основных модели кодификации правовых норм, регулирующих административные процедуры и судебный административный процесс: модель раздельной кодификации и модель общей (единой) кодификации.

Модель раздельной кодификации характеризуется систематизацией административно-процедурных норм и административно-процессуальных норм в отдельных, самостоятельных кодифицированных актах, которые могут различаться наименованиями — кодексы, законы, органические законы. Так, тенденция к принятию раздельных кодифицированных актов, регулирующих административно-процедурный и административно-юрисдикционный процессы, проявляется в качестве господствующей практически во всех европейских государствах. Отдельные самостоятельные законы об административной процедуре (производстве) и об административном процессе (судопроизводстве) приняты, например, в Германии, Греции, Испании, Италии, Польше, Финляндии, Чехии. По своему названию эти законодательные акты могут различаться, например, в Австрии — это соответственно Закон об общих положениях административных производств (1991) и Закон об административном судопроизводстве (2013) (VwGVG), во Франции — Кодекс взаимоотношений общества и государства (2015) (Code des relations entre le public et l'administration) и Кодекс административной юстиции (2000 в ред. 2021), в Португалии — Кодекс административного производства (2015) и Кодекс процесса в административных судах (2002), в Черногории — Закон об общей административной процедуре (2003) и Закон об административных спорах (2017), предметом регулирования которого является административное судопроизводство.

В рамках раздельной кодификации понятия «административная процедура» и «административное производство», по общему правилу, применя-

ются к регулированию деятельности органов публичной администрации. Категория «административный процесс» не является родовой для этих понятий, она не охватывает их своим содержанием, а используется как синоним административного судопроизводства — процессуальной формы административной юстиции или административно-спорной юрисдикции. При этом предпочтения в использовании терминов «административная процедура» или «административное производство», «административный процесс» или «административное судопроизводство» во многих случаях являются результатом научной договоренности, национальных традиций, культурного влияния и т.д.

Тенденция разграничения и противопоставления концептов административного процесса и административной процедуры (производства) является доминирующей в правовой доктрине и законодательстве стран Латинской Америки. Правовое регулирование этой области отношений в двух самостоятельных кодифицированных актах в тех или иных вариациях имеет место в большинстве государств этого континента, в частности: в Аргентине: Закон об административных процедурах (1972) и Закон об административно-спорной юрисдикции (1986)⁴, в Венесуэле — Органический закон об административных процедурах (1981) и Органический закон об административно-спорной юрисдикции (2010), в Мексике — Федеральный закон об административном производстве (1994) и Федеральный закон об административно-спорном производстве (2005), в Перу — Закон об общем административном производстве (2001) и Закон об административно-спорном процессе (2019), в Эквадоре — Органический административный кодекс (2017), посвященный в значительной части регулированию административных процедур, и Закон об административно-спорной юрисдикции (1968) и т.д.

Модель раздельной кодификации административных процедур и административного судопроизводства используется также в азиатских (например, в Японии — Закон об административных процедурах (1993) и Закон о судебном процессе по административным спорам (1962, ред. 2004) и африканских странах (например, в Анголе — Декрет-Закон о правилах процедуры и административной деятельности (1995) и Декрет-Закон об административно-спорном процессе (1996)). Сравнительный анализ показывает, что модель раздельной кодификации доминирует в современном мире.

Модель общей (единой) кодификации характеризуется объединением в одном кодифицирующем акте норм, регулирующих административные про-

⁴ Испанское название закона «Ley de la jurisdiccion contencioso-administrativa» на русский язык нередко переводится как «Закон об административном судопроизводстве». Это допустимо, поскольку законы с такого рода названием регламентируют производство в судах по административным спорам. Полагаем, однако, более точным будет буквальный перевод этого названия: «Закон об административно-спорной юрисдикции».

цедуры и административное судопроизводство. Эту модель первоначально использовали в сравнительно небольшом числе стран, среди которых в частности: Нидерланды — Закон об общем административном праве (1992) (*Algemene wet bestuursrecht* или *Awb*), Болгария — Административно-процессуальный кодекс (2006), Колумбия — Кодекс административного производства и административного судопроизводства (2011).

В Мексике модель единой кодификации получила поддержку не на общенациональном уровне, а в законодательстве субъектов федерации. Так, единый Кодекс административных производств (1996) действует в штате Мехико⁵. Этот Кодекс (в ред. 2021 г.) включает три основные части: 1. «О положениях, общих для административного производства и административного процесса», касающихся общих принципов, процессуальных и процедурных формальностей, уведомлений, сроков, доказательств и оценки доказательств и др.; 2. «Об административных производствах» (в органах государственного и муниципального управления, вспомогательных учреждениях, наделенных публичными полномочиями и функциями); 3. «Об административном процессе» (в судах по административным спорам). Аналогичный комплексный подход к правовому регулированию сферы процедурно-процессуальных отношений использует в Кодексе административного производства и административной юстиции (2007) законодатель другого субъекта федерации — штата Гуанохуато. В первой части этого Кодекса также устанавливаются положения, общие для административного производства и административного процесса, во второй кодифицируются административно-процедурные нормы, в третьей — административно-процессуальные правила.

Очевидно, что в кодексах мексиканских штатов, несмотря на попытку систематизировать общие для административно-процедурного процесса и административно-судебного процесса положения и принципы, законодатель не выходит за рамки традиционной дихотомической конструкции «административная процедура — административный процесс», идентифицируя административный процесс только с производством в суде по административным спорам.

Иной подход в рамках модели единой кодификации применяется в колумбийском Кодексе административного производства и административного судопроизводства (2011⁶; далее — КАПиАС). Этот подход основан на гибком разграничении, но не на противопоставлении административного производства (процедуры) и административно-спорного (юрисдикционно-

⁵ Código de Procedimientos Administrativos del Estado de Mexico. Available at: <http://legislacion.edomex.gob.mx/codvig002/> (дата обращения: 25.07. 2021)

⁶ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Available at: http://leyes.co/codigo_de...administrativo...de...contencioso... (дата обращения: 25.07. 2021)

го) процесса в суде. В доктрине и в законодательстве этой страны термины «производство» (процедура) и «процесс» довольно часто используются как синонимы и в нормативных правовых актах могут применяться как взаимозаменяемые. В частности, Гражданский процессуальный кодекс в дословном переводе называется Кодексом гражданского производства (Código de Procedimiento Civil), и КАПиАС допускает возможность применения положений этого Кодекса к неурегулированным вопросам административно-спорного процесса, если принципиальные отличия административного судопроизводства не исключают этого. При этом в административно-правовой доктрине Колумбии четко разграничиваются понятия «административный процесс» и «спорный административный процесс». Считается, что административный процесс — тот, который осуществляется непосредственно административными властями и имеет своим результатом административный акт, а административно-спорный процесс — это не что иное, как судебно-административный процесс, который связан с реализацией судебной функции и завершается вынесением юрисдикционного акта [Fernández I., 2015: 43]. В этой трактовке административный процесс идентифицируется с административным производством (процедурой), административно-спорный процесс в суде — с административным судопроизводством. В совокупности они выступают как предмет общего административного процессуального права.

В контексте развития общей теории административного процесса значительный интерес имеет Административно-процессуальный кодекс Болгарии (2006 в ред. 2021)⁷. В нем систематизированы и объединены нормы ранее действовавших законов «О Верховном административном суде» (1997), «Об административной процедуре» (1979), «О предложениях, заявлениях, жалобах и прошениях» (1980) и «Об административном обслуживании физических и юридических лиц» (1999). Понятие административного процесса в этом Кодексе не определяется, но из его структуры и общих положений следует, что оно охватывает своим объемом производства как в административных органах по изданию административных актов, так и в суде по принятию юрисдикционных актов. Иными словами, в рамках этого Административно-процессуального кодекса в сферу его правового регулирования попадают две разновидности административного процесса как целого: административно-процедурный процесс, содержащий позитивные управленческие производства (процедуры), и судебный административный процесс по административным спорам.

Таким образом, в рамках модели единой кодификации административно-процессуальные кодексы интегрируют административно-процедурную часть, нормы которой регламентируют административный процесс в ор-

⁷ Available at: <https://www.justice.government.bg> (дата обращения: 25.07. 2021)

ганах публичной администрации, представленный различными производствами по изданию правовых актов управления, и судопроизводственную часть, нормы которой регулируют административный процесс в судах, содержащий различные производства по судебному оспариванию неправомερных правовых актов управления и защите нарушенных ими прав. Конечно, уровень системной целостности этих единых кодифицирующих актов с позиций интегративной (общей) теории административного процесса различен: в одних из них удается в большей степени реализовать системное видение административного процесса как целого в единстве его юрисдикционной и не юрисдикционной составляющих, в других в рамках единого кодекса незыблемой остается традиционная конструкция, сводящая административный процесс только к одной из его разновидностей.

В любом случае такая модель отличается комплексным подходом и, несомненно, может быть признана весьма перспективной. Не зря в новейшей истории целый ряд государств постсоветского пространства ориентировались на нее при кодификации национального административно-процессуального законодательства.

Вместе с тем нельзя не отметить важную особенность правовой регламентации административных процедур. Независимо от того, в рамках какой модели — раздельной или единой — они регулируются, по объему прав частного лица в отношениях с органами публичной администрации все кодифицированные акты имеют больше общего, нежели принципиальных содержательных отличий. В этом смысле следует согласиться с выводом: можно говорить не только о европейских, но и общепризнанных (мировых) стандартах административной процедуры⁸.

3. Кодификация административно-процессуального законодательства в государствах постсоветского пространства

Необходимость обращения к опыту этих государства обусловлена тем, что они вместе с нашей страной прошли период советского прошлого и ныне по темпам кодификации административно-процессуального законодательства значительно опережают российского законодателя. В отечественной доктрине в досоветский период понятие «административный процесс» идентифицировалось именно с судебным административным процессом, с административной юстицией. В советский период, в отсутствие административной юстиции и административного судопроизводства, сложилась

⁸ Available at: <https://zakon.kz...obzor-administrativno-procedurnogo.html> (дата обращения: 25.07. 2021)

парадигма, согласно которой административный процесс стал пониматься как реализация органами государственного управления их исполнительно-распорядительных и административно-юрисдикционных полномочий. При этом в доктрине концепт административной процедуры не получил развернутого осмысления, а опыт законодательного регулирования этой формы административного процесса отсутствовал.

В новых государствах, образовавшихся на постсоветском пространстве, вопросы кодификации административно-процессуального законодательства решались (и решаются) по-разному, различными темпами и практически заново, в зависимости от доминирующих доктринальных подходов и научных договоренностей, особенностей использования зарубежного опыта, национальных традиций и т.д. Особое влияние на кодификацию административно-процессуального законодательства многих стран постсоветского пространства оказали доктрина и опыт правового регулирования Германии, а также некоторых других государств, ориентированных на немецкое административное право. Вне всякого сомнения, этому способствовала деятельность Германского общества по международному сотрудничеству (GIZ). При содействии этого Общества в середине 2010-х годов разработан Типовой проект (Модельный закон) административно-процессуального кодекса, который предназначался для поддержки соответствующих подходов при реформировании национальных административно-процессуальных актов этих стран. Проект исходил из понимания административно-процессуального права как права, регулирующего рассмотрение административно-правовых споров в судебном порядке и отличающегося от права административных процедур, которое регламентирует производство в органах публичной администрации. Он основывался на немецком административно-процессуальном законодательстве, но учитывал его недочеты и пытался предложить простую и удобную в применении модель кодификации административно-процессуального права. Предполагалось, что нормы, смоделированные в Типовом проекте кодекса, могут и должны быть дополнены с учетом особенностей конкретных стран [Pudelka J., 2014: 103–104].

Между тем кодификация административно-процессуального законодательства во многих государствах постсоветского пространства началась задолго до появления названного Типового проекта и осуществлялась с использованием двух основных моделей кодифицированного регулирования административных процедур и административного процесса. В отдельных странах использование этих моделей отличалось весьма значительным своеобразием.

Модель раздельной кодификации административных процедур и судебного административного процесса в двух самостоятельных кодексах получила в этих странах наиболее широкое распространение. При этом, как можно

понять даже из названия самих кодифицированных актов, в одних странах законодатель контрастно ограничивает административные процедуры от судебного административного процесса, в других — менее контрастно. Это проявляется, в частности, в том, что в одном случае в титуле судопроизводительных кодексов используется словосочетание «административно-процессуальный кодекс», в другом случае оно заменяется на более нейтральное название «кодекс административного судопроизводства». Исходя из этого критерия, выделим две группы государств в рамках модели раздельной кодификации.

К первой группе стран относится Армения, где были приняты Кодекс административного судопроизводства (2013) (далее — КАС) и Закон об основах администрирования и административном производстве (2004). В Узбекистане действуют Кодекс административного судопроизводства (2018) и Закон об административных процедурах (2017). В эту группу стран можно также включить Литву, где еще в 1999 г. были введены в действие Закон о производстве по административным делам, регламентирующий судебный порядок рассмотрения административных споров, и Закон о публичном администрировании, содержащий нормы об административных процедурах. Кроме того, к этой группе стран можно отнести Украину, где действует Кодекс административного судопроизводства (2005) и в 2021 г. принят в первом чтении Закон об административных процедурах.

В другой группе стран кодекс, регулирующий производство в суде по административным спорам, называется Административно-процессуальным кодексом (далее — АПК), что в концептуальном плане означает полное отождествление административного процесса исключительно с судебным порядком рассмотрения административных дел и противопоставление его административным процедурам, выражающееся в непризнании их в качестве одной разновидности административного процесса. К этим странам относятся: Азербайджан — Административно-процессуальный кодекс (2009) и Закон об административном производстве (2005); Грузия — Административно-процессуальный кодекс (1999) и Общий административный кодекс, регулирующий административное производство); Киргизия — Административно-процессуальный кодекс (2017) и Закон об административной деятельности и административных процедурах (2015); Туркменистан — Административно-процессуальный кодекс (2020) и Закон об административных процедурах (2017); Эстония — Административно-процессуальный кодекс (2011) и Закон об административном производстве (2001).

Анализ законодательных актов в административно-процессуальной сфере, принятых на постсоветском пространстве в рамках модели раздельной кодификации, показывает, что в административно-процессуальном регулировании в качестве доминирующей прочно утверждается дихотомическая

конструкция «административная процедура — административный процесс», идентифицирующая административный процесс исключительно с административным судопроизводством.

Модель общей кодификации, объединяющая в одном кодексе принципы и нормы, которые регламентируют и административные процедуры, и административное судопроизводство, была использована в таких государствах, как Латвия, Молдова, Казахстан, Таджикистан. В этих странах идея общего понимания административного процесса как совокупности двух его составляющих — юрисдикционной и неюрисдикционной — реализована с различной степенью последовательности и внутренней согласованности.

На наш взгляд, эта идея наиболее последовательно и органично воплощена в Административно-процессуальном законе (*Administratīvā procesa likums*) (2011) Латвии; далее — АПЗ)⁹. Он строится на основе широкого понимания административного процесса и объединяет в этом понятии административный процесс в учреждениях (*administratīvajā procesā iestādē*) и административный процесс в суде (*administratīvais process tiesā*)¹⁰. В этом Законе устанавливается развернутый и незакрытый перечень принципов, применяемых в «административном процессе в учреждении и суде», и определяется, что помимо них могут «применяться общие принципы права, открытые, производные или получившие свое развитие в практике учреждений или юрисдикции судов, а также в правоведении» (ст. 4).

В общей части Закона устанавливаются общие положения об участниках «административного процесса в учреждении и суде», их правосубъектности, процессуальных сроках. Вторая часть посвящена регламентации административного процесса в учреждении, его ходу, завершающемуся принятием административного акта, определению легальных параметров этого акта, правилам возмещения за имущественный ущерб или личный вред, в том числе моральный вред, причиненный лицу административным актом или фактическим действием учреждения, и др. В третьей части регламентируется административный процесс в суде: устанавливаются общие положения судопроизводства по административным делам, правила о подведомственности, права и обязанности участников процесса, порядок производства в судебных инстанциях и др. В четвертой части Закона в контексте общего понимания административного процесса регулируются вопросы исполнения административного акта и судебного решения.

⁹ Available at: <https://likumi.lv> › 55567-admi... (дата обращения: 31.07.2021)

¹⁰ Под учреждением в Кодексе (ст. 1) понимается субъект права, его структурное подразделение или должностное лицо, которому нормативным актом или публично-правовым договором предоставлены определенные полномочия государственной власти в сфере государственного управления.

В отличие от АПЗ Латвии, в котором в качестве общего концепта используется обобщающая формула «административный процесс в учреждении и суде», в Административном кодексе; далее — АК (2018) Молдовы термином «административный процесс» законодатель практически не оперирует¹¹. В качестве обобщающей юридической конструкции в АК используется концепт «административная процедура и административно-спорная процедура»¹². В ст. 3 АК устанавливается, что целью административного законодательства является регулирование «процедуры осуществления административной деятельности и судебного контроля за ней». Использование термина «процедура» в единственном числе в этой легальной формуле призвано выразить, на наш взгляд, идею единства и непосредственной взаимосвязи между административным производством и административным судопроизводством.

Эта идея получает выражение, в частности, в главе 3 АК, где выделяются три группы принципов: общие принципы, принципы административного производства, принципы спорного административного производства в суде. К общим принципам процедуры (процесса) в органах публичной власти и судебных инстанциях (*autoritățile publice și instanțele de judecată*) относятся такие принципы, как законность, исследование по собственной инициативе, равенство и недискриминация, добросовестность, беспристрастность, язык производства, применение разумного срока.

Модель общей кодификации в одном законодательном акте использовалась также в Казахстане, где в 2020 году принят общий Административный процедурно-процессуальный кодекс (далее — АППК РК). В качестве предмета регулирования этого Кодекса законодатель определил отношения, связанные и осуществлением внутренних административных процедур государственных органов, административных процедур, а также порядок административного судопроизводства.

В отличие от АК Молдовы и АПЗ Латвии, АППК РК строится на менее интегративной основе и исходит из дихотомической конструкции «административная процедура v/s административный процесс». Под административной процедурой в этом Кодексе понимается «деятельность администра-

¹¹ Available at: COD Nr. 116 din 19-07-2018 Codul administrativ al Republicii ... <https://www.legis.md> › cautare (дата обращения: 31.07.2021)

¹² Слово сочетание «*procedura administrativă și cea de contencios administrative*» буквально переводится как «административная и административно-спорная процедура». В Кодексе дается определение только административной процедуры, а понятие административно-спорной процедуры не определяется. Однако исходя из смысла, которые законодатель вкладывает в эти термины, речь идет об административном производстве и административном судопроизводстве (т.е. об административно-спорном производстве в суде). Именно такой перевод дается в доступных на русском языке источниках. См., напр.: КОДЕКС Nr. 116 от 19.07.2018. Available at: lex.justice.md/viewdoc.php... (дата обращения: 31.07.2021)

тивного органа, должностного лица по рассмотрению административного дела, принятию и исполнению по нему решения, совершаемая на основании обращения или по собственной инициативе, а также деятельность, осуществляемая в порядке упрощенной административной процедуры» (ст. 4). Определение административного процесса в АППК РК отсутствует, однако анализ его нормативных положений дает основание утверждать, что под административным процессом в нем понимается исключительно административное судопроизводство. Категория «административный процесс» используется только в связи с регламентацией производства в суде по административным делам. В Кодексе отдельно регламентируется статус и состав участников административных процедур (глава 3) и административного процесса (глава 5). В общей главе, но по отдельности, определяются задачи и принципы административных процедур и административного судопроизводства (глава 2).

Все это дает основания предположить, что в АППК РК законодатель, используя модель кодификации в едином законодательном акте, исходил не из идей общей теории административного процесса, а из соображений практического удобства и юридико-технической целесообразности.

Весьма оригинальный способ систематизации административно-процессуальных норм применен в Кодексе об административных процедурах (2007) Таджикистана (далее — КАП РТ)¹³. К модели общей (единой) кодификации административных процедур и административного судопроизводства в одном законодательном акте этот Кодекс можно отнести с известной долей условности. В качестве предмета правового регулирования «определяется порядок подготовки, принятия и исполнения административно-правовых актов, рассмотрения административных заявлений и жалоб, осуществления производства об административных процедурах в суде, взаимодействия административных органов» (ст. 1). С позиций общей теории процесса можно предположить, что исходным интегрирующим концептом в КАП выступает понятие административной процедуры, позволяющее охватить в общей конструкции производство в административном органе и в суде по административным делам. Однако под административной процедурой для целей Кодекса национальный законодатель понимает «деятельность административного органа в целях подготовки, принятия и исполнения административно-правового акта, а также рассмотрения административных заявлений и жалоб» (ст. 2). При этом в ст. 35 КАП РТ устанавливается, что административные процедуры осуществляются уполномоченным административным органом.

¹³ Available at: <https://andoz.tj/docs/zakoni> › Кодекс об адми...(дата обращения: 31.07.2021)

Используемая в этом Кодексе громоздкая и нечетко определенная конструкция «производство об административных процедурах в суде» требует уточнений. При строго формальном подходе оказывается, что под предметом этого производства следует рассматривать споры о процедуре, т.е. споры процессуального характера. Очевидно, для устранения возможности такого понимания конструкции законодатель в 2012 году внес изменения в КАП РТ (ч. 2 ст. 115) и уточнил, что «предметом спора в производстве по административным процедурам в суде» является соответствие административно-правовых актов закону и иным нормативно-правовым актам; «обязанность административного органа по возмещению вреда; обязанность административного органа по принятию административного акта или осуществлению какого-либо иного действия по административной процедуре». При такой конкретизации речь, по сути дела, идет о предмете административного судопроизводства как производства в суде по административным спорам.

Однако законодатель не использует в КАП РТ понятия «административное судопроизводство» и «административный процесс». В отдельных статьях Кодекса (например, ст. 118) в качестве синонима конструкции «производство по административным процедурам в суде» используется категория «административное производство в суде». Законодатель посвятил «производству по административным процедурам в суде» главу 6, включающую всего 24 статьи и установил: если этой главой не установлено иное, в производстве об административных процедурах в суде применяются положения гражданского процессуального законодательства о «производстве по административным процедурам в суде».

Из ГПК РТ не была исключена глава 24, регулирующая производство по делам об оспаривании решений, действий (бездействия) органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных лиц и государственных служащих. Производство в общем суде продолжает осуществляться в порядке неискового гражданского судопроизводства, а не по административным искам, предусмотренным КАП РТ. В результате КАП, будучи законодательным актом нового поколения, по основным параметрам отвечающий международным стандартам, в правовой действительности страны не нашел полного применения. Это обуславливает тот факт, что отдельные таджикские ученые выдвигают предложения о разработке и принятии самостоятельного Кодекса административного судопроизводства РТ [Рахматова З.М., 2017: 12].

Таким образом, хотя КАП РТ содержит правовые нормы, регулирующие производство по административным делам как в административных органах, так и в суде, его трудно полностью отнести к единым кодифицирующим актам, целостно объединяющим регулирование административных процедур и административного судопроизводства.

4. Проблемы кодификации законодательства о производстве по делам об административных правонарушениях

В советский период в структуре административного процесса неизменно выделялся такой его вид, как производство по делам об административных правонарушениях, под которым понималась деятельность уполномоченных органов и должностных лиц по применению мер административного наказания. В постсоветский период это производство рассматривалось как вид административного процесса и отождествлялось с административно-юрисдикционным процессом [Дугенец А.С., 2003: 8, 10]; [Женетль С.З., 2009: 14, 125–126]. Более того, сторонниками юрисдикционного подхода административный процесс идентифицировался исключительно с процессом привлечения к административной ответственности. Так, в проекте Российского административно-процессуального кодекса, предложенном М.Я. Масленниковым, содержание этого кодекса сводилось к порядку реализации законодательства об административной ответственности [Масленников М.Я., 2007: 10–13]. В силу традиции многие российские источники обозначают широко обсуждаемый ныне проект Процессуального кодекса об административных правонарушениях, регламентирующий порядок привлечения к административной ответственности не иначе, как Административно-процессуальный кодекс¹⁴.

Характерно, что в Казахстане первый официальный проект Административно-процессуального кодекса включал в качестве двух самостоятельных частей раздел, посвященный производству об административных правонарушениях и раздел, касающийся производства в суде по административным спорам¹⁵. Однако в действующем АППК РК законодатель установил, что не подлежат рассмотрению в порядке административного судопроизводства дела, порядок производства по которым предусмотрен законодательством об административных правонарушениях (ч. 7 ст.3).

Не только в Казахстане, но и в других государствах постсоветского пространства вопрос о включении производства об административных правонарушениях в состав кодифицированных актов, регулирующих административный процесс, решался по-разному. Выделились два основных подхода, которые в каждой стране отличаются известным своеобразием.

Один из них выражается в интеграции производства об административных правонарушениях в структуру спорного судебного административно-

¹⁴ Available at: URL: <https://www.osnmedia.ru/obshhestvo/v-rossii-poyavitsya-administrativno-protsessualnyj-kodeks/> (дата обращения: 29.08. 2021)

¹⁵ Available at: <https://kzgov.docdat.com/docs/876/index-498540.html> (дата обращения: 29.08.2021)

го процесса посредством придания ему характера искового производства. Используется юридическая конструкция административного иска, которая в российской литературе получила обозначение «иск о привлечении к административной ответственности» или «административно-наказательный иск», а во французском праве — «иск о применении принуждения» (*recours de repression*).

Этот подход реализован в КАС Армении, который в ст. 3 устанавливает, что административные органы или должностные лица обращаются в суд с требованием о привлечении физического или юридического лица к административной ответственности, если законом предусмотрено, что привлекать к административной ответственности может только суд. Если в административном порядке частное лицо, по его мнению, неправомерно привлечено к административной ответственности, то оно также вправе обратиться в суд в порядке, предусмотренном КАС РА. Процессуальные особенности производства по делам о привлечении к административной ответственности в судебном порядке регламентируются главой 29 КАС РА, которая включает всего три статьи.

Другой подход, присущий подавляющему большинству государств постсоветского пространства, состоит в том, что производство по делам об административных правонарушениях не относится к предмету регулирования административно-процессуальных кодексов и кодексов административного судопроизводства. Так, производство по делам об административных правонарушениях прямо исключается из сферы действия АПК Туркменистана (ст. 1), КАС Узбекистана (ст. 3), КАС Украины (ч. 2 ст. 17), Кодекс административного судопроизводства (КАС) РФ (2015) (ст. 1)¹⁶ и др. В административно-процессуальных актах других постсоветских стран это производство не упоминается вовсе (Азербайджан, Молдова, Латвия, Литва и др.).

Такая позиция объясняется целым рядом факторов. Прежде всего она вызвана пониманием административного судопроизводства исключительно как судопроизводства по административным спорам и пересмотром в постсоветский период понятий о юридической природе самого производства по делам об административных правонарушениях. В силу особенностей правового регулирования в советский период в законодательство об административных правонарушениях были включены многочисленные проступки, которые в рамках романо-германской правовой традиции относятся не к административному праву, а к праву наказаний (уголовному, «штрафному» (*Strafrecht* — нем.) праву). Соответственно, дела о такого рода правонарушениях (проступках) рассматриваются в порядке уголовного (наказательного)

¹⁶ Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации от 08.03.2015 N 21-ФЗ // СЗ РФ. 2015. № 10. Ст. 1391.

судопроизводства, т.е. не являются предметом разбирательства в административном судопроизводстве.

Проступки в качестве самостоятельного вида правонарушений, как и ответственность за них, в досоветской России также относились к сфере уголовного права. В советской доктрине весь комплекс норм, регулирующий отношения в этой “проступочной” области, стал относиться к сфере административного права и нашел систематизированное выражение в Кодексе об административных правонарушениях РФ¹⁷ (далее — КоАП). Эти правонарушения получили название административных, поскольку изначально предполагалось, что за их совершение к ответственности привлекают в упрощенном порядке административные органы. Отсюда наказательная ответственность, налагаемая административными органами, стала называться административной. Позднее к этой ответственности за проступки, по общему правилу, стали привлекать судебные органы, а следовательно, ее название утрачивает первоначальный смысл.

В государствах постсоветского пространства судьба административно-наказательного законодательства и КоАП как систематизирующего акта сложилась неодинаково. В большинстве из этих стран КоАП сохранились и получили развитие. Производство по делам об административных правонарушениях регулируется процессуальными нормами, включенными в КоАП (Азербайджан, Грузия, Казахстан, Туркменистан, Узбекистан и др.). В некоторых странах введены в действие самостоятельные процессуальные кодексы об административных правонарушениях: ПКоАП Таджикистана (2013), Процессуально-исполнительный кодекс об административных правонарушениях (ПИКоАП) Беларуси (2006), в котором административный процесс, по сути дела, сводился к производству по делам об административных правонарушениях.

Однако отметим и другую тенденцию. В доктрине и законодательстве целого ряда государств произошел полный отказ от концепта административного проступка и КоАП как продукта советской эпохи. Термин «административный» был исключен из обозначения правонарушений этого вида, а сами эти проступки перестали рассматриваться как нарушения, имеющие отношение к сфере административного права (Киргизия, Молдова, Латвия и др.). Так, в Молдове КоАП (1985) был заменен Кодексом о правонарушениях (2008), включающим Книгу по материальному праву и Книгу, регулиющую производство о правонарушениях. В Киргизии вместо КоАП КР принято два кодекса: 1. Кодекс КР о проступках (2017) (КоП), который вообрал в себя все проступки, в том числе содержащиеся ранее в КоАП КР,

¹⁷ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001. № 195-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 1.

наказуемые судом мерами уголовно-правового воздействия; 2. Кодекс КР о нарушениях (2017) (КоН КР), в который были включены только нормы о так называемых «полицейских» нарушениях, за совершение которых предусмотрены взыскания (предупреждение и штраф), налагаемые административными органами в порядке производства по делам о нарушениях, установленном этим кодексом. При этом взыскания за нарушения не обозначаются как административные.

В России ответственность за такого рода проступки и нарушения в силу традиции и закона продолжает рассматриваться как административная. В настоящее время разработаны и обсуждаются проекты новых КоАП РФ и ПКоАП РФ. Вместе с тем в отечественной науке ощущается все больше сомнений в необходимости относить эти кодексы к сфере административного права и, более того, в необходимости законодательства об административных правонарушениях в его современном виде в принципе [Агеев А. А., 2011: 27–29]. Однако сложившаяся в советский период традиция восприятия КоАП как базового кодекса административного права, обеспечивающего реализацию наказательных полномочий и принуждения, остается живучей и даже незыблемой в среде отечественных ученых и особенно практиков. В силу этого вряд стоит ожидать реформы КоАП в рамках романо-германской правовой традиции с использованием более рационального варианта, опробованного, например, в Киргизии.

В этих условиях и в этом контексте не может не заслуживать внимания и поддержки теоретическая позиция, обозначенная в нашей науке почти 30 лет назад. Она исходит из справедливого суждения: отношения, возникающие по поводу совершения административных проступков, не вписываются в предмет административного права, а потому нормы, регулирующие административно-деликтные (наказательные) отношения, необходимо рассматривать как самостоятельную отрасль права — административно-деликтное право [Шергин А.П., 1994: 52–61].

Дальнейшее обоснование идея административно-деликтного права (права административных наказаний) как самостоятельной отрасли права находит в концепции административно-юрисдикционного процесса как вида юридического процесса [Шергин А.П., 2015: 140–147]. В этой концепции административно-юрисдикционный процесс трактуется как самостоятельный вид не административного, а именно юридического процесса в контексте его общей теории. Административно-юрисдикционный процесс, в основе которого лежит дело об административном правонарушении, рассматривается в традиционном смысле как процессуальная форма реализации материальных норм об административной ответственности. В рамках этого подхода была концептуально обоснована идея разработки и принятия самостоятельного Административно-юрисдикционного кодекса, которая получила

воплощение в проекте ныне обсуждаемого Процессуального кодекса об административных правонарушениях РФ.

Выделение права административных наказаний (административно-деликтного права) в самостоятельную отрасль права (с собственным комплексом процессуальных норм) будет способствовать окончательному преодолению сложившегося в СССР понятия об административном праве как праве в первую очередь наказательном, и его переориентацию на модель правового государства. В этой модели государства главными функциями административного права выступают не принуждение или наказание частных лиц, а обеспечение и защита их прав и законных интересов.

Однако в современной России в правовом регулировании административного процесса отсутствуют системность и последовательность. Административное судопроизводство как судебный административный процесс регулируется в рамках двух кодексов: КАС РФ и Арбитражного процессуального кодекса РФ¹⁸ (далее — АПК РФ). В этих кодексах используются различные подходы к определению предмета регулирования: положения КАС РФ не распространяются на производство по делам об административных правонарушениях, тогда как АПК РФ интегрирует это производство в систему административного судопроизводства в арбитражном суде, используя для этого, по сути дела, конструкцию иска о привлечении к административной ответственности (ст. 202).

В доктрине звучат обоснованные суждения о необходимости изъятия из АПК РФ дел, возникающих из публичных правоотношений, и включении их в КАС РФ [Поляков И.Н., 2014: 51–56]. В целях устранения дублирующего регулирования АПК РФ обоснована концепция единого КАС РФ, могущего регулировать правила рассмотрения всех спорных дел, возникающих из административных и иных публичных правоотношений, независимо от их подведомственности судам общей юрисдикции или арбитражным судам. Для формирования системного подхода важное значение имеет идея о включении производства по делам об административных правонарушениях, ныне регулируемого АПК РФ, в кодекс, определяющий единый порядок привлечения к административной ответственности [Шергин А.П., 2015: 147].

Приняв КАС, российский законодатель, надо полагать, избрал модель раздельной кодификации спорного судебно-административного процесса (административного судопроизводства) и административно-процедурного процесса (административного производства) как формы реализации исполнительной власти. Логика законодательной реализации этой модели предпо-

¹⁸ Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 № 95-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3012.

лагает, что правовое регулирование административного судопроизводства в отдельном кодифицированном акте должно осуществляться в системной взаимосвязи с правовой регламентацией административных процедур. Вместе с тем принятие Закона об административных процедурах, к сожалению, затягивается, и Россия остается единственной страной на постсоветском пространстве, где такой закон отсутствует.

Однако выбор отечественным законодателем модели раздельного регулирования административного процесса вовсе не препятствует научной разработке его общей теории, способной стать концептуальной основой для построения в перспективе модели единой кодификации.

5. Проблемы формирования общей теории административного процесса в России

В современной российской науке административного права все более обнаруживается тенденция к разработке «синтезирующей» общей теории административного процесса, способной органично объединить в целостную систему представления, сложившиеся о нем в рамках существующих школ. Эта тенденция проявляется в различных широких трактовках административного процесса, чаще всего обозначаемых как «комплексные», «единые» или «объединенные» концепции» [Лапина М.А., 2012: 38–43]. Однако общепризнанный методологический подход к рассмотрению понятий и категорий административного процесса в его широкой интерпретации не сложился. Одним из наиболее продуктивных для целей построения общей теории административного процесса, на наш взгляд, является интегративный подход¹⁹. В доктрине интегративный подход определяется как целостное представление совокупности объектов, явлений, процессов, объединяемых общностью как минимум одной из характеристик, в результате чего создается новое системное качество. Этот подход призван обеспечить достижение целостности, согласованности внутри системы, основанной на взаимозависимости и взаимодополнении ее отдельных специализированных элементов. Он рассматривается в качестве «современного драйвера», определяющего научную мысль как в области теории права, так и в отдельных отраслях права [Петров А.В., Зырянов А.В., 2017: 90–92].

Вопрос о необходимости применения интегративного подхода к пониманию административного процесса в российской науке был поставлен в начале текущего столетия. Этот подход необходимо отличать от концепций

¹⁹ Термин «интегративный» произведен от слова «интеграция» (лат. *integrum* — целое; лат. *integratio* — восстановление, восполнение), которое обозначает объединение разобщенных компонентов (частей) в целое, их взаимное сближение и образование взаимосвязей.

со схожими наименованиями, применяемыми к различным широким трактовкам административного процесса, которые давались в рамках «юрисдикционного» или «управленческого» направлений его исследования. Так, в одних случаях «интегрированное понимание административного процесса» с позиций «управленческого» подхода, по сути дела, сводится к выделению в его содержании различных видов административных производств [Ческидова С.А., 2017: 17]. В других случаях «комплексный» подход идентифицируется с «интеграционным» подходом, суть которого сводится к стремлению ученых «включить в структуру административного процесса все виды юридической деятельности, урегулированной нормами административного права и исследовать их с единых методологических позиций» [Самсонов В.Н., 2018: 63].

К интеграционному подходу в этом случае относят, например, концепцию Д.Н. Бахраха, И.В. Пановой и других авторов, выделяющих в едином административном процессе три его вида: административно-нормотворческий (издание нормативных актов исполнительной власти), административно-правоприменительный (применение материальных норм позитивного характера) и административно-юрисдикционный (правоохранительная деятельность субъектов). В рамках этого «интеграционного» направления профессор В.Н. Самсонов предлагает понимать административный процесс как деятельность органов исполнительной власти, а также деятельность иных властных субъектов по рассмотрению административных дел, которая осуществляется в целях обеспечения соблюдения законных прав и свобод его участников и защиты публичных интересов и направлена на издание законных, обоснованных, справедливых и своевременных правовых актов [Самсонов В.Н., 2018: 69–70].

Не вступая в полемику о теоретических достоинствах такого «интеграционного концепта» административного процесса, отметим лишь тот факт, что в его формулировке на первый план выдвигается деятельность органов исполнительной власти в качестве содержательного компонента этого процесса. В то же время в его содержании не выделяется такой компонент, как деятельность судов, значимость которой для его определения теряется и размывается в беглом указании на «деятельность иных властных органов».

«Интеграционный» подход в данной интерпретации следует отличать от такого подхода к административному процессу, который обозначается термином «интегративный». Главной, системообразующей идеей интегративного подхода является идеологема, рассматривающая административный процесс как целостную систему в единстве его юрисдикционной и неюрисдикционной составляющих и признающая возможность и предпочтительность систематизации регулирующих его административно-процессуальных норм в едином кодифицированном акте.

В рамках концептуальной схемы интегративного подхода возможно свети воедино основные положения двух ведущих теорий, раскрывающих особенности двух разновидностей административного процесса:

неюрисдикционного, позитивного административного процесса в органах публичной администрации, который представлен различными административными процедурами и в обобщенном, собирательном смысле может быть обозначен как административно-процедурный процесс, содержанием которого выступает административное производство по неконфликтным (штатным) административным делам. В отдельных изданиях эту разновидность административного процесса предлагается обозначать как исполнительный административный процесс [Стахов А.И., 2015: 51–55].

административно-юрисдикционного процесса, который представлен административным процессом в судах или административным судопроизводством, а также различными юрисдикционными производствами, осуществляемыми в соответствии с законом уполномоченными органами и должностными лицами публичной администрации. Общепризнано, что основная разграничительная линия между этими видами процессов в предметной области проходит по признаку наличия или отсутствия правового спора (конфликта). Однако различию между административно-процедурным и административно-судебным процессами не должно придаваться значение дихотомического противопоставления, которое подразумевает их трактовку как взаимоисключающих явлений. Они выступают как взаимопредполагающие и взаимодополняющие стороны одного и того же явления — административного процесса.

Возможность объединения этих двух видов процессов в рамках единой категории «административный процесс», как отмечает профессор П.И. Кононов, обусловлена наличием у них общего основания (административное дело) и цели (правильное и законное разрешение данного дела) [Кононов П.И., 2015: 38–42]. Эта единая категория описывает административный процесс как целостность, которая как целостность не может существовать раньше своих частей и существует вместе с ними. Вопрос о содержании данной категории, охватывающей административный процесс в его целостности, в отечественной науке остается дискуссионным. Так, в рамках так называемого комплексного (широкого) подхода профессор Н.Г. Салищева полагает, что объективная реальность в сфере административно-процессуальных отношений позволяет обосновать существование и развитие трех видов административного процесса: административные процедуры; административно-юрисдикционный процесс; административное судопроизводство. Специфику каждого из этих видов административного процесса она выводит из особенностей, связанных, в частности, со сферой деятельности органов, осуществляющих правоприменение. В этом случае администра-

тивные процедуры присущи сфере деятельности органов исполнительной власти; административная юрисдикция—сфере деятельности как органов исполнительной власти, так и судов; административное судопроизводство — сфере деятельности органов правосудия [Салищева Н.Г., 2010: 27, 28].

«Тройственное» видение («триализм») административного процесса не может не вызвать возражений, которые в развернутом виде уже раздавались при обосновании «дуализма» интегративной концепции, заключающегося в понимании административного процесса как единства двух его разновидностей: административно-процедурной и административно-судебной. Остановимся лишь на самом главном моменте.

При «тройственном» подходе административно-юрисдикционный процесс трактуется как производство по привлечению к административной ответственности, т.е. как карательное производство. В современных условиях недопустимо возникшее в советский период отождествление административно-юрисдикционного процесса (и административной юрисдикции) только с производством по делам об административных правонарушениях. Ныне это производство осуществляется в суде и в органах исполнительной власти. Производство по этим делам в суде нельзя не рассматривать как судопроизводство, в форме которого осуществляется правосудие. Более того, законодатель в ст. 29 АПК РФ прямо относит производство по делам об административных правонарушениях к административному судопроизводству. Следовательно, излишне и не корректно противопоставлять административное судопроизводство и административно-юрисдикционный процесс в качестве самостоятельных видов административного процесса, поскольку юрисдикция в исконном значении есть не что иное, как судопроизводство. В этом контексте нельзя не признать обоснованности выделения в рамках интегративной концепции административного процесса именно двух его разновидностей: административно-процедурного и административно-судебного процессов.

Формально-логическая интерпретация исходных для интегративной концепции понятий (административно-процедурный процесс — административный судебный процесс — административный процесс) показывает наличие родовидовых связей между ними. Данные связи выражаются через отношения соподчинения, когда первые два понятия не подчинены друг другу, но подчинены одновременно третьему — понятию «административный процесс». Административно-процедурный процесс и судебный административный процесс — относительно различные понятия, ибо имеют такой более общий признак, как связь с «административным делом», характеризующим их предметную область. Они также выступают как однородные понятия, так как имеют одну главную часть — «процесс», хотя и различаются по своим непосредственным задачам. Они являются зависимыми и соеди-

нимыми понятиями, поскольку оба входят в содержание родового понятия «административный процесс».

В формально-логическом плане все эти понятия характеризуются отношениями соподчинения объемов: понятие административного процесса является подчиняющим, а понятия административной процедуры и судебного административного процесса, исключаящие друг друга по своим властным субъектами, находятся в объеме третьего понятия, т.е. административного процесса. В силу этого с формально-логической стороны правомерно рассматривать административно-процедурный процесс и судебный административный процесс как две базовых разновидности административного процесса.

В логическом плане их взаимосвязь определяется правилом логики о соотношении родового понятия и видов: вид определяется всеми признаками рода с добавлением видовых признаков. Административно-процедурный процесс и судебный административный процесс — это видовые понятия, в которых выражены существенные признаки отдельных, качественно особенных, но взаимосвязанных процессуальных форм, входящих в одно родовое понятие «административный процесс».

Построение теории административного процесса с позиций интегративной методологии предполагает глубокое осмысление родовых характеристик этого процесса как целостности в контексте ее структурных элементов — видов процесса, каждый из которых является «целым» по отношению к своим частям (отдельным производствам) и «частью» по отношению к большему «целому» — административному процессу, взятому в единстве его разновидностей. В рамках административно-процессуальной науки (административной процессологии) использование интегративного подхода создает предпосылки для формирования двухуровневой теории административного процесса, включающей общую теорию и теории видов административного процесса — административно-процедурного и административно-судебного.

Общая теория административного процесса не отвергает «юрисдикционные» и «управленческие» концепции административного процесса (в их различных вариациях) как ошибочные, но, отмечая их односторонность, ориентирует на интеграцию этих концепций в поисках целостного определения административного процесса, отражающего его социально-правовую природу. Использование такого подхода «снимает ограниченность предыдущих теорий и воспроизводит их в себе как условие своего существования и как свое следствие» [Павлушина А.А., 2005: 8]. В то же время общая теория не должна являть механическое объединение положений этих исходных, секторных теорий; она призвана обеспечить подлинный синтез тех характеристик административного процесса, которые позволят дать его всестороннее

научное осмысление и придать общей теории статус комплексной, логически единой системы знаний обо всех правовых формах административно-процессуальной деятельности. Эта теория должна иметь предметом общее, содержащееся в закономерностях организации и функционирования базовых разновидностей административного процесса. В качестве комплексной, логически единой системы знаний она призвана сформировать современную методологию административно-процессуальных исследований и теоретические положения, в равной мере имеющие отношение ко всем административно-процессуальным явлениям.

В задачи общей теории административного процесса также входит развитие понятий о системе ее общих принципов, о содержании общего категориально-понятийного аппарата, о специфике и видах административно-процессуальной формы, о понятии, предмете и системе административно-процессуального права. В этом контексте следует отметить, что отдельные более или менее масштабные попытки решения этих задач предпринимаются в современной отечественной доктрине [Стахов А.И., 2021: 313–327]; [Кононов П.И., 2021: 328–338].

Наряду с общей теорией административного процесса в административно-процессуальную науку в качестве двух теорий второго уровня интегрируются теория судебного административного процесса (административного судопроизводства) и теория административно-процедурного процесса. Эти теории призваны раскрыть специфические характеристики данных видов административного процесса, механизм их процессуально-правового регулирования, порядок, формы и способы процессуальной деятельности соответствующих органов по административным делам и т.д. В задачи этих теорий входит также обоснование выделения отдельных производств, отличающихся по характеру индивидуально-конкретных дел однородной категории, особенностям правового статуса органов, их разрешающих, и некоторым другим юридическим параметрам. В этом случае производство (процедура) понимается не как составная часть, компонент структуры административного процесса в целом, а именно как структурный элемент его определенного вида — административно-судебного или административно-процедурного процесса.

Таким образом, использование интегративной методологии открывает возможность преодолеть односторонний взгляд на административный процесс как на деятельность, связанную исключительно с разрешением позитивных (штатных) административных дел при реализации исполнительно-распорядительной функции, либо исключительно с охранительной функцией административного права. Оно призвано способствовать единообразному пониманию учеными, законодателем и правоприменителем базовых категорий и понятий, применяемых для характеристики административно-про-

цессуальных форм деятельности компетентных органов публичной власти. Это позволит придать необходимую системность и целостность административно-процессуальному законодательству, регламентирующему административно-процедурный и административно-судебный процессы.

Заключение

В административно-процессуальном регулировании современных государств доминирует модель раздельной кодификации административного производства и административного судопроизводства, основанная на доктринальном противопоставлении административных процедур и административного процесса. В рамках этой модели административный процесс отождествляется исключительно с административным судопроизводством (судебно-административным процессом). Вместе с тем крепнет тенденция к использованию модели общей кодификации, объединяющей в одном кодексе принципы и нормы, которые регламентируют и административные процедуры, и административное судопроизводство. В этих кодексах идея общего понимания административного процесса как совокупности двух его составляющих — юрисдикционной и не юрисдикционной — в зарубежных правовых порядках реализована с различной степенью последовательности и внутренней согласованности. Наиболее полно эта идея получила воплощение в АПК Болгарии (2006) и АПЗ Латвии (2001).

В России с вступлением в силу КАС РФ наметилась тенденция к реализации модели раздельной кодификация административного-процессуального законодательства. Однако политическая воля к принятию закона об административных процедурах до сих пор не нашла четкого выражения, несмотря на имевшие ранее место законодательные инициативы и выдвижение современных инициативных законопроектов. Вместе с тем в административно-правовой мысли России развивается интерес к разработке «синтетической» общей теории административного процесса и обоснованию ее единой методологической основы.

Существенное значение для решения этой задачи имеет интегративная методология, позволяющая видеть административный процесс как целостную систему в единстве двух его составляющих — административно-процедурного и административно-судебного процессов. Такой подход позволяет также дать необходимое теоретическое обоснование идее интеграции производства по делам об административных правонарушениях в арбитражных судах, ныне регулируемого Арбитражным процессуальным кодексом, в единый кодекс, определяющий порядок привлечения к административной ответственности (ПКоАП), и дальнейшему самоопределению административно-деликтного права в качестве самостоятельной отрасли российского права.

De lege ferenda, в исторической перспективе на идейной базе общей теории административного процесса открывается возможность подготовки рекодификации административно-процессуального законодательства и создания Административного процессуального кодекса, предметом регулирования которого могут стать административный процесс в органах публичной администрации (административные процедуры) и административный процесс в суде (административное судопроизводство).



Список источников

1. Агеев А.А. О месте законодательства об административных правонарушениях в российской правовой системе // Административное право и процесс. 2011. № 2. С. 27–29.
2. Дугенец А.С. Административно-юрисдикционный процесс. М.: ВНИИ МВД России, 2003. 274 с.
3. Женетль С.З. Административный процесс и административные процедуры в условиях административной реформы: дис... д. ю. н. М., 2009. 536 с.
4. Кононов П.И. Административное судопроизводство как структурная часть административного процесса // Административное право и процесс. 2015. № 11. С. 38–42.
5. Кононов П.И. Несколько тезисов в поддержку интегративного понимания административного процесса // Сибирское юридическое обозрение. 2021. Т. 18. № 3. С. 328–338.
6. Лапина М.А. Объединенная концепция системы административного процесса // Юридический мир. 2012. № 3. С. 38–43.
7. Ланг П.П. Некоторые методологические основы юридического процесса // Вопросы российского и международного права. 2017. № 1. С. 225–232.
8. Масленников М.Я. Пояснительная записка к проекту Российского административно-процессуального кодекса // Административное право и процесс. 2007. № 1. С. 27–30; 2008. № 6. С. 10–13.
9. Павлушина А.А. Теория юридического процесса: проблемы и перспективы развития: дис. ... д. ю. н. Самара, 2005. 459 с.
10. Павлушина А.А. Теория юридического процесса и ее значение для развития российской правовой системы в переходный период // Вестник Нижегородского университета им. Н.И. Лобачевского. Серия: «Право». 2002. № 1. С. 67–76.
11. Петров А.В., Зырянов А.В. Интегративный подход в современных юридических исследованиях // Вестник ЮУрГУ. Серия «Право». 2017. № 3. С. 90–92.
12. Поляков И.Н. О цивилистическом процессе и реформе российской судебной системы (вопросы гармонизации) // Арбитражный и гражданский процесс. 2014. № 8. С. 51–56.
13. Протасов В.Н. Основы общеправовой процессуальной теории. М.: Юридическая литература, 1991. 143 с.
14. Рахматова З.М. Административное судопроизводство в Республике Таджикистан: современное состояние и перспективы развития: дис ... к. ю. н. М., 2017. 171 с.
15. Салищева Н.Г. О некоторых теоретических вопросах административного процесса на современном этапе развития российской правовой системы / Актуальные проблемы административного и административно-процессуального права: Мате-

риалы ежегодной Всероссийской конференции. Ч. 1. СПб.: Санкт-Петербургский ун-т МВД, 2010. С. 26–30.

16. Самсонов В.Н. Проблемы формирования понятия «административный процесс» в науке административного права / Юриспруденция как интегративный феномен современного российского общества и государства: Материалы конференции. Белгород: ГИК, 2018. С. 63–70.

17. Соловей Ю.П. К завершению дискуссии о понимании административного процесса // Сибирское юридическое обозрение. 2021. № 3. С. 359–378.

18. Соловьев А.А. Правовое регулирование судебного нормоконтроля: опыт зарубежных государств. М.: Инфра-М, 2018. 219 с.

19. Стахов А. И. Интегративная теория административного процесса – единственно верная основа построения модели административного процесса // Сибирское юридическое обозрение. 2021. № 3. С. 313–327.

20. Стахов А.И. Интегративный подход к пониманию административного процесса в России // Административное право и процесс. 2015. № 2. С. 51–55.

21. Хатуяев В.У. Еще раз о сущности и соотношении понятий «административное судопроизводство» и «административный процесс» в контексте интегративного правопонимания // Современное право. 2021. № 3. С. 25–30.

22. Ческидова С.А. Административно-деликтное производство в сфере таможенно-го регулирования: дис. ... к. ю. н. Нижний Новгород, 2017. 169 с.

23. Шергин А.П. Проблемы административного права // Государство и право. 1994. № 8–9. С. 52–61.

24. Шергин А.П. Административно-юрисдикционный процесс как вид юридического процесса // Вестник МГЮА. 2015. № 8. С. 140–147.

25. Bacellar Filho R. Breves reflexões sobre a jurisdição Administrativa: Uma perspectiva de direito comparado. Revista de Direito Administrativo, 1998, vol. 211, pp. 65–77.

26. Fernández I. Manual de Derecho Procesal. Vol. 2. Manual de Derecho Procesal Administrativo y Contencioso Administrativo. Bogota: Editorial Universitaria, 2015. 826 p.

27. González Navarro F. Derecho administrativo español: el acto y el procedimiento administrativos. Pamplona: Universidad de Navarra, 1997. 1340 p.

28. Gordillo A. Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Tomo 2. La defensa del usuario y del administrado. Buenos Aires: F.D.A., 2014. 722 p.

29. Márquez Gómez D. Los procedimientos administrativos materialmente jurisdiccionales como medios de control en la administración pública. México: Universidad Nacional Autónoma, 2003. 231 p.

30. Perlingeiro R. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norteamericana. Revista de Investigações Constitucionais, 2015, no. 1, pp. 89–136.

31. Pudelka J. (Hrsg.) Verwaltungsprozesskodex: Konzeption, Modellgesetz und Kommentierung=Административно-процессуальный кодекс: концепция, модельный закон и комментирование. Berlin: Wissenschafts-Verlag GmbH, 2014. 205 S.



References

1. Ageev A.A. (2011) Place of legislation on administrative offenses in the Russian legal system. *Administrativnoe pravo i process*=Administrative Law and Process, no. 2, pp. 27–29 (in Russ.)

2. Bacellar Filho R. (1998) Breves reflexões sobre a jurisdição Administrativa: Uma perspectiva de direito comparado. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 211, pp. 65–77.
3. Cheskidova S.A. (2017) Administrative and tort proceedings in the field of customs regulation. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Nizhny Novgorod, 169 p. (in Russ.)
4. Dugenets A.S. (2003) Administrative and jurisdictional process. Moscow: Internal Ministry, 274 p. (in Russ.)
5. Fernández I. M. (2015) Manual de Derecho Procesal. Vol. 2. Manual de Derecho Procesal Administrativo y Contencioso Administrativo. Bogota: Editorial Universitaria, 826 p.
6. González Navarro F. (1997) Derecho administrativo español: el acto y el procedimiento administrativo. Pamplona: Universidad de Navarra, 1340 p.
7. Gordillo A. (2014) Tratado de derecho administrativo y obras selectas. T. 2. La defensa del usuario y del administrado. Buenos Aires: F.D.A., 722 p.
8. Khatuaev V.U. (2021) Essence and correlation of the concepts of “administrative proceedings” and “administrative process” in the context of integrative legal understanding. *Sovremennoe pravo*=Modern Law, no. 3, pp. 25–30 (in Russ.)
9. Kononov P.I. (2015) Administrative legal proceedings as a structural part of the administrative process. *Administrativnoe pravo i protsess*=Administrative Law and Process, no 11, pp. 38–42 (in Russ.)
10. Kononov P.I. (2021) In support of integrative understanding administrative process. *Sibirskoe juridicheskoe obozrenie*=Siberian Legal Review, no. 3, pp. 328–338 (in Russ.)
11. Lang P.P. (2017) Methodological basics of legal process. *Voprosy rossiyskogo i mezhdunarodnogo prava*=Issues of Russian and international law, no 1, pp. 225–232 (in Russ.)
12. Lapina M.A. (2012) The unified concept of the system of administrative process. *Juridicheskii mir*=Legal World, no. 3, pp. 38–43 (in Russ.)
13. Márquez Gómez D. (2003) Los procedimientos administrativos materialmente jurisdiccionales como medios de control en la administración pública. México: Universidad Nacional Autónoma, 231 p.
14. Maslennikov M. Ya. (2007) Following the protocol to draft of Russian administrative process. *Administrativnoe pravo i process*=Administrative Law and Process, no. 1, pp. 27–30 (in Russ.)
15. Pavlushina A.A. (2005) Theory of legal process: issues and prospects of development. Doctor of Juridical Sciences Thesis. Samara, 459 p. (in Russ.)
16. Pavlushina A.A. (2002) Theory of legal process and its significance for development of Russian legal system in the transition period. *Vestnik Nizhegorodskogo universiteta*=Bulletin of the Nizhny Novgorod University, no. 1, pp. 67–76 (in Russ.)
17. Perlingeiro R. (2015) Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norteamericana. *Revista de Investigações Constitucionais*, no. 1, pp. 89–136.
18. Petrov A.V., Zyryanov A.V. (2017) Integrative approach in modern legal studies. *Vestnik Juzhnouralskogo universiteta*=Bulletin of South Ural University, no. 3, pp. 90–92 (in Russ.)
19. Polyakov I.N. (2014) Civil process and reform of Russian judicial system (issues of harmonization). *Arbitrage i grazhdanskiy protsess*=Arbitration and civil process, no. 8, pp. 51–56 (in Russ.)
20. Protasov V.N. (1991) Basics of general legal procedural theory. Moscow: Juridicheskaya literatura, 143 p. (in Russ.)

21. Pudelka J. (Hrsg.) (2014) *Verwaltungsprozesskodex: Konzeption, Modellgesetz und Kommentierung*. Berlin: Wissenschafts-Verlag GmbH, 205 S.
22. Rakhmatova Z.M. (2017) *Administrative proceedings in Tajikistan: current state and prospects*. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 171 p. (in Russ.)
23. Salishcheva N.G. (2010) Theoretical issues of administrative process at present stage of the Russian legal system. In: *Issues of administrative and administrative procedural law: papers of conference*. Saint Petersburg: Ministry of Internal, pp. 26–30 (in Russ.)
24. Samsonov V.N. (2018) Formation of concept of «administrative process» in the science of administrative law. In: *Jurisprudence as an integrative phenomenon of modern Russian society and state. Papers of conference*. Belgorod: GiK, pp. 63–70 (in Russ.)
25. Shergin A.P. (1994) Issues of administrative law. *Gosudarstvo i pravo*=State and Law, no. 8–9, pp. 52–61 (in Russ.)
26. Shergin A.P. (2015) Administrative-jurisdictional process as a type of legal process. *Vestnik MGUA*=Bulletin of MGUA, no. 8, pp. 140–147 (in Russ.)
27. Solovoy Yu. P. (2015) To the end of discussion on understanding administrative process. *Sibirskoe juridicheskoe obozrenie*=Siberian Legal Review, no. 3, pp. 359–378 (in Russ.)
28. Soloviev A.A. (2018) *Legal regulation of judicial norm control: experience of foreign states*. Moscow: Infra-M, 219 p. (in Russ.)
29. Stakhov A.I. (2015) Integrative approach to understanding the administrative process in Russia. *Administrativnoe pravo i process*=Administrative Law and Process, no. 2, pp. 51–55 (in Russ.)
30. Stakhov A. I. (2021) Integrative theory of administrative process: the only true basis for building model of administrative process. *Sibirskoe juridicheskoe obozrenie*=Siberian Legal Review, no. 37, pp. 313–327 (in Russ.)
31. Zhenetl S.Z. (2009) *Administrative process and procedures in context of reform*. Doctor of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 536 p. (in Russ.)

Информация об авторах:

А.Б. Зеленцов — доктор юридических наук, профессор.

О.А. Ястребов — доктор юридических наук, профессор, ректор.

Information about the authors:

A.B. Zelentsov — Doctor of Science (Law), Professor.

O.A. Yastrebov — Doctor of Science (Law), Professor, Rector.

Статья поступила в редакцию 23.04.2022; одобрена после рецензирования 31.05.2022; принята к публикации 20.06.2022.

The article was submitted to the editorial office 23.04.2022; approved after reviewing 31.05.2022; accepted for publication 20.06.2022.

Research article

УДК 342 9

DOI:10.17323/2072-8166.2022.3.131.148

Administrative Justice



Inna Viktorovna Panova¹,
Aleksander Aleksandrovich Zaraiskiy²

¹ Astrakhan State University, 20A Tatischev St., 414056, Astrakhan, Russian Federation; State University of Management, 99 Ryazansky Prospekt, 109542, Moscow, Russian Federation, innapanova@list.ru

² Saratov State Law Academy, 1 Volskaya St., 410056, Saratov, Russian Federation, azaraiskiy@ssla.ru



Abstract

Based on an analysis of the current state of legislation and judicial practice and also of certain specific development trends, this article considers the issues relevant to administrative and judicial reforms, identifies a number of terms important for understanding the matter in question, and highlights various problems in trying administrative cases in courts as well as in pre-trial (extrajudicial) proceedings. The new Code of Administrative Judicial Procedure of the Russian Federation is examined closely for its consistency with other procedural laws. The article also points out the problem in jurisdiction over administrative cases that may arise among the several panels of the Supreme Court of the Russian Federation, which may arrive at different outcomes in similar disputes. The general jurisdictional approach used by courts to consider administrative offenses related to entrepreneurial activities is critically assessed. The disadvantages of rulemaking in administrative cases exercised by the economic panel of the RF Supreme Court are also outlined. After analyzing the problem of pre-trial compensation for damages caused by illegal actions of administrative bodies, a number of statutory innovations for establishing pretrial damages and tightening the procedures and measures of such liability for administrative entities are suggested. It is advisable to establish a special centralized administrative body for out-of-court settlement of administrative cases within Russia's executive system. This would ensure the effectiveness of the institution for handling a general administrative complaint and provide administrative protection of citizens' rights. Such a body would be able both to depoliticize and de-bureaucratize administrative authorities, and it would reduce caseloads and relieve the courts of the punitive function of prosecuting small administrative claims, a duty that is not typical for the judiciary.

Keywords

Administrative reform; administrative justice; administrative proceedings; administrative procedure; administrative jurisdiction; administrative process; administrative cases; the Code of Administrative Judicial Procedure of the Russian Federation; indemnification.

Acknowledgments: the paper is published within the project of supporting the publications of the authors of Russian educational and research organizations in the Higher School of Economics academic publications.

For citation: Panova I.V., Zarskiy A.A. (2022) Administrative Justice. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, vol. 15, no. 3, pp. 131–148 (in English). DOI:10.17323/2072-8166.2022.3.131.148.

Introduction

Administrative and judicial reforms are under way in our country; and in the context of the formation of Russian statehood under new economic conditions, the institution of administrative proceedings is a topic of great interest. Undoubtedly, the attention paid in recent years to rule of law based on the idea of legal protection for non-authoritative entities (citizens, individual entrepreneurs, enterprises) as they interact with public authorities has increased in Russia.

Theoretical and legal study of issues involving administrative procedure is needed due to: increased consideration of administrative cases by both administrative bodies and arbitration and general court judges; lack of an institution for administrative justice in Russia mandated by legislation, although it is being debated in theory; adoption of the new Code of Administrative Judicial Procedure of the Russian Federation (hereinafter referred to as CAJP RF or the Code); preparation of a draft for the general section of the new Code of Administrative Offenses of the Russian Federation (hereinafter referred to as CAO RF).¹

One of the issues under consideration here is increasing the efficiency of Russian court proceedings by unifying legislation concerning civil, arbitration and administrative procedure.

1. Definition of terms

Terms used in this article need to be clarified at the outset.

Legal process is a kind of social process involving a sequence of legal activity (actions) and legal documents (acts), which includes trials (litigations) and legal procedures stipulated by law.

¹ Draft Law No. 703192-6.

Administrative process is a type of legal process which has all the features inherent in the latter (authoritative in nature, regulated by procedural norms; and consists of goal-oriented, deliberate actions for achieving certain legal results and formalizing them in documents). Administrative process is the part of administrative (executive and administrative) activity which is subject to legal regulation.

We distinguish three components in the administrative process of executive bodies of public authority:

administrative-normative component that regulates rule-making proceedings for the creation (amendment, suspension, cancellation) of by-laws issued by the executive bodies of public authorities in order to provide a legal framework for implementing laws;

administrative-empowering component which is carried out in an administrative and procedural form and includes proceedings governing the law enforcement and non-jurisdictional activities of a wide range of executive bodies of public authorities in order to implement the rights and obligations of individual and collective entities regarding governance;

administrative-jurisdictional component which is carried out in an administrative and procedural form and which involves law enforcement proceedings that are jurisdictional and coercive by nature with regard to a broad range of subjects of executive bodies of public authorities and are aimed at resolving disputes, implementing sanctions, and defending protective legal relations through the application of measures of state coercion (administrative, disciplinary).

Administrative procedure is a type of legal process which has all the features inherent in such a process (activities authoritative in nature, regulated by legal procedural norms, and undertaken as purposeful, deliberate activity aimed at achieving certain legal results and formalizing them in documents).

At present Russian legislation does not treat the concepts of “administrative justice” and “administrative proceeding” as interchangeable. It is a conclusion of many researchers, see for example: [Bakhrakh D.N., 2005: 19–25]; [Bakhrakh D.N., 2009: 2–6]; [Burkov A.L., 2003: 62–68]; [Dernovoy V.B., 2005: 2–11]; [Gadzhiev G.A., 2005: 163–167]; [Gromoshina N.A., 2013: 47–57]; [Starilov Yu. N., 2013: 211–276]; [Volchetskaya T.S. et al., 2003: 93–101]; [Zelentsov A.B., 2015: 39–46].

The term “administrative justice” has not been established in Russian legislation and is used by lawyers only for theoretical purposes.

Administrative justice includes consideration of administrative disputes in a special (administrative) procedure by both judicial and non-judicial (quasi-judicial) administrative-jurisdictional bodies.

Administrative jurisdiction is a set of statutory powers accorded to courts, other state authorities, local self-government bodies, and their officials for the purpose of considering administrative and legal cases and enforcing the resulting judgements.

An administrative proceeding is not an activity of administration, but a type of legal proceeding for considering administrative cases in a special way regulated by the rules of administrative-procedural law.

It should be noted that administrative court proceedings take place in arbitration courts. They have their own judiciary and specialization among judges as well as special litigation.

Four reform options had been previously proposed for making the adjudication of administrative cases more efficient:

establishing independent administrative courts;

having administrative courts operate simultaneously within the existing judicial system (in both the general and arbitration courts);

adopting a single federal constitutional law regulating the procedure for adjudicating cases arising from administrative legal relations both in general and arbitration courts;

reforming (improving) administrative proceedings within the existing judicial systems by introducing suitable amendments to the Arbitration Procedural Code of the Russian Federation (hereinafter referred to as APC RF) and the Civil Procedural Code of the Russian Federation (hereinafter referred to as CPC RF).

The new CAJP RF² entered into force on 15 September 2015.

By analogy with the CPC RF, the CAJP regulates the entire procedure for administrative cases in the courts from filing administrative complaints to enforcing judgements.

The new code does not address or regulate proceedings that pertain to administrative offenses (neither in courts nor in pre-trial [extrajudicial] proceedings), and that procedure remains the same.

The CAJP RF does not regulate extra-judicial proceedings in administrative cases. Its scope of regulation extends only to proceedings in general courts. Nor does the Code regulate arbitration proceedings. Arbitration courts will try the appropriate administrative cases in the same way as before.

Nevertheless, some rules of the Code have been derived from the APC RF, such as the rules for exemption from proving circumstances recognized jointly by all parties,³ or the provision that electronic documents may be attached to an administrative claim.⁴ Enacting rules of this kind could bring the procedure for administrative cases in general courts closer to the procedure for such cases in arbitration courts.

² Except for Article 45(2) and (4), Article 125(8), Article 126(2), Article 299(7), Article 319(3), Article 347(4), Article 353(4)(5) and (9) all of which came into force on 15 September 2016; and Article 21(14) of the CAJP that came into force on 1 January 2017.

³ CAJP RF. Article 65.

⁴ *Ibid.* Article 125(8).

The overwhelming majority of rules in the Code are similar to the corresponding rules in the CPC RF. For example, the procedure for considering administrative cases remains mostly unchanged.

Administrative cases to be tried under the new Code are as follows:⁵

1) cases challenging normative legal acts in full or in part;

1.1) cases challenging acts that contain interpretation of legislation and have normative features;⁶

2) cases challenging decisions, actions (failures to act) of public authorities, other state bodies, bodies of military administration, local self-government bodies, officials, state and municipal servants;

3) cases challenging decisions, actions (failures to act) by non-commercial organizations vested with certain state or other public powers, including self-regulating organizations;

4) cases challenging decisions, actions (failures to act) by qualification boards of judges;

5) cases challenging decisions, actions (failures to act) by the High Examination Commission when conducting examination to get judicial qualifications or when examining commissions of constituent entities of the Russian Federation which are in turn designated to conduct examinations of judicial qualifications (hereinafter also referred to as examination commissions);

6) cases pertaining to protection of the electoral rights of citizens of the Russian Federation and of their right to participate in a referendum;

7) cases pertaining to payment of compensation for violation of the right to a trial within a reasonable length of time in cases considered by general courts or for violation of the right to execution of a judicial act of a court of general jurisdiction within a reasonable length of time.⁷

Under the new Code, the courts of general jurisdiction are also to consider and adjudicate administrative cases which fall within their judicial competence and which pertain to the exercise of obligatory judicial control over the observance of human and civil rights and freedoms and of the rights of organizations as they respond to certain authoritative administrative demands addressed to natural persons and organizations. Such administrative cases include:

1) cases pertaining to the suspension of activities or liquidation of a political party, its regional office or other structural division; of another public association, religious organization, or other non-commercial organization; as well as cases pertaining to the prohibition of activities of a public association or a religious orga-

⁵ Ibid. Article 1(2).

⁶ Introduced by Federal Law No. 18-FZ of 15 February 2016.

⁷ Previously, such cases were considered through action proceedings, according to the CPC RF, Chapter 22.1.

nization that are not legal entities and cases pertaining to expunging the records concerning a non-commercial organization from a state registry;

2) cases regarding the termination of the activities of mass media;

2.1) cases regarding the limitation of access to an audiovisual service;⁸

3) cases pertaining to the recovery from natural persons of monetary sums which are required as compulsory payments and penalties stipulated in law;

4) cases pertaining to the placement of a foreign citizen or a stateless person who is subject to deportation or transfer by the Russian Federation to a foreign state in accordance with an international treaty of the Russian Federation concerning readmission, or of a transferred foreign citizen or stateless person who has been accepted by the Russian Federation from a foreign state in accordance with an international treaty of the Russian Federation concerning readmission and who has no legal grounds to stay (reside) in the Russian Federation in a designated special institution as referred to in the federal law on regulating the legal status of foreign citizens in the Russian Federation and on prolonging the stay of a foreign citizen in a special institution;

5) cases pertaining to the imposition, prolongation, and expedited termination of administrative supervision, as well as those pertaining to partial removal or supplementation of the administrative restrictions previously stipulated for a person under supervision;

6) cases pertaining to the involuntary hospitalization of a citizen at a medical organization rendering inpatient psychiatric care or to the prolongation of a citizen's involuntary hospitalization or of the involuntary psychiatric examination of a citizen;

7) cases pertaining to the involuntary hospitalization of a citizen at a medical organization specializing in treatment of tuberculosis;

8) other administrative cases pertaining to the involuntary hospitalization of a citizen at a non-psychiatric medical organization.

The provisions of this Code do not apply to proceedings in cases pertaining to administrative violations or to proceedings in cases pertaining to recovery of sums from the budgetary system of the Russian Federation.

This is because the type of protections characteristic of criminal law is applicable in adjudicating cases in which administrative sanctions are imposed and then appealed (according to some legal scholars). Therefore, lawmakers have not rolled the judicial functions for considering cases that impose administrative penalties into a single process under the CAO RF which then would include, for example, cases challenging the actions, acts, or resolutions of state bodies and officials. In those cases the different types of legal protections require processes in which the fundamentals are basically different.

⁸ Introduced by the Federal Law No. 87-FZ of 1 May 2017 // SPS Consultant Plus.

The CAJP RF has been based on the principle of justice and on the “administrative” (protective) functions of the court; this enables it to deal not only with disputes but also with undisputed matters that require judicial intervention. This is administrative justice in a broad sense. However, administrative proceedings have been further categorized as either actions (contentious) or special proceedings (non-contentious). A single section of the Code establishes general rules for both categories and also includes subsections that prescribe general rules for actions and special proceedings as well as specific provisions describing particular considerations for each category of cases are classified as either actions or special proceedings. Using an approach of this kind, special proceedings within administrative litigation would constitute a rather significant part of the Code because most of the current special proceedings within civil litigation include an “administrative element” from the viewpoint of substantive law.

In addition to rules borrowed by the CAJP RF from the APC and the CPC, the CAJP RF contains provisions that have been established for the first time. For example, in order to initiate court proceedings under the rules of the Code, it will be necessary to apply to the court with an administrative statement of claim (at present in the procedural legislation there are only such terms as “statement of claim” and “application”). There is also a provision allowing certain court notices and summons to be delivered by SMS or by e-mail to a person involved in a proceeding provided that the court is in receipt of a statement from that person providing the telephone number or e-mail address through which they are to receive the court’s communications.⁹

2. Administrative proceedings

Examination of current practices indicates that there is a substantial number of controversial judicial issues in administrative court proceedings (within the existing normative legal acts and taking into account that the CAJP RF has entered into force) and that they are in need of prompt resolution [Panov A.V., 2013: 24-25]. Among them are:

2.1. Jurisdiction

Jurisdiction is a necessary (inherent) part of competence, which links the two parties that have legal relations: the party that takes decisions and the party that is subordinate. Jurisdiction determines the entities that are to submit to the power of the subjects vested with authority.

⁹ CAJP RF. Article 96(1).

At present the substantive content of the issues involved in defining and delimiting jurisdiction has changed qualitatively and has usually been converted into problems in defining and delimiting a specific jurisdiction. This in turn has led to problems in defining and delimiting the jurisdiction of disputes and other legal cases. After the merger of the two higher courts, a number of new jurisdictional problems have now arisen.

The first problem arises in the Supreme Court of the Russian Federation because administrative cases involving economic entities (legal entities) are simultaneously considered by two panels: the economic and administrative ones.

The consideration of cases arising from public legal relations presupposes special training of judges, as such cases usually involve both private and public law.

For example, the practice of the Supreme Court of the Russian Federation makes distinctions among certain cases, such as a dispute with the Treasury,¹⁰ a customs case,¹¹ an antimonopoly case,¹² a dispute with the drug trafficking control body at the Federal Drug Control Service,¹³ and a tax case.¹⁴ The subjects of all of those cases are legal entities, and all of them were considered by any judge belonging to an administrative panel of the Supreme Court of the Russian Federation; all those courts rejected the claim. In a dispute between the Federal Service for the Oversight of Consumer Protection and Welfare (Rospotrebnadzor) and a grocery shop (a business entity), the case was heard by an administrative panel.¹⁵

The same disputes are also considered by the economic panel when they result in antitrust, tax, and customs cases. This arrangement in which one category of disputes is examined by two panels simultaneously (i.e. there is duplication), raises questions.

Here is another example. Disputes that challenge regulatory legal acts and are submitted to the Supreme Court are heard by an economic panel, for example, the dispute between the Russian Railways and the Federal Antimonopoly Service.¹⁶ It should be noted that initially the case went to the administrative panel after the reorganization of the courts, but then (without stating any reasons) the case was submitted to the economic panel.

Although merging the courts was intended to provide greater uniformity, it has not yet been possible to avoid divergences in the interpretation and application of the rule of law in administrative cases.

¹⁰ Case No. 305-KG14-482.

¹¹ Case No. 310-KG14-716.

¹² Case No. 309-KG14-541.

¹³ Case No. 304-KG14-271.

¹⁴ Case No. 305-KG14-991.

¹⁵ Case No. 304-KG14-1680.

¹⁶ Case No. 305-CG14-1681.

The second problem is that so far it has also been difficult to determine what kind of offense arises from entrepreneurial activity. The judges of the RF Supreme Court have proposed that the object of encroachment protected by a given CAO RF rule should be the criterion. The resolutions of the Plenum of the RF Supreme Court emphasize that administrative bodies providing fire safety, road safety, etc. protect those very relations with vendors and subcontractors and find that there is no reason to believe that an offense was committed by a person undertaking entrepreneurial activities.

Essentially, this approach establishes a presumption: until otherwise proven, it must be assumed that an offense is not related to business. And it is almost impossible to prove the contrary. After all, it is clear that everything an entrepreneur does in their capacity as entrepreneur is the result of their business activities. And if this fact does not suffice, it is difficult to present any additional arguments.

Even disputes that concern administrative offenses coming from arbitration courts are tried by the administrative panel of the RF Supreme Court as is customary for disputes from courts of general jurisdiction, that is, according to the CAO RF rules and in disregard of the complex system for an adversarial process prescribed in the APC RF. A regulatory framework has been prepared for an adversarial process, but discussion of procedural amendments has diverted general attention away from it. The APC RF states that judicial acts in cases involving administrative offenses are to be appealed to the RF Supreme Court in accordance with the procedure stipulated by the CAO RF.¹⁷ However, the CAO RF also allows such cases to be considered by a single judge upon an instruction from the Supreme Court chair or their deputy.¹⁸ This means that there are now two “second cassations” in the arbitration process. One is a complex process that involves three judges, and the other is a simplified procedure involving only one judge. Because of changing jurisdiction, entrepreneurs will have to face the procedural intricacies of the CAO RF much more frequently.

Therefore, it must be emphasized that a clear delineation of jurisdiction is an indispensable and obligatory prerequisite for providing justice.

It is unacceptable for cases to be considered simultaneously by courts of general jurisdiction and specialized courts, or by two panels of one court. It is also abnormal when claims are not accepted in either court. Individuals are in fact deprived of the right to judicial recourse altogether.

2.2. Challenging normative legal acts

Having no single universally recognized definition of a “normative legal act” in current Russian legislation results in disputes in both legal theory and court practice.

¹⁷ CAO RF. Article 211. Section 5.1.

¹⁸ *Ibid.* Article 30.13, Section 4.1.

Unfortunately, there is at present no concept in law of a normative legal act. It seems that the lack of a definition for a normative legal act has had some impact on judicial practice in challenges to normative legal acts. This has come about because denial of judicial protection of a right is based on the conclusion that a particular legal act is not regulatory.

Such discrepancies are both detrimental to uniformity in law enforcement and also limit judicial protection of citizens' rights (and the rights of other non-authoritative subjects, such as individual entrepreneurs, enterprises, institutions, and organizations) from illegitimate normative legal acts. The term "non-authoritative subjects" in Russian law refers to agents that may be either natural persons or legal entities and are properly entitled to engage in certain activities but have no final authority over the areas in which they function. Final authority will typically be vested in a state body or public authority.

Therefore, it is necessary to define the notion of a normative legal act.

One source frequently cited for such a definition is a resolution of the State Duma in which a normative legal act and legal norm is defined as follows:

A normative legal act is a written official document adopted (issued) in a certain form by a law-making body within its competence and submitted to establish, amend or repeal legal provisions. In turn, a legal norm is an obligatory state rule of a permanent or temporary nature, designed for repeated use.¹⁹

The RF Supreme Court interprets a normative legal act as:

... an act of a duly authorized public authority, local self-government body, or an official establishing legal norms (rules of conduct) that are binding for an indefinite number of persons, designed for repeated use, and are effective regardless of whether the specific legal relations provided for by the act have emerged or ceased to exist.²⁰

A similar definition of a normative legal act is contained in a presidential decree.²¹

Legal studies rightly criticized including "establishing rules of conduct" among the features of a normative act, and the Plenum of the RF Supreme Court²² responded by replacing the wording "establishing legal norms" in its interpretation

¹⁹ Resolution of the State Duma of the Federal Assembly of the Russian Federation No. 781-II GD "On appeal to the Constitutional Court of the Russian Federation" of 11 November 1996 //SPS Consultant Plus.

²⁰ Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation No. 19 of 25 May 2000 // SPS Consultant Plus.

²¹ Decree of the President of the Russian Federation No.314 "On the system and structure of federal bodies of executive power" of 9 March 2004 // SPS Consultant Plus.

²² Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation No. 48 "On the practice of courts in considering cases concerning challenging regulatory legal acts in whole or in part" of 29 November 2007 // SPS Consultant Plus.

quoted above with “having legal norms”. The Plenum then identified the following essential features of a normative legal act: it is published in the prescribed manner by an authorized body of the government, local authority, or an official; contains legal provisions (rules of conduct); is binding for an indefinite number of persons; is designed for repeated use; is aimed at regulating social relations or a change or termination of existing relationships.

The common features in all these definitions appear to be that a normative legal act is: a written official document, adopted in a certain form by a law-making entity; aimed at the establishment, amendment, enactment or cancellation of legal norms as generally binding prescriptions of a permanent or temporary nature; designed for repeated use.

An additional practical problem to note is that until 2019 the economic panel of the RF Supreme Court did not consider the existing practice of the RF Supreme Court on this issue (including the resolutions of the Plenum of the RF Supreme Court) when it heard administrative cases involving normative control.

Introduction of the term: “acts containing explanations of legislation and having normative properties” into the CAJP RF is an important development for law enforcement because it will now serve as a viable way to rectify the lack of a separate legislative document concerning normative legal acts.

2.3. Challenging non-normative legal acts

There is at this time no concept of a non-normative legal act stipulated in law. The executive authority has extensive powers available, which are based on three pillars: money, arms, and administrative discretion. Administrative discretion has always been essential in the law enforcement activities of public bodies with executive power, but it should not be the same as judicial discretion. Law enforcement generates many administrative acts, and it is natural to ask whether all administrative acts are subject to judicial discretion including, for example, interim acts, a number of ordinances, and petitions to the public bodies of executive power. In other words, there is a question about what the nature of administrative acts is. Therefore, it seems necessary to include the concept of a “non-normative legal act” in the RF CAJP.

Case law reveals that many acts are of a mixed nature, for example, cases in which the acts approving the determination of cadastral value are disputed. The difficulty lies in identifying the nature of an act approving the determination of cadastral value:²³ on the one hand, these acts must approve only the average level of cadastral value for a municipal district;²⁴ but on the other hand, these acts contain information on the specific value of a particular item of real estate, as well

²³ Federal Law “On Cadastral Value”. Article 24 (17).

²⁴ Land Code of the Russian Federation. Article 66, Section 2.

as information on the cadastral value and specific indicators of cadastral value.²⁵ This means that an act of an RF authority approving cadastral value is normative as regards approval of specific indicators and the average level of cadastral value,²⁶ but it is non-normative as regards approval of the cadastral value of particular real estate objects, i.e. it has a mixed nature. The cadastral value of a plot of land, for example, is assigned to assess the amount of property taxes payable on it. The plot's cadastral value is a function of its resemblance to a class of comparable properties with which it shares a number of features such as proximity to major roads, sources of water on the property, or slope. Those features are generally applied indicators, and the average value based on them also has general application. The act that assigns cadastral value will refer to the indicators and average as general rules that support the assessment, and therefore the act is normative. The exact cadastral value assigned or imputed to that plot of land is the result of applying those normative indicators and averages but is applicable only to that unique plot of land, and therefore the act is also non-normative.

Consequently, specific indicators and average cadastral value must be disputed in accordance with the rules for challenging normative legal acts, while the cadastral value of specific items of real estate should be disputed in accordance with the rules for challenging non-normative legal acts.

The rules of civil proceedings do not allow the court to specify the actions to be taken by public authorities in order to eliminate the violation committed in the substantive provisions of a judgement challenging a regulatory legal act. This may be a reason to change the official stance on the nature of approvals of cadastral value as well as to consider such disputes in accordance with the rules governing administrative court proceedings.

Another practical example is the debate surrounding the legal nature of a document issued as an instruction from an administrative body, such as an «instruction concerning improper budget use» issued by the Federal Service for Fiscal and Budgetary Supervision (Rosfinnadzor). Lawmakers have specified Rosfinnadzor's function in the Budgetary Code of the Russian Federation (hereinafter referred to as BC RF), and that function is to control the use of federal budget funds and of extra-budgetary funds of the Russian Federation, including the use of subventions, inter-budgetary subsidies, other subsidies and budget loans provided from those budgets.

Based on the results of an audit (inspection), the head of the Rosfinnadzor is authorized to send to audited organizations and their superior bodies guidance or binding injunctions for eliminating violations that are discovered.²⁷

²⁵ Federal Law "On Cadastral Value". Article 24(17).

²⁶ Recurring statements of the Supreme Court of the Russian Federation, para. 7 of 28 May 2008.

²⁷ Para. 5 (14) (3) of the Regulation on the Federal Service for Fiscal and Budgetary Supervision approved by Resolution No. 278 of 15 June 2004 of the Government of the Russian Federation;

The arbitration courts of some districts regard guidance from the heads of Rosfinnadzor and its territorial bodies pertaining to improper execution of the budget process as a coercive measure in response to a violation of budget legislation.²⁸ However, we cannot agree with this position if only because the BC RF provides a comprehensive list of enforcement measures to be applied in the event that budget legislation is violated, and issuing guidance concerning improper execution of the budget is not among the enumerated measures.

In addition, it is difficult to speak of a disputed guidance as a non-regulatory act at all because guidance issued by Rosfinnadzor based on the results of audits (except for guidance requiring the recovery of funds) is submitted for consideration by the audited entity and merely suggests that certain measures should be taken to prevent further violations of budget legislation as specified in the guidance. In contrast to a binding injunction, contestable guidance is only to be considered by an establishment.

This guidance is not of an executive and regulatory nature and does not give rise to any legal consequences for the establishment that receives it but merely contains information about misuse of federal budget funds by the institution and is informative and explanatory in nature. This document is not dispositive on the matter and therefore cannot be a topic for independent dispute in an arbitration court. Furthermore, because such an instruction does not contain any authoritative instructions, it therefore cannot violate the rights and legitimate interests of body under supervision.

A number of issues concerning administrative proceedings should be regulated in much greater detail, and better regulation will serve as a crucial procedural guarantee for the protection of citizens' rights.

3. Administrative procedure for dealing with administrative cases

3.1. Compensating for damages to entities with no final authority in administrative cases

A non-judicial procedure for compensation of losses in administrative cases provides substantial assistance in protecting the rights of the victim and guarantees compensation of losses or even avoids losses. It also may avert a long trial and the subsequent rather long, complex and sometimes quite costly enforcement of a

para. 122 of the Administrative Regulation for execution by the Federal Service for Fiscal and Budgetary Supervision of the state function to exercise control and supervision over compliance with the financial and budgetary legislation of the Russian Federation when using the assets of federal budget, those of state extra-budgetary funds and federal material assets, as approved by Order No. 75-n of the Ministry of Finance of the Russian Federation of 4 September 2007.

²⁸ BC RF. Article 284.

court decision [Lazarevsky N.I., 1905: 205]. Non-judicial procedure will contribute to preventing future disputes and to reaching a clear understanding of the level and extent of administrative liability. This will greatly restrain administrative entities.

We believe that a rule making it disadvantageous for officials to infringe the rights of entities with no final authority should be introduced into law.

In our opinion, the adoption of a federal law on the general principles and procedure for exercising the right to receive compensation from the state would help to eliminate some flaws in the legislation concerning appeals.

The overall concept for such a law could be arrived at based on the legal positions of the highest courts of the Russian Federation.

In addition, it should be feasible to introduce a procedure (like the one previously in force in accordance with the Decree of the Presidium of the Supreme Council of the USSR)²⁹ for providing an option for extrajudicial compensation in some strictly limited cases, such as those in which only actual damage is subject to compensation and there is an enforceable court decision confirming the fact of illegal actions by state bodies or their officials.

It should be possible to introduce an extrajudicial (administrative) procedure for recovery of damages in the event that an administrative offense or harm is caused by unlawful actions of public officials (bodies), to set the maximum amount of recovery at 100,000 rubles, and to introduce into the CAO RF an article under which the damages could be recovered as an administrative recovery measure simultaneously with consideration of administrative liability.

We propose supplementing the CAO RF with Article 4.21:

Article 4.21. Pre-trial damages

Where property damage has been caused to a citizen, entrepreneur, institution, or organization as a result of an administrative offense, the aggrieved party shall be entitled to pretrial damages in the event that the amount of the property damage does not exceed 100,000 rubles.

Pre-trial investigation shall be carried out by the executive authority of the Russian Federation, i.e. the Bureau of the Federal Antimonopoly Service of the Russian Federation.

In other cases, the issue of compensation for property damage caused by an administrative offense shall be resolved according to the general rules of civil proceedings in compliance with the relevant jurisdiction.

In addition, it is advisable to supplement the CAJP RF with the following provision:

²⁹ Decree No. 4892 X of 18 May 1981.

Citizens have the right to file an application in court for compensation of harm or losses caused by unlawful actions of administrative authorities in the event of a written refusal by an official to comply with the pre-trial procedure for settling disputes.

We also propose supplementing the CAJP RF with the following paragraph:

In cases stipulated by law, when considering a claim for compensation of damages (harm) caused by illegal actions (or failures to act) of an official, the court shall consider the obligation to observe the pre-trial procedure for the compensation of losses (harm) up to the amount of 100,000 rubles.

It would also be advisable to introduce into the CAJP RF a rule under which a body or a superior officer would be held liable in court for the unlawful behavior by an official (who failed to reimburse the losses in an administrative procedure). In keeping with the provisions previously mentioned, we propose supplementing the CAJP RF with the following paragraph:

If an official who is obliged by law to compensate losses through an administrative order but has not compensated these losses (harm) caused by illegal actions (or failure to act) of such person and (or) evades appearing in court, then the obligation of such compensation due to the principle of subordination passes to a superior official.

It is also advisable to correct in the respective articles of the APC RF, the CPC RF and the CAJP RF the following rule:

If the relevant entity does not voluntarily pay the losses caused by illegal actions (or failures to act) of officials in the administrative proceeding, the amount recoverable through the court may be increased.

In other words, the legislation should encourage administrative compensation of damages as opposed to incurring large expenses in the courts.

3.2. Establishing a special administrative body to deal with administrative cases in the Russian Federation

The reform of administrative proceedings is not possible without a parallel reform of administrative procedure, which could relieve the courts from: the inappropriate punitive function of imposing administrative liability; undisputed small claims. The value of nationwide control in state like the Russian Federation with its vast territories is obvious, as it would: effectively (objectively, free of charge, and promptly) protect the rights and legitimate interests of the entities with no final authority; augment the powers of public executive authorities; relieve the courts from inappropriate or superfluous functions and prevent violation of the

principle of separation of powers when considering a number of administrative cases in courts.

Russia has never set up a special administrative-jurisdictional body for handling general administrative complaints that pertain to matters beyond departmental interests. The Administrative Directorate of the President of the RF could be such a body. It would have three main functions when dealing with cases arising from administrative legal relations.

First, it would consider general administrative complaints.

Second, it would impose administrative liability on individuals and legal entities with respect to those administrative offenses that are specified in the CAO RF³⁰ and are currently within the jurisdiction of justices of the peace, courts of general jurisdiction, and arbitration courts (or administrative extra-judicial procedures). Appeals of these decisions concerning administrative offenses would be allowed in court only.

Third, there should be a review of decisions on administrative offenses in all categories of cases irrespective of the subject matter (administrative pre-trial procedure). At the same time, administrative law should establish a procedure whereby administrative pre-trial proceedings would be mandatory in certain categories of administrative cases.

Conclusion

The establishment of a specialized body for hearing general administrative complaints in the system of executive authorities will depoliticize consideration of administrative cases, make it more efficient and prompt, reduce bureaucracy and corruption among executive authorities, and allow handling administrative cases free of charge. This way of implementing the statutory rights of citizens and legal entities will relieve the courts of an excessive workload and free judges to hear more complicated cases, thereby reducing budgetary expenses and improving the quality of justice, as well as preventing violations of the principle of separation of powers when considering certain classes of administrative cases in court.

Any administrative procedure used to try administrative cases should not replicate the complexity of judicial proceedings but should instead be as simple and open as possible and, most importantly, free of charge for entities with no final authority (citizens and collective entities).



References

1. Bakhrakh D.N. (2005) Administrative legal proceedings, administrative justice and administrative process. *Gosudarstvo i pravo=State and Law*, no. 2, pp. 19–25 (in Russ.)

³⁰ CAO RF. Article 23(1).

2. Bakhrakh D.N. (2009) Administrative and procedural activity of the state administration. *Administrativnoye pravo i process*=Administrative Law and Process, no. 3, pp. 2–6 (in Russ.)
3. Braban I., Verebey T. et al. (2002) Judicial Review of Administrative Affairs: Legal Reality and Prospects for Development. A Handbook for Judges. Moscow: Russian Justice Academy, pp. 119–120 (in Russ.)
4. Burkov A.L. (2003) On the issue of the branch affiliation of the Institute of Administrative Justice. *Zhurnal rossiyskogo prava* =Journal of Russian Law, no. 4, pp. 62–68 (in Russ.)
5. Dernovoy V.B. (2005) Development of the administrative justice system in the Russian Federation. *Rossiyskoe pravosudie*=Russian Justice, no. 4, pp. 2–11 (in Russ.)
6. Gadzhiev G. A. (2005) Constitutional and legal guidelines for the creation of a system of administrative courts in the Russian Federation. *Sravnitelnoe konstitucionnoe obozrenie*=Comparative Constitutional Review, no. 3, pp. 163–167 (in Russ.)
7. Gromoshina N.A. (2013) Code of Administrative Procedure: Assessment of prospects. *Vestnik grazhdanskoj procedury*=Bulletin of Civil Procedure, no. 3, pp. 47–57 (in Russ.)
8. Lazarevsky N.I. (1905) *Liability for Losses Caused by Officials: Dogmatic Research*. Saint Petersburg: Slovo, 344 p. (in Russ.)
9. Nikolaeva L.A., Solovyova A.K. (2004) *Administrative Justice and Administrative Proceedings: Foreign Experience and Russian Traditions*. Saint Petersburg: Jurisicheskii Center Press, 201 p. (in Russ.)
10. Panov A.B. (2013) *Administrative Liability of Legal Entities*. Moscow: Norma, pp. 24–25 (in Russ.)
11. Panov A.B., Panova I.V. (2020) *Public Law in the Practice of Courts of the Russian Federation: A Textbook*. 3 vols. Moscow: KNORUS; Saratov: Science Publishing Center (in Russ.)
12. Panov V.I. (2016) Concept and types of administrative procedures. *Trudy Rossiyskoy Akademii advokatury i notariata*=Works of the Russian Academy of Advocacy and Notaries, no. 1, pp. 25–30 (in Russ.)
13. Panova I.V. (2015) The procedure for resolving issues on compensation for losses caused by illegal actions of state bodies and officials. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*=Law. Journal of the Higher School of Economics, vol. 8, no. 4, pp. 91–102 (in Russ.)
14. Starilov Yu.N. (2013) From administrative justice to administrative legal proceedings. In: *Administrative legal proceedings in the Russian Federation: Development of theory and formation of administrative procedural legislation*. Vol. 7. Voronezh: University, pp. 211–276 (in Russ.)
15. Volchetskaya T.S. et al. (2003) Formation of administrative justice in the Russian Federation and the Republic of Lithuania. *Zhurnal rossiyskogo prava*=Journal of Russian Law, no. 8, pp. 93–101 (in Russ.)
16. Zelentsov A.B. (2015) Administrative judicial law: conceptual issues of formation. *Administrativnoye pravo i process*=Administrative Law and Process, no. 2, pp. 39–46 (in Russ.)

Information about the authors:

I.V. Panova — Doctor of Science (Law), Professor.

A.A. Zaraiskiy — Doctor of Science (Philology), LL.M. (Economics), Professor.

Информация об авторах:

И.В. Панова — доктор юридических наук, профессор.

А.А. Зарайский — доктор филологических наук, магистр экономики, профессор.

Статья поступила в редакцию 05.04.2022; одобрена после рецензирования 30.05.2022; принята к публикации 20.06.2022.

The article was submitted to the editorial office 05.04.2022; approved after reviewing 30.05.2022; accepted for publication 20.06.2022.

Research article

УДК 341

DOI:10.17323/2072-8166.2022.3.149.172

Taxation of Self-Employed in Russia: Potential Discrimination



Elena Valerievna Ryabova¹,
Victor Aleksandrovich Machekhin²

¹ Lomonosov Moscow State University, 13 Leninskie Gory, 119992, Moscow, Russia, lentaf@mail.ru,

² Financial University under the Government of the Russian Federation, 49 Leningradsky Prospekt, 125993, Moscow, Russia, victor.matchekhin@linklaters.com



Abstract

In 2018 the Russian government introduced an option for the self-employed to pay a newly designed professional income tax instead of the ordinary personal income tax. This new tax regime has been widely examined by Russian scholars; however, the potentially discriminatory nature of the tax has not been studied. The tax is based on citizenship, and the authors' principal hypothesis is that it conflicts with the fundamental principles of Russian tax law because it is not consistent with the principle of non-discrimination in Russian law. The article studies the issues arising from taxing the self-employed (i.e. the professional income tax) in a cross-border scenario and the potential for tax discrimination on grounds of nationality, tax nexus, and citizenship in taxing the self-employed in Russia. Moreover, the article raises the question of "general" tax discrimination among employees caused by the professional income tax. The authors use academic studies and judicial findings to examine the way other countries define the relationship between citizenship and taxation in order to clearly establish the discriminatory character of the professional income tax, and they conclude that the citizenship or nationality of the taxpayer is primarily a political connection rather than an economic one. The tax reflects an economic connection and should be understood as a payment for the "consumption" of public goods. In the contemporary understanding of taxation, the citizenship-based approach should be regarded as discriminatory in principle. The political ambitions of Russia in promoting integration across the EAEU cannot justify the restriction of the self-employed status only to citizens of EAEU member states. The authors recommend redesigning the professional income tax on the basis of residence and revising treaties pertaining to dual taxation in order to extend their provisions to the professional income tax.



Keywords

self-employment tax, self-employed, citizenship and taxation, professional income tax, tax discrimination.

For citation: Ryabova E.V., Machekhin V.A. (2020) Taxation of the Self-Employed in Russia: Potential Discrimination. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, vol. 15, no. 2, pp.149–172 (in English). DOI:10.17323/2072-8166.2022.3.149.172.

Introduction

In 2018 the Russian government introduced an option for the self-employed to pay a newly designed professional income tax instead of the ordinary personal income tax.¹ The taxation of the self-employed is a difficult issue for the Russian authorities because self-employment income might easily be hidden from them. The digitalization of the Russian economy has allowed the government to improve tax administration and introduce favorable tax rules for the self-employed based on modern information technologies. All actions required of taxpayers may be carried out through the My Tax app, which might be used for reporting sales as well.

Despite the clear advantages for taxpayers from decreasing tax and administrative burdens, the self-employment tax employs a citizenship-based approach that has reduced the attractiveness of tax compliance for potential taxpayers. The citizenship-based design of the professional income tax has not yet been studied by Russian scholars even though the new tax regime has been broadly highlighted in Russian literature.

The principal hypothesis of this article is that the current structure of the newly introduced professional income tax is inconsistent with the principle of non-discrimination. Such matters as tax discrimination, tax nexus, and citizenship as they pertain to taxing the self-employed will be examined to support the initial hypothesis; the article is therefore structured around these considerations. Furthermore, the article raises the question of whether a kind of general tax discrimination against employees has been established by the professional income tax.

The authors have chosen to examine the field of self-employment as it is impacted by taxation because the self-employed have relatively low income and are consequently afforded only weak protection by market forces and the law.

¹ The professional income tax is formally a new tax. As one of Russia's special tax regimes, it is a substitute for paying of personal income tax and individual property tax (on a portion of business property). Pursuant to Russia's Tax Code, a tax that must be paid by the applicant via a special tax regime is a separate federal tax parallel to the personal income tax. Before the introduction of the professional income tax, all the self-employed had been required to pay the personal income tax of 13% (for Russian residents) or 30% (for non-residents).

1. Review of the literature on self-employment and taxation

Self-employment as a social and economic phenomenon has been studied by scholars and researchers from many different disciplines including economics, law, sociology, psychology, and other humanities. Self-employment grew rapidly in the second half of the twentieth century. Steven Balkin [Balkin S., 1989] studied self-employment as an opportunity and means to gain income for low-income persons. He described self-employment theories and contrasted self-employment with entrepreneurship, which he understood as an incorporated business. Another researchers [Müller W. and Arum A., 2004] studied self-employment as a social structure in advanced economies. They have examined factors that account for differences in self-employment across countries and concluded that the main factors are the extent to which labor markets are regulated and the degree to which intergenerational family relationships are a primary factor structuring social organization.

Self-employment has often been studied as an element of labor market structure. For that purpose, such various characteristics of the self-employed as skills, education, age, ethnic origin, and others have been investigated [Hakim C., 1998]. The results of a comparative study of self-employment across countries have been published in: [Müller W., and Arum A., 2004]. This research highlighted self-employment under conditions of social stratification. Many of the results of this work are still relevant today.

Many different aspects of self-employment and taxation, especially practical ones, have been examined by: [Hennig C. et al., 2013: 435–442]; [Polhemus J., 2003: 87–95]. These studies have been devoted to the narrowly national features of tax treatment for the self-employed and have not dealt with fundamental issues of principle and generalized approaches to taxing self-employment income.

The issue of self-employment and taxation has been studied by Zsófia Bárány [Barany Z., 2017] who showed that, if the self-employed evade income taxes, then the choice to be self-employed is more sensitive to tax rates on wages than to tax rates on income from self-employment. The issue of correlation between health insurance contribution incentives and self-employment in the US has been studied by Tami Gurley-Calvez [Gurley-Calvez T., 2011: 441–460] who has showed that equalizing the health insurance contributions from salaried workers and the self-employed would decrease the probability of exit from self-employment.

Analysis of published research on self-employment and on taxation and regulation of the activities of the self-employed in Russia and post-Soviet countries points to their fragmented character [Borisova A.M., 2020]. The studies oriented toward finance [Konobevtsev F.D., 2012]; [Mikhailov A.J., 2016] consider the self-employed primarily as a segment of the shadow economy. The papers that Russian scholars in finance or law [Lyutova O.I., 2020: 56–67]; [Goncharenko L.I., Advo-

katova A.S., 2020: 131–140] have produced on the professional income tax, deal mostly with its descriptive and practice-oriented nature.

2. The current legal framework for taxing self-employment income in Russia

To be self-employed is to be a person who works for himself/herself and is not a shareholder of an incorporated company or an employee. Different approaches to the definition of self-employment as a social and economic phenomenon exist and depend on aims, spheres of relationships, occupations, structure of the economy, etc.

The OECD since 2020 defines self-employment as the employment of employers, workers who work for themselves, members of producers' co-operatives, and unpaid family workers. Pursuant to the EU Directive 2010/41/EU, self-employed workers are all persons pursuing a gainful activity for their own account and under the conditions laid down by national law. In the *Jany* case, the Court of Justice of the European Union (hereinafter ECJ) stated that a self-employed person works or provides services outside any relationship of subordination concerning the choice of that activity, working conditions and conditions of remuneration; under that person's own responsibility; and in return for remuneration paid to that person directly and in full.² All national legal rules, in general, are based on the statement that there are two main forms of gaining income in the market economy — working for yourself directly; or indirectly through a legal entity. Balkin has defined self-employment as disintermediation by comparing entrepreneurship and self-employment: if a company acts as a “go-between”, the self-employed “merely works directly for the market rather than for an employer” [Balkin S., 1989: 13].

Relying on different criteria, the study by the European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions in 2010 has maintained that it is possible to identify five basic categories of self-employment depending mainly on such factors as:

existence of employees — whether the self-employed run their business with the help of employees or not, and if so, whether such employees are family members or not;

character of occupation — regulated or unregulated, skilled, or unskilled occupations in which the self-employed work.

These five categories arranged by labor force and occupation criteria reflect the most comprehensive view of self-employment. According to this approach, there are five categories of self-employed in Russia:

² *Jany and others*. ECJ Case C-268/99. 11.10.2001. Available at; <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=55F7B7C9DAC76483454FF327B1E8A614?text=&docid=46850&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2733787> (accessed: 3.02. 2021)

Individual entrepreneur is the most popular and common form of self-employment. This form is a universal form of sole proprietor business arrangement that may be fit for any kind of occupation except for services by notaries and lawyers. This form requires registration and may be combined with standard and preferential tax regimes. An individual entrepreneur may have employees.

Notary — a specific form of self-employment in a strictly regulated occupation. This form may be combined only with the standard tax regime.

Lawyer working in a lawyer's office but not in a company or firm — a specific self-employment category requiring registration and the standard tax regime as well. Both notaries and a lawyers may have employees.

Farming household — a specific form of self-employment that may comprise up to five persons (workers) predominantly connected by family ties. Such a household is run by a householder who has the status of an individual entrepreneur. This form may be combined with the standard and special preferential tax regimes.

All other self-employed persons, including craftworkers, housekeepers, child-care workers, etc. The standard tax regime is suitable for these remaining forms of self-employment. However, a new preferential tax regime has been offered for the self-employed in this category due to non-compliance with the standard tax treatment (personal tax).

These groups of self-employed might be likened to individuals who are shareholders, but that category of taxpayer gains income from passive activity, whereas the self-employed gain income exclusively from active work. All the self-employed gain income regularly, whereas shareholders may receive income irregularly.

Russian legislation (including tax law) does not use a term corresponding to “self-employed”. All individuals who gain active or passive incomes may be subject to personal income tax. The professional income tax may be applied for only by those who are self-employed or persons registered as individual entrepreneurs, and the tax does not make any distinction between income from labor or other regular activities and capital gains. This tax is levied only on professional income which is narrowly defined by the legislation. Pursuant to the law, professional income has been defined as: income derived by a person who is not an employee and does not have other employees, and income derived from the use of property. This tax regime can be used by individual entrepreneurs whose occupation may be rental activity or participation in partnerships which are recognized as legal entities in Russia. Some kinds of passive incomes are not covered by professional income tax; for example, income from the sale of real estate or corporate shares. In general, capital gains are taxed by personal income tax because in most cases they are irregular. The special tax regime's preferential aspect aims at taxation of income that is obtained by regular professional activity. Another specific feature of the Russian approach to the definition of self-employment for tax purposes is limitation of annual income and prohibition on use of this special tax regime by ordinary employees receiving employment income.

Taxing self-employed persons is currently a problem for the Russian authorities because the self-employment segment of the economy is hidden from the sight of tax authorities. An ordinary self-employed person is subject to a personal income tax. The design of Russian personal income tax does not contain any specific rules for the self-employed. Thus, taxation rules for employees and the self-employed are applicable to both except for the manner of computing and paying taxes. An employee pays the tax through a tax agent, but the self-employed must compute and pay it themselves. This taxation system does not work properly because self-employed persons often do not declare their income and pay personal income tax at all.

The problem is exacerbated by three factors: Russia still has a predominately cash economy.

Heavy administrative burdens from taxation. Self-employed taxpayers must compute revenues and expenses and file a tax return by themselves in accordance with imperfectly drafted and vague rules.

Heavy tax burden. For a self-employed person the standard tax rate of 13% may be onerous because in Russia there is no provision for any income to be exempt from tax, no reduction in tax rates depending on family situation, and no other substantial tax deductions.

The digitalization of the Russian economy has partially solved these problems and created a more convenient environment for taxing the self-employed [Ponkratov V.V. et al., 2020: 2385]. Instead of personal income taxation the government has offered an experimental system of taxation on professional income as a preferential tax regime. In 2017 the tax on professional income was introduced in several regions of Russia as an experiment.³ The collection of the tax has been facilitated by the My Tax app and by electronic exchange of information between banks and tax authorities. Both the administrative burden and tax burden have been decreased. Tax authorities are charged with calculating the tax, and the tax rates applied are 4% for income earned from transactions with persons and 6% for income earned from transactions with companies and individual entrepreneurs.

The justification for the distinction between employees and the self-employed for tax purposes might be questioned. An employee's income tax must be withheld by the employer at the standard personal income tax rate of 13%, while the self-employed who have chosen the tax regime under discussion are to pay a professional income tax of only 4% or 6%, and these lower rates have been arrived at in view of the significantly decreased administrative burden in computing revenues and costs for tax purposes. The fundamental principles of fairness and horizontal equality in taxation should be considered in implementing different tax treatments for employees and the self-employed. What is the actual difference between employees

³ Federal Law of 2017 "On the experimental tax on professional income" // SPS Consultant Plus.

and the self-employed that might justify a difference in tax treatment? Most developed countries do not have any preferential regimes for the self-employed, and this fact should be carefully pondered. If a country's income tax system is based on a schedular approach, there would probably be a difference between tax treatment for employees and the self-employed [Freedman J. and Chamberlain E., 1997: 87–118], although countries that operate under a global income tax system rather than a schedular one often do not apply any special rules for the self-employed.

In Russia employees are subject to a 13% tax rate, while employers incur obligations for withholding both that tax and social insurance contributions. A self-employed person under certain conditions may incur a tax liability at a 4% or 6% tax rate without any requirement to make social insurance contributions even though that person remains a beneficiary of social insurance benefits, except in the event of temporary disability. If we take as an example a teacher at a school and a teacher providing “private” teaching at home or on Skype, what is the principal difference between these types of labor? The teacher who is an employee works uses an organization's facilities and equipment, while the self-employed teacher has to provide any equipment for themselves. Although the employee does not bear the burden of expenses required for work purposes, the self-employed person does. The employee might enjoy such labor law guarantees as paid annual leave, a limited work week, and double pay for overtime work, while the self-employed person has no such advantages and the lack of such labor law benefits increases the cost of services or other deliverables provided by the self-employed. In addition, self-employment is inevitably exposed to substantial risks, while employment is relatively risk-free. Self-employment is considered by some academic experts on the topic as a kind of entrepreneurship that should be encouraged by tax incentives as well as by other preferential treatment. The correlation between lower taxes and self-employment growth is proven by [Folster S., 2002: 135–145]; [Stenkula M., 2012: 77–97], among others. To what extent do all these differences in work conditions serve to justify the current difference in tax treatment? Are these distinctions sufficient justification for setting the self-employment income tax at 4% or 6%? The authors maintain that all these differences in work conditions fall short of being justification enough and that introducing the professional income tax has undermined the principle of tax fairness. The self-employed who are paying the professional income tax are not currently paying their “fair share” of taxes. Even though the income tax for the self-employed should recognize the difference in costs incurred between the employed and the self-employed, the difference in tax rates should not be so large. The standard tax regime for individual entrepreneurs allows the opportunity to deduct business expenses, and the same deductions should also be considered for the purpose of self-employment income tax. Nevertheless, it would be worthwhile to consider Balkin's understanding of self-employment as an occupation distinct from entrepreneurship and typically yielding income so low in

comparison with personal income tax that it might be justifiable to apply the minimum taxable income for personal income tax to the self-employed.

A more plausible motivation for the introduction of the professional income tax may have been to bring the self-employment sector of the national economy within the scope of tax collection. That tax is primarily aimed at taxing self-employment income that is hidden from the tax authorities. The government introduced the tax as a necessary fiscal measure for reducing tax evasion by offering income tax rates favorable to the self-employed. Thus, decreasing the tax rate for the self-employed and increasing the standard personal income tax rate means shifting the tax burden from the self-employed to employees, or from easily hidden income to easily discovered formal employment income. However, limiting the application of the professional income tax to those with annual gross income less than 2.4 million Russian rubles means that a progressive income tax system has in fact been created for the self-employed. Furthermore, the professional income tax could be deemed a preferential regime, and this fact will be important for further analysis.

The introduction of the professional income tax may have many economic and legal effects. On the one hand, this tax may increase genuine self-employment by encouraging compliance and simplifying taxes. In addition, there are many non-tax factors, such as individual abilities, family background, occupational status, liquidity constraints, and ethnic enclaves, which prompt an individual to choose self-employment instead of standard employment [Le A., 1999: 381-416]. On the other hand, this tax may increase the rate of artificial self-employment because it is more advantageous and convenient to apply the professional income tax regime instead of the standard one for both the employee and especially for the employer. Applying the professional income tax significantly decreases costs of mandatory contributions for the employer. This kind of negative effect has been revealed and described broadly by scholars for several decades [Rocen D., 1990: 95-102]. Despite all the direct and indirect effects, the government has introduced the professional income tax because not to do so would have led to a complete failure in collecting taxes.

2. Professional income tax in a cross-border scenario

There are two core conditions to qualify for professional income tax:
a person is a citizen of Russia or another Eurasian Economic Union (hereinafter EAEU) state (e.g. Armenia, Kazakhstan, Belarus, or Kyrgyzstan);
economic activities are carried out in Russia.

Making citizenship, or nationality, a principal tax nexus is quite unusual in most countries, and it is currently used mainly in the USA. The citizenship criterion is irrelevant to the application of the standard personal income tax in Russia, but for some reason citizenship has been chosen as a condition for the professional income tax.

Even though the professional income tax is a federal tax, it is not at present being collected everywhere in the country but only in certain regions because it is still considered an experimental tax. The location of economic activities is the basis for determining the region whose taxes will apply. The Tax Code does not define the term “the location of economic activities”, and the tax authorities have taken the stance that for distance or remote work the self-employed may choose for themselves whether the location of economic activities is the location of the self-employed person or the customer’s location.⁴

For instance, an individual could be a Russian citizen residing outside Russia and working as a teacher communicating on Skype with students living in a Russian region where the professional income tax has been introduced. In that case, the taxpayer would be eligible to use the location of customers as the location of economic activities for tax purposes, no matter where the taxpaying teacher resides. This is an example of applying both the destination-based and citizenship-based approaches at the same time because the taxpayer does not reside in Russia either as a source country for the services provided or a country in which personal political and voting rights are held.

A second example would be a Russian citizen who resides in a foreign country along with their students. If the taxpayer has a home in Russia and status as a permanent resident, the location of the taxpayer might be chosen in order to qualify for professional tax and would then be permitted to apply the special tax regime that is under discussion here. In both of the aforementioned cases, we can observe that double taxation that would be avoided. If the relief from double taxation of personal income is not granted by the country of residence, there would be no sense in paying the professional income tax at all because the taxpayer is not a Russian tax resident and the place of providing services on internet for tax purposes would be determined in the country of residence. This thesis is correct only for active income; for passive income such as rent receipts, Russia could be a source country where the real estate is located and therefore be entitled to tax the rent income at the rate of 13%.⁵

On the one hand, using a citizenship-based approach instead of a residence-based one permits the government to expand the tax base and generate more revenue because the citizenship approach covers more taxpayers than the residence-based one in a cross-border scenario.⁶ On the other hand, there are no obvious reasons for any Russians who are not Russian tax residents to pay the professional

⁴ Letter of the Federal Tax Service of 12.10. 2020 No. AB-4-20/16632@ “About Review of an Application” // SPS Consultant Plus.

⁵ As a rule, active income is subject to the professional income tax; however, some kinds of passive income, such as rent payments, may be subject to the tax.

⁶ The irrelevance of the professional income tax to tax resident status was stated by the Finance Ministry of the Russian Federation in the ruling of 16.10. 2020 No. 03-11-11/90435.

income tax. The Finance Ministry of the Russian Federation has explained that Russia's double taxation treaties (hereinafter DTTs) do not cover this tax, therefore, they provide no relief from double taxation.⁷ However, if a country of residence provides relief from double taxation through provisions in its domestic tax law, expanding Russia's right to tax active income earned by Russian persons living abroad would be reasonable.

In a third situation, a taxpayer could be a foreign citizen living in Russia who is a Russian tax resident and is therefore not eligible to apply the professional tax regime concerned because of their foreign nationality. In this case the taxpayer must pay either the personal income tax at a rate 13% or the simplified tax at 6%. The simplified tax is a special tax regime like the professional income tax, but for small companies or officially registered individual entrepreneurs and not for the self-employed. This simplified tax regime requires regular reporting, and both Russian citizens and foreign citizens who are individual entrepreneurs may qualify for it. This provision as it applies to foreign citizens may work to the Russian government's disadvantage. If foreigners decide to register as individual entrepreneurs, they will not be able to rely on the Russian tax treaties, if any, to avoid double taxation. And the beneficial professional income tax regime would also be unavailable to them.

3. Citizenship as a nexus for general tax purposes

Citizenship is usually regarded as a political and legal connection between an individual and a state, through which the individual is granted primarily the right to vote and benefit from the state's protection. While the Federal Law "On Russian citizenship" of 2002⁸ and currently in force defines Russian citizenship as a sustained *legal* connection between the person and the Russian Federation providing reciprocal rights and obligations, the USSR law of 1990 concerning citizenship in the USSR defined it as a sustained *political and legal* connection between the person and the Soviet State providing reciprocal rights and obligations. Thus, the current Russian legislation provides a broader scope for citizenship by including all aspects of legal connection.

Christian Joppke [Joppke C., 2010] has studied citizenship and identified different theories of citizenship: social citizenship, national citizenship, post-national citizenship, and multicultural citizenship. Joppke assumes that citizenship has three common dimensions — status, rights, and identity — whilst citizenship as a status is membership in a political community [Orgad L., 2011: 596]. Erik Ros has

⁷ The Finance Ministry of the Russian Federation's ruling of 20.10. 2020 No. 03-08-06/91252.

⁸ Federal Law on Russian Citizenship dated 05/31/2002 no 62-FZ // Sobranie Zakonodatelstva Rossiiskoi Federatsii. 2002. No. 22. Art. 2031.

pointed out that “[c]itizenship is comprised of a number of diverse elements. The minimum basic characteristics of citizenship are protection from the state through basic rules, the right to move freely within the state, the duty to obey the laws of the state, the right of suffrage and the right to receive welfare protection” [Ros E., 2017: 89]. Nino Mamasakhlisi has studied citizenship as an element of personal constitutional status in Russia and has concluded that the contemporary understanding of citizenship is based on the legal ties between a person and a state, whilst political factors impact this tie and make it both political and legal in nature [Mamasakhlisi N., 2018: 11]. The thesis that citizenship involves a primarily political connection rather than an economic one is indirectly supported by the UK’s instruction on the functioning of the Youth Citizenship Commission, which was directed to facilitate political activities among young citizens. The Commission’s establishment was first signaled in the Governance of Britain Green Paper, which was introduced by the government as an attempt to “forge a new relationship between government and citizen and begin the journey towards a new constitutional settlement” [Tonge J. and Mycock A., 2010: 184].

If income or inheritance taxes are imposed by a government primarily based on an individual’s connection to a country as in Russia, that is termed a residence nexus, and the taxation system is following a residence-based model. If those taxes are imposed as in the USA via a citizenship nexus, then that taxation system would be following a citizenship-based model. If such taxes are imposed by a government based on the connection of the tax base to the country as in Hong Kong, the taxation system would be following a source-based model of direct taxation. In most countries, citizenship is not currently applied as a factor indicating a connection that would empower the government to tax individual’s income. That criterion is widely out of favor and is used mainly by the USA, but it persists despite all the arguments against it [Beretta G., 2019]. A tax system using citizenship as a basis may proclaim a worldwide taxation system in contrast with residence-based taxation. The residence approach to taxation also relies on a worldwide principle, although the term “worldwide” is used in different contexts. In the case of the citizenship-based approach, the term refers to unlimited tax liability, regardless of whether a citizen taxpayer resides in a particular state or not. For the residence-based approach, the term “worldwide” refers to a global tax base for arriving at the amount of tax, i.e. the tax that must be paid regardless of where the tax base was formed. Due to the current understanding of tax as a payment for public goods, the residence-based approach is favored throughout the world over the citizenship-based one. However, citizenship does define a political connection between an individual and a state and, at least when first acquired, permits an individual to enjoy active and passive voting rights. In the countries like Russia where a residence-based approach is applied, an individual could be a citizen with voting rights and other constitutional guarantees without any tax liability if they lack physical presence or

sources of income within the country. Thus, an individual could be a citizen, but at the same time they might not be a taxpayer in the country of citizenship. That outcome could be justified by a particular understanding of tax fairness, which is regarded as a fundamental principle for design of a tax system in its entirety and thus predetermines the approach to taxation of income.

Using citizenship as a criterion for worldwide tax liability is debatable from the viewpoint of tax fairness. On the one hand, whether the potential benefits — political rights and freedoms, a lack of entry restrictions, etc. — gained by a non-resident citizen are sufficient for unlimited tax liability can be questioned. On the other hand, to what extent should a taxation system follow the principle “no taxation without representation”? [Huber G., 2015]. The argument from benefits is that the tax is a payment in return for public goods, including an opportunity to vote, be elected to government bodies, and potentially be protected by the state’s authorities. Thus, US citizens overseas — so-called “accidental” citizens — must pay taxes for political benefits even without any economic connection to the USA. The benefit argument has been rejected by followers of taxation theories based on the ability to pay, who maintain that it is impossible to compute the amount of “benefit” related to a given taxpayer. However, the benefit theory has been modified by Richard Musgrave who suggested that there are three branches to government — allocation, distribution, and stability — meaning, respectively, provision of public goods, distribution of resources, and ensuring macroeconomic stability [Stewart M., 2015: 17]; [Musgrave R., 2008: 334-339]. Public goods funded by taxes which implement the model of a tax state could be understood differently. Potential military protection might be deemed as much a public good as consumption or benefit from roads, public schools, or hospitals, and that view would support the US approach to worldwide individual income taxation. However, tax liability of an economic nature is based more on an economic connection, the so-called tax nexus, between the taxpayer and the government. One such instance would be property that is physically within the borders of a government’s jurisdiction and implies no political connection. Although citizenship is mainly a set of political guarantees regardless of economic connection and a citizen is eligible to exercise their political rights without having participated in a country’s economic life, tax is incurred on part of a person’s income earned through economic activities regardless of that person’s political status.

This same approach is applied by the Russian government for currency exchange. A Russian citizen is regarded as a currency resident, but if a person resides outside Russia for more than 183 days in a year, that person is regarded as a specific resident and is not subject to currency exchange restrictions. In the absence of an economic connection, there are no legal grounds nor any reason for currency restrictions or obligations, such as a resident’s obligation to notify the tax authorities about foreign bank accounts. A Russian citizen who primarily lives overseas is in-

volved in a foreign country's economy rather than the Russian one and so has shed any economic connections with Russia. Both in currency exchange and in taxation, Russia follows the residence-based approach rather than the atypical taxation based on citizenship. However, the professional income tax has been introduced as an exception based on the citizenship approach.

The issue of the relationship between citizenship and taxation has seldom been raised by Russia's higher courts. The Russian Constitutional Court in 2016 has recognized payment of taxes as a relevant circumstance for the purposes of migration law. That fact should be taken into account when migration law is being applied in cases of violence by a foreign citizen.⁹ In another case, the Court stated that, if a purchaser of exported Russian goods resides abroad, that purchaser's citizenship in Russia is not grounds for applying VAT to the export transaction. VAT should not apply to exported goods regardless of the importer's citizenship.

In 2018, the Constitutional Court examined the place of foreign citizens in the social insurance system.¹⁰ While tax resident status is not clearly defined in the Russian Tax Code, the status of social insurance beneficiary is based on status under migration law. In accordance with the Federal Law "On mandatory pension insurance" of 15.12.2001 (in the version valid through 1.01.2012), foreign citizens were designated social insurance beneficiaries provided that they resided in Russia permanently or temporarily. Foreign citizens who temporarily "stayed" in Russia in order to work could not be designated pension insurance beneficiaries whether they were citizens of an EAEU country or not. The Constitutional Court stated that this provision was consistent with Russia's Constitution because foreign citizens temporarily staying in Russia in order to work have the option to be beneficiaries of voluntary pension insurance. Therefore, the Court found that such a restriction on mandatory pension insurance was not an instance of non-discrimination.

4. Tax discrimination on grounds of nationality

Tax discrimination is regarded as a breach of taxation equality. Andrew Morris has pointed out that "United Kingdom law forbids two types of discrimination, direct and indirect. One discriminates *directly* by treating another person less favorably on the grounds of race or gender. *Indirect* discrimination... is more subtle" [Morris A., 1995: 199].

⁹ The Russian Federation Constitutional Court's. Ruling (Postanovlenie) of 17.02.2016 No. 5-P // Collection of Federal Legislative Acts of Russia (Sobranie zakonodatelstva Rossiiskoy Federatsii). 2006. No. 9. Art. 1308. The position was supported by Russia's Supreme Court in Ruling N 4-KA/20-20-K1 of 16 December 2020.

¹⁰ The Russian Federation Constitutional Court's Decision N 1486-O dated 28 June 2018. The document has not been published.

The non-discrimination principle can be worded in two different ways, "...either by the enunciation of a general principle or particular principles of equality, or by the enunciation of a general principle, or particular principles, of non-discrimination" [Santiago B., 2009]. Russia has established the general principle of equality in Article 19 of its Constitution, but ensuring that equality in matters such as taxation will require supplementing that general principal with a principle of non-discrimination, which requires, for example, that taxpayers with the same income incur the same tax liabilities. Equality here must be reached by differentiating among taxpayers based on such non-arbitrary objective criteria as total annual income. This is often referred to as horizontal equality and entails equal rights and obligations for all members of each of the differentiated groups. Horizontal equality applies both to private individuals including taxpayers and recipients of grants and investment from government budgets, and also to public entities such as national, regional (state), and local governments..

The issue of discrimination by Russian taxation arises mostly in international taxation cases. For example, this issue was broadly examined in the fundamental *Severnyi Kuzbas* case,¹¹ in which the taxpayer stated that the thin capitalization rule conflicts with Russia's tax treaties with Cyprus and Switzerland because that national anti-avoidance measure may discriminate against resident companies that have foreign investments and foreign loans. It is important that the different tax treatments which countries often apply to residents and non-residents do not result in non-discrimination. There are different tax rates in Russia for residents' and non-residents' taxable income, and the amount of that taxable income is calculated differently as well. Providing social exemptions, deductions, or other tax benefits only for resident individuals is a common practice, which is regarded as fair because a resident's taxable base typically includes worldwide income while a non-resident's base includes only the income earned in the country. Non-residents also "consume" fewer public goods than residents, and this is another justification for a difference in tax treatment when tax bases are different.

Tax discrimination in Russia has been surveyed by Andrei Savitskiy, and he concluded that the citizenship criterion began being applied to Russia's taxation of individual income along with the residence criterion in 2010. This dual approach came about in connection with the 13% tax rate for non-residents who are foreign citizens working on the basis of a patent.¹² Savitskiy [Savitskiy A.J., 2019: 302] has pointed out that this Tax Code provision has a discriminatory impact on Russian non-resident citizens who must pay a 30% personal income tax.

¹¹ Supreme Arbitrage Court of the Russian Federation. Postanovlenie Prezidiuma of 15.11.2011. No. 8654/11.

¹² According to Russian legislation, a patent establishes a foreigner's legal right to work in Russia.

As Ruth Mason and Michael Knoll [Mason R., Knoll M., 2012] have observed, “Although the concept of tax discrimination is ill-defined and poorly understood, its influence seems continually to expand. It has become particularly important in the EU, where tax cases constitute about 10% of the ECJ’s caseload.” In 1998, the ECJ issued a precedent-making decision concerning discrimination on grounds of nationality. Mrs. Gilly was a Germany-born teacher residing in France, who had nationality in both countries. She worked at a public school near the German border; and Germany as the source country of her income taxed it, while France as the country of her residence taxed the same income. Her tax burden in Germany was greater than in France because of Germany’s more progressive tax brackets, while France in its capacity as Mrs. Gilly’s country of residence allowed her a tax credit that was less than the German tax she actually paid. The ECJ established that the case concerned a German national, who acquired French nationality by her marriage, working in Germany but residing in France. Mrs. Gilly claimed that Germany failed to take her personal and family circumstances into account. The ECJ held that this practice was in line with the Schumacker principle inasmuch as Germany, as the state of employment, was not required to consider Ms. Gilly’s particular circumstances because they were taken into account in France, the state of residence, which is, in general, in the best position to assess those circumstances.¹³

In the aforementioned extremely important Schumacker case of 1995,¹⁴ the ECJ declared that the fact that a state does not grant to a non-resident certain tax benefits which it grants to a resident is not, as a rule, discriminatory because those two categories of taxpayer are not in a comparable situation. However, when a non-resident earns a major part of their worldwide income in the source country and relatively little in the country of residence, the situation changes. Both a non-resident and a resident with high proportions of foreign-earned income and less income in the country of residence would actually be in a comparable situation, and therefore the principle of non-discrimination demands that they fall under the same tax regime. This precedent-setting case has shown that the actual conditions should be examined in order to verify that the principle of non-discrimination is being followed, and even such a formal criterion as residence status does not always serve as sufficiently objective grounds for differing treatment. Furthermore, discrimination based on different tax treatment for residents and non-residents is often regarded as discrimination on grounds of nationality.

There are significantly fewer cases concerning discrimination in national taxation, especially in individual taxation, than in international taxation. However,

¹³ FR: ECJ, 12 May 1998, Case C-336/96, *Gilly v. Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin*, Case Law IBFD (accessed: 10.02. 2021)

¹⁴ DE: ECJ, 14 Feb. 1995, Case C-279/93, *Finanzamt Köln-Altstadt v. Roland Schumacker*, Case Law IBFD (accessed: 10.02. 2021)

sometimes this issue is raised by higher courts in Russia, primarily by the Constitutional Court of the Russian Federation. The Court has repeatedly made reference to compliance with the requirement of equality and to the inadmissibility of different tax treatment unless the differentiation is based on objective criteria. For instance, in 2016 the issue of rate differentiation and discrimination was studied by Russia's Constitutional Court.¹⁵ The Court found that the imposition of different pension insurance contribution rates depending on the amount of income and the procedure for determining the amount of income based on the tax regime were not discriminatory because the different contribution rates were based on objective criteria and provided for increasing pension benefits in proportion to increasing pension insurance contributions or taxable income. In 2018 the Court stated that tax advantages for individuals who have children are meant to prevent potential discrimination toward individual taxpayers with children. Thus, the Court has recognized having children or even one child, as an objective criterion, for differentiation.¹⁶

The Supreme Court applies the discrimination principle the same way. In case *310-KG18-7101*¹⁷ of 2018, Russia's Supreme Court found that restricting a company's exemption of movable property subject to property tax on the grounds that the taxable property had been previously received from an associated company was discriminatory. The Court stated that, if the affiliation does have an influence on tax consequences, the imposition of such a restriction without the examination of all the actual circumstances would be discriminatory. If the property in question had not been taxable before its transfer from an associated company to another affiliate, then it should not have been subject to further taxation, and the taxpayer would have been entitled to the tax exemption despite the affiliation factor. The Court observed that the entitlement to tax exemption would not be called into question if the same property had instead been purchased from any other seller under the same conditions. The restricted exemption is an instance of tax discrimination and arbitrariness.

Differentiation of tax treatment based on objective criteria (the objective criterion test) should be followed as a requirement of non-discrimination, and reasonable differentiation may be achieved by setting different tax rates, tax advantages, deductions or exemptions, preferential regimes, and other components of tax treatment. The Constitutional Court in 2018 declared that introducing a tax advantage is an exceptional power of the legislature, which is solely empowered to

¹⁵ The Constitutional Court of the Russian Federation's Decision of 30 November 016 No. 27-P // *Sobranie Zakonodatelstva*. 2016, No. 50, Art. 7170.

¹⁶ The Constitutional Court of the Russian Federation's Decision of 27.03.2018 No. 13-P. *Ibid.*, 2018. No. 15 (Part V), Art. 2237.

¹⁷ The Supreme Court's Ruling of 29.10.2018 No 310-KG18-7101. The document has not been published.

introduce a tax advantage.¹⁸ Therefore, any tax advantage introduced should meet the non-discrimination principle; and if a potential tax advantage has not been introduced, that lack does not constitute discriminatory tax treatment.

5. Citizenship as a nexus for the professional income tax

The professional income tax has not yet been reviewed by the judiciary for its conformity to the non-discriminatory principle established by Article 3 of Russia's Tax Code, under which the introduction of tax advantages or preferences based on the citizenship criterion are prohibited. The non-discrimination principle demands that comparable situations be treated similarly unless a difference in treatment can be objectively justified, whereas citizenship or nationality are not regarded as objective factors. Although the non-discrimination provision has not had an authoritative interpretation, there appear to be two potential outcomes.

The first might be based on a literal interpretation of the provisions in Article 3. The design of the professional income tax would be assumed not to have any tax advantages, whereas the tax itself could be considered a preferential regime offering an alternative to personal income tax. The Russian tax system includes a few *special* tax regimes that are alternative to ordinary regimes. Every such tax regime is a set of specific tax rules along with the construction of a separate federal tax imposed on a distinct category of taxpayers. Thus, a preferential regime based on the citizenship criterion is formally non-discriminatory under a narrow interpretation of the provisions at issue.

The second outcome that we can suggest would be based on an essential interpretation. The core purpose of a special tax regime is to replace a set of federal or regional taxes with one uniform tax and consequently reduce tax or administrative burdens. The separate application of such a uniform tax should not be regarded as creating an autonomous tax on a par with ordinary taxes, and therefore the imposition of a preferential regime must not be based either on the citizenship criterion or on other tax advantages within the scope of ordinary taxes. Any taxpayer who meets such requirements for a preferential tax regime as the amount of annual revenues, the limit on employees or a lack of employees, the size of the undertaking, etc., is entitled to be subject to the preferential regime so long as they continue to meet to those requirements. If there is a breach of the requirements, then the taxpayer must fall under the ordinary taxpayer category. In keeping with this, the Russian government has created progressive income taxation for certain entrepreneur groups, for instance, farmers, individual entrepreneurs, and small businesses. These rules refer to the progressive scale for income taxation of businesses, and the current design of

¹⁸ The Constitutional Court of the Russian Federation's Ruling of 17.07.2018 No 1713-O // SPS ConsultantPlus.

the professional income tax based on the citizenship approach may be considered a breach of the non-discrimination principle under the objective criterion test.

Citizenship can be used as either a principal or a supplementary tax nexus. As it has been mentioned before, the US government applies it as a principal criterion for tax purposes, although this criterion is more usually applied for cross-border taxation when the status of a tax resident is to be determined. According to the OECD Model Convention of 2017,¹⁹ nationality should be applied as a supplementary connecting factor if a person does not fit the criteria of permanent home, center of vital interests, or habitual abode. In some countries citizenship or nationality can be used for establishing domicile. Because it is a civic nexus, domicile status can be based on citizenship or nationality. For example, Japan presumes a person is domiciled if they reside in Japan continuously for more than one year in the light of such circumstances as whether they have Japanese nationality, or whether they have relatives who share the same livelihood with that individual in Japan have Japanese nationality, or whether they have their occupation and assets in Japan.²⁰ Beretta [Beretta G., 2019] provides another example of citizenship as a supplementary nexus in analyzing the practices of EU countries in exit taxation aimed at preventing tax avoidance by changing citizenship or nationality through emigration. A country's tax rights may be expanded even in the context of bilateral tax treaties by a *saving clause* that may apply to non-resident citizens [Kallergis A., 2021], and this provides one more example of how the citizenship criterion may be employed to modify a tax nexus.

If citizenship can function as a principal or supplementary tax nexus, is citizenship a principal or supplementary nexus for Russia's professional income tax? One can arrive at two possible answers depending on how the characteristics of the tax itself are classified. If the professional income tax is distinct from personal income tax, then the citizenship connection should be recognized as principal. However, in this case design of the professional income tax makes no sense because there is no reason to pay the tax at all without tax residence status in Russia. Consequently, the only reasonable answer may be that the citizenship factor is a supplementary nexus within the professional income tax when it is regarded as an alternative tax to the personal one. In this case the citizenship criterion serves as a restriction on a category of taxpayer. Therefore, every individual who is a self-employed tax resident must pay personal income tax on a worldwide basis, except for citizens of EAEU countries, who are the only tax residents entitled to pay income tax at 4% or 6% instead of 13%. Currently, individuals who are not citizens of EAEU countries but are living and undertaking economic activities as self-employed in Russia, for

¹⁹ Available at: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017_mtc_cond-2017-en#page32 (accessed: 16.11.2020)

²⁰ Available at: <https://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/crs-implementation-and-assistance/tax-residency/Japan-Tax-Residency.pdf> (accessed: 16.11.2020)

instance, citizens of Ukraine living in Russia, are not eligible for the professional income tax because of their citizenship. This differentiation cannot legitimately qualify as objective, and the difference in tax treatment cannot be accepted as reasonable even with the explanation that the Russian government is employing it to strengthen economic integration within EAEU countries.

Political and economic integration processes affect domestic tax law, *inter alia*, as part of direct taxation. For instance, the impact of fundamental human rights and freedoms, including the non-discrimination requirement, on direct taxation in the EU has been studied by K.A. Ponomareva [Ponomareva K.A., 2020: 185–206]. She observed what has been called *negative* harmonization in personal income taxation, which has meant protecting the Union's fundamental premise predominantly through judicial proceedings, as opposed to *positive* harmonization, which would require the creation of supranational positive law as in indirect taxation or corporate taxation [Panayi Ch., 2005: 487]. In Russia any impact of EAEU integration processes on direct taxation is still weak; however, a few provisions in the Tax Code concerning corporate taxation exemplify the EAEU's integration tendencies. For instance, in accordance with Article 25.13-1, the foreign-controlled company rule is not applied when a foreign-controlled company is incorporated in an EAEU member state. In the expectation that the ECJ and EU countries' national judicial practices will be followed as a model,²¹ we assume that in the future Article 269 of the Tax Code will be amended to limit the coverage of the thin capitalization rule to tax residents of EAEU countries. Interest payments would then be permitted for companies that are Russia's tax residents to foreign companies that are tax residents of other EAEU member states without further reclassification of them as dividends that would increase tax liability.

The distinctive features of EU countries' individual taxation are determined by both internal markets and EU citizenship. The *Schempp* case²² is one clear example. The ECJ examined the rights of Mr. Schempp as an EU citizen²³ with respect to the German income tax system, under which the taxpayer is entitled to deduct maintenance payments for an ex-spouse if those payments are included in that recipient's tax base, regardless of whether the recipient is a tax resident of Germany or an-

²¹ UK: ECJ, 13 March 2007. Case C-524/04. Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation v. Commissioners of Inland Revenue, Case Law IBFD.; France: Conseil d'État (Supreme Administrative Court), 30 December 2003, Case 233894, SA Andritz (the taxpayer) v. Ministre de l'économie, des finances et l'industrie (the tax authorities), Case Law IBFD; Spain: Tribunal Económico Administrativo Central (Central Economic-Administrative Court), 20 December 2007, Company, name not disclosed (the taxpayer) v. Administración (the tax authorities), Case Law IBFD.

²² DE: ECJ, 12 July 2005, Case C-403/03, Egon Schempp v. Finanzamt München V, Case Law IBFD.

²³ Under Art. 20 (1) of the TFEU, 'Citizenship of the Union shall be additional to and not replace national citizenship'.

other EU member state. Mrs. Schempp moved to Austria where such payments are not taxable, and consequently the German tax authorities refused Mr. Schempp's tax deduction. The plaintiff asserted that the non-discrimination principle would be breached if he could not deduct these payments while other German residents could. The ECJ decided this did not involve any breaches of EU guarantees of citizens' rights. Determinations of which EU member state's taxation should apply have been made only through residence status but not through nationality or citizenship. It is important to note that the German tax rules in question are aimed at keeping the tax base inside EU territory, while the citizenship nexus as it applies to the professional income tax is meant to restrict a potential taxpayer group.

It is useful to look at the design of the professional income tax in light not only of the non-discrimination principle set by national tax legislation and case law, but also with respect to the non-discrimination principle stipulated by tax treaties of the Russian Federation. The Double Taxation Treaty (DTT) between Russia and EAEU non-member Azerbaijan of 1997 includes a non-discrimination provision in Article 24, under which citizens of a contracting state shall not be subjected in the other contracting state to any taxation, or any requirements connected therewith, which are other or more burdensome than the taxation and related requirements which apply or may apply to nationals of that other state in the same circumstances — in particular with respect to residence. Article 2 of the Treaty stipulates that all provisions may be applied not only to the taxes explicitly listed in the DTT and in force at the time of signature, but also to identical and analogous taxes that may be imposed in the future. As previously mentioned, Russia's Finance Ministry has maintained that the professional income tax is not covered by DTTs because the tax in question was not listed.

This issue has often been raised by foreign courts. For instance, the Federal Court of Australia²⁴ in 2018 judged a case on discrimination against a British citizen who had a working holiday visa and was a tax resident in Australia. The tax authorities rejected the claim of the tax-free threshold and reassessed the tax liability based on a working holiday visa. The Federal Court held that the taxpayer, who was an Australian resident, was claiming to be entitled to a different rate of tax than an Australian resident who was a national of Australia solely because she was on a working holiday visa and that this was exactly the type of discrimination that was prohibited by Article 25 on non-discrimination of the DTT between Australia and the United Kingdom.²⁵ Use of the tax-free threshold was denied because it was

²⁴ Federal Court of Australia, 30 October 2019, QUD 108 of 2018, Catherine Victoria Addy v. Commissioner of Taxation, Case Law IBED.

²⁵ Art. 25 of DTT between Australia and United Kingdom corresponds to Art. 24 of the OECD Model Convention on Income and on Capital and the Art. 24 of DTT between Azerbaijan and Russia that was previously mentioned.

supported only by a kind of visa for foreign citizens, and that differentiation did not meet the objective criterion test.

The ECJ arrived at the same position concerning the non-discrimination principle prescribed by EU law. In 2011 the ECJ held that granting an exemption, subject to certain conditions, only to Greek nationals and persons of Greek origin constituted direct discrimination based on nationality and was prohibited by EU law.²⁶

The introduction of the professional income tax as currently formulated might also have adverse effects. First, EAEU non-citizens living in Russia who are self-employed persons will probably not pay any income tax because there is no incentive to comply; second, the risk of tax avoidance will increase because any preferential tax regimes open the way to potential tax avoidance or evasion; third, the citizenship-based approach is dubious from the viewpoint of constitutionality.

Conclusion

The article indicates that the professional income tax based on EAEU citizenship is presumably discriminatory. The Russian Tax Code's non-discrimination provision as it applies to the professional income tax is subject to varying interpretations. On the one hand, the non-discrimination provision prohibits differentiation solely for rates or incentives as tax components. On the other hand, if the professional income tax is interpreted as a preferential regime which constitutes an alternative to personal income tax and functions as part of the entire income taxation system, the professional income tax would be discriminatory.

Tax discrimination has been understood by Russia's high courts as the imposition of different tax regimes based on biased criteria. Although resident status might be considered an objective and fair criterion for differing tax treatments, nationality or citizenship cannot. Moreover, the prohibition of discrimination on grounds of nationality is explicitly set forth by the Tax Code of the Russian Federation.

Citizenship or nationality is primarily defined as a political connection rather than an economic one, whereas the tax reflects an economic connection and should be understood as a payment for the consumption of public goods. Within the contemporary understanding of legitimate taxation, the citizenship-based approach would be regarded as discriminatory in nature.

If the professional income tax is considered as an alternative tax regime to personal income tax, it should be based on the same residence-based approach. The self-employed who are Russian tax residents but of different citizenship should not be treated differently. A self-employed person who meets all the criteria except

²⁶ ECJ, 20 January 2011, C-155/09. *Commission of the European Communities v. Hellenic Republic*. Case Law IBFD.

citizenship should not be denied eligibility for the same tax regime as Russian nationals or citizens of other EAEU countries. That would balance personal income tax and the professional income tax with each other and improve the collectability of the professional income tax both inside the country and outside.

If the Russian government intends the new professional income tax to expand the tax base available from self-employment — especially as it pertains to cross-border services provided by the self-employed — a review of DTTs from the viewpoint of coverage for personal income tax would be useful. In any event, the design of the professional income tax should be reconsidered both in order to make it an effective component of current Russian external policy and also to align it with the fundamental principles of tax law.



References

1. Balkin S. (1989) *Self-Employment for Low-Income People*. New York: Praeger, 127 p.
2. Bárány Z. (2017) Taxation and self-employment, LIS Working Papers. Available at: <https://ideas.repec.org/p/lis/liswps/723.html> (accessed: 20.05.2021)
3. Beretta G. (2019) Citizenship and tax. *World Tax Journal*, vol. 11, no. 2.
4. Borisova A. M. (2020) Financial and legal mechanism for encouraging small and medium businesses in Russian regions. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 28 p. (in Russ.)
5. Fölster S. (2002) Do lower taxes stimulate self-employment? *Small Business Economics*, no. 19, pp. 135–145.
6. Freedman J., Chamberland E. (1997) Horizontal equity and the taxation of employed and self-employed workers. *Fiscal Studies*, vol. 18, pp. 87–118.
7. Goncharenko L. I., Advokatova A. S. (2020) Professional income tax: Risks and potential. *Economics Taxes & Law*, vol. 13, no. 5, pp. 131–140.
8. Gurley-Calvez T. (2011) Will tax-based health insurance reforms help the self-employed stay in business? *Contemporary Economic Policy*, no. 29, pp. 441–460.
9. Hakim C. (1998) *Social Change and Innovation in the Labor Market: Evidence from the Census SARs on Occupational Segregation and Labor Mobility, Part-Time Work and Student Jobs, Homework and Self-Employment*. Oxford: University Press, 254 p.
10. Hennig C. et al. (2003) S corp taxation: Level the playing field. *Tax Notes*, no. 139, pp. 435–442.
11. Huber G. (2015) Taxation without representation: The case of resident non-citizens. *Bulletin for International Taxation*, vol. 69, no. 10.
12. Joppke C. (2010) *Citizenship and Immigration*. Boston: Polity, 217 p.
13. Kallergis A. (2021) Citizenship and taxation in France. *European Taxation*, vol. 55, no. 5, pp. 66–71.
14. Keatinge R. (2007) Self-employment tax issues in LLCs taxed as partnerships, Suffolk University Law School research paper No. 07-33.
15. Konobevtsev F.D. (2012) The regulation of informality in the Russian Federation. Candidate of Juridical Sciences Summary. Moscow, 26 p. (in Russ.)

16. Le A. (1999) Empirical studies of self-employment. *Journal of Economic Surveys*, no. 13, pp. 381–416.
17. Lyutova O.I. (2020) Electronic platform operators as participants of tax relations in the digital era (case of professional income tax). *Pravoprименение=Law Enforcement Review*, vol. 4, no. 4, pp. 56–67 (in Russ.)
18. Mamasakhlisi N. M. (2018) Citizenship as an element of personal constitutional status in the Russian Federation. Candidate of Juridical Sciences Summary. Moscow, 27 p. (in Russ.)
19. Mason R. and Knoll M. (2012) What is tax discrimination? *Yale Law Journal*, vol. 121, pp. 1014–1016.
20. Mikhailov A. J. (2016) The impact of informal employment on the Russian labour market. Candidate of Juridical Sciences Summary. Moscow, 25 p. (in Russ.)
21. Morris A. (1995) On the normative foundations of indirect discrimination law: Understanding the competing models of discrimination law as Aristotelian forms of justice. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 15, no. 2, pp. 199–228.
22. Müller W. and Arum R. (eds.) (2004) *The Reemergence of Self-Employment: A Comparative Study of Self-Employment Dynamics and Social Inequality*, Princeton: Princeton University Press.
23. Musgrave R. (2008) Public finance and three branch model. *Journal of Economics and Finance*, vol. 32, no. 4, pp. 334–339.
24. Orgad L. (2011) The citizenship puzzle. *American Journal of Comparative Law*, vol. 59, no. 2, pp. 595–603.
25. Panayi Ch. (2005) The Schempp case: EU citizenship, rights and taxes — A new leaf in ECJ jurisprudence or just a fig leaf. *European Taxation*, vol. 45, no. 11, pp. 482–487.
26. Polhemus J. (2003) Employment and self-employment: Differences in determining earnings. *Journal of Legal Economics*, vol. 11, no. 3, pp. 87–95.
27. Ponkratov V. V. et al. (2020) Comparative analysis of the main features of the professional income tax: Russian and foreign experience. In: *Advances in Economics, Business and Management Research*, vol. 128, pp. 2382–2386.
28. Ponomareva K.A. (2020) The fundamental freedoms and their influence on profit taxation in the EU and EAEU *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki =Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 13, no. 3, pp. 185–206 (in Russ.)
29. Rocen D. (1990) Employee/independent contractor issues. *Journal of Corporate Accounting and Finance*, no. 2, pp. 95–102.
30. Ros E. (2017) *EU Citizenship and Direct Taxation*. The Hague: Kluwer Law International, 318 p.
31. Santiago B. (2009) Non-discrimination provisions at the intersection of EC and international tax law. *European Taxation*, vol. 49, no. 5.
32. Savitskiy A.I. (2019) Tax Discrimination and the Legal Regime of Non-discrimination. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Ekaterinburg, 302 p. (in Russ.)
33. Stenkula M. (2012) Taxation and entrepreneurship in a welfare state. *Small Business Economics*, no. 39, pp. 77–97.
34. Stewart M. (2015) The tax state, benefit and legitimacy. Tax and Transfer working paper No. 1/2015.
35. Tonge J. and Mycock A. (2010) Citizenship and political engagement among young people: The workings and findings of the Youth Citizenship Commission. *Parliamentary Affairs*, vol. 63, no. 1, pp. 182–200.

Information about the authors:

E.V. Ryabova — Associate Professor.

V.A. Machekhin — Associate Professor.

Информация об авторах:

Е.В. Рябова — доцент.

В.А. Мачехин — доцент.

Статья поступила в редакцию 09.04.2021; одобрена после рецензирования 06.09.2021; принята к публикации 15.01.2022.

The article was submitted to the editorial office 09.04.2021; approved after reviewing 06.09.2021; accepted for publication 15.01.2022.

Научная статья

УДК 336.2; 347.73

DOI:10.17323/2072-8166.2022.3.173.194

Новое единство кассы и реформа кассового устройства в России



Дмитрий Львович Комягин

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Россия 101000, Москва, Мясницкая ул., 20, dkomygin@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0002-7962-2974>



Аннотация

Статья содержит комплексную оценку последних изменений в российском бюджетном законодательстве. Эти изменения связаны с появлением норм о системе казначейских платежей, о казначейском обслуживании и о казначейском сопровождении. Указанные изменения оцениваются как реформа кассового устройства государства. Автор анализирует потенциальные возможности нового устройства, в том числе с точки зрения финансовой устойчивости, дает классификацию сложившемуся типу кассового устройства России, которое характеризуется им как смешанное (сочетающее компетенцию банковской системы и исполнительной власти) при соблюдении режима единства кассы. Вводится понятие кассовой монополии. Кроме того, в статье сделан вывод о целесообразности обновления определения принципа единства кассы, закрепленного в Бюджетном кодексе Российской Федерации. Такой вывод связан, во-первых, с распространением контроля государства на новые виды уже не только публичных, но и частных финансов, а также на финансовые активы. Во-вторых, он связан с появлением особой платежной системы государства (системы казначейских платежей). Предлагается авторский вариант определения принципа единства кассы. Новое определение дает возможность установить системную связь единства кассы как правового принципа с иными правовыми принципами, в том числе конституционного уровня. Предлагаемые изменения законодательства, по мнению автора, с одной стороны, создают возможность сосредоточить в руках правительства значительные финансовые ресурсы, а, с другой — позволяют избежать введения чрезвычайных мер, одной из которых является кассовая монополия. Следующая часть статьи посвящена пределам расширения казначейского сопровождения и единства кассы, которые рассматриваются через ряд дихотомических пар. Такие пары образуются на стыке публичных и частных интересов, то есть там, где свобода участников договора ограничена нормами бюджетного законодательства. В частности, это ограничение денежных обязательств бюджета лимитами оплаты, а также переход права собственности на денежные средства, выделяемые из бюджета. Данный метод предлагается использовать для тестирования правового регулирования бюджетного процесса.



Ключевые слова

бюджет, бюджетный процесс, исполнение бюджета, единство кассы, кассовая монополия, система казначейских платежей, казначейское обслуживание, казначейское сопровождение.

Благодарности: статья подготовлена с использованием материалов справочно-поисковой системы «Консультант Плюс».

Для цитирования: Комягин Д. Л. Новое единство кассы и реформа кассового устройства в России // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. № 3. С. 173–194. DOI:10.17323/2072-8166.2022.3.173.194.

Research article

New Unity of Government Cash Desk and Reform of the Cash Register in Russia



Dmitry L. Komyagin

National Research University Higher School of Economics, 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia, dkomyagin@hse.ru, <https://orcid.org./0000-0002-7962-2974>



Abstract

The article is devoted to the assessment of changes in Russian budget legislation in recent years. These changes are connected with norms on the treasury account system, treasury service and treasury support. Collectively, these changes are assessed as reforms of the cash structure of the state. The article analyzes the advantages and potential capabilities of the new cash register system, including from the point of view of financial stability. It gives a classification of the existing type of cash structure in Russia, which is characterized as mixed (combining the competence of the banking system and the government), subject to the regime of unity of the cash register. At the same time, the concept of cash monopoly is introduced, which corresponds to the state monopoly on banking activities. In addition, the author concluded that it is advisable to update the definition of the principle of the unity of budget account, enshrined in the Budget Code of the Russian Federation. This decision is associated with the actual extension of state control to new types financial assets, any private finances and the functioning of the state payment system (treasury payment system). The author's version of this definition is proposed. The new definition includes a feature that allows the cash register to be separated in compliance with the unity of the cash register from the cash monopoly mode. This feature makes it possible to establish a systematic connection between the unity of the cash register, as a legal principle, with other legal principles, including the constitutional level. The proposed changes, according to the author, on the one hand create an opportunity to concentrate significant financial resources in the hands of the government and provide new opportunities for analysis, management and control in the field of public finance, and on the other hand, avoid the introduction of emergency measures, in particular, in the form of a cash monopoly. The part of the article is devoted to the limits of the spread of treasury support and the unity of the cash register, which are considered through a number of dichotomous pairs

that arise at the junction of public and private interests, where the freedom of the parties to the contract is limited by the norms of budget legislation. In particular, this is a limitation of the payment obligations of the budget arising from concluded state (municipal) contracts and the problem of transferring ownership of funds allocated from the budget. This method is proposed to implement to test the legal regulation of the budget process.



Keywords

budget; budget process; budget execution; principle of unity of budget account; cash monopoly; treasury payment system; treasury service; treasury support.

Acknowledgements: the paper is prepared with using materials of system Consultant Plus.

For citation: Komyagin D.L. (2022) New Unity of Government Cash Desk and Reform of the Cash Register in Russia. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no. 3, pp. 173–194 (in Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2022.3.173.194.

Введение

За последнее двухлетие в отечественном бюджетном законодательстве произошли значительные изменения, связанные с кассовым устройством государства. Речь идет о новых главах Бюджетного кодекса Российской Федерации (далее — БК РФ), посвященных системе казначейских платежей, казначейскому обслуживанию и казначейскому сопровождению¹, а также о принятых в соответствии с ними подзаконных нормативных актах. Масштаб указанных изменений позволяет говорить, что произошла очередная реформа кассового устройства государства. При этом реформа прошла незаметно. Причиной следует назвать то, что новые нормы законодательства закрепили порядок, который уже существовал де-факто и создавался постепенно на протяжении ряда лет. По этой же причине в научном сообществе новой реформе кассового устройства уделено немного внимания. Например, казначейское обслуживание упоминалось в связи с рассмотрением субъектов бюджетного права [Леднева Ю.В., 2021] или с анализом расчетных правоотношений [Саттарова Н.А., 2021], казначейское сопровождение — в связи с вопросами контрактной системы [Пластинина Е.А., 2019].

Процесс реформирования российского кассового устройства стартовал еще в 2014 году с перевода на казначейское сопровождение отдельных крупных инвестиционных проектов. При этом первоначально ставилась цель ис-

¹ Были приняты федеральными законами от 27.12. 2019 № 479-ФЗ «О внесении изменений в Бюджетный кодекс Российской Федерации в части казначейского обслуживания и системы казначейских платежей» и от 01.07.2021 N 244-ФЗ “О внесении изменений в Бюджетный кодекс Российской Федерации и о приостановлении действия пункта 4 статьи 242.17 Бюджетного кодекса Российской Федерации” // СПС Консультант Плюс.

ключения нецелевого использования и иных злоупотреблений в отношении выделяемых бюджетных средств². С 2015 года казначейское сопровождение распространено на ряд категорий закупок в рамках контрактной системы. В тот момент казначейское сопровождение не имело даже легальной правовой основы, будучи основанным на поручениях Президента и Правительства Российской Федерации³, на методических документах Федерального казначейства. Затем нормы о казначейском сопровождении стали ежегодно появляться в законах о федеральном бюджете⁴.

Для комплексного правового регулирования казначейского сопровождения понадобилось внести в БК РФ также главы о системе казначейских платежей и о казначейском обслуживании; в результате система лицевых счетов Федерального казначейства окончательно преобразовалась в полноценную и уникальную платежную систему. Более того, после реформы (вступления в силу новых глав БК РФ) российское кассовое устройство получило значительный потенциал развития и возможности адаптации к современным вызовам.

Такие вызовы не заставили себя ждать. С конца февраля 2022 года произошли серьезные изменения во всех сферах общественной жизни, которые вызвали необходимость придания российской экономике мобилизационного характера. Внешнеполитическая и экономическая изоляция заставила многих специалистов в области публичных финансов и государственного управления, а также государственных деятелей всерьез вспомнить советский опыт введения монополии внешней торговли и валютной монополии как мер защитного характера — в частности довод, который приводил в свое время советский нарком Леонид Красин для защиты идеи монополии внешней торговли. Монополия внешней торговли им отстаивалась как способ преодоления искусственной политической, экономической и финансовой изоляции Советской республики. Он замечал (по опыту собственной коммерческой деятельности⁵), что государство как единый и очень крупный заказчик всегда добивается лучших условий, чем отдельные корпорации и лица [Красин Л., 1925: 19–20].

Такие решения, по мнению автора, являются радикальными и могут быть только вынужденными, а валютная монополия в сочетании с доминирова-

² В частности, речь идет о нарушениях при строительстве космодрома «Восточный» в Амурской области, в отношении которых было возбуждено несколько десятков уголовных дел.

³ Поручение Президента Российской Федерации от 2.01.2017 № Пр-18, План мероприятий по обеспечению поэтапного перехода к казначейскому сопровождению бюджетных средств вместе с поручением Правительства Российской Федерации от 25.05.2017 № 3541п-П13.

⁴ Ст. 5 Федерального закона от 1.12.2014 № 384-ФЗ «О федеральном бюджете на 2015 г. и на плановый период 2016 и 2017 гг.»; ст. 5 Федерального закона от 14.12.2015 № 359-ФЗ «О федеральном бюджете на 2016 год».

⁵ В известном германском концерне «Сименс».

нием государственной собственности на деле исключает режим единства кассы (можно выразиться и так — это единство кассы, но доведенное до абсолюта).

В связи с этим потенциал своевременно прошедшей реформы кассового устройства в какой-то мере позволяет избежать возвращения советских монополий, а новая система казначейских платежей позволит избежать рисков, связанных с разносторонними рестрикциями и снизит бюджетные издержки. Пришла пора оценить совершившиеся изменения и также и с точки зрения теории финансового права, в частности, дать классификацию новым типам правоотношений и уточнить имеющиеся дефиниции и связи между ними.

1. Система казначейских платежей и казначейское обслуживание

Казначейское обслуживание пришло на смену кассовому обслуживанию, которое осуществляло Федеральное казначейство в рамках исполнения бюджета. Указанный переход стал итогом многолетней реализации Концепции развития Единого казначейского счета (далее — ЕКС)⁶.

В рамках кассового обслуживания Федеральное казначейство открывало в Банке России отдельные единые счета для каждого из бюджетов бюджетной системы, а также (в разное время и в разных случаях) ряд других банковских счетов. Например, для учета средств из внебюджетных источников, для средств, переданных во временное распоряжение, для обеспечения публичных учреждений средствами, для учета средств в иностранной валюте, а также некоторые иные. На единых (синтетических) счетах бюджетов участники бюджетного процесса открывали уже в органах Федерального казначейства лицевые (аналитические) счета различных видов. При этом до 2021 года оставалась возможность ограниченного кассового обслуживания, при котором ведение лицевых счетов на единых счетах бюджетов осуществлялось самостоятельно финансовыми органами субъектов федерации или муниципальных образований.

Начиная с 1.01.2021 денежные средства публично-правовых образований хранятся на казначейских счетах, открытых в органах Федерального казначейства, а органам казначейства открыт только один банковский счет. Этот новый балансовый счет в плане счетов Банка России именуется «Единым казначейским счетом» (далее — ЕКС). Он заменил 40 000 банковских счетов, использовавшихся ранее для функционирования бюджетных пла-

⁶ Распоряжение Правительства Российской Федерации от 23.01. 2000 N 107-р; Приказ Минфина России от 29.08.2013 № 227 “Об утверждении Концепции реформирования системы бюджетных платежей на период до 2017 года”.

тежей. Принят Порядок казначейского обслуживания, согласно которому для операций участники бюджетного процесса направляют в казначейство соответствующие распоряжения. Такие распоряжения проходят проверку на не превышение суммы платежа над остатком средств на лицевом счете, на законность операции и на соответствие платежа целевому назначению, на соблюдение конкурсных процедур, иные проверки, в целом именуемые санкционированием расходов бюджета⁷.

Казначейское обслуживание осуществляется внутри системы казначейских платежей — платежной системы государства, которая интегрирована в Национальную платежную систему (платежную систему Банка России) и в то же время обособлена.

Под системой казначейских платежей понимается совокупность оператора — Федерального казначейства⁸ — и участников системы казначейских платежей⁹. Выделяются прямые и косвенные участники системы казначейских платежей. К первым относятся финансовые органы субъектов федерации, органы управления государственными внебюджетными фондами, администраторы бюджетных средств, бюджетные и автономные учреждения, а также не участники бюджетного процесса — частные юридические лица, имеющие лицевые счета в Федеральном казначействе. Косвенными участниками системы казначейских платежей являются администраторы средств бюджетов субъектов федерации и местных бюджетов, их бюджетные и автономные учреждения и не участники бюджетного процесса — это юридические лица, имеющие лицевые счета в финансовом органе субъекта федерации или муниципального образования. Разница между прямыми и косвенными участниками заключается в том, что прямые участники направляют распоряжения сразу в орган Федерального казначейства, а косвенные — через прямых участников. Возможности расширения системы казначейских платежей очень широки, так как круг потенциальных участников системы уже не ограничен формой собственности, все они могут полноценно функционировать в двух указанных режимах: казначейского обслуживания либо казначейского сопровождения.

Очевидно, система казначейских платежей приближается к охвату всего сектора государственного управления. Можно также заметить, что по функциям Федеральное казначейство приблизилось к Госбанку СССР, который аналогичным образом открывал кредиты для использования бюджетных средств. Точно так же и ныне Казначейство России перечисляет средства не

⁷ Ст. 219 БК РФ.

⁸ Федеральное казначейство выступает также как участник национальной платежной системы.

⁹ Ст. 242.7 БК РФ.

на основании заключения государственного (муниципального) контракта, а только по факту подтвержденных поставок товаров, работ и услуг во исполнение таких контрактов. Режим казначейского сопровождения и возможность открытия лицевых счетов не участникам бюджетного процесса позволяют держать под контролем использование бюджетных средств по всей цепочке платежа — от государственного заказчика до финального субподрядчика. Такой порядок, наконец, позволил получить потенциальное средство управления многолетним конфликтом, вызванным коллизией между гражданско-правовой свободой договора и нормами БК РФ об ограничении лимитами оплаты денежных (договорных) обязательств бюджета. Такое ограничение было поставлено под сомнение судебной практикой, которая в итоге все-таки отдала приоритет обязательствам, возникающим из контракта, даже если они превышали выделяемые лимиты бюджетных обязательств¹⁰. В условиях казначейского обслуживания потенциальный конфликт может быть урегулирован задолго до платежа.

2. Казначейское сопровождение

Нормы о системе казначейских платежей и о казначейском обслуживании создали возможность нормативного закрепления казначейского сопровождения, под которым понимается проведение Федеральным казначейством операций для частных юридических и физических лиц, которым передаются публичные средства. Использование выделенных средств возможно только после подтверждения условий и целей их использования (по факту поставки товаров, работ и услуг). По своей сути казначейское сопровождение означает санкционирование Федеральным казначейством платежа из бюджета, но уже с лицевых счетов, открытых частным субъектам.

Казначейское сопровождение является крупным этапом расширения системы казначейских платежей. Если традиционные участники бюджетного процесса (главным образом — публичные учреждения) в рамках данной системы подчиняются правилам казначейского обслуживания, то коммерческие и частные лица становятся участниками этой платежной системы в режиме казначейского сопровождения.

Утверждены Правила казначейского сопровождения и целый ряд иных документов¹¹. В отношении участников казначейского сопровождения орга-

¹⁰ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 24.02. 2022 № 308-ЭС21-20570.

¹¹ Постановление Правительства РФ от 24.11.2021 № 2024 «О правилах казначейского сопровождения» (вместе с «Правилами казначейского сопровождения, осуществляемого Федеральным казначейством», «Правилами расширенного казначейского сопровожде-

ны Федерального казначейства осуществляют новый вид финансового контроля — бюджетный мониторинг, который имеет целью предотвращение (минимизацию) нарушений бюджетного законодательства.

Вспомним для сравнения предыдущие этапы расширения сферы использования казначейских платежей. Первоначально на едином счете федерального бюджета учитывались только средства, выделенные федеральным бюджетным учреждениям старого типа (позже они стали именоваться казенными учреждениями) в соответствии с бюджетной росписью. Бюджетные субсидии, выделяемые автономным и бюджетным учреждениям нового типа (после реформы государственных учреждений)¹² также стали учитываться на лицевых счетах, открытых на едином счете. Затем к ним прибавились средства государственных внебюджетных фондов, последним из которых стал Пенсионный фонд.

Следующим этапом стало «кассовое обслуживание исполнения» (ранее использовался этот термин) бюджетов субъектов федерации, а за ними — местных бюджетов. Далее на единых счетах бюджетов стали учитываться так называемые «средства из внебюджетных источников» казенных учреждений, средства, переданные им во временное распоряжение (например: судебные депозиты, суммы, взыскиваемые судебными приставами, иные средства, находящиеся в частной собственности). Наконец, на ЕКС в целом стали учитывать средства всех организаций, так или иначе получающих средства бюджета, что явилось началом казначейского сопровождения.

Первоначальной идеей введения казначейского сопровождения было исключение возможности нецелевого использования бюджетных средств. Однако по мере распространения казначейского сопровождения на новые виды контрактов открылись иные многочисленные преимущества такого сопровождения и новые возможности совершенствования бюджетного процесса.

Вторым по счету преимуществом введения и расширения казначейского сопровождения стало увеличение на ЕКС неснижаемого (прогнозируемого) остатка средств. Иначе говоря, государство в лице Минфина получило в свое распоряжение колоссальный фонд денежных средств, который может быть направлен на кредитование инвестиционных проектов и (или) размещен в ликвидных активах для получения дополнительных доходов бюджета. Извлечение из указанных доходов в бюджетном законодательстве называется управлением ликвидностью. В рамках управления ликвидностью ЕКС сегодня уже осуществляется не только размещение свободных средств на

ния». Available at: URL: <https://roskazna.gov.ru/dokumenty/kaznacheyskoe-soprovozhdenie/normativnye-pravovye-akty/> (дата обращения: 28.06.2022)

¹² Реформа госучреждений связана с Федеральным законом от 8.05.2010 № 83-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием правового положения государственных (муниципальных) учреждений».

банковских депозитах, но использование их в сделках прямого и обратного РЕПО, при валютных свопах, при выделении бюджетных кредитов. Получаемые из управления ликвидностью ЕКС доходы относятся к доходам федерального бюджета.

В-третьих, у Правительства появилась возможность анализа рентабельности проектов и, как следствие, снижение их себестоимости, особенно в области государственного оборонного заказа, капитального строительства и жилищно-коммунального хозяйства (далее — ЖКХ). Аналитические возможности расширились также в силу появления обратной связи по платежам, ранее не попадавшим в поле зрения публичной власти.

В-четвертых, новое кассовое устройство породило новый вид государственного финансового контроля, который именуется бюджетным мониторингом в системе казначейских платежей. Данный мониторинг заключается в деятельности по своевременному предупреждению и предотвращению финансовых нарушений участников системы казначейских платежей¹³. Соответствующими контрольными полномочиями наделено Федеральное казначейство.

Пятым преимуществом произошедших преобразований можно назвать многочисленные технологические возможности. Например, прямые расчеты между участниками системы казначейских платежей, переход на более современные информационные технологии, рост скорости операций в платежной системе государства и ее эффективности в целом. Как следствие — расширились возможности пользователей системы, увеличилось количество доступных им сервисов¹⁴. Сегодня система казначейских платежей как платежная система не уступает иным корпоративным и частным платежным системам, интегрированным в Национальную платежную систему, а по некоторым параметрам превосходит их. И возможности реформы кассового устройства еще не исчерпаны¹⁵.

Новая конструкция кассового устройства имеет и перспективы, выходящие за рамки публичных правоотношений. Во-первых, в системе казначейских платежей (здесь она также именуется платежной системой государства) в силу ее относительной обособленности и самостоятельности появилась возможность без рисков учитывать любые финансовые активы и даже создавать новые финансовые инструменты¹⁶. Во-вторых, в указанной системе стало возможно с высоким качеством учитывать и обрабатывать платежи

¹³ Ст. 242.13-1 БК РФ.

¹⁴ Например, обсуждалась функция казначейских аккредитивов.

¹⁵ См. стратегическую карту на сайте Федерального казначейства. Available at: URL: <https://roskazna.gov.ru/o-kaznachejstve/strategicheskie-celi-i-zadachi/> (дата обращения: 31.05.2022)

¹⁶ К таковым может быть отнесено казначейское обеспечение обязательств.

и операции не только с участием публичных субъектов, но и частных субъектов между собой. Насколько эти опции будут реализованы в будущем, зависит от принятой финансовой политики.

3. Классификация кассового устройства

С точки зрения науки финансового права казначейское сопровождение означает не только качественный скачок в расширении системы казначейских платежей, но также является крупным этапом развития идеи единства кассы. Ведь казначейское сопровождение распространяется теперь не только на организации и средства, которые могут быть маркированы как публичные (государственные и муниципальные), но и на такие средства, которые этим статусом не обладают. Например, неоднозначным является вопрос о собственнике средств, функционирующих в системе ЖКХ. Однако сегодня казначейское сопровождение охватывает средства Фонда содействия реформированию ЖКХ, некоторых акционерных обществ с публичным участием. Расширение сферы казначейского сопровождения стало сегодня почти неограниченным, однако выделен перечень средств, не подлежащих казначейскому сопровождению, который, впрочем, может корректироваться¹⁷.

Иначе говоря, единство кассы распространяется уже не только на бюджетные средства, но и на средства, которые формально являются частными, но так или иначе попадают в сферу публичного интереса. Выше было сказано, что система казначейских платежей потенциально способна вести учет любых финансовых активов, а это означает, что формулировка принципа единства кассы должна быть скорректирована.

Прежде чем дать новое определение принципа единства кассы и чтобы объективно классифицировать сложившийся на сегодня в России тип кассового устройства, нужно вкратце вспомнить этапы его развития. Хронология нормативного закрепления принципа единства кассы в России имеет более чем 100-летнюю историю.

Существует несколько характерных черт российского кассового устройства, одна из которых связана с сочетанием компетенции банковской системы и исполнительной власти, а другая — с разделением распорядительных и кассовых (контрольных) полномочий между участниками соответствующей деятельности. Также нужно заметить, что свойство системности, присущее праву в целом, распространяется и на принцип единства кассы, который имеет тесную связь с иными правовыми принципами как отраслевого, так и конституционного уровней.

¹⁷ Ст. 242.27 БК РФ.

В Западной Европе единство кассы как принцип организации публичных финансов был сформулирован во времена Великой французской революции, то есть в конце XVIII в., и тогда же стал известен и в России. В первой четверти XIX в. сформировались две модели кассового устройства, в равной степени реализующие единство кассы: континентальная (французская), где кассы были государственными, и английская, где роль кассира исполнял Банк Англии¹⁸.

Однако фактическое внедрение единства кассы в России произошло только во второй половине XIX в. в русле Великих реформ Александра Второго и было связано с именем Валериана Алексеевича Татаринова, который в 1856 г. был командирован в Западную Европу для изучения государственного контроля кассового устройства в Бельгии, Франции, Австрии и Пруссии¹⁹. На основании отчетов Татаринова специальная комиссия пришла к решению о введении единства кассы, которое было установлено с 1864 г. в Санкт-Петербургской губернии, с 1865 г. — в 12 губерниях, а с 1866 г. — по всей России [Лагутин И.Б., 2021: 5]. При деятельном участии В.А. Татаринова (уже как государственного контролера) были выработаны «Правила о составлении, рассмотрении, утверждении и исполнении государственной росписи и финансовых смет министерств и главных управлений» от 22.05.1862 (так называемые Сметные правила), которые действовали вплоть до конца 1917 г., последнее десятилетие — с учетом «Правил о порядке рассмотрения государственной росписи доходов и расходов, а равно о производстве из казны расходов, росписью не предусмотренных» от 08.03.1906 (Правила 8-го марта). Указанные Правила нормативно закрепили единство кассы.

Тогда единство кассы означало централизацию всех государственных касс по приходам и расходам в едином ведомстве (кассах Департамента Государственного казначейства Министерства финансов) и создание единой отчетности с переходом от формальной проверки ведомственных отчетов к проверке первичных документов²⁰.

Следующий этап развития единства кассы был обусловлен становлением банковской системы и частичной передачей функций Государственного казначейства отделениям Государственного банка²¹ [Озеров И.Х., 1908: 111]. Казначейства стали платежными агентами Госбанка, от имени которого они совершали все свои банковские операции. В некоторых случаях было и на-

¹⁸ В то время Банк Англии был частным банком, его национализация произошла только в 1940-х годах.

¹⁹ Еще в должности генерал-контролера Департамента гражданских отчетов.

²⁰ Следует подчеркнуть, что указанные меры, как и большинство Великих реформ, в небольшой степени были реализацией планов и замыслов М.М. Сперанского.

²¹ Государственный банк Российской Империи так и не получил самостоятельности, хотя с 1897 г. выполнял функции эмиссионного центра.

оборот. Этот порядок был ненадолго прерван в конце 1910-х годов и постепенно возродился уже в СССР. Как замечено выше, сочетание полномочий банковской системы и исполнительной власти является характерной чертой кассового устройства.

Учеными замечена еще одна его характерная черта. Она заключалась в строгом разделении лиц и учреждений, которым дано право расходов, от тех, кто хранит и выдает денежные суммы. В.А. Лебедев также указывает: «... чтобы не было соединения в одном лице хранения и распоряжения деньгами... 1. никто не может хранить казенные деньги, если он не назначен на то от Министерства финансов; 2. кто имеет на руках государственные деньги, тот не имеет права самостоятельно расходовать их ... 3. кто имеет право распоряжаться деньгами, тот не может быть отчетным хранителем их» [Лебедев В.А., 2000: 149]. Точно так же и сегодня Федеральное казначейство (Казначейство России) является кассиром государства (оператором системы казначейских платежей), а многочисленные администраторы бюджетных средств (участники системы казначейских платежей) обладают распорядительными полномочиями.

Еще одним компонентом кассового устройства Российской Империи являлось «кассы специальных сборщиков», т.е. система отдельных касс для сбора доходов при различных учреждениях (таможня, почта, пробирная палата, иные). Эти кассы не были подчинены Департаменту Государственного казначейства, но они аккумулировали публичные доходы. Целесообразно заметить, что казначейское сопровождение и сегодня еще не охватывает того сегмента публичных финансов, который до 1917 г. управлялся через кассы специальных сборщиков.

Наконец, исследователи того времени отмечали важную и сегодня необходимость разделения приходных и расходных касс при условии беспрепятственной передачи собранных доходов для покрытия расходов [Ходский Л.В., 2016]. На первый взгляд, данное правило противоречит принципу единства кассы, умножая количество счетов бюджета. Однако идея заключается в том, чтобы избежать специализации доходов, т.е. ситуации, когда некоторые источники доходов резервируются за отдельными расходами. Иначе говоря, речь идет о соблюдении принципа, который сегодня именуется общим (совокупным) покрытием расходов бюджета и, как можно увидеть, непосредственно связан с единством кассы²².

Этими характеристиками можно подвести итог развитию кассового устройства в России до октября 1917 г. Следует вновь заметить, что все перечисленные характерные черты в полном мере актуальны и для современного кассового устройства. Важным выводом здесь будет необходимость учета

²² Ст. 35 БК РФ.

указанных особенностей при регулировании кассового устройства и поисков баланса в полномочиях его участников.

В советскую эпоху, после нескольких лет Гражданской войны и общего беспорядка рассматривалось несколько вариантов устройства касс, в том числе с сохранением касс Наркомфина РСФСР, отдельные кассы которого действительно функционировали вплоть до 1950-х годов. В итоге ответственность за исполнение госбюджета СССР как по доходам, так по расходам была возложена на Министерство финансов СССР, но при этом кассовое исполнение бюджетов осуществлялось соответствующими учреждениями Госбанка СССР. В составе центрального аппарата Госбанка было образовано Управление кассового исполнения госбюджета, а в составе территориальных отделений — отделы, занимающиеся его кассовым исполнением.

В данном случае органы исполнительной власти (Минфин СССР) и банковская система (Госбанк СССР) слились воедино. Полномочия организации исполнения бюджетов, в том числе обеспечение мобилизации государственных доходов, ведение учета и отчетности осуществлялось финансовыми органами²³. Полномочия по кассовому исполнению бюджета, в том числе текущий и предварительный контроль за операциями со средствами бюджета осуществлялись Госбанком. При этом Госбанк входил в систему органов власти и до 1990 года был подчинен Минфину СССР²⁴.

В литературе отмечается, что при постановке работы по кассовому исполнению госбюджета в Госбанке был соблюден принцип единства кассы. Учреждения Госбанка в любой местности принимали доходы, принадлежащие госбюджету, а также осуществляли расходы по госбюджету, для чего в учреждениях Госбанка были открыты: пассивный балансовый счет для доходов и активный балансовый счет для расходов. Выдача средств на оплату расходов по союзному и республиканским бюджетам производилась вне зависимости от состояния в данном учреждении Госбанка счета доходов. Превышение в отдельных учреждениях Госбанка расходов над доходами покрывалось за счет свободного остатка средств по счету доходов госбюджета в других учреждениях [Ровинский Е.А., 1960: 176]; [Глезин С.С., 1952: 8]; [Пискотин М.И., 1971: 290–292].

Однако статус Госбанка СССР (органа государственной власти, подчиненного Минфину СССР), по мнению автора, позволяет говорить о том, что здесь имеет место не единство кассы, а другой режим кассового устройства. Единство кассы государства предполагает многообразие форм собственно-

²³ См., напр.: Положение о Министерстве финансов СССР, утвержденное постановлением Совета Министров СССР от 16.02.1971 № 105; Положение о Министерстве финансов РСФСР, утвержденное постановлением Совета Министров РСФСР от 29.02. 1972 № 128.

²⁴ До принятия Закона СССР от 11.12. 1990 № 1828-1 «О Государственном банке СССР».

сти и наличие иных, помимо публичных, фондов денежных средств, от которых обособляется касса государства. В данном случае, в условиях отсутствия частной собственности, абсолютного доминирования государственной (социалистической) собственности, монополии внешней торговли и валютной монополии следует говорить и о возникновении кассовой монополии государства. Такая монополия является оборотной стороной монополии государства на банковскую деятельность. Заметим, что такой режим является экстремальным и нежелательным, как и вообще все крайние состояния.

Новейшая история России знает и другое крайнее состояние устройства касс, которое можно именовать отсутствием единства кассы. В 1991 г. одновременно с упразднением Госбанка СССР было принято беспрецедентное решение об наделении бюджетных учреждений правом самостоятельного открытия банковских счетов²⁵. Единство кассы было разрушено, и масштабные негативные последствия этого решения долго давали о себе знать.

Тем не менее в 1998 г. был принят БК РФ²⁶, возродивший принцип единства кассы [Артюхин Р.Е., 2003: 75]²⁷. Его формулировка за прошедшие годы мало изменилась и звучит следующим образом: принцип единства кассы означает зачисление всех поступлений в бюджет на единый счет бюджета и осуществление всех перечислений из бюджета с единого счета бюджета, за исключением операций по исполнению бюджетов, осуществляемых за пределами территории России.

С этого момента в кассовом устройстве проявляется дуализм в сочетании полномочий банков и исполнительной власти при исполнении бюджета. Этот момент нужно подчеркнуть, так как ранее Государственный банк Российской Империи и Госбанк СССР (в отличие от Банка России) были подчинены Минфину, т.е. не обладали независимостью от исполнительной власти.

Первоначально единство кассы соблюдалось для каждого бюджета в отдельности, сначала — только по доходам, затем — по доходам и расходам. В настоящее время в системе казначейских платежей²⁸ реализуется единство кассы для всех бюджетов бюджетной системы, а также, в рамках казначейского сопровождения, по многим иным публичным фондам. Появилась тех-

²⁵ Например, письмо Госбанка СССР от 31.08.1990 № 320 «О внесении изменений в нормативные акты Госбанка и их отмене» было разрешено открытие расчетных, текущих и бюджетных счетов предприятий и кооперативов в любом банке по месту их регистрации или в другом банке с согласия последнего. Законом СССР от 11.12. 1990 № 1828-1 «О Государственном банке СССР» было установлено, что Госбанк и центральные банки республик осуществляют кассовое исполнение союзного бюджета и бюджетов республик через свои учреждения и коммерческие банки».

²⁶ Вступил в силу в 2000 г.

²⁷ Первоначально — ст. 215 БК РФ, сейчас — ст. 38.2 БК РФ.

²⁸ Можно сказать, с использованием единственного банковского (казначейского) счета.

ническая возможность частично отказаться от услуг Банка России по обслуживанию ЕКС.

Итак, кратко рассмотрев исторические состояния российского кассового устройства, и перед тем, как заглянуть в его будущее, классифицируем сегодняшний тип кассового устройства.

Классификация кассового устройства связана с упомянутым сочетанием полномочий исполнительной власти и банковской системы. По этому признаку выделяется банковское (с участием только банков) и небанковское (без участия банков), а также смешанное кассовое устройство. Небанковское кассовое устройство иногда именуют также казначейским исполнением бюджета, так как исторически банки появились позднее, чем возник бюджетный процесс. На сегодняшний день Россия, без сомнения, имеет смешанное кассовое устройство, которое сохранится таковым даже если Федеральное казначейство откажется от услуг Банка России по обслуживанию ЕКС. Ведь система казначейских платежей является частью Национальной платежной системы (платежной системы Банка России). Это значит, что пока Банк России сохраняет независимый от исполнительной власти статус, банковская система сохраняет особые полномочия в рамках исполнения бюджетов.

Другое основание классификации кассового устройства связано с конституционным порядком, который выражается в единстве государства. Принципа единства кассы означает проявление государственного единства в бюджетном процессе. В то же время в Конституции Российской Федерации закреплена свобода экономической деятельности и защита частной собственности. Поэтому кассовое устройство может быть в трех состояниях: кассовая монополия (при монополии государства на банковскую деятельность), режим единства кассы и состояние несоблюдения единства кассы.

Состояние кассовой монополии имело место в советский период. Единство кассы соблюдается сегодня, и это означает отделение публичных финансов от частных. Несоблюдение единства кассы — негативное состояние, было характерно, например, для 1990–1998 годов.

4. Новое единство кассы и его пределы

Повторим, что сегодня можно говорить о новом прочтении принципа единства кассы. Новый принцип единства кассы с учетом перспектив развития публичных финансов можно сформулировать следующим образом: это осуществление всех операций с общественными финансовыми ресурсами через систему казначейских платежей, за исключением операций, осуществляемых за пределами территории России²⁹.

²⁹ Такое определение, как более компактное, подойдет для нормативного закрепления.

При этом термин «общественные финансовые ресурсы» используется не как синоним публичных финансовых ресурсов, а в более широком смысле. Ведь после изменений, внесенных в Конституцию Российской Федерации в 2020 г.³⁰, для термина «публичный» (в связи с конституционным понятием публичной власти) установилось содержание, охватывающее государственный и муниципальный уровни. Но в качестве общественных могут рассматриваться и многие иные финансовые ресурсы как некоммерческого характера (благотворительные и иные фонды), так и хозяйственного предназначения (упомянутые средства ЖКХ). Разумеется, федеральное правительство должно быть наделено широкой компетенцией по реализации принципа единства кассы исходя из социально-экономических реалий.

Далее, вспоминая системные связи права, правильно «конституционализировать» понятие принципа единства кассы, придав ему еще один признак, связанный с необходимостью отделить единство кассы от кассовой монополии. Таким образом, получается, что принцип единства кассы — это осуществление всех операций с общественными финансовыми ресурсами через систему казначейских платежей, за исключением операций, осуществляемых за пределами отечественной территории, при условиях конституционно закрепленного разнообразия форм собственности и свободы экономической деятельности³¹.

Предлагаемые изменения актуальны в ситуации растущих международных рестрикций. Расширение единства кассы может послужить толчком к развитию российской экономики, так как, с одной стороны, сосредоточит (без ущерба для свободы собственников) в руках Правительства значительные финансовые ресурсы, создаст дополнительные возможности анализа, управления и контроля, а, с другой — позволит избежать введения чрезвычайных мер в форме кассовой монополии. Такая монополия всегда следует либо предшествует монополии внешней торговли и валютной монополии, которые, по наблюдению автора, неотделимы друг от друга. Данный вопрос следует рассмотреть подробнее.

Вновь повторим, что политическая и экономическая ситуация, сложившаяся после февраля 2022 года, вызывает заявления политических деятелей о применении советского опыта государственного управления. В их числе заслуживает внимания заявление секретаря Совета Безопасности России, что эксперты прорабатывают предложенный научным сообществом проект создания двухконтурной валютно-финансовой системы³². Эта идея

³⁰ Конституционным законом о поправке к Конституции Российской Федерации от 14.03.2020 № 1-ФКЗ // СПС Консультант Плюс

³¹ Это более широкое определение имеет скорее доктринальный характер.

³² Available at: URL: <https://www.mk.ru/economics/2022/04/28/patrushev-poobeshhal-rossii-dvukhkoturnuyu-valyutnuyu-sistemu-chto-eto-znachit.html> (дата обращения: 21.06.2022)

упоминалось и ранее в доктрине [Дойников И.В., 2013: 736]. Она вызывает ассоциации с кредитной реформой СССР 1930–1931 гг., которая компактно уместилась между постановлением ВЦИК и СНК СССР от 30.01.1930 «О проведении кредитной реформы» и постановлением СНК от 20.03.1931 «Об изменении в системе кредитования, укреплении кредитной работы и обеспечении хозяйственного расчета во всех хозяйственных органах» и происходила параллельно с реализацией первого пятилетнего плана [Уразова С.А., 2011: 58]. В ходе реформы были ликвидированы коммерческие банки и сложилась денежно-кредитная система, состоящая из Госбанка СССР, четырех государственных банков долгосрочных вложений, сберегательных касс, а также Внешторгбанка СССР, которая по сути означала государственную монополию на банковскую деятельность.

То, что именуется двухконтурной денежной системой, следует считать проявлением режима валютной монополии³³. С правовой точки зрения валютная монополия в СССР была реализована в форме двух денежных единиц, одновременно функционирующих в качестве законного платежного средства: рубля для внутреннего обращения с участием граждан и предприятий и переводного рубля для внешнеэкономических расчетов с участием государства. Иначе говоря — контуры внутренних расчетов и международных расчетов. Имеются также мнения, что существовали обособленные контуры расчетов между предприятиями и расчетов с участием граждан³⁴. С этим не вполне можно согласиться, так как речь идет о единой денежной единице — советском рубле. Тем не менее учет в Госбанке и в его подчиненных банках действительно был построен так, что расчеты между предприятиями происходили в закрытой системе. Отмечалось, что создание такой двухконтурной системы было бы хорошей перспективой для ЕАЭС, но затруднением для ее функционирования является привязка цен на мировых товарных рынках к курсу доллара США и смешанная (с иностранным участием) форма собственности некоторых предприятий [Звонова Е.А, Кузнецов А.В. и др., 2020: 29] Сегодня эти затруднения исчезают на глазах.

Итак, установление двухконтурной системы денежных расчетов на деле означает введение валютной монополии, вместе с которой вводится и кассовая монополия. Сама по себе валютная монополия выступает как условие монополии внешней торговли.

Подобная перспектива является одним из нескольких прогнозов, при этом не самым вероятным из них. Тем не менее нужно говорить о преде-

³³ Валютная монополия сама по себе вводится радикальным средством защиты национальной валюты.

³⁴ Часто утверждают, что расчеты с участием граждан существовали только в наличной форме, что не точно — существовали и безналичные вклады.

лах расширения единства кассы, которые в целом совпадают с возможными пределами казначейского сопровождения. Более предметно такие пределы полезно рассмотреть путем анализа дихотомических ситуаций, которые свойственны кассовому устройству России и возникают на стыке публичных и частных правоотношений. Данный метод может быть использован для тестирования правового регулирования бюджетного процесса.

Первой из дихотомий является упомянутая коллизия между гражданско-правовой свободой договора и нормами бюджетного законодательства об ограничении лимитами оплаты денежных обязательств бюджета, вытекающего из заключенных государственных (муниципальных) контрактов³⁵. Это противоречие по сути является объективным, но его острота и степень конфликтности зависят, во-первых, от позиции высших судов и, во-вторых, от результатов исполнения бюджета, так как при отсутствии неисполненных бюджетных обязательств споров не возникает. Тревожным сигналом здесь может быть появление формальной возможности неоплаты публичной властью исполненных контрагентами контрактов.

По общему правилу купли-продажи покупатель обязуется принять товар и уплатить за него определенную денежную сумму. При казначейском сопровождении передача денежных средств по исполненному договору поставки или подряда является не только отложенной, что ставит стороны в неравное положение, но возможна только при условии успешного прохождения процедуры санкционирования и (или) бюджетного мониторинга. Конечно, данные риски существуют всегда в рамках поставок для публичных нужд, но при казначейском сопровождении речь идет уже не о государственном контракте, где одной из сторон выступает публично-правовое образование, а о договорах между хозяйствующими субъектами.

При этом не решен вопрос: что представляет собой санкционирование операций, которое осуществляется Федеральным казначейством. Сутью данной процедуры является предварительный контроль перед платежной транзакцией из бюджета по широкому ряду позиций, которые сводятся к проверке правомерности операции и банковским проверкам по ряду справочников. Однако в бюджетное законодательство не так давно внесены изменения, которые исключили санкционирование операций из перечня методов контроля и определили его в качестве этапа исполнения бюджета.

В итоге решения, принимаемые в рамках санкционирования операций бюджета, не могут быть обжалованы в суде в качестве решения контролирующего органа, а также подвергнуты внешнему аудиту, что кажется автору нарушением баланса публичных и частных интересов.

³⁵ П. 3 Ст. 219 БК РФ.

Еще одним тестом кассового устройства является вопрос перехода права собственности на денежные средства, выделяемые из бюджета. В случае кассовой монополии (двухконтурной системы) собственник попросту не меняется.

Второй дихотомией кассового устройства является сосредоточение всех касс в банках (банковское исполнение бюджета) и противоположное ему небанковское исполнение бюджета. Нетрудно заметить, что вся история кассового устройства России — движение между этими моделями кассового устройства. Иначе это можно изобразить как постоянное перераспределение полномочий при исполнении бюджета между Банком России (банковской системой) и Федеральным казначейством (исполнительной властью).

Что может произойти при радикальных воплощениях указанных моделей? При абсолютном доминировании банков имеются риски несоблюдения публичного интереса и потери финансовой устойчивости государства, при полном казначейском исполнении бюджета — несоблюдение частных интересов и снижение эффективности экономической деятельности. Умеренное привлечение банков к участию в исполнении бюджета не следует считать негативным явлением, но оно должно быть продиктовано прагматическими соображениями и потребностями специализации некоторых операций³⁶.

Решением может быть сочетание расширяющегося сегодня казначейского сопровождения с одновременным сохранением банковского сопровождения по ряду контрактов и видов платежей.

Заключение

Изменения бюджетного законодательства, связанные с закреплением понятий системы казначейских платежей, казначейского обслуживания и казначейского сопровождения, завершили многолетнюю реформу кассового устройства государства. Такая реформа сопровождалась последовательным соблюдением принципа единства кассы и распространением контроля государства на новые виды публичных финансов. Казначейское сопровождение как режим, позволяющий использовать систему казначейских платежей для частных субъектов, имеет многочисленные преимущества и значительный потенциал для развития.

³⁶ Специализация может проявляться, например, в области сельского хозяйства, гособоронзаказа. Даже в советский период наряду с Госбанком СССР существовала система специализированных банковских учреждений — Внешэкономбанк СССР; Промстройбанк СССР; Агропромбанк СССР; Жилсоцбанк СССР; Сберегательный банк СССР. Они изменяли названия, но так или иначе функционировали все годы существования СССР, сохраняя свою специализацию.

Сложившийся на сегодня в России тип кассового устройства, несмотря на расширение казначейского сопровождения и на возможность отказа от услуг Банка России при обслуживании ЕКС, может быть characterized как смешанный (сочетаются полномочия исполнительной власти и банковской системы) с соблюдением принципа (режима) единства кассы. При этом единство кассы следует отделить от кассовой монополии государства, которая выступает, как отдельная модель кассового устройства.

Изменившиеся правоотношения, появление системы казначейских платежей и новых финансовых технологий, использование производных финансовых инструментов позволяют говорить, что должна быть пересмотрена формулировка принципа единства кассы бюджета.

С учетом исторического опыта и современных тенденций данный принцип следует также «конституционализировать». Единство кассы государства как правовой принцип существует только в системной связи с иными правовыми принципами, как и все прочие правовые явления. Принцип единства кассы в публичных правоотношениях имеет приоритет, будучи одним из выражений конституционного принципа единства государства. Но должны сохраняться принципы баланса публичных, групповых и частных интересов, приоритета экономических методов регулирования хозяйственной деятельности. Следует помнить и о принципе эффективности публичных расходов. Доминирование единства кассы существенно снижает издержки финансовой деятельности, оно может повысить экономность публичных расходов, дает иные многочисленные преимущества, но может снизить результативность публичных расходов, закрывая возможности творческого подхода при реализации пионерских и инновационных научно-технических проектов.

Обновленное понятие единства кассы может звучать следующим образом: единство кассы — это осуществление всех операций с общественными финансовыми ресурсами через систему казначейских платежей, за исключением операций, осуществляемых за пределами территории страны, и при условиях конституционно закрепленного разнообразия форм собственности и свободы экономической деятельности.

Произошедшие изменения кассового устройства могут быть characterized как позитивные, при этом они настолько успешны, что заставляют беспокоиться и о пределах расширения казначейского сопровождения. Такие пределы могут быть связаны с необходимостью соблюдения баланса публичных и частных интересов. Следует отметить нежелательность крайних состояний (полностью банковское кассовое устройство или кассовая монополия). Такие состояния не могут быть стабильными, они несут различные риски. Нормален поиск баланса полномочий и интересов участников экономической деятельности. Постоянное движение к балансу связано с влиянием множества факторов, в том числе с потребностями развития.

Наличие необходимого баланса публичных и частных интересов можно тестировать в точках соприкосновения публичных и частных правоотношений, там, где свобода участников договора ограничена нормами бюджетного законодательства. В частности, это ограничение лимитами оплаты денежных обязательств бюджета, вытекающего из заключенных государственных (муниципальных) контрактов, и переход права собственности на денежные средства, выделяемые из бюджета.



Список источников

1. Артюхин Р.Е. О принципе единства кассы. БиНО: силовые ведомства. 2003. № 1. С. 75–79.
2. Глезин С.С. Кассовое исполнение государственного бюджета СССР. М.: Госфиниздат, 1952. 116 с.
3. Дойников И.В. Российская система хозяйствования: проблемы правового регулирования // Административное и муниципальное право. 2013. № 7. С. 731–742.
4. Красин Л. Плановое хозяйство и монополия внешней торговли. М.: Госплан СССР, 1925. 39 с.
5. Звонова Е.А., Кузнецов А.В. и др. Особенности и перспективы построения двухконтурной валютно-финансовой системы на национальном и региональном уровне. Мир новой экономики. 2020. № 1. С. 26–33.
6. Лагутин И.Б. Организационно-правовые особенности деятельности региональных контрольно-счетных органов России–участников Европейской организации региональных органов внешнего контроля государственных финансов: к вопросу об эффективности членства в ЕВРОРАИ // Финансовое право. 2021. № 1. С. 3–9.
7. Лебедев В.А. Финансовое право. Учебник. М.: Статут, 2000. 461 с.
8. Леднева Ю.В. Субъекты бюджетного права: трансформация правового статуса на современном этапе развития общества и государства // Финансовое право. 2021. № 4. С. 30–34.
9. Озеров И.Х. Основы финансовой науки. М.: Тип. И.Д. Сытина, 1908. 336 с.
10. Пискотин М.И. Советское бюджетное право. М.: Юридическая литература, 1971. 312 с.
11. Пластинина Е.А. На особом счету: казначейское сопровождение контрактов в 2019 году. Про госзаказ. рф., 2019. № 2. С. 58–63.
12. Ровинский Е.А. Основные вопросы теории советского финансового права. М.: Госюриздат, 1960. 193 с.
13. Саттарова Н.А. Финансово-правовые особенности расчетных отношений. Финансовое право. 2021. № 9. С. 17–19.
14. Сафина С.Д. Казначейское сопровождение контрактов: правовое регулирование и практика финансового контроля. Финансовое право. 2017. № 12. С. 12–15.
15. Уразова С.А. Особенности и значение кредитной реформы 1930–1932 годов. Деньги и кредит. 2011. № 4. С. 58–63.
16. Ходский Л.В. Государственное хозяйство и финансовая наука. Публично-правовые исследования. 2016. № 1. Available at: URL: <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=26040277> (дата обращения: 28.06.2022)



References

1. Artiukhin R.E. (2003) On cash desk unity principle. *BiNO journal*, no.1, pp. 75–79 (in Russ.)
2. Doinikov I.V. (2013) Russian managerial system: issues of legal regulation. *Administrativnoe i municipalnoe pravo*=Administrative and Municipal Law, no. 7, pp. 731–742 (in Russ.)
3. Glezin C.C. (1952) Execution of state budget in the USSR. Moscow: Gosfinizdat, 116 p. (in Russ.)
4. Hodskiy L.V. (2016) State economy and financial science. *Publichno-pravovye issledovaniya*=Public Law Studies, no.1. Available at: URL: <https://www.elibrary.ru./item.asp?id=26040277> (accessed: 28.06.2022)
5. Krasin L. (1925) Planning economy and external trade monopoly. Moscow: Gosplan Press, 39 p. (in Russ.)
6. Lagutin I.B. (2021) Organizational and legal specifics of the Russian regional control and cash bodies operations: to the issue of membership in the EURORAI efficiency. *Finansovoe pravo*=Financial Law, no.1, pp. 3–9 (in Russ.)
7. Lebedev V.A. (2000) The financial law. Moscow: Statut, 461 p. (in Russ.)
8. Ledneva Yu. V. (2021) The subjects of finance law: contemporary transformation of its status. *Finansovoe pravo*=Financial Law, no. 4, pp. 30–34 (in Russ.)
9. Ozerov I.H. (1908) The basics of financial science. Moscow: Sytin Publishers, 336 p. (in Russ.)
10. Piscotin M.I. (1971) *The Soviet budgetary law*. Moscow: Juridicheskaya literatura, 312 p. (in Russ.)
11. Plastinina E.A. (2019) On the special account: exchequer control over contracts in 2019. *Pro goszakaz.rf*=State Request, no. 2, pp. 58–63 (in Russ.)
12. Rovinskiy E.A. (1960) Main aspects of the Soviet financial law theory. Moscow: Gosjurizdat, 193 p. (in Russ.)
13. Sattarova N.A. (2021) Financial and legal specifics of the calculation. *Finansovoe pravo*=Financial Law, no. 9, pp. 17–19 (in Russ.)
13. Safina S.D. (2017) Exchequer maintaining of contracts: legal regulations and financial control practice. *Finansovoe pravo*=Financial Law, no.12, pp. 12–15 (in Russ.)
15. Urazova S.A. (2011) Special features and meaning of the credit reform of 1930-1932. *Den'gi i kredit*=Money and Credit, no. 4, pp. 58–63 (in Russ.)
16. Zvonova E.A., Kuznetsov A.B. et al. (2020) Special features and prospects of two-tier financial system at national and regional levels. *Mir novoy ekonomiki*=World of Modern Economics, no.1, pp. 26–33 (in Russ.)

Информация об авторе:

Д.Л. Комягин — доктор юридических наук, профессор.

Information about the author:

D.L. Komyagin — Doctor of Science (Law), Professor.

Статья поступила в редакцию 31.05.2022; одобрена после рецензирования 30.06.2022 ; принята к публикации 17.07.2022.

The article was submitted to the editorial office 31.05.2022; approved after reviewing 30.06.2022; accepted for publication 17.07.2022.

Научная статья

УДК: 341

DOI:10.17323/2072-8166.2022.3.195.221

Международный обычай в российской правовой системе



Юрий Сергеевич Ромашев

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Россия 101000, Москва, ул. Мясницкая, 20, romashev-yus@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0002-9059-584X>



Аннотация

Международный обычай является одним из основных источников международного права. Вместе с тем в Конституции Российской Федерации он непосредственно не указан. Упоминание о международном обычае довольно редко можно встретить и в других российских нормативных правовых актах. Как правило, используется общая фраза «общепризнанные принципы и нормы международного права». Ее ассоциация с международными обычаями вызывает споры как в доктрине международного права, так и среди правоприменителей. В статье на основе диалектического подхода, а также использования общенаучных методов исследования дается оценка соотношения международных обычаев, юридически обязательных для России, и положений ее Конституции, законов и подзаконных нормативных правовых актов. Уточняется место международных обычаев в российской правовой системе. Обозначено, что с помощью закона или подзаконного нормативного правового акта нельзя отозвать признание международного обычая. Показано, что российская Конституция основывается на императивных общепризнанных принципах и нормах международного права, существующих в форме международного обычая. Анализируются ситуации, в которых имеются противоречия между ранее признаваемым нашей страной международным обычаем и Конституцией России, и предлагаются пути их разрешения. Показана неудачность формулировки первого положения ч. 4 ст. 15 Конституции. Предлагается использовать подход к его толкованию, согласно которому «международные обычаи, признаваемые Российской Федерацией, или содержащие императивные нормы общего международного права, международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы». В правоприменительной практике также предлагается учитывать подход — «если международным обычаем, признанным Россией, или содержащим императивные нормы общего международного права, предусмотрены иные правила, чем законом, применяются правила международного обычая». Предлагается учитывать в практике правоприменения механизм правопреемства в отношении международных обычаев, основанный на общих принципах права, свойственных международному праву. Показывается значение для российской правовой системы партикулярных (локальных) международных обычаев, нормы которых признаны Россией.



Ключевые слова

международное право, источники международного права, международный обычай, право международных обычаев, право международных договоров, международные отношения.

Для цитирования: Ромашев Ю.С. Международный обычай в российской правовой системе // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. № 3. С. 195–221. DOI:10.17323/2072-8166.2022.3.195.221.

Research article

International Custom in the Russian Legal System



Yuri S. Romashev

National Research University Higher School of Economics, 20 Myasnitsky Str., Moscow 101000, Russian Federation, romashev-yus@mail.ru



Abstract

International custom, as we know, is one of the main sources of international law. At the same time, it is not directly indicated in the Constitution of the Russian Federation. The mention of international custom is quite rare in other Russian regulatory legal acts. As a rule, the general phrase “generally recognized principles and norms of international law” is used. Its association with international customs causes controversy both in the doctrine of international law and among law enforcers. Based on the dialectical approach, as well as the use of general academic research methods, the article assesses the correlation between international customs legally binding on the Russian Federation and the provisions of the Constitution, laws and by-laws of the Russian Federation. The place of international customs in the Russian legal system is specified. It is emphasized that the formed international custom, recognized by the Russian Federation or its predecessors, is an international obligation of our state, regardless of its possible contradiction with certain provisions of Russian legislation. It is indicated that with the help of a law or a subordinate regulatory legal act of the Russian Federation, it is impossible to revoke the recognition of an international custom. It is shown that the Constitution of the Russian Federation is based on imperative universally recognized principles and norms of international law that exist in the form of international custom. Ways out of the situation when there is a contradiction between the international custom previously recognized by our country and the Constitution of the Russian Federation, the use of the *rebus sic stantibus* clause in some cases are proposed. It is explained the failure of the formulation of the first provision of Part 4 of Article 15 of the Constitution. It is proposed to use an approach in its interpretation, according to which “International customs recognized by the Russian Federation, or containing peremptory norms of general international law, international treaties of the Russian Federation are an integral part of its legal system. In law enforcement practice, it is also proposed to take into account the approach — “If an international custom recognized by the Russian Federation, or containing mandatory norms of general international law, provides for rules other than the law, then the rules of international custom are applied.” It is proposed to take into account in the practice of law enforcement the mechanism of succession in relation to international customs, based on the general principles of law inherent in international law. The significance

in the Russian legal system of particular (local) international customs, the norms of which are recognized by the Russian Federation, is shown.



Keywords

international law; sources of international law; international custom; law of international customs; law of international treaties; international relations.

For citation: Romashev Yu. A. (2022) International Custom in the Russian Legal System. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no. 3, pp. 195–221 (in Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2022.3.195.221.

Введение

Международно-правовую систему невозможно представить без международного обычая не только из-за того, что в современном международном праве многие отрасли и институты состоят частично или полностью из обычных норм, но и потому, что продолжают возникать новые нормы обычного права в тех областях, где по различным причинам невозможно договорное регулирование [Тимошков С.Г., 2015: 151]. Российская Федерация (далее — РФ) в своей внутренней и внешней политике придерживается курса на примат международного права. Одним из его элементов является международный обычай как один из основных источников международного права. Преамбулой Федерального закона от 15.07.1995 № 101-ФЗ «О международных договорах Российской Федерации»¹ установлено, что она, выступая за соблюдение договорных и обычных норм, подтверждает приверженность основополагающему принципу международного права — принципу добросовестного выполнения международных обязательств.

Вместе с тем, несмотря на широкое упоминание международного обычая в доктрине международного права, в отечественном законодательстве он редко упоминается. Данное обстоятельство вызывает трудности в применении обычных норм международного права, неопределенность в отношении этого вопроса у правоприменителей. Они в повседневной деятельности довольно часто стараются обходить стороной использование международного обычая, что может приводить к некорректному правовому обоснованию принимаемых решений.

Вопрос определения места международного обычая в российской правовой системе в той или иной полноте находил отражением в работах многих ученых как в области международного права, так и не занимающихся международно-правовой наукой. Различным аспектам данной проблематики

¹ Федеральный закон от 15.07.1995 № 101-ФЗ «О международных договорах Российской Федерации» // СЗ РФ. 1995. № 29 Ст. 2757.

посвящены труды таких известных ученых, как Л.П. Ануфриева, С.Ю. Гаврилов, С.В. Глотова, Г.М. Даниленко, Б.Л. Зимненко, П.П. Кремнев, И.И. Лукашук, С.А. Марочкин, Н.В. Миронов, Р.А. Мюллерсон, С.Г. Тимошков, С.В. Черниченко, Л.Н. Шестаков. Они предлагали свои точки зрения по данному проблемному вопросу, в чем-то схожие, а в чем-то противоречивые. Не все стороны определения места международного обычая в российской правовой системе нашли отражения в их работах. Поэтому данный вопрос требует дальнейшего осмысления, выработки более четких рекомендаций для правоприменителей. По-прежнему он является весьма актуальным как для правовой науки, так и практики.

1. Соотношение понятий «общепризнанные принципы и нормы международного права» и «обычные нормы международного права»

Международное право и его развитие должны отражать потребности государства как на международной арене, так и на национальном уровне. Международные обязательства согласно общему принципу права *pacta sunt servanda* должны соблюдаться государствами вне зависимости от особенностей их правовых систем. Государства сами должны заботиться о том, каким образом выполнять свои международные обязательства. Но если такие обязательства ими взяты, они должны непременно соблюдаться. И это касается не только международных договоров, но и международных обычаев. В противном случае государство, как известно, должно нести соответствующую международно-правовую ответственность.

Государства изначально не должны брать на себя международных обязательств, не отвечающих их интересам, их безопасности. А если это обнаружено позже, то целесообразно такого рода обязательства прекращать в установленном международным правом порядке. Заявления отдельных государства, что они не будут выполнять свои международные обязательства ввиду несовершенства национального законодательства, особенностей их правовых систем, являются прямым нарушением общего международного права, его основополагающего принципа добросовестного соблюдения государством его международных обязательств, который нашел подтверждение в Уставе ООН. Возможность отступления государствами в отдельных случаях от выполнения их международных обязательств регулируется самим международным правом.

Генеральную трансформацию норм международного права, юридически обязательных для России, во внутригосударственное право можно наблюдать в ее Конституции (ч. 4 ст. 15), по которой общепризнанные принципы и нормы международного права, международные договоры являются составной частью ее правовой системы. Неудачность данной формулировки

признается многими отечественными учеными [Черниченко С.В., 1999: 344], прежде всего ввиду неоднородности состава закрепленных в ней правовых элементов международного характера, которые вводятся в правовую систему нашего государства. Как известно, одним из основных требований к системности того или иного объекта (явления) является именно однородность включаемых в систему компонентов (элементов). По сути, в российской Конституции мы видим пример включения в правовую систему страны двух видов норм — общепризнанных принципов и норм, а также источника международного права — международного договора.

С сугубо теоретической стороны обозначенное юридическое понятие — «общепризнанные принципы и нормы международного права» — в разные времена неоднократно и разнопланово становилось предметом внимания советской, а затем и российской международно-правовой доктрины [Ануфриева Л.П., 2019: 6]. В науке международного права остаются дискуссионными вопросы понятия, признаков, формальных источников закрепления, правил применения, юридической силы, места в системе внутригосударственных правовых регуляторов общепризнанных принципов и норм международного права. Указанные вопросы приобрели еще большую остроту и актуальность в связи с «дублированием» указанного конституционного положения в основных российских отраслевых кодифицированных актах [Кузнецова О.А., 2009: 111]. Вместе с тем разработчики российской Конституции, четко не обозначив, что понимается под «общепризнанными» принципами и нормами международного права, тем самым создали повод для различного рода толкований ее положений. К сожалению, официальное толкование ч. 4 ст. 15 Конституции пока отсутствует. Некоторое разъяснение дано в Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10.10.2003 № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации»²: под общепризнанными принципами международного права предлагается понимать основополагающие императивные нормы международного права, принимаемые и признаваемые международным сообществом государств в целом, отклонение от которых недопустимо.

К таким нормам разработчики Конституции отнесли принципы всеобщего уважения прав человека и добросовестного выполнения международных обязательств. Таким образом, речь идет об основных принципах международного права, являющихся императивными общепризнанными принципами международного права, но почему-то ничего не говорится об отраслевых общепризнанных, но диспозитивных принципах международного права, которые для нашего государства также могут быть юридически обязательными.

² СПС Гарант.

В свою очередь, под общепризнанной нормой международного права в вышеуказанном Постановлении предложено понимать правило поведения, принимаемое и признаваемое международным сообществом государств в целом в качестве юридически обязательного. Непонятно, идет ли здесь речь о нормах международного обычая или о каких-либо иных нормах международного права, являющихся общепризнанными, но не имеющими (в отличие от международного обычая) всеобщей практики. Содержание общепризнанных принципов и норм международного права, по мнению Пленума Верховного Суда, может раскрываться, в частности, в документах ООН и ее специализированных учреждений. Постановление Пленума содержит довольно расплывчатую формулировку, а термин «международный обычай» как источник международного права вовсе не упоминается.

В российской правовой доктрине ввиду неоднозначности конституционных положений об общепризнанных принципах и нормах международного права существует две точки зрения, согласно которым в ч. 4 ст. 15 Конституции речь идет или об исключительности понимания под ними обычных норм международного права [Гинзбургс Дж., 1994: 111-112] или же о договорных общепризнанных принципах международного права и общих обычных нормах международного права [Шестаков Л.Н., 1981: 33-34].

И.И. Лукашук писал, что такие принципы и нормы существуют в основном в форме международного обычая. Он также подчеркивал, что в своей совокупности обычные нормы международного права образуют то, что называют общим универсальным международным правом или общепризнанными принципами и нормами международного права [Лукашук И.И., 1993: 43, 134]. По мнению Б.Л. Зимненко, частью правовой системы России стал международный обычай, предусматривающий общепризнанные нормы международного права [Зимненко Б.Л., 2006: 422]. С.В. Глотова также утверждает, что термин ч. 4 ст. 15 Конституции нужно толковать именно как обычные нормы общего международного права. При этом она отмечает, что в западной литературе термин «общепризнанные принципы и нормы» почти не используется (за редким исключением литературы по проблематике прав человека) [Глотова С.В., 2018: 173, 174]. В свою очередь, согласно позиции П.П. Кремнева, в самом общем виде к таким принципам и нормам относятся правила международных обычаев и положения международных соглашений, которые признаны практически всем международным сообществом государств в качестве обязательных для выполнения [Кремнев П.П., 2021: 783].

Вместе с тем в Конституции, если использовать правила грамматического толкования, видимо, речь идет все же о международных обычаях, так как в первом положении ее ч. 4 ст. 15 наряду с общепризнанными принципами и нормами упоминаются и международные договоры нашего государства.

Элементы этого положения, на наш взгляд, не могут рассматриваться как частное и общее. Кроме того, нормы международных обычаев могут носить характер как принципов международного права, так и норм международного права и являются общепризнанными нормами, если, конечно, речь не идет о партикулярных (локальных) обычаях. Хотя, следует заметить, что международные договоры также могут содержать договорные как общепризнанные принципы, так и иные общепризнанные нормы международного права, не являющиеся нормами международных обычаев. В свою очередь в международных договорах принципы и нормы обычного международного права могут быть кодифицированы. Но они, на наш взгляд, все же охватываются в Конституции термином «международные договоры Российской Федерации».

О том, что представляет собой отечественная правовая система, также ведутся дискуссии. Прежде всего потому, что нет официального определения и толкования этого термина. Такое толкование решило бы многие из проблем правоприменителей. Пока ученые излагают различные точки зрения. В частности, под правовой системой предлагается понимать: право, правовую идеологию и юридическую практику, состоящую из правоприменительной и правотворческой деятельности, а в качестве результатов последней — и систему нормативных правовых актов [Алексеев С.С., 1981: 87–88]. Есть, например, и точка зрения, что правовая система включает в себя правовые нормы, институты и принципы, юридические учреждения, правовое сознание, правовую культуру [Манов Г.Н., 1995: 180].

В свою очередь споры касаются и понятия самой международно-правовой системы, которая шире понятия системы международного права. Так, например, В.В. Гаврилов считает, что она составляет целостную совокупность международно-правовых норм, органов и организаций, а также международно-правового сознания, обеспечивающих в процессе юридической практики урегулирование выходящих за пределы внутренней компетенции государства общественных отношений, возникающих между субъектами мирового сообщества. При этом он пишет, что, несмотря на ее сходство с национальными правовыми системами по составу их компонентов, имеются и существенные различия, и недопустимо механическое использование в ее рамках терминов и конструкций, свойственных для общей теории внутригосударственного права [Гаврилов В.В., 2005: 70]. На понимание этого вопроса оказывают влияние в том числе дуалистическая и монистическая концепции соотношения международного и внутригосударственного права.

На наш взгляд, в этом вопросе требуется четкость и научность используемых подходов. Применяя требование к однородности включаемых в любую систему объектов (явлений), необходимо все же говорить (пусть и условно) о включении в правовую систему России источников международного права

как ее основных компонентов. По мнению Б.Л. Зимненко, в правовую систему России вошли не нормы международного права, а его источники, получившие возможность с санкции государства непосредственно действовать в пределах внутригосударственных отношений [Зимненко Б.Л., 2006: 182].

Хотя, конечно, не следует чрезмерно абстрагироваться в данном вопросе, так как источники права, как известно, — это внешние формы существования норм права. Однако мы обычно говорим о применении норм международного права в отечественной правовой системе. При этом корректно, на наш взгляд, раздельное понимание термина «международный обычай» как источника международного права и термина «обычная норма международного права» как содержания этого источника. Хотя распространено суждение, что международный обычай — это термин, который используется как для обозначения одного из источников международного права, так и для обозначения самих норм международного права [Черниченко С.В., 2014: 141].

В свою очередь, вопрос о применении норм международного права, которые регулируют межгосударственные отношения на внутригосударственном уровне, на наш взгляд, находится уже в другой плоскости, нежели вопрос о включении в правовую систему России источников международного права. Здесь — обилие позиций по способам трансформации. Заметим, правоприменитель, как правило не задумывается, что он применяет на практике — норму международного права или правило поведения (положение) этой нормы. По отношению к другому государству правоприменитель в широком смысле слова, если его действия приписываются государству в целом, действует от имени государства, считая, что применяет норму международного права. Во внутригосударственной жизни правоприменитель полагает, что он условно применяет норму международного права. Точнее, он применяет правило поведения (положение), содержащееся в норме международного права и трансформированное теми или иными, установленными законами государства способами. Сама же трансформируемая норма не исчезает, не изменяется, а продолжает существовать в неизменном виде [Гетьман-Павлова И.В., Постникова Е.В., 2019: 96].

2. Обязательность обычных норм международного права для Российской Федерации

Поскольку обычные нормы международного права, за исключением партикулярных (локальных) норм, являются составной частью общего международного права, принято считать, что они юридически обязательны для России, как и международные обычаи, их содержащие. Вместе с тем, не всякий международный обычай является юридически обязательным для стра-

ны, он должен быть ею признан. Заметим, что Россия, как и любое другое государство, не согласное с положением обычной нормы международного права в период ее формирования, может против такой нормы настойчиво возражать, не признавать ее. Данная норма права международных обычаев нашла подтверждение в доктрине международного права [Fon V. and Parisi F., 2009: 292] и отражение в Выводе 15 (Настойчиво возражающее государство) резолюции Генеральной Ассамблеи ООН 20.12.2018 «Выявление международного обычного права», согласно которой, если государство возражало против нормы международного обычного права, когда эта норма находилась в процессе формирования, то такая норма не может быть противопоставлена данному государству, пока оно продолжает возражать³. Наше государство в таком случае не связано положениями международного обычая, и он не входит в российскую правовую систему. По мнению Б.Л. Зимненко, частью правовой системы России будут только такие общепризнанные нормы международного права, против которых Российская Федерация в лице ее государственных органов активно не возражает [Зимненко Б.Л., 2006: 220].

Актуален как для теории права, так и правоприменения вопрос: как соотносятся международные обычаи и внутригосударственные источники, в том числе в случае их коллизии? Какова их приоритетность? Во втором положении ч. 4 ст. 15 Конституции («Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора») о международном обычае речь не идет. Здесь интересно рассмотреть коллизии обычных норм международного права с положениями самой Конституции, а также законов и подзаконных нормативных правовых актов.

2.1. Международные обычаи и Конституция Российской Федерации

Оценивая приоритетность Конституции к общим международным обычаям или наоборот, отметим, что единой точки зрения по данному вопросу так и не сформировалось. Согласно позиции И.И. Лукашука, нормы Конституции обладают общим приоритетом над нормами международного права [Лукашук И.И., 2004: 44]. В свою очередь, по мнению С.В. Черниченко, правило, что государство не может ссылаться на соответствие своего поведения нормам собственного внутригосударственного права, чтобы оправдать свое противоправное поведение согласно нормам международного права, вытекает из принципа, обязывающего государство соблюдать международно-правовые обязательства, и должно соблюдаться и в отношении конституций [Черниченко С.В., 2017: 22].

³ Док. ООН, A/RES/73/203. P. 6/6.

Варианты конституций в нашем государстве принимались в различные периоды его существования. Одновременно действовали и обязательные для российского государства международные обычаи. Многие из них заканчивали свое формирование как до принятия очередной Конституции, так и в последующее время. Например, международный обычай о неприкосновенности посла возник очень давно и остался и поныне. Заметим, что многие обычные нормы международного гуманитарного права (права вооруженных конфликтов), то есть «законы и обычаи войны», сформировались задолго до принятия Конституций 1918, 1925, 1937, 1978, 1993 гг. и их изменения. Хотя следует помнить, что некоторые международные обычаи прекращали существование по различным обстоятельствам, в том числе ввиду применения государствами клаузулы *rebus sic stantibus*, позволяющей сторонам отойти от своих обязательств по международному обычаю при коренном изменении обстоятельств, при которых данная норма появилась.

На первый взгляд, приверженность Конституции 1993 года соблюдению общепризнанных принципов и норм международного права создает основу недопустимости ее противоречия положениям основополагающих международных обычаев, признанных Россией. Первое положение ч. 4 ст. 15 Конституции изначально предполагает, что общепризнанные принципы и нормы международного права не могут входить в противоречие с Конституцией и являются юридически обязательными. По мнению П.П. Кремнева, применительно к России крайне трудно указать ситуацию или какой-либо общепризнанный принцип или норму международного права, которые получили бы всеобщее признание помимо ее участия [Кремнев П.П., 2021: 799]. В свою очередь А.М. Барнашев считает, что Конституционный Суд Российской Федерации, как и Конституция, активно ссылается на общепризнанные принципы и нормы международного права, преследуя в том числе цель, что конституционные положения полностью соответствуют международно-правовым нормам, которые стали обязательными для страны [Барнашев А.М., 2007: 46]. Но встает вопрос: а все ли разновидности общепризнанных принципов и норм международного права не противоречат нынешней российской Конституции?

Несомненно, такими обязательными общепризнанными принципами являются императивные нормы общего международного права. И.И. Лукашук утверждал, что основной формой существования императивных норм международного права является обычай [Лукашук И.И., 1997: 168]. Д. Глади считает, что наиболее распространенным источником для императивных норм общего международного права (*jus cogens*) является обычное международное право. Источниками таких норм, по его мнению, могут служить и положения договоров, и общие принципы права⁴.

⁴ Пятый доклад об императивных нормах общего международного права (*jus cogens*), подготовленный специальным докладчиком Д. Глади. Док. ООН, A/CN.4/747. С. 69/81-82.

Согласно ст. 53 Венской Конвенции о праве международных договоров 1969 г., императивная норма общего международного права (*jus cogens*) является нормой, которая принимается и признается международным сообществом государств в целом как норма, отклонение от которой недопустимо и которая может быть изменена только последующей нормой общего международного права, носящей такой же характер. К числу таких норм прежде всего относят основные принципы международного права, которые обозначены в Уставе ООН, раскрыты в Декларации о принципах международного права 1970 г. и в других международных документах. В пункте 2.1 статьи 67 Конституции России подтверждена приверженность соблюдению общих принципов международного права — территориальной целостности и суверенитета государств, согласно которым государство обеспечивает защиту своего суверенитета и территориальной целостности. Действия (за исключением делимитации, демаркации, редемаркации государственной границы с сопредельными государствами), направленные на отчуждение части территории России, а также призывы к таким действиям не допускаются.

С помощью генеральной (конституционной) трансформации, предусмотренной в ч. 4 ст. 15 Конституции, общепризнанные принципы и нормы международного права стали составной частью отечественной правовой системы. Кроме того, в текст Конституции трансформированы в виде отсылок и иные международно-правовые положения (например, ст. 17 — признаются и гарантируются права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии с ее положениями). В статье 69* Конституции даны гарантии прав коренных малочисленных народов в соответствии с общепризнанными принципами и нормами международного права и международными договорами России. В Преамбуле Конституции подчеркивается, что она принята исходя из общепризнанных принципов равноправия и самоопределения народов. Данные положения отечественной Конституции, как и многие ее другие нормы, содержат наиболее общие положения, которые не противоречат признаваемым нашей страной обычным нормам-принципам международного права.

На наш взгляд, Конституция 1993 г. (в редакции 14.03.2020) априори не противоречила основным принципам международного права, носящим как обычно-правовой, так и договорно-правовой императивный характер или характер общих принципов права. Это распространяется на императивные общепризнанные нормы международного права. Императивные нормы общего международного права (*jus cogens*) отражают и защищают основополагающие ценности международного сообщества, стоят в иерархическом отношении выше других норм международного права и являются универ-

сально применимыми⁵. Поэтому об их приоритетности над Конституцией нет смысла говорить. Такие принципы появились при непосредственном участии СССР, а ныне являются обязательными для его продолжателя (правопродолжателя⁶) — России. Как СССР, так и Россия не подвергали сомнению обязательность, например, принципа добросовестного соблюдения взятых на себя обязательств.

Иные общепризнанные принципы и нормы международного права, не являющиеся его императивными нормами, если они противоречат положениям действующей Конституции России, не могут быть для нее обязательными. Данные конституционные положения могут расцениваться как акт настойчивого возражения Российской Федерации против таких принципов и норм, формой закрепления и существования которых является международный обычай.

Вместе с тем как теоретический, так и прикладной характер имеет рассмотрение предположения, что в современном варианте отечественной Конституции все же имеются некоторые положения, противоречащие сложившимся в мире обычным нормам международного права, в отношении которых наша страна ранее (до принятия Конституции в нынешней редакции) молчаливо или активно выражала согласие, и эти положения выявлены в ходе дальнейшей практики. Обратим внимание не некоторую абстрактность такого рода ситуации. Нами она в настоящее время не выявлена. Однако, как известно, проблемы правоприменения нередко возникают позже, а государство не всегда может вовремя выявить и оперативно прореагировать на такого рода ситуации и принять выверенное с позиции права решение. Методы моделирования и прогнозирования играют важную роль в правовой науке. Вместе с тем международный обычай является обязательством нашего государства с момента его формирования и его надо соблюдать в соответствии с принципом *pacta sunt servanda* и вышеприведенным положением Преамбулы Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации».

Теоретически, следуя изложенному выше подходу С.В. Черниченко, в данной ситуации нужно в установленном порядке корректировать содержащие противоречия положения Конституции. Несколько иное решение ситуации предусмотрено в отношении международных договоров России (ст. 22 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации»). Согласно ее положениям, если международный договор содержит правила, требующие изменения отдельных положений Конституции, решение о согласии на его обязательность возможно в форме федерального закона только

⁵ Док. ООН, А/CN.4/747. С. 69/81.

⁶ Статья 67.1 Конституции Российской Федерации // СПС Консультант Плюс.

после внесения соответствующих поправок в Конституцию или пересмотра ее положений в установленном порядке. Для нашего случая такой подход не приемлем. Разрешение противоречия Конституции и международного обычая нашим законодательством не предусмотрено. Объявить же об отзыве признания международного обычая вряд ли возможно.

Правда, не следует драматизировать проблему возможной коллизии международного обычая, ранее признанного Россией или ее предшественниками, с Конституцией, особенно в плане правоприменения. Следует учитывать, что формирование международного обычного правила происходит в результате общения государств, в котором каждое из них стремится к тому, чтобы закрепить в качестве нормы поведения такие правила, которые соответствовали бы его интересам [Тункин Г.И., 2000: 99]. Вполне возможно, что будет выявлена обычная норма международного права, которую наша страна ранее признала, но которая на современном этапе противоречит жизненно важным интересам нашего государства, его безопасности или основам его конституционного строя и публичного правопорядка.

Каков же выход из данной ситуации? На наш взгляд, государству следует заявить о временном отступлении от своих международных обязательств до тех пор, пока не исчезнут соответствующие угрозы безопасности. Заметим, что временное отступление от обязательств допустимо международным правом при наличии предусмотренных международным правом обстоятельств, исключающих противоправность⁷, а также в отношении прав и свобод человека, и только в особых и чрезвычайных ситуациях, например, во время чрезвычайного положения в государстве, при котором «жизнь нации находится под угрозой».

Если данные угрозы не исчезают, государство при невыполнении своих обязательств по международному обычаю и, конечно, учитывая характер норм, содержащих такой обычай, может сослаться на клаузулу *rebus sic stantibus* как на коренное изменение обстоятельств, при которых российское государство или его предшественники дали свое согласие на обязательность международного обычая. Применима данная клаузула и в указанной выше ситуации, когда выявленная как противоречащая отечественной Конституции обычная норма международного права противоречит закрепленным в Конституции наиболее важным ее положениям, основам конституционного строя, основам публичного правопорядка. Вместе с тем, следует еще раз подчеркнуть, что в соответствии с Конституцией наше государство является сторонником соблюдения общепризнанных принципов и норм международного права, имеющих обычно-правовой характер, а отступление им

⁷ Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН от 1.,12. 2001 № 56/83 «Ответственность государств за международно-противоправные деяния» // СПС Гарант.

от своих международных обязательств возможно только в случаях, строго предусмотренных международным правом.

Если использование клаузулы *rebus sic stantibus* невозможно, то в Конституцию установленным порядком следует вносить соответствующие изменения. До этого момента Россия, не выполняя положения обычной нормы международного права, при возможных протестах других государств, требующих соблюдения положений такого международного обычая, будет вынуждена объяснять причины его несоблюдения, нести политические издержки невыполнения своих международных обязательств. Как ни важна роль Конституции, не по всем положениям международного обычного права Российская Федерация может дезавуировать ранее взятое на себя обязательство.

При внесении изменений в Конституцию необходимо стремиться не включать в нее положения, которые противоречили бы ранее признаваемым нашей страной обычным нормам международного права и которые стали общим международным правом. Это, как указывалось выше, не касается наиболее важных для нашего государства вопросов.

Международный обычай может быть источником как общего, так и партикулярного международного права [Кожевников Ф.И., Корецкий В.М. и др., 1967: 178]. Доктрина и международные суды применяют для норм обычного международного права, ограниченных определенным кругом государств, различные термины: «партикулярное обычное международное право», «местный обычай», «региональный обычай» и «двусторонний обычай». Используется также термин «особый обычай», но исходя из идеи, что только ограниченное число правовых вопросов охватывается обычными нормами, которые ограничены определенным числом государств [Galindo G., 2021: 7].

Однако нормы партикулярного (локального) международного обычая, как следует из положений ч. 4 ст. 15 Конституции, не являются составной частью отечественной правовой системы. Многие исследователи указывают на это как на недостаток Конституции. Однако это не умаляет роли такого рода норм, соблюдение которых является общепризнанным принципом международного права, признанным нашим государством. Признание партикулярной (локальной) нормы международного обычая является международным обязательством нашего государства и его необходимо выполнять. В Выводе 16 (Партикулярное международное обычное право) резолюции Генеральной Ассамблеи ООН 20.12.2018 «Выявление международного обычного права», определено, что норма партикулярного международного обычного права, будь то регионального, местного или иного, является нормой международного обычного права, применимой только в отношениях между ограниченным числом государств⁸.

⁸ Док. ООН, A/RES/73/203. P. 6/6.

Партикулярные (локальные) нормы международного права могут рассматриваться и как стадия формирования общей обычной нормы международного права. Наша страна, несомненно, может участвовать в указанном процессе. Формирование общего международного обычая посредством расширения состава государств, признающих международный обычай и имеющих соответствующую практику, можно считать событием, аналогичным вступлению в силу универсального международного договора. Отличие заключается прежде всего в том, что количество государств, ратифицировавших или присоединившихся к международному договору и необходимых для его вступления в силу, указано в самом договоре. С другой стороны, количество признающих всеобщую практику государств, необходимое для формирования обычной нормы, в международном праве не определено. Довольствоваться приходится доктринальными оценками, носящими качественный характер (все государства, почти все государства и т.д.).

На наш взгляд, возникающие на международной арене партикулярные (локальные) обычные нормы международного права, противоречащие действующей Конституции и законам, изначально не могут быть обязательными для нашего государства. Какие-то из них могут противоречить и ее международным договорам, в том числе и тем, решения о согласии на обязательность которых не приняты в форме федерального закона. Наличие таких норм российского законодательства и международных договоров, по нашему мнению, свидетельствует о настойчивом и постоянном возмущении нашего государства против нарождающейся обычной нормы международного права, если, конечно, Российская Федерация не изменит своей правовой позиции.

Принятие положения отечественной Конституции или иного закона, противоречащего норме партикулярного (локального) международного обычая, не ставшей общей нормой, но признанной ранее нашим государством, на наш взгляд, будет являться свидетельством начала этапа выхода нашим государством из локального международного обычая. Заметим, что в отличие от международных договоров в отношении международного обычая, процедура выхода из партикулярного (локального) международного обычая не предусмотрена. В нашем случае желательно, чтобы Россия заблаговременно и официально оповестила другие государства, признавшие данный международный обычай, о сложившейся ситуации и объяснила необходимость принятия такого рода правовых мер на внутригосударственном уровне. Также важно, если это, конечно, возможно, какое-то время продолжать выполнять свои обязательства по международному обычаю. Это обусловлено необходимостью недопущения нанесения новациями в российском законодательстве ущерба другим государствам (если он может наступить). После выполнения данного условия Россия, на наш взгляд, может

быть не связана обязательствами по партикулярному (локальному) международному обычаю. Вместе с тем выход из партикулярного международного обычая, на наш взгляд, невозможен в отношении обычаев, касающихся прохождения государственной границы.

Это одна из точек зрения на возможность выхода государства из партикулярного (локального) международного обычая и на процедуру такого выхода. Конечно, вопрос требует дополнительного исследования и обсуждения ученых-международников и практиков.

2.2. Международные обычаи и законы и подзаконные нормативные правовые акты Российской Федерации

Отдельно остановимся на возможности применения в отношении международных обычаев формулы, аналогичной закрепленной в нашей Конституции в отношении международных договоров: «если международным обычаем установлены иные правила, чем законом, то применяются правила международного обычая».

Законодательство России, как и ее Конституция, никоим образом не определяют приоритетности международных обычаев и законов друг перед другом. По мнению И.И. Лукашука, общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры признаны составной частью правовой системы страны и им придан приоритетный статус. Положение о приоритетности международных договоров над законами распространяется и на общепризнанные принципы и нормы международного права, которые обладают не менее, а порой и более высокой обязательной силой, чем договоры [Лукашук И.И., 2004: 43, 44]. Б.Л. Зимненко утверждает, что законодательство и судебная практика большинства государств при коллизиях между нормой общего международного права и законом отдает предпочтение обычно-правовой норме [Зимненко Б.Л., 2006: 361]. В свою очередь, согласно позиции В.А. Толстика, в нормативную часть правовой системы России входят только те общепризнанные принципы и нормы, в отношении которых Россия в установленных законом формах выразила согласие на их обязательность. При этом, по его мнению, в отечественном законодательстве должна быть прямая отсылка как способ выражения согласия на обязательность таких принципов и норм [Толстик В.А., 2000: 77]. Последняя точка зрения заслуживает внимания, но она не учитывает доктрины молчаливого согласия как неактивного способа признания обычной нормы международного права, также являющегося общепризнанной нормой последнего.

На наш взгляд, всегда нужно исходить из необходимости реализации принципа *pacta sunt servanda*, являющегося общим и для международных обычаев. А также из того обстоятельства, что, если в Международном Суде

ООН будет рассматриваться спор между Россией и государством, требующим признания нарушения нашей страной обязательства по обычной норме международного права, а Россия будет ссылаться на отсутствие урегулированности в ее законодательстве вопроса о соотношении обычных норм международного права и норм законов, вполне вероятно, что решение Суда будет вынесено не в пользу России. Здесь, по нашему мнению, применим свойственный международному праву общий принцип, лежащий в основе ст. 27 «Внутреннее право и соблюдение договоров» Венской конвенции о праве международных договоров (1969), согласно которой государство-участник не может ссылаться на положения своего внутреннего права в качестве оправдания невыполнения им договора.

Данный принцип, в частности, идет в развитие общего принципа права *pacta sunt servanda*, и его допустимо сформулировать так: государство не может ссылаться на положения своего внутреннего права в качестве оправдания невыполнения им международно-правового обязательства. Принцип нашел подтверждение в ст. 32 (Недопустимость ссылки на внутригосударственное право) Резолюции Генеральной Ассамблеи ООН от 12.12.2001 «Ответственность государств за международно-противоправные деяния»⁹. Заключительный акт Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе (Хельсинки, 1975) в отношении данного принципа также предусматривает, что государства-участники будут добросовестно выполнять свои обязательства, которые вытекают как из общепризнанных принципов и норм международного права, так и из соответствующих международному праву договоров, участниками которых они являются¹⁰.

По нашему мнению, положение, согласно которому «если международным обычаем установлены иные правила, чем законом, то применяются правила международного обычая» имеет право на существование, учитывая правовую природу и юридическую силу обычной нормы международного права. Единственно, следует уточнить, что речь идет о международных обычаях, признанных Российской Федерацией, и международных обычаях, содержащих императивные нормы общего международного права (*jus cogens*). В отношении последних требование признания отличается от признания в качестве нормы общего международного права. Правило о настойчивом возражении к императивным нормам общего международного права не применяется¹¹.

Если российский законодатель ранее формирования общей обычной нормы международного права закрепил одинаковое с ней положение, то

⁹ Док. ООН, A/RES/56/83.

¹⁰ Международное право в документах. М., 1982. С. 17.

¹¹ Док. ООН, A/CN.4/747. P. 76/81, 78/81.

это можно считать актом его одностороннего признания. Если закреплено противоположное положение — актом настойчивого возражения. Признание обычной нормы международного права возможно сформулировать как односторонний акт, в котором государство явно выражено или молчаливо признает, что оно рассматривает практику (всеобщую, локальную) в качестве обычной нормы международного права.

Закон не может аннулировать явно выраженное или даже молчаливое признание общей обычной нормы международного права после того, как она сформировалась. Но обычная норма международного права может устаревать ввиду ее несоответствия потребностям общественного развития. Может сложиться ситуация, когда государство принимает противоречащие ранее сложившейся обычной норме международного права внутригосударственные нормы. Это поддерживается многими государствами в их разнообразной и многочисленной практике. Такая тенденция свидетельствует о признаках эволюции соответствующей обычной нормы международного права. Поэтому пока взамен прежней нормы новая общая обычная норма международного права не сформировалась, можно говорить о нарушении государствами их международно-правовых обязательств. Не исключено, что прежняя общая обычная норма международного права может отмирать или переходить в партикулярную обычную норму международного права.

В отношении подзаконных нормативных правовых актов вышеизложенные рассуждения, по нашему мнению, также приемлемы.

На наш взгляд, необходимо стремиться закреплять положения обычных норм международного права в законах, чтобы избежать трудностей в их последующем применении. Правоприменитель редко знает об их формулировках, доктринальных подходах по данному вопросу. Ратификация международных обычаев, как известно, российским законодательством не предусмотрена. Так, например, по ст. 3 Федерального конституционного закона от 25.12.2000 № 1-ФКЗ «О Государственном флаге РФ» судно под флагом иностранного государства во время плавания и стоянки в территориальном море, во внутренних водах России и во время стоянки в ее порту должно в дополнение к своему флагу поднимать и нести в соответствии с международными морскими обычаями также Государственный флаг России¹². Промульгации, т.е. официального опубликования международных обычаев не требуется и таковое на их правоприменение не влияет. Хотя, на наш взгляд, промульгация в этом случае могла бы приветствоваться. В нашем законодательстве такой порядок пока не предусмотрен.

На практике может встать вопрос о возможности применения обычной нормы международного права, когда она носит общий характер и не явля-

¹² СЗ РФ. 2000. № 52 (ч. I). Ст. 5020.

ется нормой, действующей непосредственно. Как писал И.И. Лукашук, выражение «применяются непосредственно» носит условный характер. Нормы международного права благодаря Конституции приобретают качество части правовой системы, иными словами, инкорпорируются в правовую систему страны [Лукашук И.И., 2004: 44]. Тогда может использоваться принцип, отчасти заложенный в ст. 5 ФЗ «О международных договорах Российской Федерации»: положения международных обычаев, не требующие издания дополнительных нормативных правовых актов в государстве, действуют непосредственно. Иные требуют разработки соответствующих нормативных правовых актов. По мнению Б.Л. Зимненко, самоисполнимость положений, зафиксированных в нормах международного права, должна касаться всех источников международного права, ставших частью правовой системы государства, в том числе и в международных обычаях [Зимненко Б.Л., 2006: 186]. Однако общность положений обычных норм международного права никоим образом не исключает необходимости соблюдения государством его международно-правовых обязательств.

Трансформированные положения международных обычаев могут заполнять пробелы в отечественном законодательстве. Так, по ст. 141 Кодекса внутреннего водного транспорта Российской Федерации от 07.03.2001 № 24-ФЗ (далее — КВВТ РФ) в случаях, если это предусмотрено соглашением сторон, а также в случаях неполноты подлежащего применению закона, при определении рода аварии, определении размеров общеаварийных убытков и их распределении применяются другие правила об общей аварии и международные обычаи торгового мореплавания¹³. Как указывали В.И. Менжинский и Г.М. Даниленко, некоторые особые черты международного обычая (например, способность заполнять пробелы в договорном праве, связывать, как правило, все государства, способность к переменам по мере изменений потребностей общества и практики государств) позволяют сделать вывод: международный обычай никогда не сможет полностью быть заменен международным договором в рамках системы международного права [Менжинский В.И., Даниленко Г.М., 1981: 53–66].

В целом можно выстроить следующую последовательность применения в российской правовой системе норм, содержащихся в различных источниках международного и внутригосударственного права:

нормы Конституции и императивные общепризнанные принципы и нормы международного права (императивные нормы общего международного права);

положения международных договоров России;

¹³ СЗ РФ. 2001. № 11. Ст. 1001.

общие обычные нормы международного права (диспозитивные нормы), признанные Российской Федерацией или ее предшественниками в рамках правопреемства (правопродолжательства), регулирующие вопросы, которые не охватываются ее международными договорами;

общие принципы права, свойственные международному праву или являющиеся одновременно общими как для внутрисударственного, так и международного права, при отсутствии договорных и обычных норм международного права по конкретному вопросу;

положения законов и подзаконных нормативных правовых актов.

Вместе с тем здесь есть ряд уточнений и пояснений. Так, норма международного договора в случае коллизии с ранее возникшей обычной нормой международного права, не являющейся императивной нормой, имеет приоритет над ней, но только в отношении участников этого международного договора. В преамбулах многих универсальных международных договоров закреплено положение, согласно которым нормы международного обычного права будут по-прежнему регулировать вопросы, которые не нашли решения в их положениях¹⁴. Если в международном договоре России происходит закрепление формулировки сложившейся обычной нормы международного права, то как этот обычай, как и договор являются обязательными. Ввиду этого проблем с определением приоритетности между нормами международного обычая и международного договора в таком случае не возникнет. Заметим, что в ситуации, когда международный договор с участием России, кодифицировавший обычную норму международного права или способствовал ее формированию, кристаллизации, прекратил существование, такая норма в форме международного обычая продолжает существование в российской правовой системе. Данный подход нашел отражение и в решениях Международного Суда ООН¹⁵.

Кроме того, императивная норма общего международного права носит по отношению к международному договору блокирующий характер. Договор является ничтожным, если в момент его заключения он противоречит императивной норме общего международного права. Положения такого договора не имеют юридической силы. Если возникает новая императивная норма общего международного права (*jus cogens*), то любой договор, который оказывается в противоречии с этой нормой, становится ничтожным и прекращается¹⁶. Напрашивается вывод, согласно которому если междуна-

¹⁴ Венская Конвенция о праве международных договоров 1969 г.. Available at: URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/law_treaties.shtml (дата обращения: 09.04.2022)

¹⁵ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986.

¹⁶ Док. ООН, A/CN.4/747, с. 71/81.

родным обычаем, содержащим императивную норму общего международного права установлены иные правила, чем международным договором, то применяются правила такого международного обычая.

3. Отдельные вопросы правопреемства в отношении международных обычаев в России

Проблемы, связанные с преемством прав и обязанностей государств, относятся к числу наиболее запутанных и животрепещущих проблем международного права и международной политики [О'Коннелл Д.П., 1957: 5]. В науке международного права и в практике международных отношений мы довольно часто говорим о правопреемстве международных договоров. Как известно, данному вопросу посвящена Венская конвенция о правопреемстве государств в отношении договоров (Вена, 23.08.1978)¹⁷, действуют обычные нормы международного права. Однако о правопреемстве в отношении международных обычаев, признанных прежним распавшимся государством или объединившимися государствами, говорится не так много.

В международном праве нормы, регулирующие вопросы правопреемства в отношении международных обычаев, отсутствуют (как обычно-правовые, так и договорные). Вместе с тем процесс территориальных изменений не уничтожает обязательства прежнего государства (государств) и в отношении их обязательств по международным обычаям (в том числе и для России).

Заметим, что Советская Россия в большинстве случаев не отказывалась от сложившихся международных обычаев, обязательных для царской России. Правда, такие факты все же имели место. СССР в отдельных случаях не поддерживал обычные нормы международного права, сформировавшиеся в период колониализма. После Второй Мировой войны СССР также негативно относился к праву войны, представленному обычными нормами международного права. В период образования многих новых государств имел место слом многих устаревших обычных норм международного права, возникали новые обычные нормы международного права, многие из которых нашли отражение в 1945 г. в Уставе ООН. В дальнейшем в правоприменительной практике Российская Федерация не дезавуировала общие международные обычаи, ранее признаваемые Советским Союзом. Территориальные изменения, вызванные распадом СССР, не привели к отказу новых независимых государств от таких обычаев.

На наш взгляд, при анализе возможных ситуаций правопреемства в отношении международных обычаев полезно использовать понятийный аппарат, являющийся общим в отношении международных договоров и обозна-

¹⁷ СПС Гарант.

ченный в Венской конвенции 1978 г.: «правопреемство государств» означает смену одного государства другим в несении ответственности; «государство-предшественник» означает государство, которое было сменено другим государством в случае правопреемства государств; «государство-преемник» означает государство, которое сменило другое государство в случае правопреемства государств; «момент правопреемства государств» означает дату смены государством-преемником государства-предшественника в несении ответственности за международные отношения применительно к территории, являющейся объектом правопреемства государств¹⁸.

Здесь применимы и общие принципы права — свободного согласия, добросовестности и *pacta sunt servanda*.

Как известно, объектом правопреемства является территория, применительно к которой сменяется собственник. Обычная норма международного права так же, как и положения международного договора, распространяется в отношении всей территории государства как субъекта международного права. Такая норма остается обязательной и для нового государства, выделившегося из состава прежнего государства, или для новых государств в результате распада старого государства, так как обычай уже сформировался и у него (них) нет возможности настойчиво возражать против его возникновения. Если прежнее государство(ва) ранее признавало(ли) сформировавшуюся обычную норму международного права, то государство(а)-преемник(ки), на наш взгляд, несомненно должно(ны) ее соблюдать. Он (они) являются правопреемниками в несении ответственности за международные отношения прежней территории. Кроме того, по мнению П.П. Кремнева, событие правопреемства государств не затрагивает международных обычаев, содержащих императивные нормы и другие общепризнанные обязательства *erga omnes* (или иначе их «автоматическое правопреемство») [Кремнев П.П., 2006: 53].

Можно согласиться с П.П. Кремневым, что есть группа обычных общепризнанных норм международного права, в отношении которых у государств имеет место особая заинтересованность и в отношении которых они в период формирования таких норм настойчиво не возражают. Принцип настойчивого возражения в отношении международных обычаев нашел отражение в указанно выше Выводе 15 (Настойчиво возражающее государство). «Выявление международного обычного права», не затрагивает какого-либо вопроса, касающегося императивных норм общего международного права (*jus cogens*)¹⁹.

¹⁸ Там же.

¹⁹ Док. ООН, A/RES/73/203. P. 6/6.

Если же прежнее государство(ва) ранее возражало(ли) против новой обычной нормы международного права, которая уже сформировалась, то государство(а)-преемник(ки), на наш взгляд, не обременено (ны) подобного рода заявлениями и может (могут) в любое время снять свои возражения и признавать обычную норму международного права юридически обязательной. Это своего рода присоединение к международному обычаю. Хотя на статус международного обычая как уже сложившейся нормы общего международного права такое присоединение никак не влияет. При этом целесообразно такого рода признание сделать в явно выраженной форме, так как отсутствие реагирования может рассматриваться как прежнее отрицательное отношение к существованию обычной нормы международного права. Государства, признавшие обычную норму международного права и для которых сложившийся международный обычай является обязательным, должны знать, с кем у них в рамках такой нормы существуют правоотношения.

Исключение — ситуация в отношении объединившихся государств, одно из которых ранее признавало обычную норму международного права, а другое нет. Новое государство, на наш взгляд, может сделать выбор — признавать ли сформировавшуюся обычную норму международного права или сохранить ранее сделанное возражение против существования такой нормы одним из прежних государств.

В отношении партикулярного международного обычая институт правопреемства также имеет место. Но необходимо принимать во внимание вышеизложенные рассуждения.

Заключение

Международный обычай по-прежнему является одним из важных источников международного права как России, так и в целом всего мирового сообщества. Однако применение международных обычаев требует дальнейшего совершенствования. В отечественном законодательстве редко употребляется данный термин. В Конституции России и в других законах нашего государства, как правило, используется фраза «общепризнанные принципы и нормы международного права». Это затрудняет понимание того, о каких источниках международного права идет речь и, соответственно, усложняет применение международных обычаев.

Сформировавшийся международный обычай, признанный нашим государством или его предшественниками, является международным обязательством государства вне зависимости от возможного его противоречия отдельным положениям российского законодательства. В практике правоприменения целесообразно учитывать механизм правопреемства в отношении международных обычаев, основанный на общих принципах, свойственных международному праву.

Конституция 1993 г. в ее современной редакции не противоречит императивным общепризнанным принципам и нормам международного права, являющиеся ее основой, а также основой международных договоров и нормативных правовых актов страны. Появившиеся в дальнейшем обычные нормы международного права, не являющиеся императивными общепризнанными принципами и нормами международного права, если они противоречат положениям Конституции, не могут быть обязательными для государства. Ранее появившиеся международные обычаи при их расхождении с Конституцией требуют соответствующего изменения ее положений. Государство не может отказаться от признания таких международных обычаев. Несоблюдение их положений будет приводить к международно-правовой ответственности России. Исключения составляют международные обычаи, ранее ею признанные, но ныне противоречащие жизненно важным интересам нашего государства, его безопасности или основам его конституционного строя, публичного правопорядка. В этом случае Россия, по нашему мнению, вправе при невыполнении своих обязательств по международному обычаю сослаться на клаузулу *rebus sic stantibus* как свидетельствующую о коренном изменении обстоятельств, при которых наше государство или его предшественники дали свое согласие на обязательность международного обычая. При временных угрозах безопасности нашего государства и при наличии предусмотренных международным правом обстоятельств, исключаяющих противоправность, а также в особых и чрезвычайных ситуациях, при которых Россия и ее граждане находятся под угрозой, наше государство может, официально заявив, на некоторое время отступить от выполнения своих отдельных международных обязательств по ранее признанному международному обычаю до тех пор, пока соответствующие угрозы не исчезнут.

Для удобства правоприменения следовало бы придерживаться подхода в толковании первого положения ч. 4 ст. 15 Конституции как «международные обычаи, признаваемые РФ, или содержащие императивные нормы общего международного права, международные договоры РФ являются составной частью ее правовой системы». В правоприменительной практике также целесообразно придерживаться позиции, согласно которой «если международным обычаем, признанным Россией, или содержащим императивные нормы общего международного права, предусмотрены иные правила, чем законом, применяются правила международного обычая».



Список источников

1. Алексеев С.С. Общая теория права. Курс в 2-х т. Т. 1. М.: Юрид. лит., 1981. 360 с.
2. Ануфриева Л.П. Эпигма российской Конституции 1993 года: «общепризнанные принципы и нормы международного права» // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 3. С. 4–25.

3. Барнашев А.М. О применении Конституционным Судом Российской Федерации общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров / Российский ежегодник международного права. 2006. СПб.: Россия-Нева, 2007. С. 42–50.
4. Гаврилов В.В. Понятие и взаимодействие международной и национальных правовых систем.: Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та, 2005. 216 с.
5. Гетьман-Павлова И.В., Постникова Е.В. *Международное право*. М.: Юрайт, 2019. 560 с.
6. Гинзбургс Дж. Соотношение международного и внутригосударственного права в СССР и в России // Советское государство и право. 1994. N 3. С. 111–112.
7. Глотова С.В. Общепризнанные принципы и нормы международного права, их соотношение с иными категориями и вопросы применения в правовой системе России. Вопросы российского и международного права, 2018, № 12, с. 170–182.
8. Зимненко Б.Л. *Международное право и правовая система Российской Федерации*. М.: Статут, 2006. 454 с.
9. Кремнев П.П. Общепризнанные принципы и нормы *jus cogens* и обязательства *erga omnes*: юридическая природа и иерархия в российской правовой системе // Вестник Санкт-Петербургского университета. 2021. Право. Вып. 3. С. 783–802.
10. Кремнев П.П. Правопреемство государств в некодифицированных областях. Московский журнал международного права. 2006. № 4. С. 37–53.
11. Кузнецова О.А. Общепризнанные принципы и нормы международного права в гражданском праве: от перечня к системе. Вестник Пермского университета. 2009. Юридические науки. Вып. 2. С. 111–118.
12. Лукашук И.И. Конституция России и международное право. Общепризнанные принципы и нормы международного права, международные договоры в практике конституционного правосудия: материалы Всероссийского совещания. М.: Международные отношения, 2004. С. 43–47.
13. Лукашук И.И. *Международное право в судах государств*. СПб.: Россия-Нева, 1993. 301 с.
14. Лукашук И.И. *Нормы международного права*. М.: Спарк, 1997. 322 с.
15. Манов Г.Н. *Теория государства и права*. М.: Бек, 1995. 678 с.
16. Менжинский В.И., Даниленко Г.М. Процесс образования и действия международного обычного права / *Международное право и международный правопорядок* / отв. ред. Н.А. Ушаков. М., 1981. С. 53–66.
17. ÓКоннелл Д. *Правопреемство государств*. Пер. с англ. М.: Изд-во иностр. лит., 1957. 590 с.
18. Тимошков С.Г. Применение международного обычая как источника ответственности за преступление агрессии // Журнал российского права. 2015. N 12. С. 149–156.
19. Толстик В.А. Общепризнанные принципы и нормы международного права в правовой системе России. Журнал российского права. 2000. N 8. С. 67–77.
20. Тункин Г.И. *Теория международного права*. М.: Зерцало, 2000. 398 с.
21. Черниченко С.В. *Теория международного права*. В 2-х томах. Том 2: Старые и новые теоретические проблемы. М.: НИМП, 1999. 531 с.
22. Черниченко С.В. Тезис о верховенстве международного права и Конституция Российской Федерации / Российский ежегодник международного права. 2016. СПб.: Россия-Нева, 2017. С. 20–35.

23. Черниченко С.В. Контуры международного права. Общие вопросы. М.: Научная книга, 2014. 592 с.
24. Шестаков Л.Н. Императивные нормы в системе международного права. М.: МГУ, 1981. 120 с.
25. Fon V. and Parisi F. Stability and Change In International Customary Law. Supreme Court Economic Review, 2009, vol. 17, no. 1, pp. 279–309.
26. Galindo G. Particular customary international law and the International Law Commission: Mapping presences and absences. Questions of International Law, 2021, vol. 86, pp. 3–21.



References

1. Alekseev S.S. (1981) Course of general theory of law. Moscow: Yuridicheskaya literatura, 360 p. (in Russ.)
2. Anufrieva L.P. (2019) Enigma of the Russian Constitution of 1993: «universally recognized principles and norms of international law». *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*=Law. Journal of the Higher School of Economics, vol.12, no. 3, pp. 4–25 (in Russ.)
3. Barnashev A.M. (2007) On the application by the Constitutional Court of Russia of generally recognized principles and norms of international law and international treaties of the Russian Federation. In: Russian Yearbook of International Law. Saint Petersburg: Rossiya-Neva, pp. 42–50 (in Russ.)
4. Chernichenko S.V. (1999) The theory of international law. Old and new theoretical issues. Moscow: NIMP, 531 p. (in Russ.)
5. Chernichenko S.V. (2016) Thesis on the supremacy of international law and the Constitution of the Russian Federation. In: Russian Yearbook of International Law. Saint Petersburg: Rossiya-Neva, pp. 20–35 (in Russ.)
6. Chernichenko S.V. (2014) The contours of international law. General issues. Moscow: Nauchnaya kniga, 592 p. (in Russ.)
7. Galindo G. (2021) Particular customary international law and the International Law Commission: Mapping presences and absences. Questions of International Law, no. 86, pp. 3–21.
8. Gavrilov V.V. (2005) *The concept and interaction of international and national legal systems*. Vladivostok: University, 216 p. (in Russ.)
9. Getman-Pavlova I.V., Postnikova E.V. (2019) International Law. Moscow: Yurait, 560 p. (in Russ.)
10. Ginzburgs J. (1994) Correlation between international and domestic law in the USSR and in Russia. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo*=Soviet State and Law, no. 3, pp. 111–112 (in Russ.)
11. Glotova S.V. (2018) Generally recognized principles and norms of international law, their relationship with other categories and issues of application in the legal system of Russia. *Voprosy rossiyskogo i mezhdunarodnogo prava*=Matters of Russian and International Law, no. 12, pp. 170–182 (in Russ.)
12. Kremnev P.P. (2021) Generally recognized principles and norms of jus cogens and obligations erga omnes: legal nature and hierarchy in the Russian legal system. *Vestnik Sankt-Peterburgskogo universiteta*=Herald of Saint Petersburg University, no. 3, pp. 783–802 (in Russ.)

13. Kremnev P.P. (2006) Succession of states in non-codified areas. *Moskovskii zhurnal mezhdunarodnogo prava*=Moscow Journal of International Law, no. 4, pp. 37–53.
14. Kuznetsova O.A. (2009) Generally recognized principles and norms of international law in civil law: from a list to a system. *Vestnik Permskogo universiteta. Yuridicheskie nauki*=Herald of Perm University. Law, no. 2, pp. 111–118 (in Russ.)
15. Lukashuk I.I. (2004) The Constitution of Russia and international law. In: Generally recognized principles and norms of international law, international treaties in practice of constitutional justice: papers of conference. Moscow: Mezhdunarodnie otnosheniya, pp. 43–47 (in Russ.)
16. Lukashuk I.I. (1993) *International law in the courts of states*. Saint Petersburg: Rossiya-Neva, 301 p. (in Russ.)
17. Lukashuk I.I. (1997) Norms of international law. Moscow: Spark, 322 p. (in Russ.)
18. Manov G.N. (1995) Theory of state and law. Moscow: Bek, p. 678 (in Russ.)
19. Menzhinsky V.I., Danilenko G.M. (1981) The process of formation and operation of customary international law. In: International Law and International Justice. N.A. Ushakov (ed.). Moscow: Norma, pp. 53–66 (in Russ.)
20. O'Connell D. (1957) *Succession of States*. Moscow: Inostr. lit., 590 p. (in Russ.)
21. Shestakov L.N. (1981) *Imperative norms in the system of international law*. Moscow: University, 120 p. (in Russ.)
22. Timoshkov S.G. (2015) Application of international custom as a source of responsibility for the crime of aggression. *Zhurnal rossiyskogo prava*=Journal of Russian Law, no. 12, pp. 149–156 (in Russ.)
23. Tolstik V.A. (2000) Generally recognized principles and norms of international law in the legal system of Russia. *Zhurnal rossiyskogo prava*=Journal of Russian Law, no. 8, pp. 67–77 (in Russ.)
24. Tunkin G.I. (2000) Theory of international law. Moscow: Zertsalo, 398 p. (in Russ.)
25. Vincy F. and Parisi F. (2009) Stability and Change in International Customary Law. *Supreme Court Economic Review*, vol. 17, no. 1, pp. 279–309.
26. Zimnenko B.L. (2006) International law and legal system of the Russian Federation. Moscow: Statut, 454 p. (in Russ.)

Информация об авторе:

Ю.С. Ромашев — доктор юридических наук, профессор.

Information about the author:

Yu.S. Romashev — Doctor of Science (Law), Professor.

Статья поступила в редакцию 31.05.2022; одобрена после рецензирования 30.06.2022; принята к публикации 17.07.2022.

The article was submitted to the editorial office 31.05.2022; approved after reviewing 30.06.2022; accepted for publication 17.07.2022.

Научная статья

УДК: 341.9

DOI:10.17323/2072-8166.2022.3.222.240

Ограничение прав и свобод человека в условиях пандемии COVID-19: международно-правовые аспекты



Александр Николаевич Сквозников

Тольяттинский государственный университет, Россия 445020, Тольятти, ул. Ушакова, 57. skvoznikov2003@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0002-1543-0375>



Аннотация

Целью работы является изучение института ограничения прав человека и основных свобод при чрезвычайной опасности общественному здоровью, а также правовых оснований и пределов таких ограничений в доктрине международного права. Эмпирической основой исследования стали нормы международных договоров и иных правовых актов, а также материалы зарубежных периодических изданий. Институт прав и свобод человека в условиях пандемии COVID-19 подвергается серьезной трансформации, результатом которой может стать появление новой парадигмы прав человека. Многие государства, являющиеся родоначальниками европейского гуманизма, на котором основано современное международное право, под влиянием пандемии постепенно отходят от его базового принципа о признании человека в качестве высшей ценности, реализуемого через идею автономии и универсальности личности. Некоторые современные государства активно культивируют иные по сравнению с европейским гуманизмом ценности и принципы, в которых в качестве приоритета выступает общественное (коллективное) благо, в частности, здоровье всего общества, при ограничении автономии личности и индивидуальных прав. Научная новизна работы состоит в обосновании условий ограничений прав человека и основных свобод при глобальной угрозе общественному здоровью в форме пандемии. Практическое значение исследования состоит в том, что были выявлены существенные противоречия между должным (формальным) порядком по ограничению прав и свобод человека, установленным международным правом, и фактически сложившейся ранее практикой субъектов международного права. Преодоление данных противоречий возможно только путем

неукоснительного соблюдения норм и принципов международного права. Автором выявлены существенные изменения политико-правовой сущности современного государства. Констатируется, что модель государства, сложившаяся в период Нового времени, подвергается серьезной трансформации: концепция общественного договора, основанная на ограничении государственной власти в интересах личности, все больше уступает место неограниченному праву вмешательства государства в частную жизнь.



Ключевые слова

права человека и основные свободы, гуманизм, международное право, личная тайна, свобода передвижения, пандемия, публичные интересы, цифровое неравенство, дискриминация.

Благодарности: статья опубликована в рамках проекта по поддержке публикаций авторов российских образовательных и научных организаций в научных изданиях НИУ ВШЭ.

Для цитирования: Сквозников А.Н. Ограничение прав и свобод человека в условиях пандемии COVID-19: международно-правовые аспекты // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. № 3. С. 222–240. DOI: 10.17323/2072-8166.2022.3.222.240.

Law in the Modern World

Research article

Limitation of Human Rights and Freedoms in the Context of the COVID-19 Pandemic: International Legal Aspects



Aleksander N. Skvoznikov

Togliatti State University, 57 Ushakova Street, Togliatti 445020, Russia, skvoznikov2003@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0002-1543-0375>



Abstract

The aim of the work is to study the institution of restriction of human rights and freedoms in the face of an emergency danger to human health, the legal grounds and limits of such restrictions in the doctrine of international law. The empirical basis of the study was the norms of international treaties and other legal acts, as well as materials from foreign periodicals. In the course of the study, the corresponding special-legal methods were applied: formal-legal, comparative-legal, hermeneutic. The author came to the conclusion that international law allows in some cases the restriction of human rights and freedoms, including in the presence of a serious threat to public health. The institution of human rights and freedoms in the context of the COVID-19 pandemic is undergoing a major transformation, which may result in the emergence of a new paradigm of human rights. Many states that are the founders of the

European humanism, which appeared to be a fundament of modern international law, but, under the influence of the pandemic, they are gradually moving away from its basic principle of recognizing a person as the highest value, implemented through the idea of autonomy and universality of the individual. Some modern states are actively cultivating other values and principles compared to European humanism, in which the public (collective) good, in particular, the health of the whole society, is a priority, while limiting the autonomy of human person and individual rights. Arbitrary introduction by states of restrictions on human rights and freedoms, bypassing international law, and in particular ignoring the recommendations of the World Health Organization, a specialized international body authorized to ensure public health at the global level, undermines the international legal order and creates additional difficulties in the fight against the pandemic. The scientific novelty lies in the fact that the study substantiated the criteria for restricting human rights and freedoms in the face of a global threat to public health in a pandemic. Such restrictions must be proportionate to the threat and scientifically justified. When introducing restrictions, arbitrariness or discrimination is excluded; restrictions must be limited in time and must not prejudice the democratic functioning of society. The practical significance of the study is that significant contradictions were identified between the proper (formal) procedure for restricting human rights and freedoms established by international law and the actual practice of subjects of international law. Overcoming these contradictions is possible only through strict observance of the norms and principles of international law. Significant changes in the political and legal essence of the modern state are revealed. The model of the state that developed in the Modern Times is undergoing a major transformation: the concept of a social contract based on the limitation of state power in the interests of the individual is increasingly giving way to the unlimited right of state intervention in private life.



Keywords

human rights and freedoms, humanism, international law, personal secrets, freedom of movement, pandemic, public interests, digital inequality, discrimination.

Acknowledgments: the paper is published within the project of supporting the publications of the authors of Russian educational and research organizations in the Higher School of Economics academic publications.

For citation: Skvoznikov A.N. (2022) Limitation of Human Rights and Freedoms in the Context of the COVID-19 Pandemic: International Legal Aspects. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no. 3, pp. 222–240 (in Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2022.3.222.240.

Введение

Спор о свободе личности и ее пределах, о соотношении и балансе между личными и публичными интересами ведется со времен античности. Пандемия COVID-19 вновь обострила общественную и научную дискуссии о соотношении интересов отдельной личности и интересов общества. Пандемия стала испытанием на прочность многих национальных правовых порядков и всей современной системы международного права, основанной на гуманистических, демократических ценностях и принципах.

В гуманистической парадигме правопонимания сложилось понятие: права и свободы человека есть фундаментальная ценность современного общества. Уровень защиты прав и свобод человека и гражданина долгое время считался индикатором политического и правового развития каждого государства, показателем его зрелости, цивилизованности. Индивидуальная свобода личности, начиная с античности, рассматривалась как неперемное условие сохранения и дальнейшего развития материальной и духовной культуры.

Реализация прав и свобод отдельного человека, как правило, осуществляется при его взаимодействии с другими лицами. В жизни интересы отдельного человека объективно могут вступить в противоречие с интересами других личностей или коллектива, может также возникнуть конфликт индивидуальных интересов. На протяжении длительного времени в правоведении действует аксиома — человек, реализуя свои права, гарантированные ему международным и национальным правом, не должен причинять вред правам и свободам других лиц и обществу в целом.

Современное государство играет организующую роль в регулировании общественных правоотношений. В этом смысле оно наделено полномочиями защиты прав человека, с одной стороны, и их ограничения в целях защиты публичных и частных интересов, с другой. Государство таким образом выступает как институт, гарантирующий реализацию и защиту естественных прав человека. Перед ним поставлена задача согласования индивидуальных интересов, достижения компромисса между не совпадающими интересами и правами отдельных субъектов.

Таким образом, в определенных ситуациях для защиты всего общества необходимо ограничить права и свободы конкретного индивида. Это означает: чтобы защитить одну из категорий прав и свобод человека, требуется ограничить другие его права и свободы. Возникает концептуальное логическое противоречие: во имя защиты свободы требуется отказаться от свободы [Грецкова Е.Е., 2009: 3].

В национальном праве многих современных государств функционирует институт ограничения прав и свобод человека и гражданина в интересах личности, общества и государства, в том числе от глобальных угроз (международный терроризм, международная преступность, глобальная пандемия). Данный институт ограничений основан на нормах, закрепленных в международных договорах. Нормы и принципы международного права являются основой правовой защиты прав и свобод человека в каждом отдельном государстве.

Очевидно, что одним из способов регулирования отношений в обществе является установление различных ограничений и запретов, с помощью которых государство реализует свои функции по обеспечению безопасности

всего общества. Вместе с тем пределы ограничений публичной властью прав человека в международном праве четко не установлены. Поэтому в период различных кризисов и пандемий возрастает опасность произвольного вторжения государственной власти в сферу прав и свобод человека, гарантированных международным правом.

Реализация прав и свобод человека в особых (чрезвычайных) условиях является актуальной проблемой. Соотношение прав, свобод, интересов каждого человека с правами, свободами и интересами других лиц, интересами общества и государства имеет научный и, безусловно, практическое значение.

В период пандемии коронавируса COVID-19 многие государства стали вводить всевозможные ограничения прав и свобод граждан, что стало предметом научного обсуждения. Предметом научного исследования отдельных авторов стала проблема правомерности с позиций международного права вводимых государствами ограничений свободы передвижения в условиях пандемии. Ряд исследователей полагает, что введенный во многих странах запрет для граждан на зарубежные поездки является чрезвычайно жесткой и необоснованной мерой ограничения индивидуальной свободы, которая противоречит международному праву и приводит к ненужной экономической изоляции [Meier B., Habibi R., Yang Y., 2020: 1436]. Беспрецедентное закрытие границ и ограничение свободы передвижения граждан вызвало негативные последствия, поскольку создало препятствия, в том числе и для перемещения медицинских работников и медицинского оборудования, средств индивидуальной защиты и лекарств, необходимых для сдерживания распространения вируса и спасения жизней заболевших [Devi S., 2020: 1331].

Ряд ведущих ученых в области правового регулирования глобального здравоохранения в исследованиях сосредотачивает внимание юридического научного сообщества на таком аспекте, что многие ограничения, введенные десятками стран во время вспышки COVID-19, не были согласованы с Всемирной организацией здравоохранения [Habibi R., Burci L., de Campos T. et al., 2020: 664], что явилось нарушением международных норм, в частности, принятых в 2005 г. Международных медико-санитарных правил.¹

Некоторые исследователи обоснованно фокусируют внимание научного сообщества на том обстоятельстве, что в последние годы международное право и национальное право многих государств, основанное на принципе равенства личностей в своей свободе, испытывают серьезное давление со стороны технократической цивилизации. Это выражается в постоянной

¹ Международные медико-санитарные правила. Приняты на 58-й сессии Всемирной ассамблеи здравоохранения 23.05. 2005. Available at: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pdf/health_regulations.pdf (дата обращения: 10.01.2022)

технологической экспансии в природу человека, в том числе вторжении в его личное пространство, личные права и свободы [Лапаева В.В., 2021: 4]. Такая экспансия во многом обосновывается идеей прогресса и всеобщего блага.

Ряд авторов обратил внимание на тот аспект, что вспышка пандемии COVID-19 привела к ускорению цифровизации современного общества. Это, в свою очередь, породило дополнительные проблемы в сфере защиты прав и свобод человека. В связи с пандемией, начавшейся в 2020 году, в глобальном масштабе значительно усилилось цифровое неравенство — ограничение возможностей отдельных социальных групп из-за отсутствия у них доступа к современным средствам коммуникации [Blassime A., Vaena E., 2019: 760].

Целью настоящей работы является изучение института ограничения прав и свобод человека в международном праве в условиях чрезвычайной опасности общественному здоровью, правовых оснований и пределов такого ограничений. Автор поставил перед собой следующие задачи: исследовать условия ограничения прав и свобод человека, закрепленные в международном праве; определить границы вторжения общества (публичной власти) в сферу частной жизни; обосновать критерии, применение которых позволит обеспечить разумный баланс частных (индивидуальных) и публичных интересов при ограничении прав и свобод человека в чрезвычайных условиях; выявить и конкретизировать такие условия, при которых ограничительные меры не будут противоречить нормам международного права.

В ходе исследования применены релевантные общенаучные и специально-юридические методы. Методологической основой работы выступает диалектический метод научного познания, на котором основаны формально-правовой и сравнительно-правовой подходы. Изучение международных правовых актов проведено с помощью формально-правового метода. Данный метод позволил выявить и обобщить условия, критерии и пределы ограничений прав и свобод человека со стороны государства в чрезвычайных обстоятельствах.

Сравнительно-правовой метод позволил провести сопоставление содержания правовых норм, касающихся ограничений прав и свобод человека и закрепленных в международных соглашениях, и практикой применения института ограничений прав и свобод человека в условиях пандемии. Данный метод позволили выявить серьезные противоречия между должным, формальным порядком ограничения прав и свобод человека, закрепленным в международных договорах, и фактическими обстоятельствами, сложившейся практикой субъектов международного права. Герменевтический метод был применен в процессе толкования норм международных соглашений

и уяснения содержания института ограничений прав и свобод человека в международном публичном праве.

Общенаучные методы (анализ и синтез, абстракция, дедукция и индукция) нашли в работе применение как по отдельности каждый, так и в составе других методов.

1. Институт ограничения прав и свобод человека в международном праве

В международно-правовых отношениях отсутствует запрет на установление государством в пределах его территории в чрезвычайных условиях ограничений некоторых прав человека, например, свободы передвижения, собраний, деятельности средств массовой информации. Речь идет о временной невозможности осуществления отдельных прав, в том числе по причине вынужденного запрета. Вместе с тем ограничительные меры должны приниматься только в той степени, в которой они необходимы государству в интересах его безопасности и не могут противоречить обязательствам, вытекающим из международного права. Ограничения прав и свобод допустимы в демократическом обществе в качестве крайней меры, когда все иные средства уже исчерпаны.

В статье 29 Всеобщей декларации прав человека (1948) закреплено ограничение прав и свобод человека с целью обеспечения прав и свобод других лиц, а также для выполнения справедливых требований морали, общественного порядка и общего благосостояния в демократическом обществе². Целью ограничений прав и свобод человека в Декларации выступают права и свободы других лиц, мораль, общественный порядок и общественное благо. Содержание данных понятий в документе не конкретизируется. Таким образом, норма об ограничении прав и свобод человека сформулирована широко, что может создавать почву различных злоупотреблений при ее применении, в частности, при принятии ограничительных мер, несоизмеренных с охраняемыми общественными интересами.

В международных соглашениях в области прав и свобод человека, принятых во второй половине XX века, предусмотрено право государств на derogation, т.е. отступление от взятых ими на себя ранее обязательств защиты прав человека в особых (чрезвычайных) обстоятельствах. В частности, в ст. 15 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (1950) закреплено, что в чрезвычайных обстоятельствах, угрожающих жизни на-

² Всеобщая декларация прав человека. Принята Генеральной Ассамблеей ООН 10.12.1948. Available at: URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/declhr.shtml (дата обращения: 08.01.2022)

ции, государство может отступать от обязательств по настоящей Конвенции в той степени, в какой это обусловлено чрезвычайностью обстоятельств³.

В статье 4 Международного пакта о гражданских и политических правах (1966) право государства отступать от обязательств обеспечивать права и свободы человека ограничено несколькими условиями. Ограничения этих прав и свобод допускаются только в период официально введенного в государстве чрезвычайного положения, при котором жизнь нации находится под угрозой. При этом не допускается, чтобы вводимые ограничения прав и свобод человека препятствовали исполнению государством других обязательств по международному праву или приводили бы к дискриминации по признаку расы, цвета кожи, пола, языка, религии или социального происхождения. Степень ограничения прав и свобод ставится в зависимость от остроты создавшегося положения⁴. Данная норма опять же сформулирована весьма неконкретно, расплывчато. Это таит в себе угрозу ее произвольного толкования и как результат — опасность несоразмерного ограничения прав и свобод человека в чрезвычайных условиях.

Помимо чрезвычайного положения, еще одним правовым основанием ограничения прав и свобод человека, которое предусмотрено международным правом, является угроза жизни и общественному здоровью. В частности в Сиракузских принципах 1984 г. закреплено, что некоторые права человека могут быть ограничены с целью осуществления государством необходимых мер в отношении серьезной угрозы здоровью населения или отдельным лицам. Эти меры должны быть направлены на профилактику заболеваний или травматизма или на обеспечение ухода за больными и травмированными (ст. 25 ч. I)⁵.

Впервые вспышка вирусного заболевания стала рассматриваться в качестве угрозы международной безопасности в 2014 г. в связи с распространением вируса Эбола в Западной Африке. Принятая в связи с данной эпидемией резолюция Совета Безопасности ООН предусматривала превентивные

³ Конвенция о защите прав человека и основных свобод. Заключена в Риме 04.11.1950. Available at: URL:http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_29160/d31a37bbb0f3491a9c4a825fe1f9b46808f5b7c8/ (дата обращения: 30.12.2021)

⁴ Международный пакт о гражданских и политических правах. Принят резолюцией 2200 А (XXI) Генеральной Ассамблеи 16.12. 1966. Available at: URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pactpol.shtml (дата обращения: 08.01.2022)

⁵ Сиракузские принципы, о положениях, касающихся ограничения и умаления прав в международном пакте о гражданских и политических правах / Экономический и социальный совет ООН. Комиссия по правам человека. 41 сессия. 28.09.1984. Available at: <https://www.refworld.org/cgi-bin/tehis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4933d0b22> (дата обращения: 08.01.2022)

меры борьбы с эпидемией, в том числе изоляцию лиц с подозрением на инфекцию⁶.

Указанные факты свидетельствуют, что международное право и основанное на нем законодательство большинства современных государств допускают ограничение прав и свобод человека с целью обеспечения общего блага, безопасности всего общества. Вместе с тем нерешенным остается вопрос о нормативном закреплении в международном праве целей, средств и пределов ограничений прав и свобод человека и допустимого вмешательства в частную жизнь в публичных интересах.

Официальные представители ООН неоднократно заявляли о необходимости защиты прав человека в условиях пандемии и о недопустимости усиления неравенства в чрезвычайных условиях общемирового кризиса, вызванного пандемией⁷. В частности, Верховный комиссар ООН по правам человека М. Бачелет выражала обеспокоенность тем, что правительства некоторых стран в условиях пандемии получили чрезвычайные полномочия на неопределенный срок или под предлогом пандемии внесли в национальное законодательство изменения, позволяющие осуществлять некоторые репрессивные меры. Речь идет об ограничениях деятельности независимой прессы, запугивании журналистов и блогеров, которые сообщали о нехватке медицинских масок и иных средств защиты, а также о задержаниях жителей некоторых стран за обсуждение темы пандемии коронавируса и выражение своего мнения о данной проблематике в социальных сетях⁸. Таким образом, речь идет об ограничении права на получение и распространение информации, а также об ужесточении цензуры.

2. Наступление на базовые права человека в условиях пандемии

Одним из базовых прав человека является неприкосновенность его частной жизни. В соответствии со ст. 17 Международного пакта о гражданских и политических правах человек не может подвергаться произвольному или незаконному вмешательству в его личную и семейную жизнь. Вместе с тем, данная норма предполагает, что существует как законное, так и незаконное вмешательство в личную жизнь. Таким образом, необходимо разобраться —

⁶ Резолюция 2177 Совета Безопасности 18.09. 2014. S/RES/2177. Available at: URL: <https://www.refworld.org.ru/docid/546f0cf94.html> (дата обращения: 21.11 2021)

⁷ United Nations. Protecting human rights amid COVID-19 crisis. Available at: URL: <https://www.un.org/ru/coronavirus/protecting-human-rights-amid-covid-19-crisis> (дата обращения: 20.11.2021)

⁸ COVID-19: UN Chief Human Rights Defender Concerns Harassment of Journalists. UN News. 24.04. 2020. Available at: URL: <https://news.un.org/ru/story/2020/04/1376722> (дата обращения: 30.05.2022)

а что же считать законным основанием ограничения прав и свобод человека, в том числе ограничения неприкосновенности частной жизни?

В период пандемии некоторые государства (Южная Корея, Сингапур, Австралия и др.) приняли нормативно-правовые акты, открывшие государственным органам доступ к личным данным граждан: к информации о здоровье человека, его передвижении и точном местонахождении, о социальных контактах, об операциях, совершаемых по кредитным картам. В Южной Корее эти данные собирались без соответствующего письменного согласия лиц на сбор и хранение персональных данных [Morley J., Cows J., Taddeo M., 2020: 29]. В ходе пандемии в Южной Корее появились такие неправовые термины, как «лицо, подозреваемое в заражении», или «лицо, контактировавшее с инфицированным человеком». Некоторые из этих лиц пострадали от нежелательного вторжения в частную жизнь и даже стали предметом публичного презрения [Park S., Choi G., Ko H., 2020: 2129–2130].

В данном случае раскрытие персональных данных является нарушением права на неприкосновенность частной жизни. Сбор таких данных потенциально угрожает конфиденциальности, равенству и справедливости. Быстрое развертывание технологий отслеживания через мобильные устройства и приложения сопряжено с риском утечки информации о здоровье, передвижениях и социальных взаимодействиях человека.

В некоторых государствах была ограничена свобода передвижения. Но с точки зрения защиты прав человека вызывает опасения не столько временное ограничение физического передвижения граждан в пространстве, сколько использование инвазивных (навязываемых) технологий, с помощью которых проводилось отслеживание перемещения физических лиц. В частности, в Китайской Народной Республике для перемещения по улице и посещения публичных мест граждане обязаны были установить и использовать мобильное приложение, которое назначало каждому пользователю цифровой QR-код, который имеет красный, желтый или зеленый цвет, чтобы указать на карантинный статус этого человека и, следовательно, на его способность передвигаться. В Гонконге лиц, помещенных на карантин, обязали носить электронный браслет, который через приложение сообщает местным властям о местонахождении лица. В Польше были введены требования обязательной самоизоляции в течение 14 дней для граждан после возвращения из-за границы. Указанные лица обязаны были отправлять в местную полицию доказательства своего пребывания по месту жительства в форме фотографий и данных о геолокации в своем мобильном устройстве.

Выявление и обмен данными о здоровье или болезни (медицинском диагнозе) человека без его согласия является не только нарушением этических норм, но и ставит под угрозу право индивида на врачебную тайну. В Китае, например, органы власти не запрашивали разрешения граждан страны перед использова-

нием данных отслеживания с мобильных телефонов для идентификации пациентов с подозрением на COVID-19 [Labs J., Terry S., 2020: 535–536].

Внедрение технологий для отслеживания контактов между гражданами должно быть основано на демократических принципах и институтах, непрерывной общественной дискуссии и готовности исправлять ситуацию при необходимости [Braun M., Hummel P., 2020: 360]. Иначе применение данных технологий без общественного обсуждения подрывает их легитимность и доверие к государственной власти.

Применение некоторых информационных технологий, направленных на контроль над перемещением лиц, с одной стороны, приносит положительные плоды: оно способствует снижению распространения коронавируса и его новых штаммов. С другой, сохраняется риск неправомерного доступа к персональным данным, разглашения личной, семейной и врачебной тайны. Соблюдение цифровых прав человека является важнейшим условием обеспечения неприкосновенности частной жизни, личной и семейной тайн, свободы слова, свободы передвижения, иных человеческих прав вне зависимости от чрезвычайности сложившегося положения.

ВОЗ в период пандемии выступала и продолжает выступать против закрытия границ и ограничения зарубежных поездок граждан, так как данные меры препятствуют доставке необходимой помощи, а также могут вызвать у стран ложное чувство безопасности. По Международным медико-санитарным правилам, обязательным для всех государств-членов ВОЗ, медико-санитарные меры в области общественного здравоохранения, осуществляются с полным уважением достоинства, прав человека и его основных свобод. Ограничительные меры должны быть соизмеримы с рисками для общественного здоровья и ограничены ими, такие меры не должны создавать лишних препятствий для международных перевозок и торговли⁹.

Таким образом, субъектам международного права следует избегать агрессивных и навязчивых ограничений свободы передвижения и личной свободы. Вводимые ограничения должны быть основаны на научных данных и рекомендациях ВОЗ.

3. Дискуссия по изучаемой проблеме в российской доктрине международного права

Ныне в юридической науке и профессиональном юридическом сообществе развернулась активная дискуссия о правомерности вводимых повсеместно ограничений прав и свобод человека в условиях пандемии. Насколько вводи-

⁹ International Health Regulations. Adopted by the 58th World Health Assembly in 2005 in resolution WHA58.3. Available at: <https://www.who.int/publications/i/item/9789241580496> (дата обращения: 08.01.2022)

мые ограничения являются допустимыми, соразмерными степени опасности, достаточными, оправданными, т.е. соответствуют ли они поставленной цели — прекращение глобальной пандемии? В доктрине международного права существуют полярные точки зрения о возможном отступлении государств от принятых им обязательств обеспечения прав и свобод человека. Противники широкомасштабных ограничений прав и свобод человека в условиях пандемии COVID-19 характеризуют их как лихорадочные, иррациональные и совершенно необоснованные меры со стороны государства [Толстых В.Л., 2022: 140].

Другие исследователи полагают, что в исключительных случаях допускается ограничение прав и свобод отдельной личности государством. Безграничная свобода индивида может привести к умалению интересов и прав других лиц, угрожать их безопасности [Ромашев Ю.С., 2013: 75]. Некоторые авторитетные российские юристы, рассуждая о пределах свободы и ответственности в современном обществе, придерживаются мнения о том, что свобода возможна только в ясно очерченных правовых рамках, а права абстрактной личности нельзя ставить выше интересов социума, члены которого соединены общей судьбой на определенной территории [Зорькин В.Д., 2019]. Признание в международном и национальном праве приоритета прав отдельного человека не означает игнорирования интересов других личностей. Поскольку масштаб и острота пандемии COVID-19 угрожают общественному здоровью, ограничение объема прав и свобод человека оправдано [Василевич Г.А., Остапович И.Ю., Калинина Е.Г., 2021: 62].

В современной юридической науке утвердилось мнение, что при серьезной угрозе обществу допускается ограничение прав отдельного индивида. В условиях борьбы с коронавирусной инфекцией допускается усиление мер публично-правового воздействия на человека, в том числе применение механизма административного принуждения [Липинский Д.А., Макарейко Н.В., Попов И.Е., 2021: 25].

Многие российские исследователи полагают, что в условиях пандемии ограничение прав и свобод граждан стало вынужденной, но необходимой мерой [Латыпова Н.С., 2021: 96]. Поскольку в России установленные ограничения соразмерны целям, ради которых данные ограничительные меры были введены, они пропорциональны проблеме и законны [Попов М.Ю., Самыгин П.С., Самыгин С.И., 2020: 144]. Указанные авторы, скорее всего, опираются на мнение Конституционного Суда Российской Федерации, который в постановлении от 25.12.2020 обосновал, что введение ограничений прав и свобод человека продиктовано объективной необходимостью оперативного реагирования на экстраординарную (беспрецедентную) опасность распространения коронавирусной инфекции (COVID-2019)¹⁰.

¹⁰ Постановление Конституционного Суда РФ от 25.12.2020 № 49-П «По делу о проверке конституционности подпункта 3 пункта 5 постановления губернатора Московской области

Некоторые исследователи полагают, что временные ограничения прав и свобод человека не должны вызывать опасений, поскольку в чрезвычайной ситуации личности часто ошибочно воспринимают меры, исходящие от государства, как ограничения своих прав, что вызывает у них чувство незащищенности и уязвимости. Целью установления ограничений прав и свобод человека является достижение компромисса между государственной и общественной необходимостью и интересами человека [Ягофарова И.Д., 2019: 79].

Ряд авторов выражает серьезные опасения насчет сложившейся в последние годы в связи с пандемией общемировой практикой введения ограничений отдельных прав и свобод человека. В частности, Е.С. Аничкин отмечает, что институт прав и свобод человека и гражданина претерпел негативную, хотя и вынужденную трансформацию в виде ограничения основных прав, приостановления реализации основных прав, возложения дополнительных обязанностей [Аничкин Е.С., 2021:101].

Е.Н. Дорошенко, в свою очередь, обратил внимание юридического сообщества на тот факт, что при введении различных ограничительных мер в условиях пандемии в российском законодательстве не были с должной ясностью определены условия, сроки и объем возможных ограничений, в связи с чем реализация конституционных прав человека и гражданина была поставлена в зависимость от содержания подзаконных нормативных актов. Речь идет о нормативных актах, принимаемых главами субъектов Российской Федерации и содержащих различные ограничительные меры [Дорошенко Е.Н., 2020: 48].

Ряд исследователей справедливо ставит вопрос: насколько совместимы ограничения прав и свобод человека и эффективная борьба с пандемией? Опыт Китайской Народной Республики показал, что жесткие методы государственного управления, в том числе карантинные меры, позволили быстро купировать распространение эпидемии на всей территории государства [Василевич Г.А., Остапович И.Ю., Калинина Е.Г., 2021: 62]. Одновременно мы наблюдаем картину, при которой введение подобных ограничительных мер не способствует прекращению пандемии. В Швеции, например, отказались от жестких ограничений (локдауна), что не отразилось на действительности борьбы с пандемией¹¹.

«О введении в Московской области режима повышенной готовности для органов управления и сил Московской областной системы предупреждения и ликвидации чрезвычайных ситуаций и некоторых мерах по предотвращению распространения новой коронавирусной инфекции (COVID-2019) на территории Московской области» в связи с запросом Протвинского городского суда Московской области» // СПС КонсультантПлюс.

¹¹ Главный эпидемиолог Швеции Тегнелл назвал верным отказ страны от карантина из-за COVID-19. Available at: URL: <https://ria.ru/20210926/shvetsiya-1751885997.html> (дата обращения: 08.01.2022)

Некоторые исследователи полагают, что последствием пандемии может стать изменение всей парадигмы прав человека. Изменяются приоритеты. Акцент постепенно смещается в пользу защиты общественного блага, в частности, здоровья всего общества при ограничении автономии личности и индивидуальных прав. То есть в целях общего блага допускается ограничение права отдельного субъекта (человека). Вместе с тем необходимо избегать подмены понятия «общественное благо» интересами отдельных экономических и властных элит или транснациональных корпораций [Раздьяконова Е.В., Рудт Ю.А., 2021: 54]. Право человека на охрану здоровья и на получение медицинской помощи постепенно перестает быть индивидуальным правом каждого. Содержание данного права все больше начинает формировать государство [Корниенко А.С., Самохвалов Н.А., 2021: 163].

Иногда полагают, что нормы международного права, допускающие ограничение прав и свобод человека являются лишь общими идеями или нормами-принципами, которые определяют направление в сфере ограничения прав и свобод человека в национальном законодательстве. Нормы об ограничении прав и свобод человека, сформулированные в международных договорах, должны конкретизироваться в нормативно-правовых актах отдельных государств [Умарова А.А., 2011: 41].

На наш взгляд, такая позиция ошибочна, поскольку на практике в процессе реализации ограничений прав и свобод может возникнуть неоднозначное толкование данного понятия и, как результат — появление значительного расхождения в законодательстве отдельных государств относительно условий и степени ограничений прав и свобод человека в чрезвычайных условиях. На наш взгляд, в международном праве должны быть установлены четкие основания, критерии и меры ограничений прав и свобод человека, которые будут являться эталоном для всех субъектов международного права.

Многие из допустимых международным правом мер по ограничению прав и свобод человека сформулированы в международных документах в общих чертах и требуют дальнейшей конкретизации и уточнения.

Заключение

Пандемия COVID-19 стала испытанием на прочность всей современной системы международного права, основанной на гуманистических, демократических ценностях и принципах. Важнейший институт прав и свобод человека в международном праве и национальном конституционном праве наряду с механизмом защиты и реализации прав и свобод человека испытал значительное давление и подвергся определенной трансформации. Векторами его трансформации стали ограничение некоторых основных прав, приостановление реализации ряда основных прав, а также возложение до-

полнительных обязанностей. COVID-19 не только выявил неравенство, но и усугубил ситуацию с правами человека во многих странах.

В современной системе права, основанной на гуманистических принципах, отсутствует иерархия человеческих прав. Отдельные виды прав и свобод человека, закрепленные в международных соглашениях, не обладают приоритетом над остальными видами прав и свобод, все они являются равноценными. Вместе с тем мы наблюдаем ситуацию, при которой государства в условиях пандемии начинают самостоятельно выстраивать иерархию прав и свобод человека и на первое место ставят право человека на здоровье. При этом «право на здоровье» понимается в основном в очень узком значении, как отсутствие у индивида конкретного заболевания (SARS-CoV-2). С целью реализации данного права вводятся беспрецедентные меры ограничения остальных человеческих прав и свобод в демократическом обществе

Отступление многих государств от их обязательств, закрепленных международными нормами, и введение дополнительных медико-санитарных мер без рекомендации ВОЗ подрывает международный порядок, основанный на общеобязательных нормах.

Сложившаяся в некоторых государствах практика ограничения прав человека, в том числе ограничения свободы передвижения посредством введения обязательного предъявления сведений (доказательств) о заболевании либо сведений о вакцинации, а также обязательного предъявления QR-кода содержат признаки дискриминации, что противоречит международному праву. Новейшие требования к гражданину доказывать уважительную причину его свободного перемещения в пределах населенного пункта даже в условиях санитарного карантина нарушают нормы международного права, сложившиеся в течение многих десятилетий, предшествующих пандемии.

В результате распространения пандемии появились новые формы дискриминации. Речь идет о лицах, которые в силу социального (имущественного) положения, пожилого возраста, или иных условий, или особенностей своего развития, не способны использовать Интернет, компьютерную технику, мобильные устройства, специальные приложения и программы, в том числе для получения образования, государственных услуг дистанционно или получения QR-кода для легального посещения публичных мест.

Повышенное внимание медиков к лицам, заболевшим новой коронавирусной инфекцией, приводит к ущемлению прав других лиц, страдающих серьезными хроническими заболеваниями (онкологией, диабетом и др.), а также прав лиц, которым остановлено оказание плановой медицинской помощи или проведение плановых хирургических или иных операций, что, на наш взгляд, также является дискриминацией, ущемлением права индивида на здоровье по определенному признаку.

Международное право и национальное законодательство современных демократических государств гарантирует гражданам равные права и запрещают сегрегацию на какие-либо группы и классы по каким бы то ни было признакам. Однако на сегодняшний день имеются существенные противоречия между должным, формальным порядком по ограничению прав и свобод человека, установленным международным правом и реально сложившейся практикой субъектов международного права. Произвольное введение государствами ограничений прав и свобод человека в обход международного права, и, в частности, игнорирование рекомендаций ВОЗ — специализированного международного органа, уполномоченного обеспечивать общественное здоровье на глобальном уровне, подрывает международный правопорядок и создает дополнительные трудности в борьбе с пандемией.

Ограничительные меры должны быть научно обоснованы, соразмерны угрозе, они не должны мешать индивидуумам удовлетворять их основные потребности и получать необходимые услуги. Введение чрезвычайных мер ограничения прав и свобод человека в условиях пандемии не может быть основано на страхе.



Список источников

1. Аничкин Е.С. Конституционный статус человека и гражданина в условиях пандемии коронавирусной инфекции: векторы трансформации в России // Правоприменение. 2021. Том 5. № 3. С. 101–111.
2. Василевич Г.А., Остапович И.Ю., Калинина Е.Г. Пандемия коронавируса как основание ограничения прав и свобод человека // Правоприменение. 2021. № 2. С. 62–76.
3. Дорошенко Е. Н. Конституционно-правовые основы ограничения прав человека в связи с пандемией новой коронавирусной инфекции // Актуальные проблемы российского права. 2020. Т. 15. № 12. С. 48–56.
4. Грецова Е.Е. Правомерные ограничения прав и свобод человека в международном праве: автореф. дис.... к. ю. н. М., 2009. 26 с.
5. Зорькин В.Д. Право метамодерна: постановка проблемы / Лекция на IX Петербургском международном юридическом форуме. Санкт-Петербург, 16 мая 2019. Available at: URL: <http://www.ksrf.ru/ru/News/Speech/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=86> (дата обращения: 10.01.2022)
6. Корниенко А.С., Самохвалов Н.А. COVID-19: правовое регулирование всеобщей вакцинации // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 5. С. 148–166.
7. Лапаева В.В. Право техногенной цивилизации перед вызовами технологической дегуманизации // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 3. С. 4–35.
8. Латыпова Н.С. Проблемы защиты прав человека в условиях пандемии COVID-19. Юридическая наука в Китае и России. 2021. № 4. С. 96–100.
9. Липинский Д.А., Макарейко Н.В., Попов И.Е. Юридическая ответственность в механизме противодействия современным угрозам национальной безопасности: но-

вой коронавирусной инфекции. Административное право и практика администрирования. 2021. № 1. С. 25–35.

10. Попов М.Ю., Самыгин П.С., Самыгин С.И. К дискуссии об ограничении прав и свобод человека в условиях пандемии. Гуманитарные, социально-экономические и общественные науки. 2020. № 4. С. 142–147.

11. Раздьяконова Е.В., Рудт Ю.А. Права человека и пандемия: в поиске баланса и новой правовой парадигмы // Закон и право. 2021. № 8. С. 48–55.

12. Ромашев Ю. С. Ограничения основных прав и свобод человека в международном праве и новации в российском уголовном законодательстве // Журнал российского права. 2013. №11. С. 75–84.

13. Толстых В.Л. COVID-19 и международное право: специальные вопросы. Московский журнал международного права. 2022. № 1. С. 128–142.

14. Умарова А.А. Стандарты ограничений прав и свобод в актах современного международного права // Пробелы в российском законодательстве. 2011. № 2. С. 40–43.

15. Ягофарова И.Д. К вопросу о предельности ограничений прав и свобод человека. Бюллетень информационных технологий. 2019. Том 3. № 2. (10). С. 79–82.

16. Blassime A., Vaena E. What's next for COVID-19 apps? Governance and oversight. *Science*, 2020, no. 13, pp. 760–762.

17. Braun M., Hummel P. Contact-tracing apps: contested answers to ethical questions. *Nature* 2020, July, no. 583, p. 360.

18. Devi S. Travel restrictions hampering COVID-19 response. *Lancet*, no. 2020, no. 395, pp. 1331–1332.

19. Habibi R., Burci G., de Campos T. et al. Do not violate the International Health Regulations during the COVID-19 outbreak. *Lancet*, 2020, no. 395, pp. 664–666.

20. Labs J., Terry S. Privacy in the Coronavirus Era. *Genetic Testing and Molecular Biomarkers*, 2020, vol. 24, no. 9, pp. 535–536.

21. Meier B., Habibi R., Yang Y. Travel restrictions violate international law. *Science*, 2020, no. 367 (6485), p. 1436.

22. Morley J., Cowls J., Taddeo M. et al. Ethical guidelines for COVID-19 tracing apps. *Nature*, 2020, no. 582, pp. 29–31.

23. Park S., Choi G., Ko H. (2020) Information Technology–Based Tracing Strategy in Response to COVID-19 in South Korea–Privacy Controversies. *Journal of the American Medical Association*, no. 323, pp. 2129–2130.



References

1. Anichkin E.S. (2021) Constitutional status of an individual in the context of coronavirus pandemic: vectors of transformation in Russia. *Pravoprimerenie=Law Enforcement*, vol. 5, no. 3, pp. 101–111 (in Russ.)

2. Blassime A., Vaena E. (2020) What's next for COVID-19 apps? Governance and oversight. *Science*, no. 13, pp. 760–762.

3. Braun M., Hummel P. (2020) Contact-tracing apps: contested answers to ethical questions. *Nature*, no. 583 (7816), p. 360.

4. Devi S. (2020) Travel restrictions hampering COVID-19 response. *Lancet*, no. 395 (10233), pp. 1331–1332

5. Doroshenko E.N. (2020) Constitutional Law Foundations for the Restriction of Human Rights in Connection with the New COVID-19 Pandemic. *Akualnye problemy rossiyskogo prava=Current Issues of Russian Law*, no. 12, pp. 48–56 (in Russ.)

6. Gretsova E. E. (2009) Lawful restrictions on human rights and freedoms in international law. Candidate of Juridical Sciences Summary. Moscow, 26 p. (in Russ.)
7. Habibi R., Burci, G., de Campos T. et al. (2020) Do not violate the International Health Regulations during the COVID-19 outbreak. *Lancet*, no. 395 (10225), pp. 664–666.
8. Kornienko A.S., Samokhvalov N.A. (2021) COVID-19: Legal Regulation of Universal Vaccination. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*=Law. Journal of the Higher School of Economics, no. 5, pp. 148–166 (in Russ.)
9. Lapaeva V.V. (2021) The Law of a Technogenic Civilization to Face Technological Dehumanization Challenges. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*=Law. Journal of the Higher School of Economics, vol. 14, no. 3, pp. 4–35 (in Russ.)
10. Latypova N.S. (2021) Protecting human rights during COVID-19 pandemic. *Yuridicheskaya nauka v Kitae i Rossii*=Legal Science in China and Russia, no. 4, pp. 96–100 (in Russ.)
11. Labs J., Terry S. (2020) Privacy in the Coronavirus Era. *Genetic Testing and Molecular Biomarkers*, no. 9, pp. 535–536.
12. Lipinsky D.A., Makareiko N.V., Popov I.E. (2021) Legal responsibility in the mechanism of countering modern threats to national security: a new coronavirus infection. *Administrativnoe pravo and administrativnaya praktika*=Administrative law and administration, no.1, pp. 25–35 (in Russ.)
13. Meier B., Habibi R., Yang Y. (2020) Travel restrictions violate international law. *Science*, no. 367 (6485), p. 1436.
14. Morley J., Cowls J., Taddeo M. et al. (2020) Ethical guidelines for COVID-19 tracing apps. *Nature*, no. 582, pp. 29–31.
15. Park S. et al. (2020) Information Technology–Based Tracing Strategy in Response to COVID-19 in South Korea–Privacy Controversies. *Journal of American Medical Association*, no. 323, pp. 2129–2130.
16. Popov M.Yu., Samygin P.S., Samygin S.I. (2020) The discussion on the limitation of human rights and freedoms in pandemic times. *Gumanitarnye, socialno-ekonomicheskie i obschestvennyye nauki*=Humanities, socio-economic and ye фд.social sciences, no. 4, pp. 142–147 (in Russ.)
17. Razdyakonova E.V., Rudt Y.A. (2021) Human rights and the pandemic: in search of balance and a new legal paradigm. *Pravo i zakon*=Law and Statute, no. 8, pp. 48–55. doi: 10.24412/2073-3313-2021-8-48-55 (in Russ.)
18. Romashev Yu.S. (2013) Restrictions on fundamental human rights and freedoms in international law and innovations in Russian criminal law. *Zhurnal rossiyskogo prava*=Journal of Russian law, no. 11, pp. 75–84 (in Russ.)
19. Tolstykh V.L. (2022) COVID-19 and International Law: Special Issues. *Moskovskiy zhurnal mezhnarodnogo prava*=Moscow Journal of International Law, no. 1, pp. 128–142 (in Russ.)
20. Umarova A.A. (2011) Standards of restrictions on rights and freedoms in acts of modern international law. *Probely v rossiyskom zakonodatelstve*=The gaps in the Russian legislation, no. 2, pp. 40–43 (in Russ.)
21. Vasilevich G.A., Ostapovich I.Yu., Kalinina E.G. (2021) Coronavirus pandemic as a reason for limitation of human rights and freedoms. *Pravoprimenenie*=Law Enforcement, no. 2, pp. 62–76 (in Russ.)
22. Yagofarova I.D. (2019) On the issue of the limitation of restrictions on human rights and freedoms. *Bulleten' informatsionnykh technologiy*=Information Technology Bulletin, vol.2, no. 10, pp. 79–82 (in Russ.)

23. Zorkin V.D. (2019) The right of metamodernity. Lecture at the IX St. Petersburg legal forum. Available at: <http://www.ksrf.ru/ru/News/Speech/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=86> (in Russ.)

Информация об авторе:

А.Н. Сквозников — кандидат исторических наук, доцент.

Information about the author:

A.N. Skvoznikov — Candidate of Science (History), Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 09.01.2022; одобрена после рецензирования 15.04.2022; принята к публикации 08.05.2022.


The article was submitted to the editorial office 09.01.2022; approved after reviewing 15.04.2022; accepted for publication 08.05.2022.

Научная статья

УДК: 341.9

DOI:10.17323/2072-8166.2022.3.241.277

Кодификация международного частного права в смешанных юрисдикциях (на примере Пуэрто-Рико)

 **Наталья Юрьевна Ерпылева¹,
Ирина Викторовна Гетьман-Павлова²,
Александра Сергеевна Касаткина³**

^{1,2,3} Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Россия 101000, Москва, Мясницкая ул., 20.

¹ natasha.erpyleva@rambler.ru, <https://orcid.org/0000-0002-3103-6917>

² getmanpav@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0002-2428-8016>

³ akasatkina@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0003-4215-2419>

Аннотация

Процессы кодификации международного частного права в последние 30–35 лет идут чрезвычайно активно и имеют глобальный характер, затрагивая как континентальную, так и общую правовые семьи. Ввиду принципиально различного понимания МЧП в двух правовых системах вызывает любопытство судьба его кодификации в третьей правовой системе — семье смешанного права. Вплоть до недавнего времени из всех смешанных юрисдикций МЧП было кодифицировано только в Луизиане и Квебеке, но в конце 2020 г. в этот круг вошел третий участник — Пуэрто-Рико, где вступил в силу новый Гражданский кодекс, Вводный титул которого содержит главу VI «Коллизионные нормы». Пуэрториканское МЧП является интересным полем для исследования как по причине новизны принятого регулирования, так и в связи со специфическим положением Пуэрто-Рико: это не суверенное государство, но и не органическая часть федеративного государства, подобно штатам и Колумбийскому столичному округу; это «свободная не инкорпорированная (ассоциированная) территория», особый статус которой подтверждает ее самостоятельное членство в некоторых институтах межамериканской региональной интеграции. В статье с использованием традиционной юридической методологии (сравнительный анализ, сравнительное правоведение, историко-правовой анализ, смысловое и догматическое толкование закона) анализируются специфика Пуэрто-Рико как смешанной юрисдикции; формирование МЧП страны; разработка Проекта его ко-

дификации; регулирование вопросов Общей части МЧП в новом ГК 2020 г. Подход пуэрториканского законодателя к нормативному закреплению институтов Общей части МЧП является центром исследования, поскольку проработанность фундаментальных принципов коллизионного права — это залог корректного и справедливого выбора применимого права. Если законодатель устанавливает понятные, востребованные и предсказуемые общие принципы, вменяемую дорожную карту, то адекватные коллизионные решения способна выработать судебная практика. Сделан вывод, что, к сожалению, именно институты Общей части в наименьшей степени «удались» законодателю Пуэрто-Рико, и именно эта часть демонстрирует наибольшее количество недостатков.



Ключевые слова

международное частное право, кодификация, смешанная правовая семья, Пуэрто-Рико, гражданский кодекс, общая часть МЧП.

Благодарности: статья подготовлена с использованием материалов справочно-поисковой системы «Консультант Плюс».

Для цитирования: Ерпылева Н.Ю., Гетьман-Павлова И.В., Касаткина А.С. Кодификация международного частного права в смешанных юрисдикциях (на примере Пуэрто-Рико) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. № 3. С. 241–277. DOI:10.17323/2072-8166.2022.3.241.277.

Research article

Codification of Private International Law in Mixed Jurisdictions (on the Puerto Rico Example)



**Natalia Yurievna Erpyleva¹,
Irina Viktorovna Getman-Pavlova²,
Alexandra Sergeevna Kasatkina³**

^{1,2,3} National Research University Higher School of Economics, 20 Myasnitskaya Street, Moscow 101000, Russia

¹ natasha.erpyleva@rambler.ru, <https://orcid.org/0000-0002-3103-6917>

² getmanpav@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0002-2428-8016>

³ akasatkina@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0003-4215-2419>



Abstract

The processes of codification of Private International Law in the last 30–35 years have been extremely active and global in nature, affecting both continental and common legal families. In view of the fundamentally different understanding of PIL in the two legal systems, the fate of its codification in the third legal system, the family of mixed law, arouses curiosity. Until recently, of all mixed jurisdictions, PIL was codified only in Louisiana, USA, and Quebec, Canada, but at the end of 2020, a third participant was added to this circle — Puerto Rico, where a new

Civil Code came into force, the introductory title of which contains chapter VI “Conflict rules”. Puerto Rican PIL seems to be an interesting field for research, both because of the novelty of the adopted regulation, and in connection with the specific position of Puerto Rico: it is not a sovereign state, but not just a part of a federal state, it is a free unincorporated (associated) territory, special status of which confirms its independent membership in the institutions of inter-American regional integration. Using traditional legal methodology (comparative analysis, comparative law, historical and legal analysis, semantic and dogmatic interpretation of the law), the article analyzes: the specifics of Puerto Rico as a mixed jurisdiction; the formation of PIL of this country; development of the Project of its codification; regulation of issues of the General Part of PIL in the new Civil Code of 2020. The approach of the Puerto Rican legislator to the normative fixing of the institutions of the General Part of PIL is the focus of the study, since the elaboration of the fundamental principles of conflict of laws is the key to a correct and fair choice of applicable law. If the legislator establishes clear, understandable, demanded and predictable general principles, a “sane” road map, then judicial practice is quite capable of developing adequate specific conflict decisions. It is concluded that, unfortunately, it was the institutions of the General Part that the legislator of Puerto Rico “succeeded” to the least extent, and it is this part that demonstrates the greatest number of shortcomings.



Keywords

Private International Law, codification, mixed legal family, Puerto Rico, civil code, general part of PIL.

Acknowledgments: the article was prepared using the materials of the information and reference system “Consultant Plus”.

For citation: Erpyleva N.Yu., Getman-Pavlova I.V., Kasatkina A.S. (2022) Codification of Private International Law in Mixed Jurisdictions (on the Puerto Rico Example). *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no. 3, pp. 241–277(in Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2022.3.241.277.

Введение

Международное частное право (далее — МЧП) — «клубок противоречий и проблем», и парадоксы начинаются с самого же понятия «МЧП», которое «не соответствует... сущности предмета... громоздко, некрасиво, неточно» [Брунъ М.И., 1912: 12]. В европейской доктрине XIV–XVII вв. говорили о «столкновении статутов»; в 1684 г. в голландской науке (У. Губер) появился термин «конфликт законов», а в немецкой (Ж.Н. Гертиус) — «коллизия законов». Конструкцию «частное международное право» (Private International Law) в 1834 г. предложил американский правовед Дж. Стори; в Европе его термин был переведен на немецкий язык в 1841 г. В. Шеффнером, в результате чего появилось «международное частное право» (Internationales Privatrecht). Ныне отдельные страны английского общего права регулируют «частное международное право»¹, в американском законодательстве (как и в

¹ Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act (UK) (1995), Private International Law (Choice of Law in Tort) Act (New Zealand) (2017).

большинстве других стран общего права)² господствует термин «конфликт законов» или «выбор права»³; континентальный же законодатель нормативно закрепляет «международное частное право»⁴. Таким образом, европейское словосочетание «конфликт законов» уплыло за океан, а американское «МЧП» приплыло в Европу — произошел обмен терминами.

При разнообразии терминологии речь идет об одном и том же — о регулировании трансграничных частноправовых отношений. При этом в общем праве «коллизийное право» («конфликт законов») включает выбор права, выбор юрисдикции и признание иностранных судебных решений. В континентальном (гражданском, цивильном) праве этой триаде соответствует понятие «международное частное право», а «коллизийное право» регулирует только выбор материального права. Общее право, будучи по существу процессуальным, фокусируется на правилах юрисдикции; гражданское право, будучи по существу материальным, уделяет больше внимания выбору правовых норм [Tetley W., 1999: 149]. Однако ни в одной юрисдикции общего права нет закона о МЧП, построенного по трехчастной структуре, зато немало законов «о конфликте законов», регулирующих только выбор права. Международный гражданский процесс (далее — МГП) в целом не кодифицирован ни в одной юрисдикции общего права, хотя урегулирован подробнее, чем коллизии законов⁵. С другой стороны, многие страны континентальной правовой семьи приняли законы о МЧП, построенные по триаде, в которых вопросы МГП доминируют над коллизийными нормами⁶. Одновременно немало законодателей включило в законы о МЧП только коллизийное право, ограничив понятие «МЧП» выбором материального права⁷.

Процессы кодификации МЧП в последние 30-35 лет идут чрезвычайно активно и имеют глобальный характер, затрагивая как континентальную, так и общую правовые семьи. Ввиду различного понимания МЧП в двух правовых системах вызывает интерес судьба его кодификации в третьей правовой системе — семье смешанного права. До недавнего времени из всех

² Restatement (Second) of Conflict of Laws (USA) (1971), Conflict of Laws Act (Nauru) (1974).

³ Draft Uniform State and Territorial Choice of Law Bill Australia (1992).

⁴ Loi n° 1.448 du 28 juin 2017 relative au droit international privé (Monaco); Раздел VI Части третьей ГК РФ «Международное частное право».

⁵ Нормативно закрепляются отдельные нормы или блоки норм в разных процессуальных законах; во многих странах есть специальные законы о признании и исполнении иностранных решений, напр.: Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) (Fiji) (1966).

⁶ Напр., законы о МЧП Словении (1999) и Черногории (2013). Тексты иностранных законов о МЧП на рус. яз. цит. по: Научно-учебная группа «Современная конструкция международного частного права» НИУ ВШЭ. Available at: URL: <https://pravo.hse.ru/intprilaw/> (дата обращения: 24.02.2022)

⁷ Законы о МЧП Азербайджана (2000), Эстонии (2002), Польши (2011).

смешанных юрисдикций МЧП было кодифицировано только в американской Луизиане и в канадском Квебеке (в 1991 г.)⁸. В конце 2020 г. добавился третий участник — Пуэрто-Рико, где вступил в силу новый Гражданский кодекс (далее — ГК), Вводный титул которого содержит главу VI «Коллизионные нормы» (ст. 30–66). В российской доктрине освещались отдельные вопросы этого акта кодификации⁹ [Рыбалов А., 2021], но пуэрториканское МЧП пока внимания не удостоилось. Этот пробел следует восполнить — как по причине новизны принятого регулирования, так и в связи со специфическим статусом Пуэрто-Рико¹⁰: это — не суверенное государство и не субъект федерации (подобно канадскому Квебеку и американской Луизиане), а «свободная неинкорпорированная (ассоциированная) территория», особый статус этой административно-территориальной единицы в составе США подтверждает ее самостоятельное членство в некоторых институтах межамериканской региональной интеграции¹¹.

1. Пуэрто-Рико как пример смешанной правовой семьи

1.1. Понятие смешанной правовой системы

В доктрине долго оспаривалось существование отдельной группы смешанных правовых систем и утверждалось, что в постколониальную эпоху практически все правовые системы являются смешанными, т.е. большинство стран имеет гибридную юридическую систему. В настоящее время можно утверждать наличие академического консенсуса — «классические» смешанные системы составляют особую правовую семью, в которую входят, в частности, Пуэрто-Рико, Луизиана, Квебек, Шотландия, Южная Африка, Израиль, Филиппины, Кипр и Мальта.

Смешанная правовая система всегда являет собой продукт компромисса и взаимной заинтересованности. Такие юрисдикции возникают, когда одна культура со своим правом, языком и стилем правосудия «навязывает» себя другой культуре. Это может происходить путем добровольного «приема»

⁸ Книга десятая «Международное частное право» ГК Квебека; Книга IV «Коллизии законов» ГК Луизианы.

⁹ Точнее, конечно, говорить о рекодификации, поскольку гражданское право (и в его рамках МЧП) уже было кодифицировано в 1889 и 1902 гг.

¹⁰ Официальное название — «Свободное ассоциированное государство Пуэрто-Рико», или «Содружество Пуэрто-Рико».

¹¹ Напр., в Организации гармонизации коммерческого права в странах Карибского бассейна (ОХАДАК) (OHADAC).

иностранного права: шотландские юристы XVI-XVII веков, обучавшиеся римскому праву в европейских университетах, привозили его на родину. Постепенно римское право, знакомое юристам, вытеснило местное право и было «принято», став правом шотландцев [Tetley W., 1999: 894]. Значительно чаще, однако, имеет место завоевание, «межколониальная передача»: суверен с гражданским правом передает заморское владение колониальной державе с общим правом (Пуэрто-Рико, Квебек, Луизиана, Филиппины, ЮАР, Израиль) [Church J., 2002: 267]. Нетрудно заметить, что все эти юрисдикции имеют по крайней мере одну общую черту: они «граничат с водами, которые несут волны культур, языков, религий, народов», в которых общее и гражданское право сосуществуют и смешиваются, образуя единый правопорядок. При этом необходимо проводить различие между смешанными юрисдикциями, находящимися под влиянием Великобритании или США. «Гражданское право в Южной Африке, Квебеке и Израиле сосуществовало исключительно с английским общим правом, а гражданское право в Пуэрто-Рико, Луизиане и на Филиппинах жило в бурной моногамии с американским законодательством» [Palmer V., 2001: X, 6].

«Классическое» определение смешанной юрисдикции более 100 лет назад было предложено канадским ученым Ф. Уолтоном: «Смешанные юрисдикции — это правовые системы, в которых романо-германская традиция до некоторой степени растворилась в англо-американском праве» [Tetley W., 1999: 592]; [Kedar N., 2007: 177]. Здесь смешанные юрисдикции рассматриваются с внутренней правовой точки зрения — гибридного характера и происхождения их законов. Смешанные системы построены на двойной правовой основе; обе традиции играют важную роль. В частности, новые правовые идеи рождаются (сознательно или бессознательно, законодательно или судебно) из взаимодействия общего и гражданского права [Church J., 2002: 266]. Образно говоря, в смешанных юрисдикциях гражданское право — это «драгоценный камень в брошке... блестящий в оправе, сделанной в Англии» [Kahn E., Nahlo H., 1968: 585].

В смешанных системах элементы континентального права проявляются прежде всего в развитом, частично кодифицированном законодательстве, а следы общего права обнаруживаются в технике судебного разбирательства и значении, придаваемом прецедентам, в восприятии таких институтов, как *stare decisis*. Основное проявление «смешанности» — это различие между основными правовыми нормами и методологией, с помощью которой эти правила применяются: учреждения, методы мышления, общий менталитет. Процессуальные нормы в большинстве смешанных систем основаны на англо-американском праве, как и способы правового обоснования и толкования [Kedar N., 2007: 179].

Правовая дихотомия — основная черта смешанных систем. И традиции гражданского права, и традиции общего права вносят ценный вклад в сме-

шанные правовые системы при условии, что эти две традиции должным образом уважаются, поддерживаются в равновесии и ни одна из них не затмевает и не уничтожает другой. Только таким образом «конвергенция» двух традиций может обогатить и укрепить национальную и международную правовые культуры.

1.2. Специфика смешанной правовой системы Пуэрто-Рико

Пуэрто-Рико, населенный в течение столетий индейским племенам таино, был открыт Испанией в 1493 г. после второго путешествия Колумба и колонизирован в 1508 г. В 1898 г. Пуэрто-Рико в результате испанско-американской войны перешел к США и с тех пор считался их территорией. Первая Конституция Пуэрто-Рико одобрена в 1952 г., в результате чего остров получил нынешний статус «неинкорпорированной организованной территории». Это означает, что Пуэрто-Рико не является частью США, но находится под американской юрисдикцией.

В течение 400 лет Пуэрто-Рико был частью континентальной правовой семьи. С начала XVII в. в качестве общего закона действовал *Siete Partidas* (1265), позднее в качестве специальных законов — *Новый сборник Кастилии* (*Nueva Recopilacion de Castilla*) (1567) и *сборник законов Индийских королевств* (*Recopilacion de Leyes de los Reinos de las Indias*) (1680) [Tetley W., 1999: 609]; естественно, применялись и другие испанские законы, и местные нормативные акты. В XIX в. в Испании было кодифицировано гражданское и гражданское процессуальное право (как и некоторые другие отрасли права), и соответствующие кодексы вступили в силу в Пуэрто-Рико.

После перехода Пуэрто-Рико под юрисдикцию США значительная часть местных законов была охарактеризована как «несовместимая» с американской системой и отменена, остальные интерпретировались и применялись в соответствии с нормами общего права. Это делало практически невозможным сохранение корней гражданского права. Для применения оставшихся в силе старых и новых законов необходимо было принимать во внимание судебную практику Верховного суда США, Верховного суда Испании и Верховного суда Пуэрто-Рико. Тем самым были созданы «уродливые юридические монстры» [Marin Z., 2013: 14, 18], а действие ГК было лишь номинальным, поскольку его толкование и применение оказались «проигранной битвой против американизации».

В формировании правовой системы Пуэрто-Рико как смешанной юрисдикции выделим три этапа.

1898-1960-е гг. — инкорпорация общего права в существующую континентальную правовую систему, ее «американизация». Возрастаение роли судебной практики, ее приоритет перед статутным правом: «Пуэрториканская

судебная практика чтит кодексы и следует им в большинстве случаев; но она отражает состояние нерешительности... Во многих делах текст кодексов уступает судейскому усмотрению, а не наоборот... Опираясь на американское прецедентное право, Верховный суд дает нам понять, что кодексы и законы не имеют достаточной силы для разрешения споров»; см.: [Marin Z., 2013: 20]. В решении по делу *Bank v. Castro* (1900)¹² Верховный суд счел, что цитирование предыдущих решений в качестве аргумента более уместно, чем цитирование закона; в решении *Marimon v. Pelegri* (1902) было заявлено, что прецеденты США имеют обязательную силу в Пуэрто-Рико; выражение «*stare decisis*» впервые было использовано в деле *Ex Parte Mauleon* (1903); в решении *Cruz v. Domínguez* (1905) подтверждено, что применение ГК не является обязательным. «Безудержный» переход к американскому общему праву застопорился, когда Суд решил, что единственными обязательными американскими решениями в Пуэрто-Рико являются решения Верховного суда США и Окружного апелляционного суда США для Первого округа. Такой порядок сохраняется до сих пор.

Начало 1960-х — середина 1980-х гг. — ренессанс гражданского права. Методы толкования и применения закона были изменены путем возврата методологии гражданского права, что сделало Пуэрто-Рико настоящей смешанной юрисдикцией. В деле *People v. Superior Court* (1965) Верховный суд выразил мнение относительно использования испанского языка в качестве официального языка правосудия: «Испанский — это язык народа Пуэрто-Рико, поэтому все судебные процедуры в наших трибуналах должны вестись на испанском языке». В решении *Flores v. Meyers Brothers of Puerto Rico Inc.* (1973) было определено, что «поскольку наша юрисдикция является юрисдикцией гражданского права, то когда существует статутное право, к нему следует прибегать в первую очередь и как к основному источнику... судебные решения... не заменяют позитивного права». В деле *Dalmau v. Hernández Saldaña* (1975) Суд подтвердил характер Пуэрто-Рико как юрисдикции гражданского права и постановил, что «прибегать к англо-саксонскому общему праву для решения ситуаций, которые регулируются гражданским законодательством, является ошибкой».

В 1979 г. Верховный суд вынес одно из его самых известных решений *Valle v. American International Insurance Co.*, установив, что «все дела, направленные на решение проблем гражданского права с помощью принципов общего права, отменяются. В соответствующих случаях будет допускаться использование общего права в его многочисленных и богатых версиях — англо-американской, оригинальной английской, англо-канадской и других — в качестве отправной точки для сравнительного правоведения... а

¹² Судебные решения цит. по: [Marin Z., 2013: 1-56].

также допустимо использование примеров из других правовых систем». Это было революционное решение — оно отменило всю предыдущую судебную практику, которая должна была использоваться в качестве правовой основы принятия решений, и изменило методологию рассмотрения споров. Запрещалось использовать максимы общего права для решения споров, но резко повысилось значение доктрины как источника права.

Середина 1980-х гг. — настоящее время — «прагматизм взял верх над страстью»: не происходит «войн крайностей» и достигнуто согласие быть смешанной правовой системой. Пришло понимание, что двойственность является преобладающей характеристикой пуэрториканского права и именно двойственность делает его особенным, позволяет быть более творческим и гибким. Идут процессы кодификации и рекодификации законодательства, но прецедент не утратил своих позиций как источника права.

В литературе есть образное сравнение: право Пуэрто-Рико «развивалось подобно человеку — оно началось как зависимое апатичное существо, потом превратилось в мятежного подростка, а теперь является молодым человеком, определяющим, каким путем идти в жизни» [Marin Z., 2013: 28]. Сейчас можно сказать, что поиск баланса между общим и континентальным правом, попеременное доминирование одной или другой традиции привели к появлению особых черт, которые характеризуют правовую систему этой юрисдикции как уникальную.

2. Формирование и развитие МЧП Пуэрто-Рико

Первые нормы МЧП Пуэрто-Рико содержались в ГК (1889), который *mutatis mutandis* представлял собой полную имплементацию ГК Испании, подготовленного в 1843-1846 гг., но вступившего в силу только в июле того же 1889 г.¹³ Основой ГК Испании, в свою очередь, был французский Кодекс Наполеона (1804; далее — ФГК), однако испанский законодательный акт стал не только еще одним дублем французской «знаменитости», но во многом дополнил и даже превзошел своего именитого тезку, учитывая и адаптируя целый ряд принятых в XIX в. гражданских кодексов Европы — в особенности, ГК Италии (1865) [Шорников Д., 2010: 91]. Все коллизионные принципы были заимствованы из испанского закона и закреплялись во Вводном титуле к ГК Пуэрто-Рико. По образцу ФГК правила выбора применимого права затрагивали личный (ст. 9), вещный (ст. 10) и формальный (ст. 11) статуты. Еще несколько коллизионных норм были разбросаны по другим разделам ГК (ст. 76, 638, 666, 667)¹⁴.

¹³ Гражданский кодекс был принят в Испании 24 июля 1889 г., и семь дней спустя его действие было распространено, в том числе на Кубу, Филиппины и Пуэрто-Рико.

¹⁴ Código Civil de Puerto Rico (1902, edición de 1930). Available at: <https://bvirtualogp.pr.gov/ogp/Bvirtual/leyesreferencia/PDF/C%C3%B3digos/48-1930.pdf> (дата обращения: 24.02.2022)

Когда Пуэрто-Рико перешел под юрисдикцию США, они сразу же распространили на остров действие отдельных американских законов. В 1900 г. был принят Акт Форакера (Foraker Act), в соответствии с которым все федеральные законы должны применяться на территории Пуэрто-Рико. Тем самым на острове было положено начало смешанной правовой системы [Азарова И.А., 2016: 109]. Комиссия по пересмотру права, учрежденная в 1899 г., подтвердила сохранение пуэрториканского частного права, поскольку «гражданские и торговые кодексы Пуэрто-Рико проработаны с большой тщательностью и представляют собой более продвинутую систему права, чем в любой другой южноамериканской стране»¹⁵. Тем не менее было решено принять новый ГК, который при сохранении испанских континентальных традиций учитывал бы подходы общего права, ориентируясь на ГК Луизианы (1825) и заимствуя из него целый ряд норм.

Новый ГК вступил в силу в 1902 г.¹⁶; правила выбора применимого права структурно и содержательно принципиальным изменениям не подверглись. Однако под влиянием членов подготовительной комиссии — специалистов по общему праву — некоторые нормы МЧП были «американизированы». Прежде всего, в ст. 9, регулирующей личный статус, традиционная для романских кодексов формулировка коллизионной привязки «национальный закон» была заменена на «гражданство Пуэрто-Рико». Причина этого изменения — исключить какие-либо сомнения в существовании пуэрториканского (отличного от испанского) гражданства. Одновременно Политический кодекс (Political Code), принятый в том же 1902 г., в ст. 10 определил, кто является пуэрториканским гражданином¹⁷ [Marin Z.V., 2013: 29].

Вторым принципиальным изменением был отказ от принципа единства коллизионного регулирования правопреемства и подчинения его личному закону наследодателя¹⁸. В новой редакции ст. 10 был закреплен общий принцип американского гражданского права, согласно которому любые права в отношении недвижимого имущества должны полностью регулироваться (как с точки зрения заключения договоров, так с точки зрения наследственных и супружеских прав) законодательством страны, в которой они расположены. Расщепление коллизионной привязки наследственных отношений

¹⁵ Report of the Secretary of War. 56th Congress. 1st Sess. 1899–1900. P. 30.

¹⁶ Código Civil de Puerto Rico. ГК 1902 действовал без изменений до 21 апреля 1930 г. «Новый» законодательный акт (Закон № 48 от 28 апреля 1930 г.) изменен в 2018 г. (Закон № 231 от 17 октября 2018 г.).

¹⁷ «Гражданами Пуэрто-Рико являются: 1. Все лица, родившиеся в Пуэрто-Рико и находящиеся под его юрисдикцией. 2. Все лица, родившиеся в Пуэрто-Рико, являющиеся гражданами Соединенных Штатов и получившие место жительства в Пуэрто-Рико...».

¹⁸ Из испанской ст. 10 были исключены второй (правопреемство) и третий (интерлокальные коллизии) абзацы.

и замена личного закона на американское правило *lex rei sitae* характеризовались как «самая важная реформа, внесенная во Вводный титул Кодекса» [Pérez A.F., 2015: 203].

Остальные нормы МЧП в ГК Пуэрто-Рико оставались без изменений более 100 лет, поскольку «имели не больше дефектов, чем другие аналогичные положения некоторых гражданских кодексов латинской правовой семьи. Определенное время они выполняли роль, которую от них ожидали, с учетом пуэрториканскими судебными решениями, которые корректировали и дополняли эти положения»¹⁹. Различия между коллизионными системами Испании и Пуэрто-Рико были минимальными, и испанское влияние безусловно доминировало. В юриспруденции Пуэрто-Рико выработалось устойчивое понятие «испанско-пуэрториканское международное частное право» [Ortiz de la Torre J.A.T., 2020: 266]. Однако нормы ГК были слишком лаконичными и жесткими, и действительность требовала их модернизации, а законодатель не предпринимал для этого усилий. На протяжении всего XX века МЧП Пуэрто-Рико развивалось посредством судебной практики, роль которой резко возросла после 1898 г. Основным средством транскультурации пуэрториканской правовой системы стал Верховный суд Пуэрто-Рико (Tribunal Supremo de Puerto Rico).

Судебные решения Пуэрто-Рико по МЧП изначально характеризовались наличием двух главных дихотомий: между «Испанией» и «США» и между «кодифицированной» и «некодифицированной» моделями. В гражданском праве доминировал и «отказывался исчезать» континентальный испанский подход, но местный суд был преобразован в суд североамериканского типа, что неизбежно привело к заимствованию судебной методологии, определяющей общее право. Вскоре практика Верховного суда Пуэрто-Рико стала придавать прецедентное значение своим предыдущим решениям, и это сделало прецедент источником позитивного права [Pérez A., 2015: 201]. Пуэрториканские суды настолько «увлеклись» правотворчеством и применением прецедентов, что это вызвало вмешательство Верховного суда США. Председатель ВС США, создатель теории «юридического реализма» судья Оливер Венделл Холмс (Oliver Wendell Holmes) упрекнул суды в недостаточном уважении к традициям гражданского права Пуэрто-Рико: «Наша апелляционная юрисдикция не дана для цели переделки испано-американского права в соответствии с концепцией *common law*, за исключением случаев, когда это право должно подчиняться выраженной воле Соединенных Штатов» [Figueroa-Torres M., 2008: 9].

¹⁹ OHADAC Model Law of Private International Law. Text Commented Article-by-Article. April, 2014. P. 50. Available at: <http://www.ohadac.com/textes/5/avant-projet-loi-modele-ohadac-relative-au-droit-international-prive.html?lang=en> (дата обращения: 24.02.2022)

Прежде всего судебная практика Пуэрто-Рико скорректировала понятие «личный закон». В англо-американском праве всегда господствовала теория домицилия, т.е. личный закон определялся не гражданством, а местом жительства. В континентальной традиции, особенно в романской ее подсистеме, эта категория традиционно трактуется как закон гражданства. Формально юридически ст. 9 ГК Пуэрто-Рико закрепила именно данное толкование. Вначале судебная практика следовала буквальному тексту нормы, но по аналогии пуэрториканское право считалось личным законом граждан любых государств, постоянно или временно проживающих в Пуэрто-Рико (*Antongiorgi v. El Regis. de la Prop.* (1904)). В деле *Cruz v. Domínguez* (1905) Верховный суд постановил, что иск о разводе против испанца, проживающего в Пуэрто-Рико, должен регулироваться законодательством Пуэрто-Рико (которое разрешало развод), а не законодательством Испании (которое его не разрешало). Понимание личного закона как закона домицилия Суд обосновал посредством ссылки на доктрину Дж. Стори. Последующая судебная практика еще более последовательно и радикально установила, что в Пуэрто-Рико домицилий определяет применение личного закона (*López v. Fernández* (1943), *Martínez v. Vda. De Martínez* (1963), *León Rosario v. Torres* (1980); см.: [Perez A., 2015: 212–215]).

При применении ст. 10 ГК судебная практика однозначно утвердила приоритет реального статута над личным по любым вопросам, связанным с недвижимостью. Все права в отношении недвижимого имущества (как договорные, так и наследственные) должны регулироваться законодательством страны, в которой оно расположено. Руководящим прецедентом стало решение Верховного суда по делу *Colón v. Registrador* (1915), в котором дееспособность участников (испанский опекун испанских несовершеннолетних, все проживали в Испании) сделки с недвижимостью, расположенной в Пуэрто-Рико, была определена по местному закону, т.е. в соответствии с коллизионным принципом *lex rei sitae*, господствующим в американском подходе. В решении Суда подчеркивалось, что выбор применимого права должен быть основан не на «внутренних достоинствах той или иной теории, рассматриваемой в абстрактном виде», а на «политических условиях и деловых отношениях». Суд обозначил готовность следовать «тенденции Верховного суда Луизианы подчиняться принципам общего права и согласовывать свои решения с решениями других штатов и Верховного суда США» и принял «раз и навсегда американское правило *lex rei sitae*... которое никоим образом не нарушает букву или дух нашего Гражданского кодекса или какой-либо фундаментальный принцип, на котором он основан» [Pérez A.F., 2015: 215].

Решающую роль практика Верховного суда сыграла в выработке коллизионных подходов по вопросам, в ГК Пуэрто-Рико не урегулированным (де-

ликты) или урегулированным чрезмерно лаконично (договоры). Судебная практика изначально сознательно пошла по пути расширительного толкования нормы ст. 11, пытаясь смягчить жесткость континентальной модели — *Bracons v. Registrador* (1917), *Armstrong v. Armstrong* (1962), *Quiñones v. Escalera Irizarry* (1971), *Cabrer v. Registrador* (1982). В деле *Viuda de Ruiz v. Registrador* (1975) Суд пришел к выводу, что ст. 11 ГК, подчиняющая формальный статут закону места заключения договора, имеет факультативный характер. Мнение Суда обосновывалось континентально-правовой доктриной МЧП: «Факультативный характер ст. 11 нашего ГК нас больше всего устраивает... Его практическая полезность была бы ограничена противоположной интерпретацией» [Pérez A.F., 2015: 216]. Восполнение пробелов производилось посредством отказа от традиционных жестких коллизионных привязок и перехода к гибкому регулированию.

Реализованное судебной практикой США доктринальное течение, которое впоследствии назвали «американской коллизионной революцией», было воспринято в Пуэрто-Рико в начале 1960-х гг. Первым прецедентом применения новой методологии по спорам из контрактов стало решение по делу *Maryland Casualty Co. v. San Juan Racing Association, Inc.* (1961) [Symeonides S.C., 2015: 1876]. Страховой полис был выписан в главном офисе страховой компании в Пенсильвании, однако скреплен подписью местного агента страховой компании в Пуэрто-Рико, где проживал застрахованный и где находился застрахованный риск. Верховный суд Пуэрто-Рико, изучив прецеденты федерального Верховного суда и судов штатов, обосновал применение местного права «государственным интересом» и «наиболее значимыми контактами»: «Доктрина, которая поддерживает применение законов государства, которое имеет больший контакт, более тесную связь с договором, [обоснована] огромным интересом, который государство имеет в защите интересов своего граждан... Интерес государства особенно важен в отношении договора страхования, в котором застрахованный обычно должен соглашаться с тем, что предлагает страховая компания». Новый подход был окончательно подтвержден в деле *Green Giant Co. v. Tribunal Superior* (1975), в решении по которому Суд подчеркнул, что «доктрина доминирующих контактов не исчерпывается количественными критериями. Не количество контактов определяет применимое право, а их качество по отношению к спорному вопросу. Это аналитический процесс, в котором различные контакты оцениваются в соответствии с общими принципами или факторами, сформулированными научной доктриной для разрешения коллизии законов» [Pérez A., 2015: 217]. В решении цитировались работы Р. Лефлара, Б. Карри и Р. Вайнтрауба, а также Второй свод законов о конфликте законов (1971).

Выбор права, применимого к деликтам, был «главным полем боя» американской коллизионной революции. Юриспруденция Пуэрто-Рико приняла

участие в этих «битвах». Дело *Viuda de Fornaris v. American Surety Company* (1966) по своей фабуле было очень похоже на дело *Babcock v. Jackson* (1963), решенное Апелляционным судом Нью-Йорка и положившее начало использованию в судах теорий «коллизионных революционеров» [Symeonides S., 2015: 1872]. Четыре гражданина Пуэрто-Рико погибли на обратном пути с Сент-Томаса — частный самолет, пилотируемый его владельцем, потерпел крушение в водах Сент-Томаса. Самолет был зарегистрирован в Пуэрто-Рико и здесь регулярно парковался. Верховный суд отметил, что ни ГК Пуэрто-Рико, ни его предшественник ГК Испании не содержат правил выбора права по деликтам, и признал, что испанская судебная практика принимает принцип *lex loci delicti*. Принимая во внимание множественные и доминирующие контакты Пуэрто-Рико с делом (прежде всего, презумпцию общего домицилия), Суд отверг привязку к месту совершения деликта и решил, что применимым является право Пуэрто-Рико, сославшись на *Babcock v. Jackson*. Говоря о двух интересах (сдерживания и возмещении ущерба), Суд открыл путь к их разделению и к признанию того, что в некоторых случаях интерес *locus delicti* может быть менее сильным, нежели соответствующие интересы *lex domicilii* [Pérez A.F., 2015: 217].

Таким образом, на протяжении почти столетия МЧП Пуэрто-Рико довольно успешно и гармонично развивалось, совмещая законодательный (континентальный) и судебский (англо-американский) подходы. С одной стороны, в тех областях, которые прямо не регулировались коллизионными нормами ГК, суды не были связаны жесткими традиционными привязками и устаревшими законодательными решениями. Судебная практика выработала новые, гибкие коллизионные подходы, являясь основным источником выбора права по контрактам и деликтам. С другой стороны, в области, охватываемой правилами МЧП ГК, судебные решения следовали этим положениям достаточно точно, как и следовало ожидать от исконной гражданско-правовой системы; в то же время суды добросовестно пытались смягчить ригидность нормативных предписаний²⁰.

3. «Проект кодификации МЧП Пуэрто-Рико»

В 1980-х гг. власти, судебское и академическое сообщества Пуэрто-Рико пришли к выводу о необходимости принять новый ГК, отвечающий современным реалиям. Реформа, естественно, затрагивала и правила применимого права, поскольку стало очевидно, что писанные нормы МЧП Пуэрто-Рико (ст. 9, 10, 11 ГК) исчерпали социальную полезность и стали препятствием на пути прогресса. Они были редкими, краткими, эклектическими, туманными

²⁰ OHADAC Model Law of Private International Law. P. 51, 59.

ми и устаревшими, и все задачи по модернизации и дополнению этих норм ложились на Верховный суд²¹. Коллизионные нормы планировалось изъять из Вводного титула и сгруппировать в отдельной заключительной Книге ГК (Книга седьмая), которая была призвана заменить фрагментарные положения, содержащиеся во Вводном титуле и в других частях ГК 1902 г. На принятии отдельной Книги по МЧП настаивали ученые-юристы, и в доктрине это расценивалось как одно из наиболее важных и значительных структурных нововведений в процессе рекодификации [Figueroa-Torres M., 2008: 13, 17]. Разработка «Проекта для кодификации международного частного права Пуэрто-Рико»²² (далее — Проект) осуществлялась в 1987-1991 гг.

Работа над Проектом была инициирована Академией юриспруденции и законодательства Пуэрто-Рико, которую в то время возглавлял крупнейший пуэрториканский правовед, бывший Председатель Верховного суда Хосе Триас Монж. Для подготовки Проекта был организован Коллизионный комитет (Conflicts Committee), в состав которого вошли наиболее известные специалисты по МЧП Пуэрто-Рико: бывший судья Верховного суда Лино Салдана (Lino Saldana; председатель), профессора Антонио Гарсия Падилла (Antonio Garcia Padilla), Карлос Диас Оливо (Carlos Dias Olivo). С самого начала Комиссия признавала важность сравнительно-правовой точки зрения и была заинтересована в контактах с учеными из других юрисдикций. По понятным причинам наибольший интерес вызывали происходившие в то же время процессы кодификации МЧП в Луизиане и Квебеке [Figueroa-Torres M., 2008: 11-13]. Не удивительно поэтому, что главными разработчиками концепции и составителями итогового текста Проекта выступили не пуэрториканские, а американские ученые — Артур фон Мерен и Симеон Симеонидес (также члены Коллизионного комитета).

Артур Тейлор фон Мерен (1922-2006) — знаменитый юрист, гарвардский профессор, один из идеологов американской «коллизионной революции», принадлежавший к категории умеренных реформаторов [Мережко А.А., 2006: 233]. Он воспринял предложенное Б. Карри деление коллизий на ложные и подлинные и утверждал, что подлинные коллизии должны решаться «рационально» и «на функциональной основе». «Функциональный анализ» при решении коллизионных вопросов должен учитывать политику права и цели, на которых основываются отдельные нормы и правовая система в целом. Путем «взвешивания национальной и многонациональной политики» нужно определить юрисдикцию с «превалирующим интересом», право которой будет применимым. В решении конфликтных проблем основная роль

²¹ Ibid. P. 59.

²² Рабочее название проекта Книги VII ГК Пуэрто-Рико.

принадлежит процессу выбора права, а не предписаниям определенных коллизионных норм, и материальная справедливость должна превалировать²³.

Симеон Симеонидис (р. 1949), пожалуй, является ныне самым известным коллизионистом²⁴: «На засушливой равнине американского законодательства в сфере выбора применимого права есть одна фигура угрожающих размеров: Симеон Симеонидис» [Nafziger J., 2000: 1189]. Ввиду возраста он не принадлежит к поколению «коллизионных революционеров», но его собственные конструкции основаны на теориях «государственного интереса» Б. Карри, «сравнительного ущерба» У. Бакстера, «лучшего права» Р. Лефлара, «наиболее значимых контактов» У. Риза. По мнению С. Симеонидиса, правила выбора права должны быть определенными, но достаточно гибкими, унилатеральными и контент-ориентированными, нацеленными на достижение не столько коллизионной, сколько материальной справедливости. При этом, в отличие от большинства представителей американской доктрины МЧП, ученый выступает за его всеобъемлющую кодификацию (возможно, в силу своего базового континентально-правового образования, которое он получил в Греции). Одновременно с пуэрториканским Проектом С. Симеонидис активно участвовал в разработке первой кодификации МЧП Луизианы.

Разумеется, Проект отражал теоретические воззрения его авторов (прежде всего С. Симеонидиса, поскольку А. фон Мерен выступал как консультант). Главное внимание было сосредоточено на выработке особой методологии — сочетание определенных коллизионных норм и гибких коллизионных подходов. Основой концепции (закрепленной в ст. 2 Проекта)²⁵ стали теории наиболее значимых контактов и анализа интересов, техника аспектного анализа и *dépeçage*, использование политических (а не территориальных) гибких формул прикрепления. Цель процесса выбора права — определить и применить право страны с «наиболее значительной связью» (*la conexión más significativa*) к сторонам и спору. Термин «значительная» способствует более качественному исследованию фактов судом и несет в себе меньше территориального или иного физического подтекста, чем прилагательные «сильный», «тесный» или «близкий». Такое государство должно определяться с

²³ Теорию «функционального анализа» фон Мерен разрабатывал совместно с Д. Траутманом. См., напр.: von Mehren A., Trautman D. Jurisdiction to Adjudicate: A Suggested Analysis. Harvard Law Review, 1966, vol. 79, p. 1121; idem. The Law Multistate Problems: Cases and Materials on Conflict of Laws. Boston, 1965; von Mehren A. Recent Trends in Choice-of-Law Methodology. Cornell Law Review, 1975, vol. 60, p. 927.

²⁴ Возможно, ведущий современный мировой эксперт в области сравнительного правоведения и международного частного права.

²⁵ Comisión conjunta permanente para la revisión y reforma del Código civil de Puerto Rico. Borrador para discusión artículos del Libro septimo. Derecho internacional privado. 2002. Available at: <http://www.leivafernandez.com.ar/Libro%20S%E9ptimo.%20Derecho%20internacional%20privado.pdf> (дата обращения: 24.02.2022)

учетом не столько физических отношений, сколько: (а) учитывая устремления, воплощенные в конкретных нормах права вовлеченных стран; (b) оценивая силу и относимость этих устремлений в свете: взаимосвязи каждой вовлеченной страны со сторонами дела и спором; политики и потребностей межгосударственных и международных систем [Symeonides S., 2011: 29].

Проект Симеонидиса имел не только серьезный доктринальный фундамент, но и обширный практической базис. В 1987 г. у ученого появилось «хобби» — он ежегодно готовит и публикует обзоры практики американских судов по делам сферы МЧП. Изучение тысяч судебных дел по выбору применимого права привело Симеонидиса к выводу, что после коллизионной революции «суды долго боролись с новыми методологиями и должны были изобретать колесо для каждого случая, но независимо от методологии изобретаемые колеса не так уж сильно отличались друг от друга. Судебная практика явственно демонстрировала конвергенцию к единообразным схемам принятия решений, которые нетрудно преобразовать в гибкие законодательные правила» [Symeonides S., 2017: 2-3]. Из прецедентного права С. Симеонидис вывел ряд закономерностей, которые легли в основу проекта кодификации МЧП как Луизианы, так и Пуэрто-Рико.

Проект был довольно обширным — 48 статей, сгруппированных в шесть разделов: I — Общие положения, II — Семейные институты, III — Вещные права, IV — Обязательственное право и договоры, V — Об обязательствах, возникающих из вины или небрежности, VI — Правопреемство. Он был детальнее, нежели одновременная кодификация МЧП Луизианы, но содержательно предлагаемые коллизионные решения мало чем отличались, хотя С. Симеонидису в какой-то мере удалось (как он и хотел) создать текст, более «цивильный, чем книга Луизианы о коллизионном праве» [Figueroa-Torres M., 2008: 17].

Проект обсуждался на международном уровне (в 2014 г. в рамках ОХАДАК) и получил высокую оценку. Было отмечено, что будущая Книга седьмая ГК — это действительно отдельный и независимый раздел Кодекса, который инкорпорирует доктрину, выведенную из судебного решения по делу *Viuda de Fornaris v. American Surety Company* и других дел Верховного суда, развивает ее и применяет критерий, не основанный на территориальном или количественном признаке. Судебный опыт Пуэрто-Рико включает лучшие элементы с обеих сторон Атлантики, не подчиняясь слепо и автоматически Соединенным Штатам или испанским правовым системам, и это отражено в Проекте²⁶. В пуэрториканской доктрине есть точка зрения, что Проект показывает, насколько Пуэрто-Рико продвинулся в процессе самоопределения как смешанная юрисдикция. Проект не следует единой системе, а использует

²⁶ OHADAC Model Law of Private International Law. P. 60.

лучшее из общего права и традиции гражданского права, чтобы объединить их, исходя из конкретных потребностей острова [Marin Z., 2013: 50].

Законопроектная работа затянулась на 30 лет. В 1997 г. была создана Постоянная комиссия по пересмотру и реформе Гражданского кодекса Пуэрто-Рико, и внесение Проекта Книги по МЧП в законодательный орган было отложено до 2002 г. (но не состоялось). В 2009–2012 гг. законодательная власть прекратила финансировать работу Комиссии; в 2013 г. она была воссоздана как Специальная комиссия, но с более скромной структурой, нежели ее предшественница [Pérez A., 2015: 202]. Текст Проекта неоднократно пересматривался (в 2002, 2016 и 2018 гг.) и активно дискутировался. Кроме кодификаций МЧП Квебека и Луизианы, разработчики уделили большое внимание кодификациям МЧП в Бразилии, Перу и Мексике, а также рекодификации МЧП в Испании, Франции, Германии, Португалии, Нидерландах, Италии, Аргентине. Было учтено, что большинство юрисдикций континентально-правовой системы изменили свои коллизионные нормы в процессе современной кодификации МЧП. В итоге формулировки Проекта претерпели значительные изменения, заключающиеся, в том числе в стандартизации языка и структуры норм для приведения их в соответствии с другими положениями будущего ГК²⁷.

Пересмотр Проекта сопровождался подробным анализом текущей пуэрториканской судебной практики. Как показывают ее обзоры, подготовленные С. Симеонидисом (который остался основным автором Проекта), при выборе права по контрактам и деликтам суды последовательно придерживались новой методологии, идя по пути определения «наиболее значимых контактов». Эта теория имеет безусловный приоритет в судах Пуэрто-Рико и является практически единственной постоянно используемой в решениях Верховного суда²⁸. При принятии итогового варианта Проекта данные тенденции были приняты во внимание. Как остроумно заметил сам Симеонидис, фраза «наиболее значимая связь» была, в конце концов, выбрана как символическое выражение равноудаленности Пуэрто-Рико от североамериканского и европейского права [Symeonides S., 2009: 11].

Наконец, 1 июня 2020 г. новый ГК Пуэрто-Рико был принят и 28 ноября 2020 г. вступил в силу.

4. Способ (форма) кодификации МЧП

С академической точки зрения Пуэрто-Рико придерживается трехчастной концепции системы МЧП (международная судебная юрисдикция, опре-

²⁷ OHADAC Model Law of Private International Law. P. 59.

²⁸ Available at: <http://ssrn.com/abstract=1529936>; <https://academic.oup.com/ajcl/article-abstract/65/1/1/3868842/>; <https://ssrn.com/abstract=3511163> (дата обращения: 24.02.2022)

деление применимого права, признание и исполнение иностранных актов) [Pérez A., 2015: 202]. Однако идея комплексной автономной кодификации МЧП/МГП, структурированной по «триаде», не обсуждалась даже на доктринальном уровне, несмотря на востребованность такого способа кодификации в Латинской Америке и Карибском бассейне²⁹. При разработке Проекта опыт подобной формы кодификации также не анализировался. Модели комплексной внутриотраслевой кодификации стран американского континента³⁰ удостоились большего внимания и исследования для возможной имплементации, но данная идея также оказалась невостребованной. Причина — специфика государственно-политического статуса Пуэрто-Рико как «неинкорпорированной организованной территории», ассоциированной с США.

Правовая система Пуэрто-Рико основана на испанском гражданском кодексе, но в пределах американской федеральной системы правосудия, и полностью переняла процессуальное право США (первой моделью послужили законодательные статуты Калифорнии и Айдахо, позднее — федеральные правила этих штатов) [Азарова И.А., 2016: 80, 109]. Это не удивительно, так как в большинстве смешанных юрисдикций континентальная традиция доминирует в частном материальном праве, а публичное право (в том числе гражданское процессуальное) является в основном англо-американским [Kedar N., 2007: 179]. В США в целом, и в их отдельных штатах МГП, естественно, не кодифицирован, в различных нормативных актах регламентируются только его отдельные проблемы³¹.

Для юрисдикций смешанной правовой семьи, как правило, характерно большее внимание к вопросам МГП, нежели к МЧП (унаследованное из английского общего права, основанного на процессуальной концепции природы коллизионных норм)³². Законодатель Квебека, в частности, пошел по пути внутриотраслевой комплексной кодификации, включив нормы МГП в ГК. Ничего похожего в Пуэрто-Рико мы не видим, хотя изначально нормы его МГП были частично кодифицированы и содержались в Гражданском процессуальном кодексе Испании (1855; ред. 1881; далее — ГПК), который

²⁹ Проект Типового закона ОХАДАК (2014), Закон о МЧП Доминиканской Республики (2014), Кодекс МЧП Панамы (2015), Закон о МЧП Уругвая (2020), проекты законов о МЧП Боливии (2009), Чили (2020), Мексики (2020).

³⁰ ВЗ ГК Бразилии (1942), ГК Перу (1984), ГК Квебека (1991), ГТК Аргентины (2015).

³¹ Единообразный закон США о междуштатном и международном процессе (1962), Федеральные правила гражданского процесса (1966).

³² Напр., в Израиле нормы МГП закреплены в Правилах гражданского судопроизводства (1984 ред. 2014), в Законе о приведении в исполнение иностранных судебных решений (1958 ред. 2005), Законе о вопросах расторжения брака (юрисдикция по специальным вопросам) (1969) и др.

действовал и на острове с 1885 г.³³ В XIX в. это было очень прогрессивное регулирование, но американизация процессуального права и встраивание в федеральную систему правосудия повлекли необходимость пересмотра гражданской процедуры. В 1933 г. был принят новый ГПК, в котором правила МГП практически отсутствуют (в какой-то степени исключением является только ст. 49)³⁴. В настоящее время нормы о международной юрисдикции и признании/исполнении иностранных судебных решений закреплены в Правилах гражданского судопроизводства для общих судов (2009)³⁵ и Правилах доказывания (2009)³⁶.

Хотя пуэрториканский МГП находится в хаотически неопределенном состоянии и явно нуждается в кодификации, законодатель Пуэрто-Рико предпочел ограничиться пересмотром только правил выбора применимого права. Была избрана простая внутриотраслевая форма кодификации МЧП — Вводный титул к ГК 2020 г. содержит главу VI «Коллизионные нормы» (ст. 30-66), в которой сгруппированы исключительно коллизионные нормы. Таким образом, структурно полностью сохранена приверженность франко-испанской модели — нормы о коллизиях законов не составляют отдельной самостоятельной книги Кодекса, а являются частью предварительных положений к нему. Подобная структура до сих пор характерна для большинства внутриотраслевых кодификаций МЧП в Латинской Америке³⁷.

Законодатель правильно отказался от идеи поместить нормы МЧП в независимую книгу, завершающую ГК. Ведь принятие просто Книги VII «Международное частное право», следующей за иными раздела ГК (в соответствии с пандектной системой представляющими собой Особенную часть гражданского права), с логической, визуальной и смысловой точек зрения производило бы впечатление, что МЧП является одной из отраслей гражданского права. МЧП входит в систему национального права, но занима-

³³ Ст. 51, 70 — международная судебная компетенция, Второй раздел «Решения, вынесенные иностранными судами» (ст. 951–958) — признание и исполнение иностранных решений. Available at: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1881-813> (дата обращения: 24.02.2022)

³⁴ Código de Enjuiciamiento Civil de Puerto Rico de 1933. Available at: <https://bvirtualogp.pr.gov/ogp/Bvirtual/leyesreferencia/PDF/C%C3%B3digos/6-1933.pdf> (дата обращения: 24.02.2022)

³⁵ Las Reglas de Procedimiento Civil para el Tribunal General de Justicia de 2009. Available at: <https://bvirtualogp.pr.gov/ogp/Bvirtual/leyesreferencia/PDF/Justicia/RPCI.pdf> (дата обращения: 24.02.2022)

³⁶ Las Reglas de evidencia de Puerto Rico. Available at: <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5614/Reglas%20de%20evidencia%20en%20Puerto%20Rico.pdf> (дата обращения: 24.02.2022)

³⁷ Напр., Вводный титул к ГК Коста-Рики (1885 в ред. 2000), Предварительные положения к ГК Мексики (1928 ред. 2013), Вводный титул к ГК Парагвая (1985), Вводный титул к ГК Кубы (1987).

ет в ней автономную нишу и составляет самостоятельную отрасль права. Включение норм МЧП в гражданский кодекс — дань устоявшейся традиции, однако даже при таком способе кодификации совокупность коллизионных норм следует структурировать максимально обособленно от других частей кодекса.

Наличие вводного титула (закона, предварительных положений) к акту кодификации гражданского права «обособляет», «автономизирует» содержащиеся в таком законе нормы от иных положений ГК. Например, ст. 2 Вводного закона к ГГУ устанавливает: «Законом по смыслу Гражданского уложения и настоящего Закона является любая правовая норма». Таким образом, ГГУ и Вводный закон — различные акты; из содержания ст. 2 следует, что нормы ВЗ предназначены для решения вопросов выбора права не только к отношениям, регулируемым ГГУ, но и к другим отношениям. В пуэрториканском законодательстве нет аналогичной нормы; в ст. 3 Вводного титула к ГК (2020) закреплено, что «под законом понимается любое правило, постановление, приказ или декрет, изданные компетентным органом государства при осуществлении им своих функций». При этом в «Изложении мотивов», предваряющих текст ГК и включенных в Закон № 55-2020, подчеркивается, что предписания Вводного титула регулируют не только частную правовую систему, но и всю правовую систему, т.е. применяются ко всем вопросам права³⁸. Включение коллизионных норм МЧП во вводный закон к ГК (а не в его «тело») априорно презюмирует их применение к любым отношениям, основанным на принципах равенства и автономии воли сторон. «Помещение коллизионных норм во вводный закон свидетельствует о законодательной эволюции в сторону автономной кодификации МЧП» [Кисиль В., 2014: 96].

Глава VI Вводного титула поделена на семь разделов: общие правила (первый); физические и юридические лица (второй); брак, его последствия, расторжение, родство и алиментные обязательства (третий); вещные права (четвертый); обязательства и контракты (пятый); наследование в связи со смертью (шестое); остаточное регулирование (седьмой). Итоговый текст меньше первоначального Проекта, что вызывает сожаление: экономия на кодификации МЧП является не самым правильным и дальновидным решением. Проект предлагал намного более детальное и подробное регулирование, особенно в сфере выбора права для обязательств. К сожалению, итоговая Глава VI отличается от Проекта в худшую сторону не только необоснованной лаконичностью. Содержательно и концептуально принятое регулирование намного хуже предложенного в 1991–2002 гг.

³⁸ Código Civil de Puerto Rico de 2020. Ley Núm. 55 de 1 de junio de 2020, según enmendado. Exposición de motivos. P. 3. Available at: <https://bvvirtualogp.pr.gov/ogp/Bvirtual/leyesreferencia/PDF/55-2020.pdf> (дата обращения: 24.04.2022)

Теория «наиболее значительной связи» применимого права с обстоятельствами дела, положенная в основу Проекта его авторами и являвшаяся его фундаментом, в итоговом тексте Глава VI Вводного титула ГК не нашла отражения. Эта теория закреплялась в ст. 2 Проекта³⁹, и именно подход ст. 2 был положительно оценен на международном уровне. Отмечалось, что это положение отличается универсальностью, отражает цель процесса выбора права как идентификацию и применение права государства, которое «имеет наиболее значительную связь со сторонами и спором в связи с рассматриваемыми вопросами...». Доктрина «наиболее значительной связи» давно востребована в МЧП Пуэрто-Рико, и ее законодательное закрепление будет препятствовать неправильному толкованию, которое привело бы к механическому количественному подсчету контактов или к простой географической локализации спора⁴⁰. Отказ от этой доктрины как основы решения коллизионных проблем — пожалуй, один из главных пороков принятого регулирования.

В рамках одной научной статьи невозможно исчерпывающим образом проанализировать эту объемную кодификацию. Ввиду этого мы ограничимся исследованием только разделов первого «Общие правила» и седьмого «Остаточное регулирование», в которых регламентируются наиболее важные вопросы — институты Общей части МЧП (ст. 30-36, 66). Выбор обоснован тем, что проработанность и высокая квалификация Общей части — залог корректного и справедливого выбора применимого права. Если законодатель устанавливает понятные, востребованные и предсказуемые общие принципы, «вменяемую» дорожную карту, то адекватные коллизионные решения вполне способна выработать судебная практика. К сожалению, именно институты Общей части в наименьшей степени «удались» законодателю Пуэрто-Рико, и именно эта часть демонстрирует наибольшее количество недостатков. Институты Особенной части МЧП в ГК регламентированы значительно лучше.

³⁹ Статья 2. Общие и вспомогательные положения. Законодательство, применяемое в вопросах, касающихся более чем одного государства, — это законодательство государства, отношение которого к сторонам и предмету спора в разбираемом деле более существенно, за исключением случаев, когда настоящей Книгой предусмотрено иное.

Для определения этого законодательства во внимание принимаются законодательные нормативы по решаемому вопросу, а также другие нормативы, принятые во взаимодействующих государствах. Также оценивается обоснованность применения этих нормативов, в зависимости от отношения каждого государства к другим участникам и предмету спора, а также в соответствии с нормативами и потребностями внутригосударственных и международных систем, которые включают необходимость в защите законно обоснованных претензий сторон и минимизации неблагоприятных последствий, которые могут быть вызваны необходимостью следования законодательствам более чем одного государства.

⁴⁰ OHADAC Model Law of Private International Law. P. 60.

5. Институты Общей части МЧП

Сфера действия принятого регулирования установлена в ст. 30 ГК «Общие принципы» — это выбор применимого права к отношениям, в которых одна из сторон домицилирована в Пуэрто-Рико, а вторая — вне его пределов. Иностраный элемент, таким образом, определен только по одному его проявлению — различный домициль субъектов отношения. Объект или юридический факт, связанные с другим государством, в качестве вариантов иностранного элемента не упоминаются. Естественно, что в доктрине такое решение критикуется и подчеркивается «очевидный дефект формулировки» [Ortiz de la Torre J., 2020: 268]. Правда, сразу оговоримся, что в «Изложении мотивов» указано: «...спор считается международным или межгосударственным, если один или несколько его составных элементов связаны более чем с одним государством. Эти элементы могут быть связаны с фактами, вызвавшими спор, с местонахождением предмета спора, с национальностью, гражданством, местом жительства, местом пребывания или с каким-либо другим моментом связи между сторонами»⁴¹. Это разъяснение ставит все на свои места и снимает любые вопросы, кроме одного — почему нельзя было сформулировать непосредственно текст ст. 30 именно так?

Статья 1 Проекта «Сфера применения» содержала краткую и точную норму: «В настоящей Книге определяется законодательство, применяемое в вопросах, касающихся более чем одного государства, за исключением случаев, когда законодательством Пуэрто-Рико предусмотрено иное», в ст. 3 определялось понятие «государство»⁴². Практически идентичное положение закреплено в ст. 14 ГК Луизианы; в обоих случаях автором выступал профессор Симеонидис. По непонятным резонам от его грамотного и современного предложения пуэртоториканский законодатель отказался, хотя очевидно — зачем выработать дополнительные разъяснения, если есть готовая лаконичная и емкая модель?

Защитные оговорки, ограничивающие применение иностранного права, — это ст. 31 ГК «Уголовные законы и законы об общественной безопасности» и 36 «Публичный порядок». Статья 31 — позитивный вариант оговорки о публичном порядке, изложенный в традициях ст. 3 ФГК; ее формулировка демонстрирует некий возврат к классике романского права (она ближе к ГК 1889, нежели к ГК 1902), которой до сих пор придерживаются некоторые латиноамериканские законодатели. Современной терминологии (нормы непосредственного применения, преобладающие императивные положения) ст. 31 не употребляет. Обращает на себя внимание включение в

⁴¹ Código Civil de Puerto Rico de 2020. P. 4.

⁴² Comisión conjunta permanente para la revisión y reforma del Código civil de Puerto Rico.

круг законов об общественной безопасности судебнo-процессуальных норм законодательства Пуэрто-Рико, являющихся составляющими его позитивного публичного порядка. Такая оценка подобных норм ставит под сомнение возможность применения норм иностранного гражданского процесса (что широко практикуется в современном мире) и формирования процессуальных коллизионных норм (целостный конгломерат которых закреплен в законодательстве многих стран⁴³). «Формулировка, используемая законодателем, кажется излишней» [Ortiz de la Torre J.A.T., 2020: 269], хотя бы потому, что может быть заключен международный договор, устанавливающий процессуальные правила, отличные от пуэрториканских, но которые должны применяться судьей Пуэрто-Рико в силу абз. 2 ст. 30 ГК (приоритет международного права).

Статья 36 — оговорка о публичном порядке в негативном варианте, сформулированная «куцым» образом: не указывается, норма какого правопорядка должна применяться для «замещения» отвергнутой иностранной нормы. Интересно, что в ст. 36 совмещены процессуальный и материальный публичные порядки: можно отказать не только в применении иностранного права, но и в признании/исполнении иностранного судебного акта. Противоречие публичному порядку должно быть явным; понятие «публичный порядок», естественно, не раскрывается. В доктрине высказывается мнение, что в ст. 36 отголоски ст. 11 ГК Испании (1889) перекликаются с тремя аспектами отказа государства в защите международного общественного порядка: иностранные «норма», «решение» или «акт». Иностранный закон будет признаваться и применяться, когда он отличается «от нормы внутреннего общественного порядка», но не будет применяться и признаваться, когда имеется явная несовместимость с «международным общественным порядком Пуэрто-Рико» [Ortiz de la Torre J., 2020: 271]. Такая трактовка характерна для латиноамериканских законодательных и академических подходов, однако ст. 36 нормативно закрепляет только понятие «внутренний публичный порядок», а понятие «международный общественный порядок» в норме отсутствует⁴⁴.

Применение права страны с множественностью правовых систем определено в ст. 32. Норма обобщающая, разграничения между интерлокальными и интерперсональными коллизиями не проводится; субсидиарного обращения к критерию наиболее тесной связи не предусмотрено: «Формулировка аналогична формулировке статьи 12.5 Гражданского кодекса Испании и также имеет аналогичный недостаток» [Ortiz de la Torre J., 2020: 270]. Включение

⁴³ Напр., ст. 147-154 Кодекса МЧП Панама (2015), книга VII «Международный гражданский процесс» ГПК Румынии (2010).

⁴⁴ В отличие, например, от ст. 86 Закона о МЧП Доминиканской республики (2014), ст. 3081 ГК Квебека; в ст. 7 Проекта также фигурировало понятие «международный общественный порядок».

этой нормы в текст закона — положительное решение, такой сложный вопрос должен быть урегулирован нормативно (а в Проекте, как и в ГК Луизианы данный институт вообще отсутствует). К сожалению, законодательная формулировка является архаичной и не соответствует современным тенденциям. Учитывая, что разработчики закона знакомы с иностранными актами кодификации МЧП, непонятно, почему за образец не была взята хотя бы ст. 3077 ГК Квебека, не говоря уже о европейских и национальных моделях XXI века.

Обратная отсылка полностью исключается, что императивным образом подчеркнуто в ст. 34 ГК. В доктрине такое решение подвергается справедливой критике, поскольку иногда применение обратной отсылки может привести к решениям, которые без этой процедуры были бы несправедливыми, прежде всего в делах, касающихся личного статуса физических лиц и вещных прав на движимое имущество [Ortiz de la Torre J., 2020: 270]. В романской правовой традиции обратная отсылка всегда пользовалась «осторожной» симпатией — даже ст. 12.2 ГК Испании («материнская» норма) прямо запрещает только отсылку к праву третьего государства, а обратная отсылка к испанскому праву не запрещена. Подавляющее большинство кодификаций МЧП XXI века в странах континентальной правовой семьи в той или иной форме допускают обратную отсылку⁴⁵.

В англо-американской школе обратную отсылку признают авторитетные «коллизийные революционеры» Уолтер Кук, Дэвид Каверс, Альберт Эрэнцвейг. С. Симеонидис без симпатии относится к институту обратной отсылки. Он пишет, что исключение обратной отсылки помогает избежать сложности и потенциальной замкнутости, которые может породить применение иностранных коллизийных норм [Symeonides S., 2007: 214]. Однако ученый хорошо понимает практическую необходимость этой конструкции, поэтому во всех разрабатываемых им проектах кодификации МЧП предусмотрены ситуации, в которых суд мог бы принять обратную отсылку к *lex fori*⁴⁶. В Проекте Пуэрто-Рико также при общем запрете обратной отсылки предусматривалась возможность ее применения по усмотрению суда после установления *lex causae* (ст. 6).

Институт Международного права в 1999 г. принял специальную резолюцию «О применении иностранного международного частного права», в которой подчеркивалась значимость обратной отсылки для гармонизации судебных решений и рекомендовалось ее применение исходя из принципа

⁴⁵ Напр., ст. 160 Кодекса МЧП Панамы, ст. 16 Кодекса МЧП Бельгии; ст. 5 и ст. 19.1 ГК Нидерландов.

⁴⁶ Очень своеобразные, нестандартные подходы содержат ст. 3517 ГК Луизианы, § 15.300(1) Свода статутов Орегона.

favour negotii с учетом автономии воли сторон⁴⁷. Эта «резолюция... выступает как данная величина для законодателя, судьи или практика, борющегося с проблемой, показывая, почему обратная отсылка важна и с ее помощью может быть разрешена проблема» [Forsyth C., 2010: 645]. Очень жаль, что пуэрториканский кодификатор не обратил внимания ни на эту резолюцию, ни на мнение автора Проекта, ни на решения других законодателей.

Квалификацию правовых понятий регламентирует ст. 35 ГК. Основное правило — наиболее распространенный и простой подход: квалификация по *lex fori*, т.е. соответствии с пуэрториканским законодательством. Этим решение проблемы исчерпывается; возможностей прибегнуть к квалификации по *lex causae* или к автономной квалификации не предусмотрено; как можно квалифицировать институт, неизвестный праву Пуэрто-Рико, непонятно⁴⁸.

Второй абзац ст. 35 ГК вряд ли имеет отношение к институту квалификации: «Установление содержания норм права иностранного государства, если оно является применимым к разрешению спора, осуществляется в соответствии с данным применимым правом». Это положение входит в другой институт МЧП — установление содержания иностранного права, точнее, его толкование и применение: иностранное право толкуется и применяется так, как его в «родном суде» применил бы «родной судья». По неизвестной причине очень страдает формулировка — «законодатель не может выразить то, что, безусловно, есть в его посыле: применимыми нормами иностранного законодательства являются не те, которые местный судья считает компетентными, а те, которые в спорном случае применяются в этом иностранном государстве его судами» [Ortiz de la Torre J., 2020: 271]. Прекрасно, что данный институт МЧП получил нормативное закрепление (это большой прогресс), но опять же неясно, почему нельзя было заимствовать соответствующую грамотную формулировку, например, из ст. 2 Закона о МЧП Венесуэлы (1998).

Проект (ст. 5)⁴⁹ закреплял практически идентичную модель (правда, намного лучше сформулированную! и зачем ее было менять?) и имеющую небольшое, но принципиальное отличие — квалификация осуществлялась по *lex fori*, но специальным законом могло быть установлено иное. Это не меняло основного подхода, но теоретически по отдельным блокам отношений, регулируемых обособленно, существовала возможность прибегать к квали-

⁴⁷ English compilation of IDI resolutions. Available at: http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1999_ber_01_en.pdf (дата обращения: 24.02.2022)

⁴⁸ Как непонятно и то, почему нельзя было перенять опыт других стран — хотя бы ст. 3078 ГК Квебека.

⁴⁹ Comisión conjunta permanente para la revisión y reforma del Código civil de Puerto Rico.

фикации по *lex causae* или к автономной квалификации. Учитывая, что профессор Симеонидис никогда в своих исследованиях не уделял внимания вопросам квалификации, и в подготовленных им проектах МЧП Луизианы и Орегона этот институт не регулируется, текст ст. 5 Проекта был более адекватным решением, нежели то, которое получилось в итоге.

Процесс установления содержания иностранных правовых норм в новой кодификации МЧП Пуэрто-Рико нормативного закрепления вообще не получил. Исторически в мире сформированы три основных подхода к этому процессу (естественно, всем им свойственны исключения): общее право — бремя доказывания содержания иностранного права несут стороны; континентальное право — установление содержания производится судом *ex officio*; смешанный подход — обязанность лежит и на суде, и на сторонах. Третий подход в максимальной степени воспринят федеральным правом США: правило 44.1. Федеральных правил гражданского процесса (1966)⁵⁰ закрепляет: возможность суда проводить независимое исследование содержания иностранного права; полномочия суда самостоятельно устанавливать содержание иностранного права, но не неся такой обязанности; право суда настаивать на представлении сведений об иностранном праве стороной или ее представителем. В американской доктрине высоко оценивается подобный подход: «Новое Правило [44.1] — это великое изобретение. Оно оставило судьям полную свободу действий, не освободив, однако, стороны от обязанности информировать суд о содержании применимых положений иностранного права. Суды получили эффективный механизм для надлежащего установления содержания иностранных правовых норм, и теперь суды и стороны могут перестать бояться иностранного права и начать его применять» [Brown J., 1984: 185].

Проект (ст. 9)⁵¹ содержал норму «Судебные знания иностранного права», в соответствии с которой установление содержания норм иностранного права и их применение были основаны на следующих принципах:

Если применимое иностранное законодательство является законодательством США или их отдельного штата или владения, суд обязан применять это законодательство, но может затребовать от заинтересованной стороны содействия в определении используемых положений. Если сторона отказывается от содействия, суд может отказать в иске или применить законодательство Пуэрто-Рико.

Если применимое иностранное законодательство является законодательством другой страны или территориальной единицы этой страны, суд может

⁵⁰ Federal Rules of Civil Procedure (as amended to December 1, 2020). Available at: https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_44.1 (дата обращения: 24.02.2022)

⁵¹ Comisión conjunta permanente para la revisión y reforma del Código civil de Puerto Rico.

применить это законодательство. Если одна из сторон обоснованно требует применения иностранного законодательства, своевременно уведомляет об этом другие стороны и передает суду необходимую информацию для определения применимых положений, то суд применяет это законодательство.

Все постановления касательно содержания и применения иностранного законодательства считаются решениями по вопросу права.

Предлагаемая модель, концептуально заимствованная из Правила 44.1, предусматривала взвешенное и сбалансированное решение, в максимальной степени учитывающее специфику смешанной правовой семьи. Судебная практика Пуэрто-Рико использует эту модель уже почти 40 лет, и такой механизм судами освоен. Законодатель совершенно напрасно отказался от нормативной фиксации предложенного Симеонидисом решения. Это привело к наличию в новом регулировании серьезного пробела, снизило предсказуемость судебных решений.

Сроки исковой давности — наконец, немного позитива: ст. 33 устанавливает, что правом, применимым к исчислению давности, является право, регулирующее существо спора. Общее право считает давность процессуальным институтом (что предполагает применение *lex fori*), континентальное право — институтом материального права (что предполагает применение *lex causae*). Для разрешения этого противоречия в делах, связанных с иностранным порядком, во многих юрисдикциях общего права принято специальное законодательство об иностранных сроках исковой давности, и давность с точки зрения выбора применимого права понимается как материально-правовая категория, в связи с чем по вопросам давности возможно применение иностранного права⁵². Нынешнее МЧП Пуэрто-Рико следует континентальной традиции и нормативно закрепляет оценку давности как института материального права, формулируя гибкую коллизионную норму: подчинение *lex causae*. Это взвешенный, актуальный, предсказуемый и адекватный подход.

6. Оговорка об изъятии

Раздел седьмой «Остаточное положение» содержит всего одну статью 66 «Остаточное положение», которая являет собой весьма своеобразный и практически эксклюзивный вариант общепринятой в современном МЧП «оговорки об изъятии» («условие об изъятии», «оговорка об исключении»; «общее положение об «исключении» или «бегстве» для всей коллизионной системы» [Ortiz de la Torre J., 2020: 278]). В современном МЧП оговорка об

⁵² § 12.410-12.480 Свода статутов Орегона (Единообразный акт о сроках исковой давности при коллизии законов); британский Foreign Limitation Periods Act UK (1984). Available at: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/> (дата обращения: 24.02.2022)

изъятия используется в ситуации «коллизии» и выражает приоритет принципа наиболее тесной связи — в исключительных случаях право, указанное коллизией, не применяется, если в свете всей совокупности обстоятельств дела очевидно, что оно имеет наиболее тесную связь с правом другого государства. В таком виде оговорка об изъятии закреплена в актах унификации европейского МЧП (ст. 4.3 Регламента ЕС Рим I) и национальных кодификациях (ст. 2597 ГТК Аргентины (2014)), в том числе в смешанных юрисдикциях (ст. 3082 ГК Квебека).

Законодатель Пуэрто-Рико использует оговорку об изъятии не для решения проблемы коллизии, а для ограничения автономии воли сторон⁵³, которая в странах Западного полушария традиционно не пользовалась симпатией. До сих пор в законодательстве по МЧП некоторых латиноамериканских стран этот повсеместно принятый институт отсутствует⁵⁴, однако судебная практика везде идет по пути его признания. В США автономия воли не признавалась до 1940-х гг. и с трудом пробивала себе дорогу параллельно с коллизией. § 187.2 Второго свода ограничивает автономию воли сторон: выбранное право не имеет существенного отношения к сторонам или сделке и нет других разумных оснований для выбора сторон; применение права, выбранного сторонами, противоречило бы политике штата, который имеет более существенный интерес в решении конкретного вопроса и чье право было бы применимым при отсутствии действительного выбора сторон. В комментариях к этому параграфу указывается: «Форум не будет применять избранный закон ... если у сторон не было разумных оснований для выбора этого закона. Форум не будет применять иностранный закон, который был выбран сторонами в духе приключений или чтобы обеспечить умственную нагрузку для судьи. Однако ситуации такого рода не возникают на практике. Контракты заключаются для серьезных целей и редко, если вообще когда-либо стороны выбирают закон без уважительной причины для этого»⁵⁵.

Законодатель Пуэрто-Рико почти дословно воспроизводит подход, закрепленный в § 187.2(b) Второго свода, который был разработан более 50 лет назад, имеет рекомендательный характер, и судебная практика США давно идет по пути ограничения автономии воли сторон только публичным порядком и

⁵³ Статья 66. Остаточная клаузула. В исключительных случаях, когда стороны действительным соглашением избрали право, отличное от того, которое было бы применено в отсутствие такого соглашения, право, на применение которого указывают положения настоящей главы, не будет применено, если становится ясным, что оно имеет лишь отдаленную связь с фактическими обстоятельствами правоотношения, а само правоотношение, напротив, имеет тесную связь с иным правопорядком.

⁵⁴ Напр., ГК Коста-Рики, ВЗ к ГК Бразилии.

⁵⁵ Restatement (Second) of Conflict of Laws. § 187. Law of the State Chosen by the Parties.

нормами непосредственного применения *lex fori* и *lex causae*. Нет императивного требования, чтобы избранное право обязательно было связано с обстоятельствами дела. Кодификации коллизионных норм, произведенные как в штатах общего права (Орегон), так и в смешанной юрисдикции (Луизиана), закрепляют именно такую модель⁵⁶. Таким образом, пуэрториканский законодатель занял «уникальную позицию» [Symeonides S.C., 2010: 518]: выбранное право может не применяться, если есть *lex causae*, более тесно связанное со всеми обстоятельствами дела и связанное не только фактически, а нормативно — «право, на применение которого указывают положения настоящей главы».

В Проекте была аналогичная норма (ст. 29 «Ограничения автономии воли»), которая устанавливала «общее правило, имеющее двойную функцию» [Marin Z., 2013: 34]. Как писал профессор Симеонидис, выбор права сторонами должен игнорироваться в той мере, в какой он нарушает ограничения на автономию сторон, налагаемые как *lex fori*, так и *lex causae*. Эта особенность нормы была исключительно идеей Артура фон Мерена, чьи «взгляды на автономию воли сторон были более продвинутыми и более либеральными, чем мои. Во-первых, увидев множество случаев, в которых автономия воли сторон стала ловушкой для неискушенных, я потерял свой энтузиазм в отношении расширения правил об автономии воли сторон. Во-вторых, я всегда верил, что право страны суда не должно выступать со своими взглядами в отношении действительности автономии воли сторон... Артур был более убедителен... и настоял, чтобы стандарты *lex causae* также являлись критерием». Но даже когда выбор сторон выходит за рамки ограничений, налагаемых *lex causae*, этот выбор не следует игнорировать, за исключением случаев, когда *lex fori* имеет серьезные основания для непризнания автономии воли сторон в аналогичных внутренних делах. Принятие данной точки зрения сделало проект Пуэрто-Рико уникальным в мире и, возможно, наиболее либеральным в отношении автономии воли сторон [Symeonides S., 2002: 426, 427].

По поводу «либерализма» относительно автономии воли согласиться невозможно. Правда, ст. 54 ГК закрепляет даже «процессуальную» автономию воли⁵⁷: стороны могут сами согласовать процедуру рассмотрения их спора, т.е. установить процессуальный порядок. Это, действительно, «архи-

⁵⁶ Статья 3540 ГК Луизианы. Автономия воли сторон. Все другие вопросы договорных обязательств регулируются правом, прямо избранным сторонами, или правом, на которое стороны ясно полагались, но исключительно в той мере, в какой это право не нарушает публичный порядок штата, чье право являлось бы иначе применимым согласно статье 3537. См. также: § 15.350 «Выбор применимого права, сделанный сторонами договора» Свода статут Орегона (Акт о выборе права, применимого к контрактным обязательствам).

⁵⁷ Ст. 54 Автономия воли. Содержание договоров и юридических сделок полностью или частично регулируется законом, в суде и в соответствии с процедурой, согласованной заинтересованными сторонами, если законом не предусмотрено иное.

либеральное» и практически невиданное решение — во всем мире процесс подчиняется *lex fori* (за исключением исчерпывающего перечня процессуальных коллизионных норм, допускающих применение иностранного процессуального права), и частные лица не могут сами устанавливать правила процедуры или указывать суду, какие процессуальные нормы он может применить. Судебно-процессуальное законодательство Пуэрто-Рико входит в состав законов публичного порядка, что прямо указано в ст. 31 ГК (таким образом, ст. 54 входит с ней в прямое противоречие). В доктрине процессуальная автономия воли ст. 54 вызывает серьезные вопросы — «стороны не могут изменять правила, регулирующие процесс в суде, поскольку применяется только право суда, которое обычно не позволяет сторонам выбирать, например, иные сроки, чем те, которые установлены... для ответа на требование, возражения... взятия показаний... вынесения решения судьей. Поэтому указание на соглашение между сторонами о «процедуре» нецелесообразно» [Ortiz de la Torre J., 2020: 275].

При этом ни в Проекте, ни в итоговом тексте ст. 66 нет конкретизации, каким именно нормам *lex fori* или *lex causae* должна противоречить автономия воли сторон, чтобы суд мог признать ее недействительной. По общепринятому правилу, ограничения — это только нормы публичного порядка, как позитивного, так и негативного. Однако пуэрториканский текст сформулирован так, что напрашивается расширительное толкование — любые нормы *lex fori* или *lex causae*, которые судья сочтет подходящими для «исключительных случаев», поскольку стороны выбрали «не то право». Кроме того, в Проекте ст. 29 находилась в специальной Главе IV «Право обязательств и контрактов», что естественным образом предопределяло и сужало сферу ее применения. Статья 66 — это самостоятельный раздел Главы VI Вводного титула ГК, что автономизирует ее и производит впечатление общего принципа: сторонам следует выбирать для регулирования их отношений только право, «дозволенное» в соответствии с коллизионными привязками Главы VI.

Редчайшее по нынешним временам решение, действительно «уникальное», полностью архаичное и неактуальное. В современной практике повсеместно приветствуется выбор «нейтрального» права третьей страны, поскольку презюмируется, что оно неизвестно сторонам в равной степени. Причины решения пуэрториканского законодателя выяснить не удалось: совершенно непонятно, почему не была взята за образец луизианская модель. Явным образом сказалось влияние Испании и Португалии, являющихся одними из немногих юрисдикций, в которых автономия воли признается только при выборе права, объективно связанного с делом⁵⁸. Однако в Испа-

⁵⁸ Ст. 10.5 ГК Испании. К договорным обязательствам применяется закон, которому стороны прямо выраженным образом подчинились, если только он имеет какую-либо связь со

нии продолжает действовать ГК 1889 г. (естественно, в актуализированной редакции), а Португалия кодифицировала свое МЧП в 1966 г. (и с тех пор оно принципиально не менялось), но по всем основным вопросам в обеих странах применяются регламенты ЕС, которые не требуют наличия связи отношения с избранным правом.

Заключение

В сравнении с тем, как регулировалось МЧП до 2020 г., новая Глава VI Вводного титула ГК Пуэрто-Рико — это огромный шаг вперед (особенно касательно институтов Особенной части МЧП). Однако если сравнивать с Проектом — это «два шага назад». Применительно к Общей части МЧП законодателью вполне удалась «дихотомия» (симбиоз общеправового и континентального подходов), но почему-то из обеих систем были взяты их недостатки. В общем праве не принято нормативно регламентировать «абстрактные» принципы МЧП; норма общего права находится на уровне конкретного дела, только для которого она фактически была найдена и провозглашена, чтобы обосновать решение [Tetley W., 1999: 617]. В том числе и ввиду этого страны общего права избегают кодифицировать МЧП в целом, предпочитая принимать специальные законы о выборе права к конкретным (контрактным, деликтным) отношениям, и категории Общей части детализируются применительно к этим отношениям. В свою очередь, во франко-испанской (в отличие от германской) традиции МЧП институты Общей части до середины 1960-х гг. также детально не регламентировались, следуя образцу ФГК. Особенно это касается стран Латинской Америки, в большинстве из которых МЧП не претерпевает серьезных законодательных изменений, сохраняя испанскую модель XIX века. Именно это «американо-французское» пренебрежение принципами МЧП почему-то нашло отражение в новой кодификации Пуэрто-Рико.

Больше всего, однако, удручает отказ законодателя нормативно закрепить теорию наиболее значимых контактов. Возможно, здесь сыграло роль предвзятое отношение пуэрториканского юридического сообщества к американскому общему праву. В смешанных юрисдикциях одной из первостепенных характеристик системы является ее поливалентность, которая проявляется, в частности, в том, что юристы принадлежат к одному из трех течений: пури-

сделкой... Ст. 41.2 ГК Португалии. Указание или ссылка сторон может, тем не менее, распространяться только на закон, применимость которого соответствует серьезному интересу заявителя или который находится в связи с каким-либо из элементов правовой сделки, заслуживающих внимания в сфере международного частного права. Точно такие же положения закреплены в ст. 40 ГК Восточного Тимора (2011) и ст. 41 ГК Кабо-Верде (1997), практически дословно воспроизводящих португальскую модель.

сты — защитники традиции гражданского права; поллюционисты — сторонники общего права; прагматики — приверженцы функционального подхода, сочетающего элементы обеих систем [Азарова И.А., 2016: 74–76]. В настоящее время преобладает прагматический подход как мультикультурный, наиболее гармоничный для смешанной правовой семьи, разумный и соответствующий объективным потребностям. Это, однако, не препятствует тому, что эпизодически главную роль играют пуристы или поллюционисты.

Самый известный пуэрториканский специалист по МЧП Хосе Триас Монж, возглавлявший Академию юриспруденции в момент начала работы над Проектом, в свое время выступил одним из вдохновителей ренессанса гражданского права. Он окончил Гарвардскую школу права и Йельский университет, но был страстным сторонником континентального права и решительно высказывался против его игнорирования в международных частных отношениях: «По простому капризу или глупости либо ввиду юридической эхололии, с которой мы сталкиваемся всякий раз, когда нам говорят о «сладких» принципах американского права, мы заменили наше международное частное право соответствующим американским правом, не заботясь о том, какое из них лучше соответствует нашим реалиям». При этом будучи «человеком, спасшим гражданское право в Пуэрто-Рико», Монж не был одержим им до такой степени, чтобы выступать за искоренение общего права. Он хотел достичь равновесия между двумя правовыми семьями. В областях МЧП он всегда продвигал американскую методологию, выступая как прагматик [Marin Z., 2013: 19, 23, 25].

Не без влияния Монжа в современном судебном сообществе Пуэрто-Рико наблюдается открытое недоверие к любой доктрине, возникшей в США, хотя в судебной практике преобладают элементы общего права. Это недоверие сказалось во время принятия окончательного текста Главы VI: из «Общих положений» была исключена их концептуальная составляющая, выразившая исходный посыл регулирования — теория «наиболее значительной связи», которая является наследием американской коллизийной революции и была положена в основу Проекта его авторами, учеными из США. Судебная практика Пуэрто-Рико, со своей стороны, отреагировала на отказ законодателя закрепить теорию «наиболее значительной связи» как главную методологию в делах сферы МЧП — в 2021 г. Пуэрто-Рико перешел в группу юрисдикций, использующих «комбинированную современную методологию»⁵⁹, которая, правда, означает синтез тех же американских революционных доктрин (анализа интересов, лучшего права, функционального подхода, наиболее значимых контактов). Эта двусмысленность (открыто вы-

⁵⁹ Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4022722 (дата обращения: 24.02.2022)

ражаемое неприятие общеправовых теорий при следовании им на практике) оказала медвежью услугу МЧП страны.

У пуэрториканского законодателя были огромные возможности принять образцово-показательное передовое регулирование МЧП (с такой задачей, кстати, наиболее успешно справляются территориально малые страны⁶⁰) — внушительный массив современных национальных кодификаций (в том числе на американском континенте, включая смешанные юрисдикции), конгломерат международных соглашений и их проектов (в том числе с участием Пуэрто-Рико), неисчислимый пласт академических исследований — но все возможности оказались упущенными. Основной причиной этого стало невнимание к доктрине, отсутствие должного уважения к научным разработкам. Если законодатель поручает подготовку законопроекта ученым-юристам⁶¹, то при принятии итогового текста не следует отказываться от их вклада — квалифицированные ученые, дорожащие научной репутацией, сделают работу максимально качественно с пониманием потребностей действительности и пользы страны. Законодателю давно пора понять — ученые плохого не посоветуют, к ним следует прислушиваться. Очень обидно, когда текст принятого закона оказывается значительно хуже, нежели его доктринальный проект.



Список источников

1. Азарова И.А. Смешанные правовые системы: теоретико-правовой и сравнительно-правовой анализ: дис... к. ю. н. Краснодар, 2016. 214 с.
2. Брунь М.И. Международное частное право (курс, читанный в Московском Коммерческом Институте в 1910/11 годах). М.: Типо-литография Л.М. Прохорова и Н.А. Яшкина, 1912. 312 с.
3. Кисиль В. Сучасні тенденції кодифікації міжнародного приватного права // Право України. 2014. № 2. С. 89–104.
4. Мережко А.А. Наука международного частного права: история и современность. К.: Таксон, 2006. 356 с.
5. Рыбалов А. Некоторые положения о вещных правах в новом (2020 года) ГК Пуэрто-Рико. 2021. Available at: URL: https://zakon.ru/blog/2021/5/11/nekotorye_polozeniya_o_veschnyh_pravah_v_novom_2020_goda_gk_puerto-riko (дата обращения: 24.02.2022).
6. Шорников Д. Первый взгляд на испанский Гражданский кодекс // Сибирский юридический вестник. 2010. N 2. С. 90–95.
7. Brown J. 44.1 Ways to Prove Foreign Law. *Maritime Lawyer*, 1984, vol. 9, issue 2, pp. 179–201.
8. Church J. Book review: Mixed Jurisdictions Worldwide. The Third Legal Family. *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 2002, vol. xxxv, pp. 265–268.

⁶⁰ Законы о МЧП Доминиканской Республики и Монако, Кодекс МЧП Панамы.

⁶¹ Заодно выплачивая им гонорар из государственного бюджета.

9. Figueroa-Torres M. Recodification of Civil Law in Puerto Rico: A Quixotic Pursuit of the Civil Code for the New Millennium. *Electronic Journal of Comparative Law*, 2008, vol. 12, no. 1, pp. 1–19.
10. Forsyth C. Certainty versus Uniformity: Context of Movable Property. *Journal of Private International Law*, 2010, vol. 6, no. 3, pp. 637–647.
11. Kahn E., Hahlo H. *The South African Legal System and its Background*. Cape Town: Juta, 1968, 603 p.
12. Kedar N. Law, Culture and Civil Codification in a Mixed Legal System. *Canadian Journal of Law and Society*, 2007, vol. 22, no. 2, pp. 177–195.
13. Marin Z. International Contracts in a Mixed Jurisdiction: Puerto Rico. Available at: <https://socioedip.files.wordpress.com/2013/12/zhandra-marin-contracts-in-a-mixed-jurisdiction-puerto-rico.pdf> (дата обращения: 24.02.2022)
14. Nafziger J. Oregon's Project to Codify Choice-of-Law Rules. *Louisiana Law Review*, 2000, vol. 60, no. 4, pp. 1189–1225.
15. Ortiz de la Torre J. El nuevo Derecho internacional privado de Puerto Rico: breve nota acerca del sistema conflictual del Título preliminar del Código Civil 1 de junio de 2020. *Annales de la Real Academia de Doctores de España*, 2020, vol. 5, no. 2, pp. 261–278.
16. Palmer V. *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*. Cambridge: Univ. Press, 2001. 496 p.
17. Pérez A. El Derecho internacional privado de Puerto Rico: un modelo de americanización malgré lui. Armonización del derecho internacional privado en el Caribe. J. Fernández Rozas (coord.). Madrid: *Iprolex*, 2015, pp. 175–228.
18. Symeonides S. Codifying Choice of Law for Contracts: The Puerto Rico Project. In: J. Nafziger & S. Symeonides (eds.). *Law and Justice in a Multistate World: Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*. Ardsley (N.Y.): Transnational Publishers, 2002, pp. 419–437.
19. Symeonides S. Oregon's Choice-of-Law Codification for Contract Conflicts: An Exegesis. *Willamette Law Review*, 2007, vol. 44, pp. 205–288.
20. Symeonides S. The Conflicts Book of the Louisiana Civil Code: Civilian, American, or Original? *Tulane Law Review*, 2009, vol. 83, pp. 1–36.
21. Symeonides S. Party autonomy in Rome I and II: an outsider's perspective. In: K. Boele-Woelki et al. (eds.). *Convergence and Divergence in Private International Law — Liber Amicorum Kurt Siehr*. The Hague–Zürich: Eleven International Publishing – Schulthess, 2010, pp. 513–550.
22. Symeonides S. Codification and Flexibility in Private International Law. In: K. Brown and D. Snyder (eds.). *General Reports of the XVIII Congress of the International Academy of Comparative Law*. New York: Springer, 2012, pp. 1–45.
23. Symeonides S. The Choice-of-Law Revolution Fifty Years After Currie: an End and a Beginning. *University of Illinois Law Review*, 2015, vol. 5, pp. 1847–1921.
24. Symeonides S. The Third Conflicts Restatement's First Draft on Tort Conflicts. *Tulane Law Review*, 2017, vol. 92, pp. 1–53.



References

1. Azarova I.A. (2016) *Mixed Legal Systems: Theoretical and Comparative Legal Analysis*. Doctor of Juridical Sciences Thesis. Krasnodar, 214 p. (in Russ.)
2. Brown J. (1984) 44.1 Ways to Prove Foreign Law. *Maritime Lawyer*, vol. 9, issue 2, pp. 179–201.

3. Brun M.I. (1912) *Private International Law (a course taught at the Moscow Commercial Institute)*. Moscow: Prokhorov and Yashkin, 312 p. (in Russ.)
4. Church J. (2002) Book review: *Mixed Jurisdictions Worldwide. Third Legal Family. Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, vol. XXXV, pp. 265–268.
5. Figueroa-Torres M. (2008) Recodification of Civil Law in Puerto Rico: A Quixotic Pursuit of the Civil Code for the New Millennium. *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 12, no. 1, pp. 1–19.
6. Forsyth C. (2010) Certainty versus Uniformity: Context of Movable Property. *Journal of Private International Law*, vol. 6, no. 3, pp. 637–647.
7. Kahn E., Hahlo H. (1968) *The South African Legal System and its Background*. Cape Town: Juta, 603 p.
8. Kedar N. (2007) Law, Culture and Civil Codification in a Mixed Legal System. *Canadian Journal of Law and Society*, vol. 22, no. 2, pp. 177–195.
9. Kivil V. (2012) National Legislation as a Source of Private International Law. In: A. Dovgert et al. (eds.) *Private International Law: Textbook. General part*. Kiev: Alerta Publ., 376 p. (in Ukrainian)
10. Marin Z. (2013) *International Contracts in a Mixed Jurisdiction: Puerto Rico*. Available at: <https://socioedip.files.wordpress.com/2013/12/zhandra-marin-contracts-in-a-mixed-jurisdiction-puerto-rico.pdf> (дата обращения: 24.02.2022)
11. Merezhko A.A. (2006) *Science of Private International Law: History and Modernity*. Kiev: Takson, 356 p. (in Russ.)
12. Nafziger J. (2000) Oregon's Project to Codify Choice-of-Law Rules. *Louisiana Law Review*, vol. 60, no. 4, pp. 1189–1225.
13. Ortiz de la Torre J. (2020) El nuevo Derecho internacional privado de Puerto Rico: breve nota acerca del sistema conflictual del Título preliminar del Código Civil 1 de junio de 2020. *Annales de la Real Academia de Doctores de España*, vol. 5, no. 2, pp. 261–278 (in Spanish)
14. Palmer V. (2001) *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*. Cambridge: Univ. Press, 496 p.
15. Pérez A. (2015) El Derecho internacional privado de Puerto Rico: un modelo de americanización malgré lui. In: J. Fernandez Rosas (coord.) *Armonización del derecho internacional privado en el Caribe*. Madrid: *Iprolex*, pp. 175–228 (in Spanish)
16. Rybalov A. (2021) Some Provisions on Property Rights in the New (2020) Civil Code of Puerto Rico. Available at: URL: https://zakon.ru/blog/2021/5/11/nekotorye_polozeniya_o_veschnyh_pravah_v_novom_2020_goda_gk_puerto-riko (дата обращения: 24.02.2022) (in Russ.)
17. Shornikov D. (2010) The First Look at the Spanish Civil Code. *Sibirskiy juridicheskiy vestnik=Siberian Legal Herald*, no. 2, pp. 90–95 (in Russ.)
18. Symeonides S. (2002) The Puerto Rico Project. In: *Law and Justice in Multistate World*. J. Nafziger (ed.). N.Y. :Transnational Publishers, pp.419–437.
19. Symeonides S. (2007) Oregon's Choice-of-Law Codification for Contract Conflicts: An Exegesis. *Willamette Law Review*, vol. 44, pp. 205–288.
20. Symeonides S. (2010) Party autonomy in Rome I and II: an outsider's perspective. In: K. Boele-Woelki et al. (eds.). *Convergence and Divergence in Private International Law. Liber Amicorum Kurt Siehr*, pp. 513–550.
21. Symeonides S. (2011) Codification and Flexibility in Private International Law. In: K. Brown and D. Snyder (eds.). *General Reports of the XVIII Congress of the International Academy of Comparative Law*, pp. 1–45.

22. Symeonides S. (2015) The Choice-of-Law Revolution Fifty Years After Currie: an End and a Beginning. *University of Illinois Law Review*, vol. 5, pp. 1847–1921.
23. Symeonides S. (2017) The Third Conflicts Restatement's First Draft on Tort Conflicts. *Tulane Law Review*, vol. 92, pp. 1–53.
24. Symeonides S. (2009) The Conflicts Book of the Louisiana Civil Code: Civilian, American, or Original? *Tulane Law Review*, vol. 83, pp. 1–36.
-

Информация об авторах:

Н.Ю. Ерпылева — доктор юридических наук, профессор.

И.В. Гетьман-Павлова — кандидат юридических наук, доцент.

А.С. Касаткина — кандидат юридических наук, доцент.

Information about the authors:

N.Yu. Erpyleva — Doctor of Science (Law), Professor.

I.V. Getman-Pavlova — Candidate of Science (Law), Associate Professor.

A.S. Kasatkina — Candidate of Science (Law), Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 31.05.2022; одобрена после рецензирования 31.05.2022; принята к публикации 17.07.2022.

The article was submitted to the editorial office 31.05.2022; approved after reviewing 31.05.2022; accepted for publication 17.07.2022.

Рецензия

Рецензия

УДК: 316.422:33:34(470)

DOI:10.17323/2072-8166.2022.3.278.286

О смене технологических укладов и трансформации права



Юрий Геннадьевич Арзамасов¹,
Варвара Алексеевна Назайкинская²

^{1,2} Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Россия 101000, Москва, Мясницкая ул., 20.

¹ uarzamasov@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0002-4459-2920>

² vnazajkinskaya@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0001-8913-9903>



Аннотация

В рецензии анализируется содержание монографии «Смена технологических укладов и правовое развитие России» (М.: Норма, 2021. 184 с.), авторы которой — Д.А. Пашенцев, М.В. Залоило, А.А. Дорская. В рецензируемой работе исследован процесс смены технологических укладов и связанные с этим трансформации в сфере российского права и законодательства. Выявлены закономерности и определена специфика каждого из технологических укладов. На основании анализа разнообразного теоретического и эмпирического материала авторы определили важные перспективы перехода к новому технологическому циклу, возможные риски и проблемы, связанные с этим. Комплексный подход, примененный авторами, изучение ими различных факторов при характеристике изменений, происходящих в правовой системе, делают рецензируемую монографию интересной и полезной широкому кругу читателей.



Ключевые слова

технологический уклад, цифровизация, технологии, нормотворчество, правовое регулирование, правовое развитие.

Для цитирования: Арзамасов Ю.Г., Назайкинская В.А. О смене технологических укладов и трансформации права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. № 3. С. 278–286. DOI:10.17323/2072-8166.2022.3.278.286.

Book Review

Book Review

About the change of technological patterns and the transformation of law



Yuri G. Arzamasov¹, V.A. Nazaikhinskaya²

^{1, 2} National Research University Higher School of Economics, 20 Myasnitckaya Str., Moscow 101000, Russia

¹ uarzamasov@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0002-4459-2920>

² vnazajkinskaya@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0001-8913-9903>



Abstract

The review analyzes the monograph “Change of technological patterns and legal development of Russia” (Moscow: Norma, 2021. 184 p.), written by D.A. Pashentsev, M.V. Zaloilo, A.A. Dorskaya. The reviewed work consistently examines the process of changing technological patterns and related transformations in the field of Russian law and legislation. The regularities are revealed and the specifics of each of the technological structures are determined. Based on the analysis of a variety of theoretical and empirical material, the authors have identified important prospects for the transition to a new technological cycle, possible risks and problems associated with it. The comprehensive approach used by the authors, taking into account various factors in characterizing the changes taking place in the legal system, make the reviewed monograph interesting and useful for a wide range of readers. It is noted that for the first time the scholar foundations of legal monitoring were formulated by the Commission of the Federation Council on the Methodology of the implementation of constitutional powers by the Federation Council.



Keywords

technological structure; digitalization; technologies; rulemaking; legal regulation; legal development.

For citation: Arzamasov Yu.G., Nazaikhinskaya V.A. (2022) About the change of technological patterns and the transformation of law. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, no.3, pp. 278–286 (in Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2022.3.278.286.

В 2021 году в издательстве «Норма» опубликована монография «Смена технологических укладов и правовое развитие России. Авторами данной работы являются доктор юридических наук, профессор Д.А. Пашенцев, кандидат юридических наук М.В. Залоило и доктор юридических наук, профессор А.А. Дорская.

В рецензируемой монографии на примере Российской Федерации обосновывается взаимосвязь между процессом смены технологических укладов и изменением права. Как отмечают авторы данного труда, применение теории технологических укладов в рамках историко-правового исследования позволяет стереть границы между прошлым, настоящим и будущим (с. 164). Однако такое утверждение небесспорно, поскольку, как подчеркивает в одной из своих научных статей В.В. Климова, технологический уклад представляет собой совокупность «технологий, которые характерны для соответствующего уровня развития производства с единым техническим уровнем производительных сил и общего научного потенциала» [Климова В.В., 2010: 30–32]. В связи с этим авторам рецензируемой работы не следовало бы акцентировать внимание на «стирании границ».

Структурно монография состоит из трех глав. В первой главе рассматриваются теоретико-методологические основы исследования истории российского права через призму технологических укладов. Анализируются типичные для современного этапа научного познания методологические принципы. Характеризуются различные направления исследования правовых вопросов. Интересно, что авторы работы использовали своеобразную методологию междисциплинарного исследования, с помощью которой они рассмотрели процесс динамики права применительно к различным технологическим укладам. При этом в монографии справедливо подчеркивается, что междисциплинарность «не должна стать самоцелью, она не должна превратиться в механическое и искусственное объединение нескольких научных направлений, порой не связанных между собой» (с. 16).

С данным утверждением следует согласиться, поскольку междисциплинарный подход можно и нужно рассматривать как важнейшую характеристику получения и интеллектуального осмысления исторического знания с позиций различных наук и научных направлений, имеющих сходный предмет изучения. В связи с этим авторы работы актуализировали поиск оптимального баланса между различными уровнями научной методологии.

В рамках первой главы рецензируемой монографии подробно описывается теория технологических укладов, анализируется каждый из технологических этапов, выявляется специфика исследования роли права в условиях смены технологических укладов. Автор данной главы Д.А. Пашенцев, опираясь на теорию технологических укладов, справедливо подчеркивает, что данная теория предполагает стратегию развития, которая состоит в опережающем формировании базисных технологий, характерных для нового, зарождающегося технологического уклада. При этом, рассматривая особенности технологических укладов, автор опирался как на историко-антропологическую парадигму, которая, по сути своей, позволила соединить актуальные и в наши дни идеи исторической школы права с концептами социологической школы права.

Однако междисциплинарный подход на этом не был исчерпан, поскольку имеют место интересные обращения к трудам как экономистов, так и философов. В частности, особенно интересно обращение к положениям теории эстафет (хотя и фрагментарное), когда автор цитирует М.Е. Жукову, которая писала, что «правотворческая деятельность представляет собой процесс, который не является автономным по отношению к иным социальным практикам, но возникает и транслируется в соответствии с существующими в обществе образцами» [Жукова М.Е., 2011: 73].

В конце первого параграфа первой главы Д.А. Пашенцев, фактически отрицая идеи историко-материалистической теории государства и права в пользу цивилизационного подхода, указывает, что «развитие права в обществе, помимо экономических причин, обусловлено широким социокультурным контекстом, сложным взаимодействием материальных и духовных факторов» (с. 19). Рассматривая основы теории технологических укладов, автор главы солидаризируется с А.А. Никитиным и А.А. Сокольниковым, утверждающими, «что можно совершенствовать рывок и развивать у себя технологии будущего» в противовес теории догоняющего развития. Такой вывод, на наш взгляд, не только интересен, но и конструктивным.

Далее в работе дается краткая характеристика всех пяти технологических укладов. Первый технологический уклад автор характеризует как «переход от ручного труда к машинному», связанному с появлением фабрик (с. 21). Второй уклад он, как и многие отечественные исследователи, связывает с появлением паровых двигателей, а третий — с появлением электричества. Переход к четвертому технологическому укладу связан с изобретением двигателя внутреннего сгорания. При этом первые четыре уклада автор называет «индустриальными». Переход к пятому технологическому укладу, по его мнению, «связан с появлением компьютеров и распространением информационных технологий» (с. 22).

В конце первой главы автор приходит к выводу о необходимости исследования правового содержания теории технологических укладов «в рамках диалектики взаимоотношений права и экономики с учетом внеэкономических детерминант человеческого поведения» (с. 32).

Вторая глава монографии посвящена детальному анализу процесса смены технологических укладов в историко-правовом измерении на примере отечественного опыта. Авторами данной главы являются профессора Д.А. Пашенцев и А.А. Дорская. В каждом из параграфов рассмотрена специфика развития права в период конкретного технологического уклада. В качестве базовых характеристик первого технологического уклада в правовой сфере авторы указывают: широкое применение крепостного труда, построение на его основе целых отраслей российской промышленности; развитие института наемного труда, приводящее к постепенному формированию и

становлению отрасли трудового права; появление первых свидетельств охраны исключительных прав авторов; проведение министерской реформы, направленной на модернизацию системы государственного управления; проникновение идей конституционализма в российскую правовую действительность (с. 42).

Второй технологический уклад в правовой сфере характеризуется проведением денежной реформы, обновлением вексельного законодательства, отменой крепостного права, претворением в жизнь «великих реформ», стимулированием инициативы в производственной сфере, развитием университетов, созданием государственного контроля в бюджетной сфере, модернизацией банковской системы, масштабной систематизацией российского законодательства, дальнейшим развитием законодательства о наемном труде и законодательства об охране интеллектуальной собственности.

Специфика третьего технологического уклада, по мнению авторов, во многом обусловлена государственно-политической неоднородностью рассматриваемого периода («политика контрреформ», революционные события 1917 г., создание Советской России) и, как следствие, коренным изменением всех сфер общественной жизни. Авторы отмечают, что в рамках четвертого технологического уклада остро проявилось противоречие между существовавшими формами экономической деятельности и новыми технологиями. Обусловлено это было, по их мнению, политическими причинами, развитием страны в рамках социалистического курса.

Делая выводы по второй главе рецензируемой монографии, авторы акцентируют внимание на наличии зависимости между развитием права и процессом смены технологических укладов. При этом отмечается, что факторы, лежащие вне экономической сферы, также оказывают значительное влияние на развитие правовой системы.

Автор третьей главы рецензируемой монографии М.В. Залоило определяет и исследует правовые факторы перехода к постиндустриальному технологическому циклу. В данной части монографии выделяются и характеризуются основные этапы развития российского законодательства с момента принятия Конституции Российской Федерации. При этом сегодняшний этап правового развития страны обозначен автором как цифровизация российского законодательства. Именно этому этапу и посвящен отдельный параграф третьей главы.

Между тем, как показал анализ, содержание данной главы не лишено противоречий. Так, на с. 84 автор характеризует первый этап модернизации (1994–1999 гг.) как хаотичный и бессистемный, но затем пишет, что «в период с 1994 по 1999 г. была начата одна из самых успешных кодификаций современного российского законодательства, направленных на стабилизацию правового режима имущественных отношений» (с. 89). Сразу встает вопрос: разве осуществление «самой успешной кодификации» можно назвать бессистемностью?

В рецензируемой монографии, как и во многих работах теоретиков права, в очередной раз подчеркивается необходимость принятия федерального закона «О нормативных правовых актах в Российской Федерации», который регулировал бы весь «жизненный цикл» нормативного правового акта. Следует заметить, что данная тема дискутируется в научном сообществе уже довольно длительное время. Предлагаются различные правовые модели регламентации нормотворческого процесса, выдвигаются предложения как о создании общего федерального закона, посвященного всем видам нормативных правовых актов, так и ФЗ «Об источниках (формах) права в Российской Федерации», а также специальных федеральных законов, регламентирующих принятие отдельных видов нормативных правовых актов.

Обширность нормативного массива в Российской Федерации настоятельно требует принятия выше обозначенных мер в целях устранения пробелов, юридических коллизий и других правовых дефектов [Кожокарь И.П., 2020]; [Соколова М.А., 2018], поскольку на 18.08.2022 г., согласно информационному банку данных Министерства юстиции РФ, в государстве действует 13744915 нормативных правовых актов.

Также в данной главе рассматривается различный инструментарий социологии права. Отмечаются важная роль и значение правового эксперимента в рамках технологии юридического прогнозирования, что особенно ценно с теоретической точки зрения. Научной общественности предлагается и авторская дефиниция юридического прогнозирования (с. 103). Между тем хотя автор данной главы делает правильный вывод, что «юридические прогнозы являются основой планирования в правотворчестве», не лишним было бы указать, что осуществление юридических прогнозов является одной из функций правового мониторинга.

Помимо этого в третьей главе монографии отмечается, что положения о правовом эксперименте на сегодняшний день не закреплены в каком-либо нормативном правовом акте. Принятие выше обозначенного федерального закона, по мнению автора, позволило бы решить эту проблему.

Также автором была определена современная тенденция к расширению применения механизма «регуляторных песочниц» в инновационных областях в условиях цифровизации России. При этом правильно подчеркнута, что «регуляторные песочницы» успешно зарекомендовали себя в применении в финансовой сфере США, Великобритании, Израиля, Объединенных Арабских Эмиратов, Сингапура. Автор приходит к выводу, что в качестве правового эксперимента они вполне могут быть применены при реализации отдельных инновационных проектов и современной России.

В монографии акцентируется также внимание и на необходимости разработки комплексных согласованных планов правотворческой деятельности различных органов государственной власти. Автор предлагает обнародо-

вать данные планы правотворческой деятельности, что позволит повысить уровень правовой культуры граждан. Идея о подготовке комплексных планов и программ законопроектных работ не нова, она несколько лет уже реализуется в форме принятия планов законопроектной деятельности Правительства России, однако на современном этапе цифровизации экономики и государственного управления она актуализируется с новой силой.

Цифровизация в настоящее время оказывает влияние на все сферы общественной жизни, в том числе и на правовую. В русле данного процесса и происходит переход России, как отмечает М.В. Залоило, к шестому технологическому укладу, который будет характеризоваться новой парадигмой научно-технического развития. На основании анализа разнообразного теоретического и эмпирического материала автор определил перспективы перехода к новому технологическому циклу, возможные риски и проблемы, связанные с этим.

В заключительной части монографии ее авторы отмечают возрастающую роль юридического прогнозирования и опережающего правотворчества. В связи с этим они выделяют следующие векторы дальнейшей работы в рамках анализируемой проблематики: терминологическую унификацию, разработку понятийно-категориального аппарата цифровой экономики; формирование оптимальной модели правового регулирования социальных отношений в условиях перехода к новому технологическому укладу; уточнение места и роли цифрового правового массива в системе российского законодательства; выявление специфики его систематизации; определение возможных рисков, которые потенциально могут возникнуть при переходе к постиндустриальному обществу; обозначение перспективных направлений применения высоких технологий в тех или иных сферах общественной жизни.

Предложенный перечень хотя и не является исчерпывающим, поскольку отдельные его положения могут быть еще конкретизированы, может быть взят на вооружение учеными-юристами.

Кроме рекомендаций и замечаний, сделанных по ходу рецензии, считаем также необходимым заметить, что научные основы правового мониторинга были впервые сформированы не ИЗиСП, как пишет М.В. Залоило (с. 120), а Комиссией Совета Федерации по методологии реализации конституционных полномочий Советом Федерации, которая с 2002 г. разрабатывала теоретические проблемы правового мониторинга, отражаемые в ежегодных докладах «О состоянии законодательства в Российской Федерации». Основную работу по подготовке теоретической части этих докладов выполнял Экспертный совет данной комиссии, куда помимо сотрудников ИЗиСП Ю.А. Тихомирова и Н.М. Колосовой входили Ю.Г. Арзамасов (НИУ ВШЭ), И.Л. Бачило (ИГиП РАН), С.В. Бошно (РАГС), В.Б. Исаков (ТПП), В.Н. Южа-

ков (Центр стратегических разработок), Т.Д. Зражевская (ВГУ) и другие известные ученые юристы.

В 2008 г. на базе Комиссии Совета Федерации был создан Центр мониторинга законодательства и правоприменительной практики при Совете Федерации Федерального Собрания (Центр мониторинга права), которым разработал Концепцию создания системы мониторинга законодательства и правоприменительной практики в России (на 2008-2012 годы). Одновременно теоретические основы правового мониторинга разрабатывались и в рамках отдельных научных исследований. В 2006 г. И. В. Жужговым была защищена первая диссертация, посвященная правовому мониторингу [Жужгов И.В., 2006]. Второе диссертационное исследование по данной проблематике защищено в 2008 г. Я.Е. Наконечным [Наконечный Я.Е., 2008].

Монография «Смена технологических укладов и правовое развитие России» написана на важную, актуальную тему, с применением положительно зарекомендовавшего себя междисциплинарного подхода. Содержащийся в ней материал историко-правового характера вполне можно использовать для преподавания не только отечественной истории государства и права и теории государства и права, но и экономической истории и других дисциплин. Рецензируемая монография может стать и теоретической основой для подготовки новых научных работ, посвященных истории развития права России, технологическим укладам, а также новым компьютерным технологиям, применяемым в нормотворчестве и правоприменительной деятельности.

Помимо этого, положения монографии имеют важное прикладное значение, поскольку в ней указаны возможные риски, связанные с переходом к новому технологическому укладу.



Список источников

1. Жужгов И.В. Мониторинг правового пространства Российской Федерации: дис. ... к. ю. н. Ставрополь, 2006. 220 с.
2. Жукова М.Е. Законотворчество как социальная эстафета // Вестник МГОУ. Серия: Философские науки. 2011. N 3. С. 70–75.
3. Климова В.В. Технологические уклады — материальная основа экономического развития общества // Вестник СамГУПС. 2010. N 2(20). С. 30–32.
4. Кожокарь И.П. Техничко-юридические дефекты в российском праве: дис. ...д. ю. н. М., 2020. 414 с.
5. Наконечный Я.Е. Мониторинг в правотворчестве: проблемы теории и практики: дис. ... к. ю. н. Владимир, 2008. 203 с.
6. Соколова М.А. Выявление и устранение дефектов нормативных правовых актов в механизме правотворчества: Дис. ... к. ю. н. М., 2018. 192 с.



References

1. Klimova V.V. (2010) Technological models as material basis for the society economic development. *Vestnik Samarskogo transportnogo universiteta*=Bulletin of Samara Transport University, no. 2, pp. 30–32 (in Russ.)
2. Kozhokar' I.P. (2020) Technical and legal defects in Russian law. Doctor of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 414 p. (in Russ.)
3. Nakonechnyi Y. E. (2008) Monitoring in law-making: problems of theory and practice. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Vladimir, 203 p. (in Russ.)
4. Sokolova M.A. (2018) Identification and elimination of defects of normative legal acts in the mechanism of law-making. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 192 p. (in Russ.)
5. Zhukova M.E. (2011) Lawmaking as a social relay race. *Vestnik Moskovskogo oblastnogo universiteta*=Bulletin of the Moscow Region State University, no. 3, pp. 70–75 (in Russ.)
6. Zhuzhgov I.V. (2006) Monitoring of the legal space of the Russian Federation. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Stavropol, 220 p. (in Russ.)

Информация об авторах:

Ю.Г. Арзамасов– доктор юридических наук, профессор.

В.А. Назайкинская– преподаватель.

Information about the authors:

Yu. G. Arzamasov — Doctor of Science (Law), Professor.

V.A. Nazaykinskaya — Lecturer.

Рецензия поступила в редакцию 23.04.2022; одобрена после рецензирования 31.05.2022; принята к публикации 20.06.2022.

The article was submitted to the editorial office 23.04.2022; approved after reviewing 31.05.2022; accepted for publication 20.06.2022.

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.

Журнал 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 внесен 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.

Для ЗАМЕТОК

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 *Р.С. Рааб*
Корректор *И.В. Гетьман-Павлова*
Художник *А.М. Павлов*
Компьютерная верстка *Н.Е. Пузанова*
Редактор английского текста *А.В. Калашников*

Подписано в печать 02.09.2022. Формат 70×100/16

Усл. печ. л. 18,2. Тираж 250 экз. Заказ №

Отпечатано ООО «Фотоэксперт»,
109316, Москва, Волгоградский проспект, д.42