

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. Морщакова (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. Парог (МГЮА им. О.Е. Кутафина, РФ)

В.А. Сивицкий (Конституционный Суд Российской Федерации)

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

Ю.А. Тихомиров (НИУ ВШЭ, РФ)

Г.Г. Шинкаревецкая (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

5/2022



ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

Правовая мысль: история и современность

В.А. Виноградов, А.А. Ларичев

Индекс этичности права как прикладной инструмент оценки соотношения права и морали 4

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

Э.В. Талапина

Право на информационное самоопределение: на грани публичного и частного 24

А.О. Гаджиева

Электронный список избирателей как новый элемент цифровизации избирательного процесса: правовые и организационные основы. 44

А.С. Корниенко

Расширение границ антимонопольной ответственности в российском и европейском праве: эффективное регулирование рынка или создание правовой неопределенности? 66

Э.Р. Вальдес-Мартинес

Справедливое вознаграждение за использование произведений и фонограмм в Интернете в праве России, США и ЕС 91

Д.А. Шевелько

Национальные проекты в системе бюджетирования, ориентированного на результат: правовой аспект 117

В.К. Андрианов, Ю.Е. Пудовочкин

Закономерности развития и функционирования института освобождения от уголовной ответственности 139

N.V. Kravchuk

Privacy of a Child in the Digital Environment: New Risks Unaddressed 162

В.Д. Мазаев

Российский конституционализм и мобилизационная тенденция в экономике 177

Дискуссионный клуб

М.А. Шабалина

Проблемы правового регулирования обращения с безнадзорными животными в России 198

Право в современном мире

А.А. Костин

Возникновение и генезис международных договоров в сфере признания иностранных банкротств 228

А.С. Исполинов

Принцип автономности права Евросоюза, его внешнее измерение и роль в процессе конституционализации ЕС 251

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. Gadjevi (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

5/2022



ISSUED QUARTERLY

Legal Thought: History and Modernity

V.A. Vinogradov, A.A. Larichev

The Index of Ethicality of the Law as an Applied Tool for Assessing
the Correlation between Law and Morality 4

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

E.V. Talapina

The Right to Informational Self-Determination: On the Edge of Public
and Private 24

A.O. Gadzhieva

Electronic Voters List as a New Element of Digitalizing Electoral Process:
Legal and Organizational Basis 44

A.S. Kornienko

Expanding Boundaries of Antimonopoly Liability in Russian and European Law:
Effective Market Regulation or Creating Legal 66

E.R. Valdes-Martines

Fair Remuneration for Using Works and Phonograms on the Internet
in Russia, USA and EU 91

D.A. Shevelko

National Projects in Program Budgeting System: Legal Aspect 117

V.K. Andrianov, Yu.E. Pudovochkin

Patterns of Development and Functioning Institute of Exemption
from Criminal Liability 139

N.V. Kravchuk

Privacy of a Child in the Digital Environment: New Risks Unaddressed 162

V.D. Mazaev

Russian Constitutionalism and the Mobilization Trend in the Economy 177

Discussion Club

M.A. Shabalina

Legal Regulation of Treatment of Stray Animals in Russia 198

Law in the Modern World

A.A. Kostin

Emergence and Genesis of International Treaties on Recognizing
Foreign Bankruptcies 228

A.S. Ispolinov

Autonomy of the European Union Law: External Dimension and Role
in Process of the EU Constitutionalization 251

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

Научная статья

УДК: 340.11

DOI: 10.17323/2072-8166.2022.5.4.23

Индекс этичности права как прикладной инструмент оценки соотношения права и морали



**Вадим Александрович Виноградов¹,
Александр Алексеевич Ларичев²**

^{1,2} Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»,
Россия 101000, Москва, Мясницкая ул., 20.

¹ vavinogradov@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0001-8490-2893>

² alarichev@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0002-6452-6787>



Аннотация

В статье проводится исследование взаимоотношения права и морали как двух важнейших регуляторов общественных отношений. Дается анализ как естественно-правового, так и позитивистского подходов к соотношению права и морали в трудах отечественных и зарубежных правоведов. Несмотря на продолжительную историю развития теоретических концепций, выработка структурированного представления о соотношении этики и права остается актуальной. Нуждаются в определении как базовая модель соотношения двух нормативных систем, так и специальные модели их соотношения и взаимовлияния в различных сферах жизни общества, определяющие справедливость и эффективность регулирования в контексте сопряжения этики, права, экономического и общественного развития. Практическим результатом разработки такой модели является создание индекса этичности права и связанных с ним индикаторов. Индекс этичности права представляет собой цифровой продукт — машинный алгоритм, построенный на принципах работы обучающихся нейросетей. В статье описаны этапы и содержание работ по созданию индекса в рамках научного проекта НИУ ВШЭ, в том числе уделено внимание теории моральных оснований, которая легла в основу разработки связанного инструментария. Сопоставление норм юридических актов с моральными нормами и принципами, актуальными для общества, требует достоверной

картины содержания последних. Выявление посредством социологических методов содержания моральных оснований как базовых критериев нравственной оценки человеческого поведения позволит сопоставить этические представления современного российского общества с контентом юридических норм, имеющих этическую нагрузку. Указанный продукт может быть полезен как в правовом регулировании общественных отношений посредством принятия юридических актов, так и в их толковании и применении. Авторы статьи убеждены, что формирование социальной, производственной, культурной и деловой среды, в которой человеку комфортно жить, требует систематической сверки и соотнесения друг с другом двух систем социального регулирования. Такая сверка может осуществляться в том числе с помощью новейших технологий, доступных человечеству.



Ключевые слова

индекс этичности права, соотношение права и морали, теория моральных оснований, позитивизм, антипозитивизм, нейросеть, машинное обучение.

Благодарности: в работе использованы результаты проекта «Этика и право: соотношение и механизмы взаимовлияния», выполненного в рамках Программы фундаментальных исследований НИУ ВШЭ в 2022 г.

Для цитирования: Виноградов В.А., Ларичев А.А. Индекс этичности права как прикладной инструмент оценки соотношения права и морали // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 5. С. 4–23. DOI: 10.17323/2072-8166.2022.5.4.23

Legal Thought: History and Modernity

Research article

The Index of Ethicality of the Law as an Applied Tool for Assessing the Correlation between Law and Morality



Vadim A. Vinogradov¹, Alexander A. Larichev²

^{1,2}HSE University, 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia

¹ vavinogradov@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0001-8490-2893>

² alarichev@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0002-6452-6787>



Abstract

The paper, first of all, contains a theoretical analysis of the relationship between law and morality as the two most important regulators of social relations is carried out. An analysis is given of both natural law and positivist approaches to the relationship between law and morality in the works of domestic and foreign legal scholars. According to the authors, despite the long history of the formation of relevant theoretical concepts, the development of a structured idea of the relationship between ethics and law in various areas of social relations

remains relevant. Both the basic model of the relationship between the two regulatory systems and special models of their relationship and mutual influence in specific areas of society, which determine the fairness and effectiveness of regulation in the context of conjugation of ethics, law, economic and social development, need to be defined. The practical result of the development of such a model is the creation of an index of ethicality of the law, and related indicators. The index of ethicality of the law is a digital product, a machine algorithm built on the principles of learning neural networks. The article describes the phases and content of the work on creating the index as part of the HSE research project, and draws attention to the theory of moral foundations, which forms the basis for the development of related tools. Comparison of the norms of legal acts or their drafts with moral norms and principles relevant to society, of course, requires a reliable picture of the content of the latter. The identification, by means of sociological methods, of the content of moral grounds as the basic criteria for the moral assessment of human behavior will make it possible to compare the ethical ideas of modern Russian society with the content of legal norms that have an ethical load. The index as product can be equally useful both in the legal regulation of social relations through the adoption of legal acts, and in their interpretation and application (including judicial). The authors are convinced that the formation of a social, industrial, cultural and business environment in which it would be comfortable for a person to live, work and pass on his life experience to a new generation requires a systematic reconciliation and correlation with each other of the two systems of social regulation. Such reconciliation can be carried out, among other things, with the help of the latest technologies available to mankind.

Keywords

index of ethicality of the law, correlation between law and morality, moral foundations theory, positivism, antipositivism, neural network, machine learning.

Acknowledgments: Results of the project “Ethics and Law: correlation and mechanisms of mutual influence”, carried out within framework of the Basic Research Program at the National Research University Higher School of Economics in 2022, are presented in the work.

For citation: Vinogradov V.A., Larichev A.A. (2022) The Index of Ethicality of the Law as an Applied Tool for Assessing the Correlation between Law and Morality. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no. 5, pp. 4–23 (in Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2022.5.4.23

Введение

Российское государство и общество, как и любые другие динамично развивающиеся системы, нуждаются в формировании такой социальной, производственной, культурной и деловой среды, в которой человеку было бы комфортно жить, работать и передавать свой жизненный опыт новому поколению.

С момента зарождения государственности роль инструмента противодействия социальной энтропии играет право. По образному выражению С.Л. Франка, право есть внесение космической упорядоченности в хаос земной человеческой природы [Франк С. Л., 1993: 315]. Лимитируя дикую, необ-

узданную свободу как отдельной личности, так и групп индивидуумов, право создает основу их стабильного сосуществования в обществе и, как следствие, поступательного развития цивилизации в целом. Безусловно, права в жизни общества не должно быть исчерпывающе много, поскольку зарегулированность общественных отношений юридическими нормами разрушает динамику социального развития так же, как и отсутствие императивных установлений. Не всегда императивные нормы с учетом их целей и содержания действуют во благо. Отсюда известное изречение древних римлян, приписываемое Т. Публию — «высшее право часто есть высшее зло»¹.

Само по себе наличие формализованных правовых норм не является гарантией их работы, во всяком случае, работы плодотворной. Здесь недостаточно одного лишь репрессивного аппарата государства, обеспечивающего их внедрение, — общество также должно считать правовые нормы приемлемыми, поддерживать их имплементацию деятельным использованием, выполнением и соблюдением. Отсюда часто встречающееся сопоставление права с справедливостью: «право — это все, что истинно и справедливо» (В. Гюго), «справедливость отнюдь не создана законом; наоборот, закон всегда есть лишь истолкование и воплощение справедливости» (Ж. Прудон), поскольку только справедливые в глазах социума или отдельного индивидуума нормы может ждать успех в их применении.

В связи с этим практически с момента зарождения права и становления государства как среды функционирования и механизма его обеспечения многие поколения как теоретиков, так и практиков были озадачены поиском баланса между правовым регулированием либо сознательным отказом от него, а также обеспечением эффективности права через максимизацию фактора справедливости в его содержании.

В этом контексте крайне важен вопрос о соотношении права с другими социальными регуляторами, прежде всего с моралью. Межличностные отношения в различных сферах человеческих отношений издревле подвержены влиянию моральных (этических) норм, и нередко они в своем действии оказываются сильнее «основного» регулятора (права), контролируемого государством. Очень часто правовые конструкции рассматриваются через призму их нравственного начала, и нередки случаи, когда право не работает потому, что не соответствует морально-нравственным установкам общества. При этом роль морали в российском обществе продолжает расти, это показывают и результаты недавнего опроса, проведенного ВЦИОМ².

¹ Высказывания, афоризмы и цитаты Публия Теренция Афры. Available at: https://www.wisdoms.one/aforizmi_publiy_terenciy_afr.html (дата обращения: 12.10.2022)

² Моральный поворот. Россияне все чаще склоняются к мнению, что мораль не подвластна времени, обязательна к исполнению и нуждается в защите государства. Available

В свете этого интересны возможности применения теоретических подходов к соотношению права и морали, их воплощения в практических инструментах, которые могли бы указывать на корреляцию моральных установок и правовых норм в целях гармонизации обеих систем социальной регуляции. Одним из таких инструментов может стать индекс этичности правовых норм, который находится в процессе разработки в рамках большого научного проекта, осуществляемого на базе факультета права НИУ ВШЭ. Ниже изложены теоретические основы и практические аспекты построения соответствующего индекса.

1. Теоретические подходы к соотношению права и морали

Морали присущи такие важные свойства, как нормативность и оценочность, т.е. наличие устойчивых конструкций, описывающих целесообразность рода межличностных отношений, а также установление соответствия или несоответствия определенного действия требованиям морали. Хотя мораль, не подкрепленная правом, не обладает свойством императивности, однако заложенная в ней сила социального давления на личность детерминирует способность требовать от человека определенного поведения, отношения к окружающим. Мораль как социальное явление при этом не зависит от воли государства и складывается в обществе стихийно под воздействием экономических, социальных, исторических процессов.

Однако лежит ли мораль в основе юридических норм? Многие российские философы, рассуждавшие на эту тему, делали заключение о их взаимосвязи. Так, В.С. Соловьев писал, что «право есть принудительное требование реализации определенного минимального добра или порядка, не допускающего известных проявлений зла» [Соловьев В.С., 1988: 450–452]. Здесь очевиден подход к праву как «минимуму нравственности». Однако Б.Н. Чичерин, являвшийся приверженцем естественно-правового подхода, возражал против возможности, с одной стороны, отождествить право с нравственным минимумом, а, с другой стороны, дать ему принудительность, поскольку принудительный характер противоречит самому понятию нравственности [Чернявский А.Г., 2020: 54]. В свою очередь П.И. Новгородцев, рассуждая о безусловной взаимосвязи и взаимодействии права и нравственности, которые с течением времени лишь усиливаются, писал о том, что зоны их работы все же разграничены: «Там, где право отказывается давать какие-либо предписания, со своими велениями выступает нравственность; там, где

at: <https://wciom.ru/analytical-reviews/analiticheskii-obzor/moralnyi-povorot> (дата обращения: 12.10.2022)

нравственность бывает не способна одним своим внутренним авторитетом сдерживать проявления эгоизма, на помощь ей приходит право со своим внешним принуждением» [Новгородцев П.И., 1995: 103].

Рассуждения о соотношении морали и права, показывающие их взаимосвязь, содержатся и в зарубежных научных теориях, в том числе стоящих на позициях антипозитивизма. Среди них довольно известными и обсуждаемыми являются дискурсивная теория права Р. Алекси и процедурная теория Л. Фуллера. Немецкий философ права Р. Алекси излагает тезис о двойственной природе права и о соединении в нем двух начал — идеального и реального [Архипов С.И., 2015: 6]. Гармония правовой системы возможна только когда оба элемента сопряжены и, соответственно, моральные притязания обеспечены соответствующими четкими и непротиворечивыми юридическими процедурами. Для согласования принципов справедливости и юридической определенности, Р. Алекси определяет внешнюю границу права в форме крайней несправедливости. За этой границей любая норма, даже юридически оформленная, перестает быть правом. Таким образом, право может иметь дефекты с точки зрения морального содержания, но оставаться правом, пока не преступает этой невидимой «красной черты».

Несмотря на несомненную заслугу Р. Алекси в попытке описать соотношение идеального и рационального в праве через процедуру его формализации, безусловное уравнивание идеального с моральным можно отнести к минусам его концепции. Подход Р. Алекси строится на признании универсальной объективной морали, любая же правовая система, не притязающая на моральную правильность, не является правовой [Булыгин Е.В., 2009: 39].

Как отмечает С.И. Архипов [Архипов С.И., 2015: 9–10], еще одной слабой стороной концепции Р. Алекси является перехлест в ее рамках политической и правовой сфер. Правовой дискурс, по мнению Р. Алекси, существует в политической форме демократического конституционализма. Смешение политической категории «демократия», обеспечивающей процесс народовластия, с процедурой создания и имплементации юридических норм, которые не всегда зависят от механизма политических решений, никак не объясняет эффективности и логики функционирования правовой системы. Она во многом опирается и на юридическую практику, функционирование судебных органов и адвокатуры в отдельно взятом государстве.

Что касается процедурной теории Л. Фуллера, то он также стоит на антипозитивистских началах и определяет мораль в качестве элемента, который в принципе делает возможным существование права *per se*. Л. Фуллер выделяет два вида морали — мораль долга и мораль стремления. Мораль долга составляют самые базовые принципы общественного поведения, которые в силу их естественной природы близки праву (например, принцип «не убий»). Мораль стремления составляют более тонкие идеалы пове-

дения, и в этом смысле она более близка к эстетике, нежели к праву. Л. Фуллер также различает внутреннюю и внешнюю мораль права, понимая под внутренней содержательные принципы, а под внешней — процедурные. Следует отметить, что, как и Р. Алекси, Л. Фуллер не проводит четкой границы между моралью и правом, а идея существования в праве «внутренней морали» не способствует решению задачи функционирования двух социально-коммуникативных систем [Архипов С.И., 2015: 14]. С другой стороны, достоинством теории Л. Фуллера можно считать более широкое понимание права, включающее так называемое «имплицитное», кроющееся в непосредственном взаимодействии субъектов общественных отношений. Л. Фуллер считает правом только то, что в действительности работает и оказывает влияние на человеческое поведение.

Не удивительно, что отмеченные негативные аспекты уравнивания права и морали противопоставляются подходу, именуемому юридическим позитивизмом. Здесь базовым является методическое правило считать обращение к понятию морали при определении права избыточным. В позитивизме главным критерием права, в том числе для признания его справедливым является его рациональность (разумность). Приоритет рациональности в регулировании общественных отношений позволяет устранить излишнюю оценочность, предвзятость, присущую морали, бороться с архаизацией различных сфер общественных отношений.

Известный российский правовед Г.Ф. Шершеневич, фактически полемизируя с В.С. Соловьевым, не разделял подход к праву как к «нравственному минимуму». Шершеневич выступал против такого определения, потому что право, во-первых, может опережать мораль в регулировании общественных отношений, во-вторых, юридические нормы могут не иметь никакого отношения к нравственности, в-третьих, потому что право может вступать в противоречие с нравственностью [Шершеневич Г.Ф., 1897: 470].

Среди зарубежных теоретиков позитивизма выделяются такие известные ученые, как И. Бентам [Бентам И., 1998: 415] и Дж. Милль [Милль Дж., 2013: 240] в XIX в., Г. Кельзен и Г. Харт в XX в., а также Дж. Раз [Raz J., 1988: 448] и Б. Бикс [Bix V., 2009: 99–105], которые разрабатывают соответствующие идеи в настоящее время. Позитивизм, безусловно, многогранен. Первые три из названных философов ведут анализ с позиций формальных различий между моралью и правом, отказывая в сопоставлении их содержания на основании утверждения о произвольном, подвижном и изменяющемся характере как права, так и морали. Г. Кельзен, в частности, твердо стоит на позициях морального релятивизма [Кельзен Г., 2015: 88]. В свою очередь Дж. Раз и Г. Харт допускают корреляцию двух социальных регуляторов, однако отрицают существование необходимой связи, которая позволяет выявлять содержание права из морали, и наоборот. Такая процедура невозможна в силу

самостоятельной, не производной друг от друга сущности двух социальных явлений [Raz J., 1980: 211]; [Харт Г., 2007: 194].

Критически оценивая подход позитивистов к разграничению морали и права, О. Смирнова и А. Кононов отмечают, что «чрезмерное акцентирование внимания на особенностях формы правовой и моральной регуляции, нивелирование значения их содержания влечет за собой одностороннее понимание названных феноменов». Оба феномена — как мораль, так и право — имеют общее содержание, что невозможно игнорировать. С одной стороны, предметом их регулирования являются общественные отношения, с другой — развитие сложности общества, возникновение и изменение общественных отношений влекут появление новых норм в структуре правовой и моральной регуляции. Таким образом, как правовая, так и моральная нормы, являясь разновидностью социальных норм, не имеют значения сами по себе, но только в контексте отношения «человек — общество». Отражая исторически изменяющуюся социальную действительность, право и мораль определяют вектор развития и содержание вновь возникающих общественных отношений, при этом содержательно меняясь под обратным воздействием новых социальных реалий [Смирнова О.В., Кононов А.А., 2021: 65].

Из вышеизложенного следует, что право и мораль, безусловно, имеют различную природу и генезис и не могут отождествляться как единое целое. Однако явно неконструктивной является искусственная изоляция этих социальных явлений, которая не соотносится с единой основой и общностью тех целей, которым подчинено их существование.

2. Практические аспекты соотношения права и морали

Таким образом, в теории и философии права уже несколько веков существуют устоявшиеся, пересекающиеся, где-то противоположные друг другу взгляды на соотношение двух систем социального регулирования. Влияние этих взглядов заметно в сферах правотворчества и правоприменения.

Тесное соприкосновение и диффузия двух материй — права и морали — нередко ведут к попыткам их подмены либо полного сопряжения. Часто раздаются и призывы к реализации нравственных идеалов через правовое регулирование. С одной стороны, этот процесс естественен и происходит уже потому, что законодательство в регулировании общественных отношений использует заимствованные в сфере морали понятия (например, в сфере частного права — «честь», «достоинство», «добросовестность» — ст. 10, 152 Гражданского кодекса Российской Федерации; далее — ГК РФ (ч. 1); в сфере уголовного права — принципы справедливости и гуманизма — ст. 6, 7 Уголовного кодекса Российской Федерации; далее — УК РФ). С другой стороны,

нередко возникают трудности в применении этих понятий и принципов на практике, так как юридическая расшифровка может сужать и обеднять их содержательное наполнение, отсутствие же такой расшифровки может вести к чрезмерному расширению внедряемых в юридическое поле понятий, подрывая принцип правовой определенности.

Призыв к регулированию нравственной сферы правовыми нормами черпает также тем, что государство — продукт юридических норм — становится арбитром общественной морали, при этом понятия властных элит, принимающих законы, о нравственном и безнравственном могут не совпадать с ценностями общества. Попытка навязать нормы поведения сверху может иметь обратный эффект и результат — их неприятие социумом и фактическое торпедирование в правоприменении (достаточно, например, вспомнить последствия «сухого закона» в СССР в 1985–1990-х гг. — направленная на «моральное оздоровление» советского общества антиалкогольная кампания достигла совершенно иных результатов и в массовом сознании воспринималась как абсурдная инициатива властей, направленная против народа³).

Помимо этого, динамика общественных отношений может изменять приоритеты государственного регулирования и моральные принципы, заложенные в его основу. Чрезмерное вторжение государства в сферу общественной морали может стать фактором нестабильности правового регулирования общественных отношений, поскольку его изменения могут быть продиктованы политической целесообразностью, которая, в свою очередь, способно быстро изменяться.

Однако и отказ от использования инструментария морали создает опасность отрыва права от динамики социума и его запросов в регулировании общественных отношений. Право, изолированное от морально-нравственных ценностей, в котором рациональность поставлена во главу угла, может далеко уйти (в негативном смысле) в достижении целей эффективности. Здесь можно привести пример государственного насилия, санкционированного правом, которое может быть действенным средством борьбы с асоциальными явлениями (преступностью, наркоманией и т.д.), однако, не имея моральных ограничителей в виде гуманности и справедливости, само может стать злом. Не зря соответствующие принципы вводятся в уголовное законодательство, в акты, регулирующие деятельность правоохранительных органов.

В связи с этим целесообразно придерживаться «золотой середины» и сопоставлять моральные основания общества, в котором регулятор в виде государства создает нормы права, с юридическим каркасом различных социальных связей. Системная работа в данном направлении могла бы осу-

³ Available at: URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki/> (дата обращения: 12.10.2022)

ществляться, в частности, законодателем, а также исполнительными и судебными органами. Такая работа позволила бы еще на этапе проектирования юридических норм оценивать их «моральный вес», избегая ситуаций, когда принимаемая юридическая норма становится «мертворожденной» уже на этапе своего принятия, не будучи воспринята как обществом в целом, так и таргетируемой аудиторией, либо на этапе правоприменения, когда непонимание нормы также влечет ее отторжение.

Нельзя сказать, что такая работа не ведется вовсе — например, принятие любого закона либо акта, так или иначе затрагивающего права и интересы граждан, а в конечном итоге и нравственную основу ассоциированного с ними поведения, сопровождается общественными обсуждениями и дебатами в той или иной форме. Однако, во-первых, не всегда в ходе этих обсуждений выявляется истинная картина социальных настроений, а, во-вторых, не всегда сопряжение общественного запроса и правового ответа ставится во главу угла. Здесь мы возвращаемся к уже описанной ситуации, когда нормотворцы (часто ошибочно) полагают, что они «знают лучше».

При этом, безусловно, встает вопрос о правильности оценки моральных норм общества. Нельзя не согласиться с аргументом позитивистов: единой и универсальной морали в мире не существует, поэтому отсутствие констант создает необходимость корректировать систему права по отношению к постоянно меняющейся общественной морали на заданном отрезке времени и в границах социума. В осуществлении такой оценки как в современной юридической науке, так и практике правотворчества и правоприменения могут помочь специальные инструменты, включая индекс этичности права.

3. Индекс этичности права в контексте применения теории моральных оснований

Идея о создании индекса этичности права (индекса этичности юридических норм) пришла к проф. В.А. Виноградову и была развернута его коллегами с пониманием задачи, связанной с необходимостью определения взаимовлияния норм права и морали в регулировании социальных связей, а также с учетом возможностей, которые дает для решения этой задачи междисциплинарный подход. Работа над созданием индекса в рамках упомянутого проекта НИУ ВШЭ синтезирует результаты теоретико-философских разработок, правового анализа и социологических исследований с применением новейших достижений программирования и искусственного интеллекта. Итогом этой работы должен стать функционирующий компьютерный алгоритм, который будет оценивать отдельные нормы права, их блоки, а потенциально — и нормативно-правовые акты (НПА) в целом на соответствие

современным понятиям об этичности российского общества. Безусловно, речь идет не о технических нормах, но о тех, которые содержат в себе обращение к моральным основаниям, т.е. нравственно-оценочный контент.

Чтобы сопоставить норму действующего юридического акта либо его проекта с моральными нормами и принципами, актуальными для общества, необходимо иметь достоверную картину содержания последних. Казалось бы, это крайне зыбкая, неконкретная материя, ее трудно измерить и еще труднее систематизировать и индексировать. Однако в современной социальной науке имеются разработки, позволяющие подойти к решению соответствующей задачи. Речь идет о теории моральных оснований (*moral foundations theory*, далее — MFT) американского социопсихолога Дж. Хайдта и ее практическом применении.

В рамках данной теории предложено новое понятие моральных оснований (*moral foundations*) для обозначения базовых составляющих сферы морали, выступающих в качестве критериев нравственной оценки различных поступков [Haidt J., Bjorklund F., 2008a: 181–217]. Исходным положением теории стала так называемая «социально-интуитивистская» модель морали, согласно которой моральное решение принимается преимущественно на основе автоматической, интуитивной, эмоциональной оценки (*moral intuition*), тогда как последующие моральные рассуждения служат в основном для рационального обоснования уже принятого решения [Сычев О.А., Протасова И.Н., Белоусов К.И., 2018: 91]. Дж. Хайдт и его последователи полагают, что моральные основания (далее — МО) закладываются с самого детства человека, и на формирование его понятий о плохом и хорошем постоянно влияет окружающая социальная среда. Таким образом, поведение человека изначально обусловлено заложенной в нем поведенческой матрицей, которая осознается и рационализируется *a posteriori*, в жизненных ситуациях и поступках. В этих обстоятельствах, безусловно, ведущую роль в функционировании моральных оснований играет культура отдельного общества, заложенные в ней установки.

На основе исследований и обобщения этнографических, культурологических и антропологических факторов Дж. Хайдт выделил восемь базовых МО: забота и непричинение вреда; справедливость; внешне- и внутригрупповые отношения; послушание; власть и авторитет; уважение и покорность; физическая и духовная чистота; безотносительная ценность жизни. Поскольку моральные основания культурно вариативны, то в различных культурах они проявляются по-разному [Заикин В.А., 2017: 34].

Выделенные моральные основания имеют как индивидуальную, так и социальную (коллективную) сущность, их становление в большинстве своем определено эволюционными процессами человеческой популяции. Например, проявления заботы распространены повсеместно, они имеют связь с

проявлениями эмпатии; в социопсихологии основательно изучены эволюционные факторы данного МО. Справедливость также имеет тесную привязку к эмоциональному восприятию, она сочетается с чувствами вины, гнева, сопереживания. Изучение поведения животных в ситуациях неравного отношения (вознаграждения) также позволяют сделать вывод о эволюционном характере данного МО.

Послушание и преданность своей группе в сочетании с нетерпимостью к измене как моральные интуиции также распространены в современных обществах, хотя их связи с эмоциональными явлениями и эволюционные основы менее изучены. С большой уверенностью можно предполагать наличие эволюционных основ для уважения к авторитетам, готовности подчиняться и соблюдать групповую иерархию. Подобные отношения в группах были изучены на приматах. «Чистота» относится к религиозным и культурным нормам и запретам в сфере отношения к пище, телу, сексу и различным сакральным для группы объектам (например, флагу или гимну). Эмоциональные механизмы этого МО связаны с отвращением [Сычев О.А., Протасова И.Н., Белоусов К.И., 2018: 92]. Исходя из положений «социально-интуитивистской модели», любому индивидууму в обществе присущ набор моральных интуиций, механизм которых включается при взаимодействии с окружающими. Хотя возможны отдельные девиации и аномалии, содержание МО в целом в пределах социальных групп отличается стабильностью.

Исследования Дж. Хайдта, казалось бы, не связанные напрямую с проблематикой соотношения права и морали, удачно иллюстрируют их отличия. В частности, он считает, что рациональные механизмы, возникающие как онто-, так и филогенетически значительно позже, не могут управлять эмоциональными предпочтениями, интуициями. Свою позицию ученый основывал на данных, полученных в ходе кросскультурного исследования восприятия различными личностями важных этических проблем современного общества: самоубийств, инцеста, эвтанази, смертной казни и др. [Зайкин В.А., 2017: 34] Показательны, например, результаты опроса граждан о близкородственных связях — даже при ссылке на отсутствие негативных последствий такого поведения в описываемой ситуации респонденты в подавляющем большинстве высказывались о нем крайне негативно, и рациональная аргументация не могла повлиять на их выбор. Данный эксперимент, среди прочих исследовательских техник, позволил постулировать иррациональную природу моральных установок. При этом, если мы утверждаем, что право есть продукт рационального подхода к регулированию социальных связей, то вышеуказанный анализ демонстрирует разницу в природе двух регуляторов, подтверждая тезис позитивистов.

Однако, подчеркивая различия между двумя описываемыми социально-коммуникативными системами, авторы данной работы придерживаются

точки зрения об их безусловной корреляции, что находит подтверждение и в рамках МФТ. Моральные основания, являющиеся фундаментом, на котором основан и функционирует социум, выполняют ту же функцию, которую в обществе осуществляет право, дисциплинируя человеческое поведение и удерживая его в заданных параметрах, предотвращая, таким образом, социальный хаос и дезорганизацию. Как уже отмечалось выше, нельзя отрицать моральные основания и нивелировать их действие при попытке регулировать общественные отношения через право. Такое отрицание может не только препятствовать эффективности юридических норм, но в принципе разбалансировать тонко настроенную систему социальной регуляции, в которой мораль, как и право, занимает важное место.

Заслугой Дж. Хайдта и его последователей можно считать не только теоретическую разработку феномена МО как свойства человеческой психики, но также создание инструментария их практического изучения и измерения. В частности, в 2011 г. американский ученый Дж. Грэхем с коллегами разработали опросник моральных оснований (Moral Foundations Questionnaire, далее — MFQ) [Graham J. et al., 2011: 366–385]. Опросник состоит из двух частей, в первой из которых по всем МО были сформированы вопросы и предложены варианты ответов по шестибальной шкале — от «абсолютно неважно» до «крайне важно». Во второй части участники опроса определяют отношение к приведенному утверждению, выражающему моральную ценность. Для оценки утверждения также применяется шестибальная шкала. Таким образом, опросник позволяет выявить содержание МО применительно к проходящей опрос группе.

Безусловно, как и всякая научная разработка, MFQ в аналитической литературе подвергается критике. В частности, указывают на трудности, связанные с внутренней согласованностью шкал измерения МО⁴. Затруднения обещает и перевод опросника при его использовании в других социокультурных средах, отличных от американской. Важной становится адаптация опросника, которая опиралась бы не только на лингвистические, но и на стоящие за ними психо-культурные различия социумов.

Опыт перевода опросника на русский язык и его опробования как основы социологического исследования в российских условиях уже предпринимался, в частности, в 2018 г.; это сделала группа исследователей, реализовавших проект РФФИ «Ценностные и моральные основы социального мировоззрения молодежи». В ходе соцопроса с применением опросника MFQ было опрошено 354 респондента, преимущественно студенты и преподаватели вузов Бийска и Перми [Сычев О.А., Протасова И.Н., Белоусов К.И., 2018: 96].

⁴ Available at: <http://onmediatheory.blogspot.de/2010/07/german-translation-of-moral-foundations.html> (дата обращения: 12.10.2022)

Несмотря на однозначную ценность результатов исследования, необходимо признать, что его результаты лимитированы как географией опроса, так и преимущественно таргетируемой аудиторией — молодежью и преподавателями высших учебных заведений.

Задача построения индекса этичности юридических норм, который мог бы претендовать на охват всей российской правовой системы, в свою очередь, требует сведений о содержании МО в корреспондирующих ей общероссийских масштабах. Таким образом, одним из этапов построения индекса является проведение общероссийского социологического исследования на основе MFQ. Соответствующий опросник был доработан с учетом специфики работ над индексом этичности и лег в основу общероссийского опроса, результаты которого должны быть получены к декабрю 2022 г. Спецификой MFQ, доработанного для целей построения индекса, стало включение дополнительных вопросов, связанных с измерением уровня морального релятивизма в российском обществе.

Безусловно, априорно важно уяснение специфики в содержании МО российских граждан, без которой трудно определять этичность норм права. Вместе с тем высокий уровень морального релятивизма поставит под вопрос адекватность нравственной оценки той или иной нормы. Изучение уровня морального релятивизма позволит также понять, каково влияние морали как социального регулятора в российском социуме. Уже упоминавшиеся ранее результаты соцопроса, проведенного летом 2022 г. ВЦИОМ, говорят о росте уровня восприятия морали в обществе, однако эти результаты в целях реализации идеи построения индекса этичности права требуют дополнительного изучения и подтверждения.

4. Построение индекса этичности права с применением технологии нейросетей

Изучение общественных явлений и процессов в рамках научного анализа — трудная задача, требующая максимальной объективности. Это особенно трудно в рамках социальных наук, где методы качественного анализа преобладают над количественными инструментами. В свою очередь качественный анализ, к какой бы объективности он ни стремился, предполагает допущения, связанные с идеями и установками, определяемыми мировоззрением ученого. Оценочное суждение, не подкрепленное эмпирическими данными, не имеет твердого базиса, поэтому сочетание качественного и количественного анализов следует приветствовать.

Заметным трендом в сфере социальных наук становится внедрение количественного метода в качественный анализ, а также сочетание двух подходов, при котором отдельные индикаторы качественного анализа пре-

образуются в нумерическую форму. Речь идет о создании так называемых индексов общественных явлений, определяемых за счет интеграции отдельных показателей. Например, при расчете европейского Индекса локальной автономии⁵ используют такие качественные показатели, как доступ муниципалитетов к формированию государственной политики, степень самостоятельности при осуществлении ими собственных функций и т.д. Показателям разных типов присваивается количественное значение, а итоговый индекс подсчитывается по специальной формуле, объединяющей различные показатели воедино.

Расчет соответствующих индикаторов в последние десятилетия стал популярным: его ведут как аналитические подразделения крупных некоммерческих организаций и бизнес-структур, так и академические организации по всему миру. Широкую известность получили индексы Democracy Barometer, Corruption Perception Index, World Bank Governance and Institutional Quality и др⁶.

Идея построения индекса этичности права также основана на преобразовании качественных показателей (отношения лиц к той или иной правовой норме с нравственных позиций) в количественные, т.е. в определенные целочисленные значения. Чем ниже значение индекса, тем хуже восприятие нормы, соотнесенной с моральными основаниями. Например, правовая норма о гипотетическом разрешении эвтаназии может получить низкий показатель индекса этичности, если по результатам анализа содержания МО в обществе присутствует выраженный консенсус, связанный с нравственным отторжением такой практики. Это наиболее очевидный пример, однако комплексность и охват выявленных в ходе соцопроса МО позволят оценивать значительно больший спектр этически окрашенных норм с присвоением им целочисленных значений (планируемый ранжир — от 1 до 10).

Работа с большим объемом данных (текстами, содержащими юридические нормы) и их индексация, безусловно, не может проводиться в ручном режиме — это сводит на нет идею создания инструмента, удобного в применении на систематической основе. К счастью, современные цифровые технологии позволяют автоматизировать этот процесс, создать машинный алгоритм, который сам будет индексировать юридические тексты исходя из заложенных в него критериев.

⁵ Available at: https://ec.europa.eu/regional_policy/en/information/publications/studies/2021/self-rule-index-for-local-authorities-in-the-eu-council-of-europe-and-oecd-countries-1990-2020 (дата обращения: 12.10.2022)

⁶ Подробнее об этом см.: Ларичев А.А. Индекс локальной автономии как инструмент цифрового анализа эволюции муниципальных институтов в России / Актуальные проблемы юриспруденции в условиях цифровизации общества. Симферополь, 2021. С. 14–17.

Такая технология, известная как машинное обучение и связанная с привлечением инструментария искусственных нейросетей, получает все большее развитие и применение в самых разных областях — от искусства до сложной инженерии. Машинное обучение относится к совокупности методов искусственного интеллекта, в рамках которой задача решается не напрямую, но через обучение за счет применения решений множества сходных задач. Для построения таких методов используются средства математической статистики, численных методов, математического анализа, методов оптимизации, теории вероятностей, теории графов, различные способы работы с данными в цифровой форме⁷.

В построении индекса этичности права будет применяться разновидность машинного обучения, именуемое «обучением по прецедентам», или «индуктивным обучением», основанное на выявлении эмпирических закономерностей в данных [Goodfellow I., Bengio Y., Courville A., 2016: 800].

На основе результатов социологического опроса в рамках теории моральных оснований по разработанной методике будет проведена маркировка (разметка) норм в российских юридических актах. Для маркировки будут отобраны этически окрашенные нормы в юридических актах отраслей, соответствующих показателям MFT: конституционное, административное, уголовное, гражданское, налоговое, семейное право. По итогам маркировки каждой норме будет присвоено целочисленное значение по определенной шкале. Данная работа будет выполнена в ручном режиме. После обучения на 10 тысячах размеченных норм система должна суметь самостоятельно распознать немаркированные новые нормативные конструкции и присвоить загружаемому тексту числовое значение, которое можно будет интерпретировать как индекс этичности.

Работа с юридическими текстами будет происходить в информационно-аналитической системе, прототип которой разработан в 2021 г. С помощью пользовательского интерфейса можно будет не только присваивать отдельным нормам числовые значения, интерпретируемые как индексы этичности данной правовой нормы, но и визуализировать связи между загруженными правовыми актами.

Заключение

Несмотря на продолжительную историю развития соответствующих теоретических подходов, выработка структурированного концептуального представления о соотношении этики и права в различных сферах общественных отношений остается актуальной. Нуждаются в определении как

⁷ Available at: URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki> (дата обращения: 12.10.2022)

базовая модель соотношения двух нормативных систем, так и специальные модели их соотношения и взаимовлияния в разных сферах жизни общества, определяющие справедливость и результативность регулирования в контексте сопряжения этики, права, экономического и общественного развития. Практическим результатом разработки такой модели явится создание индекса этичности права, и связанных с ним индикаторов, которые позволят оптимизировать процесс правового регулирования общественных отношений и связанное правоприменение.

Индекс этичности, в первую очередь, будет полезен законодателю, а также органам исполнительной власти, осуществляющим правовое регулирование общественных отношений и связанное правоприменение. К соответствующим работам уже проявлен интерес со стороны Государственной Думы, где в прошлом году прошел круглый стол, были проведены переговоры о тестировании алгоритма и его возможном применении при оценке этичности законопроектов⁸. Также возможно применение индекса этичности в сфере судебной власти. Хотя отечественная правовая система предполагает разрешение правовых споров на основе фиксированной юридической нормы, судебные решения не могут быть свободны от судебного усмотрения. Судье нередко приходится оценивать содержание нормы, соединяя краткость и лаконичность юридического предписания с необходимостью достижения общественного блага через правильное разворачивание его в правоприменении. Помочь в оценке содержания нормы с этих позиций как раз сможет индекс этичности.

Индекс также интересен и IT-гигантам, входящим в Альянс в сфере искусственного интеллекта, поскольку он станет важным прикладным инструментом, демонстрирующим новые возможности нейросетей в решении социально значимых задач. Конечно, индекс этичности права не нацелен лишь на узкое применение специалистами — он будет доступен и публике, позволит всем гражданам лучше понять себя, мотивацию человеческого поведения и необходимость его регулирования. Это жизненно важно для устойчивого развития российского общества и государства.

Несмотря на пеструю палитру мнений о природе и соотношении двух социальных регуляторов (морали и права), авторы настоящей статьи убеждены, что у юридических норм должен быть этический базис, цоколем которого являются представления о социальной справедливости, соблюдении обязательств, качестве управления и методах их обеспечения, так как правовое регулирование не освобождено от оценок и установок, определяющих, как поступать в практической деятельности. В связи с этим две системы со-

⁸ Available at: URL: <https://www.hse.ru/news/community/542567245.html> (дата обращения: 12.10.2022)

циального регулирования нуждаются в систематической сверке и соотношении друг с другом, в том числе с помощью новейших технологий, доступных человечеству.



Список источников

1. Архипов С.И. Правовые теории Роберта Алекси и Лона Фуллера. Российский юридический журнал. 2015. № 6. С. 5–15.
2. Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. М.: РОССПЭН, 1998. 415 с.
3. Булыгин Е.В. Тезис Алекси о необходимой связи между правом и моралью // Российский ежегодник теории права. 2009. № 2. С. 3–41.
4. Заикин В.А. Моральное функционирование: социально-психологический подход. Социально-интуитивистская теория Дж. Хайдта. Национальный психологический журнал. 2017. № 1. С. 32–38.
5. Кельзен Г. Чистое учение о праве. СПб.: Алеф-Пресс, 2015. 542 с.
6. Милль Дж. Ст. Утилитаризм. Ростов н/Д.: Донской издательский дом, 2013. 240 с.
7. Новгородцев П.И. Право и нравственность. Правоведение. 1995. № 6. С. 103–113.
8. Смирнова О.В., Кононов А.А. Разграничение права и морали в правовом позитивизме: социально-философский аспект. Гуманитарный вектор. 2021. Т. 16. N 15. С. 59–68.
9. Соловьев В.С. Оправдание добра. Сочинения. В 2-х т. Т. 1. М.: Мысль, 1988. С. 47–548.
10. Сычев О.А., Протасова И.Н., Белоусов К.И. Диагностика моральных оснований: апробация русскоязычной версии опросника MFQ. Российский психологический журнал. 2018. Т. 15. № 3. С. 88–115.
11. Франк С.Л. Собственность и социализм. В кн.: Русская философия собственности (XVII–XX вв.). Сост. Исупов К., Савкин И. СПб.: Ганза, 1993. С. 309–330.
12. Харт Г. Понятие права. СПб.: Изд-во С.-Петербург. гос. ун-та, 2007. 302 с.
13. Чернявский А.Г. Право как минимум нравственности. Образование и право. 2020. № 3. С. 53–57.
14. Шершеневич Г.Ф. По поводу книги Вл. С. Соловьева «Оправдание добра». Вопросы философии и психологии. 1897. Кн. 38. № 8. С. 456–475.
15. Vix B. On philosophy in American law: analytical legal philosophy. In: On philosophy in American law. F.Mootz (ed.). Cambridge: University Press, 2009, p. 99–105.
16. Goodfellow I., Bengio Y., Courville A. Deep learning. Cambridge: MIT Press, 2016, 800 p.
17. Graham J. et al. Mapping the moral domain. Journal of Personality and Social Psychology, 2011, vol. 2, pp. 366–385.
18. Haidt J., Bjorklund F. Social intuitionists answer six questions about moral psychology. Moral psychology. Vol. 2: The cognitive science of morality: Intuition and diversity. W. Sinnott-Armstrong (ed.). Cambridge: MIT Press, 2008a, pp. 181–217.

19. Raz J. *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System.* Oxford: University Press, 1980, 241 p.

20. Raz J. *The Morality of Freedom.* Oxford: Clarendon Press, 1988, 448 p.



References

1. Arkhipov S.I. (2015) Legal theories of Robert Alexi and Lon Fuller. *Rossiyskiy juridicheskiy zhurnal*=Russian Law Journal, no. 6, pp. 5–15 (in Russ.)
2. Bentam I. (1998) *Introduction to foundations of morality and legislation.* Moscow: ROSSPEN, 415 p. (in Russ.)
3. Bix B. (2009) On philosophy in American law: analytical legal philosophy. In: *On Philosophy in American Law.* F. Mootz (ed.). Cambridge: University Press, pp. 99–105.
4. Bulygin E.V. (2009) Aleksi's thesis on the necessary connection between law and morality. *Rossiyskiy ezhegodnik teorii i prava*=Russian Yearbook of Theory of Law, no. 2, pp. 38–41 (in Russ.)
5. Chernyavsky A.G. (2020) Law as a minimum of morality. *Obrazovanie i pravo*=Education and Law, no. 3, pp. 53–57 (in Russ.)
6. Frank S. (1993) Property and socialism. In: *Russian philosophy of property 17–20th centuries.* K. Isupov, I.Savkin (eds.). Saint Petersburg: Ganza, pp. 309–330 (in Russ.)
7. Goodfellow I., Bengio Y., Courville A. (2016) *Deep learning.* Cambridge: MIT Press, 800 p.
8. Graham J. et al. (2011) Mapping the moral domain. *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 2, pp. 366–385.
9. Haidt J., Bjorklund F. (2008) Social intuitionists answer six questions about moral psychology. In: *Moral psychology. Vol. 2. The cognitive science of morality: intuition and diversity.* W. Sinnott-Armstrong (ed.). Cambridge: MIT Press, pp. 181–217.
10. Kelsen H. (2015) *Pure theory of law.* Saint Petersburg: Alef-Press, 542 p. (in Russ.)
11. Khart G. (2007) *The concept of law.* Saint Petersburg: University, 302 p. (in Russ.)
12. Mill J. St. (2013) *Utilitarianism.* Rostov: Don Publishers, 240 p. (in Russ.)
13. Novgorodtsev P.I. (1995) Law and morality. *Jurisprudencia*=Jurisprudence, no. 6, pp. 103–113 (in Russ.)
14. Raz J. (1980) *The concept of a legal system. An introduction to the theory of legal system.* Oxford: University Press, 241 p.
15. Raz J. (1988) *The morality of freedom.* Oxford: Clarendon Press, 448 p.
16. Shershenevich G.F. (1897) Regarding V.S. Solovyov's book "Justification of the Good". *Voprosy filosofii i psikhologii*=Questions of Philosophy and Psychology, vol. 38, no. 8, pp. 456–475 (in Russ.)
17. Smirnova O.V., Kononov A.A. (2021) The distinction between law and morality in legal positivism: a socio-philosophical aspect. *Gumanitarnyi vektor*=Humanitarian Vector, vol. 16, no.15, pp. 59–68 (in Russ.)
18. Solovyov V.S. (1988) Justification of the Good. In: *Essays. Vol.1.* Moscow: Mysl, pp. 47–548 (in Russ.)
19. Sychev O.A., Protasova I.N., Belousov K.I. (2018) Diagnostics of moral grounds: appropriation of the Russian-language version of the MFQ. *Rossiyskiy psikhologicheskiy zhurnal*=Russian Journal of Psychology, vol. 15, no. 3, pp. 88–115 (in Russ.)

20. Zaikin V.A. (2017) Moral functioning: a socio-psychological approach. Social-intuitionist theory of J. Haidt. *Natsionalnyi psikhologicheskiy zhurnal*=National Psychological Journal, no. 1, pp. 32–38 (in Russ.)

Информация об авторах:

В.А. Виноградов — доктор юридических наук, профессор.

А.А. Ларичев — доктор юридических наук, профессор.

Information about the authors:

V.A. Vinogradov — Doctor of Sciences (Law), Professor.

A.A. Larichev — Doctor of Sciences (Law), Professor.

Статья поступила в редакцию 18.11.2022; одобрена после рецензирования 09.12.2022; принята к публикации 09.12.2022.

The article has been submitted to the editorial office 18.11.2022; approved after reviewing 09.12.2022; accepted for publication 09.12.2022.

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

Научная статья

УДК 342.7; 340.1

DOI: 10.17323/2072-8166.2022.5.24.43

Право на информационное самоопределение: на грани публичного и частного



Эльвира Владимировна Талапина

Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, Россия 119571, Москва, просп. Вернадского, 82, talapina@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0003-3395-3126>



Аннотация

Право на информационное самоопределение как право человека самостоятельно решать, когда и в каких пределах его персональные данные могут быть раскрыты, сформулировано в немецкой юриспруденции и стало моделью как для многих государств, так и для общеевропейского законодательства в целом. Оно рассматривается в качестве необходимого инструмента поддержания живой демократии исходя из того, что частная жизнь является составной частью общества. Отправной точкой в судебном решении послужила кантовская теория моральной автономии личности. Это объясняет тесную связь судебной аргументации с правами человека и их публично-правовой охраной. Одновременно под англосаксонским влиянием развивается «имущественный подход» к персональным данным, которые могут стать объектом сделок. В рамках «имущественного подхода» персональные данные рассматриваются как ценный товар, который может быть объектом сделок и операций с другими лицами посредством лицензий. На практике в последнее время доступ к персональным данным все чаще разрешается в качестве встречного исполнения (возмещения) по контрактам на предоставление цифрового контента и в обмен на персонализированные услуги. Исследование показало, что в правовой защите данных существует множество переплетений публичного и частного (информационное самоопределение как субъективное публичное право требует оформления соответствующих обязанностей государства, однозначной отраслевой квалификации согласия лица на обработку данных нет, отмечается недостаточность принципа конфиденциальности по умолчанию перед потенциальной возможностью причинения вреда). Анализ эволюции правовой защиты данных приводит к выводу о постепенном нивелировании разделения права на публичное/

частное. Похоже, проблему обращения и защиты персональных данных невозможно решить в отраслевых рамках, а только комплексно, не нарушая при этом традиционной логики публичного и частного. Это означает, что право на информационное самоопределение ввиду его комплексного характера можно расценивать как принцип, имеющий межотраслевой характер, который распространяется и на публично-правовую защиту данных, и на реализацию субъективного гражданского права в данной сфере.



Ключевые слова

персональные данные, цифровизация, частная жизнь, конфиденциальность, обработка данных, права человека.

Благодарности: статья подготовлена в рамках выполнения научно-исследовательской работы государственного задания РАНХиГС при Президенте Российской Федерации.

Для цитирования: Талапина Э.В. Право на информационное самоопределение: на грани публичного и частного // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 5. С. 24–43. DOI: 10.17323/2072-8166.2022.5.24.43

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

Research article

The Right to Informational Self-Determination: On the Edge of Public and Private



Elvira V. Talapina

Russian Academy of National Economy and Public Administration under the President of the Russian Federation, 82 Prospect Vernadskogo, Moscow 119571, Russian Federation, talapina@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0003-3395-3126>



Abstract

The right to informational self-determination, as the authority of the individual to decide fundamentally for herself, when and within what limits personal data may be disclosed, was formulated by German jurisprudence and has become a model for many States as well as for European Law in general. It is seen as a necessary tool for maintaining a vibrant democracy, on the basis that privacy is an “integral part” of society. The basis for the judicial decision was the Kantian theory of the moral autonomy of the individual. This explains the close connection of judicial reasoning with human rights and their Public Law protection. At the same time, under Anglo-Saxon influence, a “property approach” to personal data that may become the object of transactions is developing. The “property approach” views personal data as a valuable commodity that can be the object of transactions and operations with other people through licenses. In practice, access to personal data has recently

been increasingly provided as a counter performance (compensation) to contracts for the provision of digital content and in exchange for personalized services. The study shows that there are many interactions of public and private in the legal protection of data (information self-determination as a subjective public right requires the corresponding obligations of the State to be formalized, there is no unambiguous sectoral qualification of a person's consent to data processing, the insufficiency of the principle of confidentiality by default before the potential for harm is noted). Analysis of the evolution of the data legal protection leads to conclude that the public/private distinction is gradually levelling off. It seems that the problem of the circulation and protection of personal data cannot be solved in a sector framework, but only comprehensively, without violating the traditional logic of public and private. This means that the right to information self-determination, due to its complex nature, can be regarded as a principle that has an inter-branch nature which extends to both the Public Law data protection and the implementation of subjective civil rights in this area.

Keywords

personal data; digitalization; privacy; confidentiality; data treatment; human rights.

Acknowledgments: the work was written as part of fulfillment of state order to the Russian Academy and Public Administration under the President of the Russian Federation.

For citation: Talapina E.V. (2022) The Right for Informational Self-Determination: on the Edge of Public and Private. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol.15, no. 5, pp. 24–43 (in Russ.) DOI: 10.17323/2072-8166.2022.5.24.43

Введение

В реальной жизни проблемы взаимопроникновения публичного и частного права возникают ежеминутно, однако консервативное правоведение предпочитает придерживаться отраслевых границ. На фоне возрастающего количества факторов, ответственных за размывание грани между публичным и частным правом в целом, и отраслями публичного и частного права, в частности, выделяется технологический фактор: цифровизация стала оказывать на право трансформирующее воздействие. Цифровые технологии, по природе своей нейтральные и универсальные, «навязывают» собственную логику, нивелирующую разграничение публичного и частного, вступая подчас в конфликт с традиционными правовыми механизмами.

Для правильного и стабильного развития законодательства вообще и в области информационных прав граждан в частности крайне важна хорошая теория [Архипов В.В., 2018: 52–68]. Причем теория сбалансированная, способная различать специфику публично-правовых и частноправовых регуляторов. Необходимо четко определиться с тем, что есть персональные данные, кому они принадлежат, как защищаются и по каким нормам возникает ответственность за нарушение прав в этой сфере. Будет ли ответственность публично-правовой, или гражданско-правовой, либо речь идет об их соче-

тании? Как бы то ни было, персональные данные связаны с человеком, и зачастую им же и распространяются. Обязывает ли человека к чему-либо обладание персональными данными, каковы границы публичного и частного интереса в использовании персональных данных, до каких пределов распространяется право человека на данные? Эти и другие вопросы находятся в центре внимания настоящей статьи, которую автор предлагает расценивать как приглашение к дискуссии.

1. Что такое право на информационное самоопределение?

В доктрине отмечается интегрирующее значение права на информационное самоопределение в системе прав нового поколения, содержащих в себе комплекс требований, одновременно связанных с личной свободой и цифровизацией [Умнова-Конюхова И.А., 2021: 77]. Исторически информационное самоопределение (*Informationelles selbstbestbestimmung*) получило признание в качестве самостоятельного права в решении Федерального конституционного суда Германии¹ (далее — Суд), которое широко прокомментировано в научной литературе, причем не только в немецкой.

Спор касался федерального закона о переписи населения (1983), который требовал сбора данных широкого спектра, касающихся демографической и социальной структуры ФРГ. Закон устанавливал параметры для подсчета населения страны и требовал информации личного характера (имя, адрес, пол, семейное положение, религиозная принадлежность, род занятий, место работы). Закон также требовал от граждан ответить на вопросы, касающиеся источников дохода, уровня образования, способа передвижения на работу, пользования жилищем, включая способ отопления и оплату коммунальных услуг. Разумеется, информация собиралась не для сведения, а для дальнейшего использования (в целях планирования, охраны окружающей среды и др.), а потому Закон разрешал передавать собранную информацию местным органам власти. Последние могли даже сравнивать полученную информацию с жилищными реестрами и, при необходимости, корректировать их.

Положения этого закона стали предметом рассмотрения Суда. Данное судебное решение стало знаковым как для немецкой правовой доктрины, так и для развития общеевропейского регулирования в области защиты данных, поскольку оказало несомненное и признанное влияние на европейскую правовую мысль. Важно подчеркнуть, что отправной точкой в подхо-

¹ Решение Первого Сената Суда от 15.12.1983. 1 BvR209/83, 1 BvR269/83, 1 BvR362/83, 1 BvR420/83, 1 BvR440/83, 1 BvR484/83 / Избранные решения Федерального конституционного суда Германии. М., 2018. С. 75–86.

де Суда послужила кантовская теория моральной автономии личности. Это существенно, поскольку объясняет тесную связь судебной аргументации с правами человека и их публично-правовой охраной. В целом был проведен глубокий анализ прав личности, возникающих как бы в ее глубине и прорастающих в разные сферы, в том числе информационную.

С точки зрения человеческой автономии Суд высказал опасение, что сбор, хранение и использование личной информации будут угрожать свободе человека. Чем больше известно о человеке, тем легче его контролировать [Eberle E., 2012: 224]. С одной стороны, в современном информационном обществе контроль над информацией — это власть, которую стремится иметь государство. С другой стороны, контроль над личной информацией — это власть над своей судьбой, необходимая для свободного раскрытия и развития личности.

Именно поэтому, как противовес активности государства по сбору информации, Судом было сформулировано право на информационное самоопределение. Под информационным самоопределением понимается право человека самостоятельно решать, когда и в каких пределах его персональные данные могут быть раскрыты. Немаловажно, что это право оценивалось не только ретроспективно, но и перспективно: по мнению Суда, технологическое развитие уже изменило возможности сбора информации (напомним, что решение выносили в 1983 году), а в будущем изменит еще больше. Действительно, раньше информация вводилась вручную с помощью перфоратора и хранилась в отдельных местах, доступных в основном специальному персоналу, что усложняло возможность получения «портрета» личности путем соединения и комбинации разных данных (профилирования). Сегодня информация вводится и извлекается в электронном виде практически любым человеком, что облегчает мгновенный доступ к ней, а технологии больших данных позволяют извлечь персональную информацию из казалось бы не связанных между собой данных.

В конечном итоге Суд поддержал большую часть оспоренного Закона, хотя и признал недействительными несколько положений, в числе которых то, которое позволяло местным властям сравнивать данные переписи с местными жилищными реестрами. Основанием послужила возможность объединения этих статистических данных, позволяющая чиновникам идентифицировать человека, нарушая тем самым его права как личности.

Приведенные рассуждения Суда крайне важны в контексте разделения публичного и частного права. Человеческое достоинство, возведенное на вершину ценностной структуры, естественным образом распространяется на всю правовую систему, т.е. и на публичное, и на частное право. Существенной частью человеческого достоинства являются основные права и соответствующие обязанности [Eberle E., 2012: 227, 229]. Стоит отметить, что

концепция достоинства составляет сердцевину принципа индивидуализма, который вместе с принципом равноправия лежит в основе современного конституционализма. На конституционном уровне достоинство человека может позиционироваться как принцип права, определяющий цели или основания принятия конституции, конкретное право человека или допустимое основание для ограничения конституционно признанных прав и свобод [Васильева Т. А., 2020: 98–100].

Важно упомянуть, что с формально-юридической точки зрения право на информационное самоопределение не является частью Основного закона (Конституции) Германии, но оно основывается на ведущих принципах, содержащихся в нем. Не упоминается в Конституции и защита данных, при этом постановление Суда базируется на §1.1 Основного закона ФРГ, который гласит: «Достоинство человека неприкосновенно. Его уважение и защита являются обязанностью всех государственных органов» (в сочетании с §2.1 о личном самоопределении: «Каждый имеет право на свободное развитие своей личности в той мере, в какой он не нарушает прав других и не посягает на конституционный строй или нравственный закон»). Исходя из этих двух конституционных положений, Суд постановил, что право гарантирует способность человека определять возможность раскрытия и использования его персональных данных. Это стало одной из первых и наиболее известных формулировок права на информационное самоопределение.

Последствия данного знакового решения значительны как для самой Германии, где принцип информационного самоопределения с тех пор последовательно защищается судами, так и для других государств; например, немецкой модели последовала Венгрия [Szekely I., Vissy B., 2017: 137], а также европейского законодательства в целом. В Германии предметная сфера защиты указанного права является очень широкой. Призванное обеспечить полномочие принятия индивидом решения об обращении других лиц с его данными, право на информационное самоопределение становилось масштабom проверки конституционности компьютеризированной системы идентификации подозреваемых лиц, видеонаблюдения за памятником искусства, расположенном на городской площади, автоматизированного сбора номерных знаков транспортных средств, обязательств, вытекающих из договора страхования при установлении страхового случая [Проскуракова М.И., 2016: 84–98].

Новый европейский регламент (Регламент № 2016/679 Европейского парламента и Совета Европейского союза «О защите физических лиц при обработке персональных данных и о свободном обращении таких данных, а также об отмене Директивы 95/46/ЕС (Общий Регламент о защите персональных данных)») через право на информационное самоопределение пытается встроить право на защиту персональных данных в новую цифровую экономику, разделяя с владельцем ответственность за его данные, которую

раньше обеспечивало государство. Именно цифровые вызовы позволяют, на наш взгляд, более внимательно присмотреться к информационному самоопределению, отыскивая в нем потенциал адаптации к современному технологическому этапу.

2. Право на информационное самоопределение в цифровую эпоху

Передовой, новаторский характер судебного решения 1983 года трудно оспорить, ведь оно действительно заглянуло в будущее. Но все же, по понятным причинам, это решение основывалось на уровне развития технологий обработки данных, соответствующего периоду времени. Современный этап, который невиданными ранее скоростями обработки данных породил «общество наблюдения», мог предугадать разве что Дж. Оруэлл. Соответственно, возрастание роли данных, переход от их сбора в режиме реального времени к преобразующему использованию стимулируют правовые дискуссии по их поводу, которые ведутся в самых разных направлениях. Речь идет о праве на цифровое самоопределение, о разнонаправленности понимания собственности на личные данные и протекционистской позиции государства по отношению к персональной информации, выражающейся в усилении публично-правовой защиты персональных данных.

Такой диапазон во многом перекликается с двумя доминирующими позициями в отношении влияния технологий на право в целом. Так, сторонники либертарианского подхода считают право на защиту данных отчуждаемым (продаваемым), в то время как эгалитарные ученые скорее ориентированы на правила неотчуждаемости, которые необходимы для защиты от дискриминации и стигматизации, особенно в социально-экономической сфере. Соответственно, первая позиция находит больше сторонников в частном праве, а вторая — в публичном.

2.1. Персональные данные в частном праве

Концепт персональных данных происходит из института частной жизни. Идея защиты частной жизни при помощи закона зародилась в XIX веке, во времена развития индивидуализма. Отправной точкой для отсчета права на «информационную частную жизнь» считается классическая статья Уоррена и Брандиса, опубликованная в 1890 году в *Harvard Law Review*, в которой принцип неприкосновенности личности был приравнен к «праву быть оставленным в покое» (right to opacity) [Warren S., Brandeis L., 1890: 193–220]. Право на непрозрачность защищает человека от того, чтобы другие наблюдали, изучали или шпионили за его частной сферой.

Право на уединение или информационная конфиденциальность традиционно определялось американскими учеными в формулировке А. Вестина [Westin A., 1967: 7], как право отдельных лиц, групп или учреждений самостоятельно определять, когда, как и в какой степени информация о них передается другим. Это и послужило основанием для появления аргумента о существовании своего рода «нематериального права собственности», которым обладает каждый человек на свои персональные данные², и что индивиды могут законно «продавать» свою личную информацию на рынке, выбирая таким образом оптимальное сочетание конфиденциальности без вмешательства государства.

В рамках «имущественного подхода» персональные данные рассматриваются как ценный товар, который может быть объектом сделок и операций с другими индивидами посредством лицензий. На практике в последнее время доступ к персональным данным все чаще открывается в качестве встречного исполнения (возмещения) по контрактам на предоставление цифрового контента и в обмен на персонализированные услуги.

2.2. Развитие публично-правовой позиции

Сторонники публично-правового подхода, в противовес теории собственности на данные, подчеркивают, что информация как таковая не существует до ее внешнего выражения или раскрытия (т.е. информация всегда в определенной степени сконструирована). Поэтому индивиду не могут принадлежать «естественные», изначальные права на информацию и данные, относящиеся к нему. В этом смысле решение немецкого суда, связывающее информационное самоопределение с понятием достоинства, трактуется как предлагающее по умолчанию режим рыночной неотчуждаемости личной информации [Rouvroy A., Poullet Y., 2009: 52]. В то же время эта позиция подкрепляется отношением к частной жизни не только как к индивидуальной свободе, но и как к важной составляющей демократического режима (исходя из того, что частная жизнь является составной частью общества): частная жизнь и защита данных — социально-структурные инструменты сохранения свободного демократического общества. Квинтэссенцией соединения этих посылов служит мнение о том, что информация, даже если

² Теория «права собственности» в отношении частной жизни во многом инициирована авторами экономического анализа права. Ричард Познер, анализируя конфиденциальность, объяснил, что сильная юридическая защита частной жизни может привести к негативным экономическим последствиям на рынках труда и кредитов. По мнению Познера, бенефициарами законодательства о неприкосновенности частной жизни, скорее всего, будут, в первую очередь, люди с большим количеством арестов или уголовных преступлений или с кредитной историей, худшей, чем у среднестатистического человека.

она основана на личности, является отражением социальной реальности и не может быть связана исключительно с конкретным человеком.

Хотя целью сбора данных является профилирование личности, контролируемые лица не имеют достаточных средств для собственного контроля за таким профилированием. Между тем, в современных условиях возможности контроля и влияния (во многом психологического) на поведение индивидов посредством сбора данных кратно возросли. Самоопределение личности предполагает, что индивиды обладают свободой принятия решений о своих действиях, включая возможность реализовать это решение на практике. Если кто-то не может с уверенностью предсказать, какая информация о нем и в каких областях известна его социальному окружению, и не может точно оценить осведомленность сторон, с которыми он коммуницирует, он в значительной степени ограничивается в своей свободе планировать или принимать решения, не подвергаясь никакому давлению. Например, если лицо считает, что участие в собрании или другое проявление гражданской инициативы будут официально зарегистрированы, а потому могут возникнуть личные риски, оно может отказаться от осуществления соответствующих прав.

По логике Суда это влияет не только на шансы свободного развития конкретного лица, но и на общее благо, поскольку самоопределение является элементарным функциональным условием свободного демократического общества, основанного на способности его граждан действовать и сотрудничать. И в целом частная жизнь — скорее социальный структурный императив демократии, поскольку предпосылкой демократического обсуждения является то, что люди чувствуют себя свободными и могут свободно выражать свои мысли без страха быть осужденными, без возможности интерпретации государственными органами выраженных ими мыслей и поведения, на основе собранной и обработанной информации. Поддержание и поощрение частного и публичного выражения мыслей, предпочтений, мнений и поведения является одной из обязанностей государства в демократическом обществе. Другими словами, режимы конфиденциальности и режимы защиты данных существуют не только для защиты интересов правообладателей, в демократическом обществе они необходимы для поддержания живой демократии [Rouvroy A., Pouillet Y., 2009: 57].

Добавим, что решение Суда 1983 года рассматривает индивидуальную автономию не как радикальное уединение и независимость человека от социального окружения, но как автономию человека, включенного в общество, живущего и общающегося с другими. Получается, что технологическое развитие перекинуло своеобразный мостик от частного права к публичному — ведь ущерб может быть нанесен не только личному развитию человека, но и общему благу. Кстати, идея о совместном возникновении и усилении

частной и общественной автономии взята у Юргена Хабермаса: действительными, легитимными являются только те нормы действия, с которыми все возможные лица, кто испытает на себе последствия принятия данных норм, смогут согласиться как участники рационального дискурса [Хабермас Ю., 1995: 205]. В правовом плане это означает, что индивидуальная автономия, как и музыкальный талант, художественный дар — это то, что государство никогда не сможет «предоставить» посредством закона. «Право быть автономным» не имеет большего смысла для закона, чем «право быть счастливым» [Rouvrox A., Pouillet Y., 2009: 59]. При этом право на стремление к счастью все же существует в правовой действительности (см., например, Декларацию независимости США).

Более того, немецкие ученые считают, что решающий фактор понимания права на информационное самоопределение заключается в необходимости проводить различие между юридической конструкцией и теоретической концепцией, лежащей в сердцевине основного права. Соответственно, конструкция права на информационное самоопределение, согласно которой обработка персональных данных государством представляет собой вмешательство в право человека самому определять виды и условия обработки, является не самоцелью, а только средством защиты других основных прав. Теоретическая концепция заключается в этом инструментальном эффекте права на информационное самоопределение. Из новейшей судебной практики становится все более очевидным, что Суд также не интерпретирует право на информационное самоопределение как строго индивидуалистическое, а, скорее, приписывает ему сильное надиндивидуалистическое измерение, что приводит к объективным требованиям касательно обработки информации государством [Marsch N., 2020: 40–41].

Такие рассуждения ложатся в обоснование нормативной политики защиты данных. В качестве возражения против индивидуалистической интерпретации права на информационное самоопределение подчеркивается, что законодательство о защите данных охраняет целый букет интересов, которые невозможно расценить как единый охраняемый законом товар [Albers M., 2014: 213–235].

2.3. Принятие автоматизированных решений

Не только наблюдение в режиме онлайн представляет угрозу самоопределению личности. Самоопределение личности как таковое ставится под вопрос функционированием автоматизированных систем принятия решений. С функциональной точки зрения крайне важно, чтобы автоматизированные системы выявляли и анализировали модели поведения человека на таком уровне глубины и детализации, которых ранее невозможно было достичь,

а также чтобы они могли использовать эти модели в своих целях. Индивидуальное самоопределение находится под угрозой из-за постоянно растущей расшифровки сознательного или бессознательного поведения кем-то другим, и открытого или скрытого использования этих знаний другой стороной в правовых отношениях для улучшения собственной позиции, например, оценивая человека при обмене товарами, услугами или информацией. Это, собственно, всегда было целью в деловых и социальных отношениях, но в условиях цифровизации этот процесс приобретает новое качество [Ernst С., 2020: 60].

Возможности индивидуального самоопределения ущемляются, если человек никогда не знает, какие критерии используются автоматизированной системой. Данный недостаток формулируется в литературе как недостаточная понятность. Автоматизированные системы могут определять характеристики, склонности, цели и намерения в ранее неизвестной глубине и детализации и, таким образом, вычислять прогнозы их будущего поведения. Человеческие когнитивные способности не могут угнаться за этим, так что человеческая способность постичь процессы принятия решений автоматизированных систем достигает предела. Если автоматизированная система определяет определенный контекст и основывает на нем свое решение, существует опасность, что автоматизированная процедура больше не будет понятна человеку. Если человек не знает, какие критерии используются автоматизированной системой, то ущемляются его возможности индивидуального самоопределения, являющегося базой всей конструкции прав человека.

Кроме того, в юридическом плане особое значение имеет проблема юридической значимости влияния на людей. Основной вопрос здесь заключается в том, чтобы определить, когда такой потенциал влияния является юридически значимым. И когда, следовательно, правовая система должна рассматривать его как риск для самоопределения личности? В принципе интенсивность потенциала влияния может быть определена только самим индивидом, т.е. индивидуально. Воспринимаемое давление с целью изменения поведения в значительной степени зависит от индивидуального опыта и вряд ли может быть типизировано. Чем больше персональных данных используют автоматизированные системы для влияния на поведение, тем менее прозрачными они кажутся и тем больше они влияют на бессознательные и иррациональные когнитивные или преднамеренные процессы человека. Использование случайно появляющихся критериев может оправдать запрет автоматизированного влияния на индивидуальное самоопределение (использование критериев, которые не являются предсказуемыми и понятными в соответствии с текущим горизонтом ожиданий человека) [Ernst С., 2020: 62].

Многие склонны согласовывать собственное поведение с поведением других. Для отдельного человека одобрение со стороны масс может сделать

такой вариант решения заслуживающим доверия, но также может создать препятствие для того, чтобы не отклоняться от него. В зависимости от дизайна системы принятия решений может наблюдаться концентрация моделей поведения и сближение индивидуумов. Сумма вариантов, доступных индивиду, может иметь тенденцию к сокращению и сосредоточению на основном поведении и решениях. В таком случае реализация индивидуальности может потребовать больших усилий и больших затрат и даже привести к социальному разделению.

Приведенные опасения часто используются в качестве аргумента в пользу укрепления права на информационное самоопределение как в публичных, так и в частных отношениях.

3. «Миксовые» переплетения публичного и частного в защите данных

3.1. Информационное самоопределение как субъективное публичное право

Приведенные выше полярные, казалось бы, взгляды на природу персональных данных не должны вводить в заблуждение — на деле и в подходах, и в регулировании этих вопросов существует много пересечений. В известной степени на перекрестке публичного и гражданского права возникла теория субъективных публичных прав. Можно ли отнести к субъективным публичным правам право на информационное самоопределение?

Как писал в 1917 году И.А. Покровский, крушение естественно-правовой доктрины отразилось в отрицании позитивистской юриспруденцией первой половины XIX в. оснований конструирования субъективных прав личности: закон охраняет жизнь, телесную неприкосновенность, свободу или честь граждан, но никаких субъективных гражданских прав на жизнь, свободу и т.д. нет. Субъективное гражданское право частного лица возникает только с момента нарушения запрета закона и имеет своим содержанием лишь возмещение понесенных убытков [Покровский И.А., 1998: 122]. И хотя довольно скоро в гражданское право проникли интересы человеческой личности (право на имя, изображение, честь и достоинство), логика их защиты исходит из логики убытков.

Одновременно у того же И.А. Покровского мы находим — «гражданское право исконно и по самой своей сути было правом отдельной человеческой личности, сферой ее свободы и самоопределения» [Покровский И.А., 1998: 309]. Ухватившись за слово «самоопределение», можно ли утверждать, что информационное самоопределение как раз из этого ряда — прав личности, защищаемых гражданским правом?

Думается, к этому вопросу нужно подходить прагматически и исходить из интересов самих граждан. Очевидно, что быстрое и повсеместное развитие технологий способно привести к подавлению индивидуальности. Квалификация информационного самоопределения в качестве субъективного публичного права, в конечном итоге, может оказаться более выгодной для граждан, поскольку помимо субъективных прав, которые граждане могут осуществлять, предполагаются и объективные права, которые они могут требовать от государства и его органов. Такова конституционная конструкция основных прав.

Но и этого может оказаться недостаточно. В некоторых юрисдикциях основные права не распространяются на частный сектор, однако в большинстве случаев конституционные нормы обязывают и частный сектор (что в известной мере декларативно, так как «частникам» нужны предметные законы). Кроме того, было бы неплохо снабдить право на информационное самоопределение и мерами уголовной ответственности, и гражданскими механизмами возмещения вреда, т.е. обеспечить комплексную защиту.

3.2. Согласие лица на обработку данных

Институт согласия на обработку персональных данных выполняет важную роль. Действия, которые в противном случае были бы незаконными, благодаря согласию становятся законными. Здесь уместно рассмотреть проблему географически (Европа — США) и с точки зрения дихотомии публичное/частное.

В Европейском союзе практикуется довольно патерналистский подход к обработке данных — законодательство ЕС требует гораздо более строгой и явной формы согласия, нежели законодательство США. Более того, законодательство Евросоюза ограничивает сбор, использование и раскрытие данных (нужно законное основание для обработки персональных данных), в то время как в США данные, как правило, могут обрабатываться, если закон не содержит запрета.

Не факт, что более четкие требования Евросоюза к согласию обязательно приведут к тому, что индивиды будут проводить более осмысленный анализ затрат и выгод в отношении сбора и использования их данных. При этом получить согласие по законодательству Евросоюза сложнее и дороже. В современных условиях формализм регулирования ЕС является скорее недостатком, ограничения часто предусматриваются без какой-либо связи с вредом. В итоге регулирование может препятствовать обработке, которая не причиняет вреда и даже может быть полезной. Американское законодательство, напротив, обычно разрешает обработку данных, если это не вызывает проблем [Solove D., 2013: 1900]. Такое положение дел заставляет многих ис-

следователей присмотреться к американскому подходу ввиду его гибкости и практичности.

Что касается квалификации согласия в публичном и частном праве, она различна. В цивилистической литературе согласие на обработку персональных данных по аналогии с согласием на использование изображения предлагается квалифицировать как сделку, при этом отзыв согласия может повлечь применение санкций гражданско-правового характера со стороны лица, которое обладало правом на обработку таких данных [Савельев А.И., 2021: 104].

Представители публично-правовой науки критикуют тенденцию считать индивидуальное согласие достаточным критерием легитимности любого вида обработки данных, руководствуясь серьезным отношением к фундаментальным корням защиты данных и отказом от подхода «информационного рынка» [Rouvroy A., Pouillet Y., 2009: 74]. Важная роль здесь отводится правам человека, обеспечивающим автономные возможности личностей в свободном и демократическом обществе; «классические» режимы конфиденциальности и защиты данных формируют вместе комплексную правовую защиту автономных возможностей человека. Одновременно предлагается усилить право на получение информации и предоставить новые права потребителю, включая коллективные иски, что снова выводит проблематику в зону пересечения публичного и частного.

Дабы обозначить позицию российской доктрины и практики по данному вопросу, отметим Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 26.10.2017 № 25-П «По делу о проверке конституционности пункта 5 статьи 2 Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» в связи с жалобой гражданина А.И. Сушкова»³. В нем предпринята попытка оценить пользовательское соглашение, предполагающее наличие дифференцированных правил в отношении доступа к данным пользователя, но ее нельзя считать достаточной и удавшейся.

3.3. Конфиденциальность по умолчанию или минимальный вред?

Базовый принцип обработки данных по европейскому Регламенту (и, как следствие, по российскому законодательству (в известной степени, и китайскому), следующим в этих вопросах за европейским⁴), а именно, принцип Privacy by design, PbD) (конфиденциальность по умолчанию) обязывает

³ СПС Консультант Плюс.

⁴ См.: Personal Information Protection Law of the People's Republic of China. Available at: URL: <https://www.china-briefing.com/news/the-prc-personal-information-protection-law-final-a-full-translation/> (дата обращения: 23.03.2022)

обрабатывать только те персональные данные, которые необходимы для цели обработки. Однако минимизация данных становится все более проблематичной, а с учетом возрастающей проактивности деятельности и сбора данных в процессе тотального наблюдения — вовсе плохо осуществимой. В связи с этим в литературе предложено трансформировать Privacy by design в Minimum harm by design (минимальный вред по умолчанию) (МНбД) [Orrù E., 2017: 107–137]. МНбД отличается от PbD, во-первых, признанием, что возможный вред от наблюдения выходит за рамки только нарушения неприкосновенности частной жизни и попыток предоставить рекомендации по их решению. Во-вторых, бремя доказывания перекладывается на стороны, осуществляющие наблюдение. По сути, данное предложение призвано признать неизбежность ущерба частной жизни в современном цифровом обществе и реагировать на нарушения в общей логике гражданского права, с процессуальными предпочтениями обладателям персональных данных.

Изложенные проблемы наглядно иллюстрируют смешение публично-правовых и частноправовых подходов в защите данных, равно как незавершенность правовой защиты данных.

4. Защита данных как концепт, равнодушный к разделению права на публичное и частное

Исследователи, основываясь на анализе эволюции защиты данных, приходят к выводу о постепенном нивелировании разделения публичное/частное. Так, в немецком законодательстве эволюция правовой защиты персональных данных основывалась, в основном, на иерархической концепции, направленной на защиту личности от государства. После выстраивания законодательства о защите персональных данных традиционное различие между публичным и частным правом было поставлено под сомнение, что привело к унитарному подходу к регулированию, независимо от того, является ли контролер данных государственным учреждением или частным предприятием. Таковым является и общеевропейское законодательство о защите персональных данных. Новый Регламент предписывает частным обработчикам данных балансировать между своими собственными интересами и интересами субъекта данных, что в западной литературе расценивается как «сложнейшая и почти шизофреническая задача», особенно для начинающих компаний и юристов.

С другой стороны, американское законодательство о неприкосновенности частной жизни, в основном, направлено на увеличение индивидуальной свободы, включая коммерциализацию личных фактов (право на публичность) [Sattler A., 2018: 30, 36], что также мало способствует разделению публичное / частное, которое и вовсе не свойственно англосаксонской системе права.

Таким образом, приходится констатировать размывание границы между государственной и частной сферами. В этих условиях развивается идея собственности на данные, что стимулируется с двух сторон. Во-первых, частное право с самого начала основывается на принципе автономии, подчеркивая тем самым свободу действовать в соответствии со своей волей. Поэтому логично дать человеку право распоряжаться данными. Во-вторых, подталкивает развитие технологий. Не нужно глубоких исследований в подтверждение того факта, что согласие человека на обработку данных, оформленное в виде галочки на веб-сайте, мало напоминает информированное и осознанное согласие, как того требует европейский Регламент. Такое согласие даже сравнивают со сделкой между исследователем и туземцем в XVI веке, только на сверкающие стеклянные бусы обменивается доступ к персональным данным [Sattler A., 2018: 40].

Разумеется, на этом фоне идея прав собственности на персональные данные кажется привлекательной. Коль скоро данные уже стали нефтью, и процесс их обращения неизбежен, надо направить его в цивилизованное регулируемое русло. Такова всегда была юридическая логика.

Однако погружение в проблематику вскрывает комплекс проблем, связанных с тем, что персональные данные в силу понятных причин не являются объектом гражданского права и, следовательно, традиционные институты цивилистики на них не ориентированы. Напомним, что собственность в гражданском праве может быть связана с вещами (право собственности) и нематериальными объектами (право интеллектуальной собственности). Если на персональные данные возникает некое имущественное право, его необходимо четко определить, и здесь позиции существенно расходятся — рассматривать ли их как нематериальное благо, как объект права интеллектуальной собственности, как иное имущество?

А.И. Савельев характеризует динамику развития гражданско-правовой характеристики персональных данных как постепенное движение от личных неимущественных благ к имуществу особого рода, что подпадает под категорию иного имущества по ст. 128 ГК РФ. Также в гражданско-правовой доктрине ставится вопрос о рассмотрении персональных данных в качестве встречного предоставления [Савельев А.И., 2021: 129]. Отметим и предложение о применении к большим данным относительно устоявшихся правил об интеллектуальной собственности [Сергеев А.П., Терещенко Т.А., 2018: 121]; такое предложение вполне может быть распространено и на персональные данные.

В зарубежной литературе также встречаются ссылки на авторское право в этой сфере и делаются предложения о его модификации. Истинное расширение прав и возможностей субъектов данных может быть облегчено путем введения дуалистического права. Такое право — во многом сходное с ран-

ним авторским правом — может быть имущественным и позволять субъектам данных получать экономическую выгоду от их использования. При этом предлагается устранить несоответствия между договорным правом, авторским правом и законодательством о защите данных. Одновременно, поскольку персональные данные разнообразны и весьма чувствительны к контексту, право на персональные данные должно (опять же по аналогии с моральными правами в раннем авторском праве) координироваться с соблюдением прав человека [Sattler A., 2018: 48].

Похоже, что проблему обращения и защиты персональных данных возможно решить не в отраслевых рамках, а только комплексно, не нарушая при этом традиционной логики публичного и частного. Попытаемся подытожить результаты.

Вместо заключения

Право на информационное самоопределение является своеобразной точкой пересечения публичного и частного права, вызовов новых технологий, индивидуальных и общественных интересов. Вполне возможно, его удачное урегулирование послужит моделью выстраивания будущего правового регулирования в условиях цифровизации. На наш взгляд, необходимо учесть следующее.

Отчетливо прослеживаются два подхода к праву на информационное самоопределение. Исходный американский подход к «самоуправлению частной жизнью» (privacy self-management), основанный на механизме уведомления и выбора (notice and choice mechanism) критикуется в европейской доктрине как способствующий коммерческой эксплуатации персональных данных и ставящий под угрозу неприкосновенность частной жизни пользователей, их личность и достоинство [Vivarelli A., 2020: 305]. В свою очередь, европейский подход кажется американцам чрезмерно патерналистским [Solove D., 2013]. Но, несмотря на кажущуюся полярность, возможно сочетание этих подходов, если только не считать защиту данных делом исключительно частного или публичного права.

Происхождение защиты данных из защиты частной жизни сыграло двоякую роль. С одной стороны, первичная «прописка» частной жизни в гражданских кодексах поставила ее защиту в ранг субъективного гражданского права, защищаемого в индивидуальном порядке от нарушения. С другой стороны, все большее вторжение в эту сферу государства создало базу ее конституционного признания, после чего защита данных обрела собственную жизнь. Права на частную жизнь и персональные данные, признанные правами человека, усиливают публично-правовой компонент.

Право на информационное самоопределение, как бы ни выстраивалась его защита, не является абсолютным и может быть ограничено в общественных интересах. С точки зрения обладателя персональных данных это очерчивает и пределы его собственной ответственности — нельзя переложить на человека всю полноту определения судьбы данных, немалая доля лежит на государстве и его институтах.

Мы уже давно высказывали тезис о разных векторах отношения к информации в публичном и частном праве — это открытость и закрытость соответственно. Публичное право приносит общие гарантии, действуя через институт прав человека, который выступает гарантом человекоцентризма в использовании технологий. В то же время участвовавшееся применения цивилистических конструкций в публичном праве объяснима — их устойчивость и стабильность веками успешно сочетаются с гибкостью и свободой, не завися (относительно) от политических изменений. Привлекает в гражданско-правовом подходе и прагматичность.

Общий контекст современного управления — курс на социальное государство, привлечение частного сектора к решению публичных задач — подталкивает многие юрисдикции к мысли о том, что целое множество вопросов, в числе которых защита данных, являются межотраслевыми и не признают разграничения публичное/частное. При таких условиях право на информационное самоопределение может стать принципом, имеющим межотраслевой характер, который распространяется и на публично-правовую защиту данных, и на реализацию субъективных гражданских прав. Комплексность этого принципа защиты данных предусматривает выстраивание как публично-правового, так и гражданско-правового механизма защиты при соблюдении их базовых компонентов и соотношения.



Список источников

1. Архипов В.В. Проблема квалификации персональных данных как нематериальных благ в условиях цифровой экономики, или нет ничего более практичного, чем хорошая теория // Закон. 2018. № 2. С. 52–68.
2. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 1998. 353 с.
3. Савельев А.И. Гражданско-правовые аспекты регулирования оборота персональных данных // Вестник гражданского права. 2021. № 4. С. 104–129.
4. Сергеев А.П., Терещенко Т.А. Большие данные: в поисках места в системе гражданского права. Закон. 2018. № 11. С. 106–123.
5. Умнова-Конюхова И.А., Алферова Е.В., Алешкова И.А. Цифровое развитие и права человека. М.: ИНИОН, 2021. 174 с.
6. Хабермас Ю. Демократия. Разум. Нравственность. М.: Academia, 1995. 245 с.

7. Albers M. Realizing the complexity of data protection. Gutwirth S. et al (eds.) *Reloading data protection: multidisciplinary insights and contemporary challenges*. Dordrecht: Springer, 2014, pp. 213–235.
8. Eberle E. Observations on the Development of Human Dignity and Personality in German Constitutional Law: An Overview. *Liverpool Law Review*, 2012, no. 33, pp. 201–233.
9. Ernst C. Artificial Intelligence and Autonomy: Self-Determination in the Age of Automated Systems. In: Th. Wischmeyer, T. Rademacher (eds.) *Regulating Artificial Intelligence*. Cham: Springer, 2020, pp. 53–74.
10. Marsch N. Artificial Intelligence and the Fundamental Right to Data Protection: Opening the Door for Technological Innovation and Innovative Protection. In: Th. Wischmeyer, T. Rademacher (Eds.) *Regulating Artificial Intelligence*. Cham: Springer, 2020, pp. 33–52.
11. Orrù E. Minimum Harm by Design: Reworking Privacy by Design to Mitigate the Risks of Surveillance. In: R. Leenes et al. (eds.). *Data Protection and Privacy: (In)visibilities and Infrastructures*. Cham: Springer, 2017, pp. 107–137.
12. Rouvroy A., Poullet Y. The right to informational self-determination and the value of self-development: reassessing the importance of privacy for democracy / Reinventing Data Protection: Proceedings of the International Conference. In: Gutwirth S. et al. (eds.). Dordrecht: Springer, 2009, pp. 45–76.
13. Sattler A. From Personality to Property? Revisiting the Fundamentals of the Protection of Personal Data. In: M. Bakhoun et al. (eds.) *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law. Towards a Holistic Approach?* Heidelberg: Springer, 2018, pp. 27–54.
14. Solove D. Privacy self-management and the consent dilemma. *Harvard Law Review*, 2013, vol. 126, pp. 1880–1903.
15. Szekely I., Vissy B. Exercising Access Rights in Hungary. In: *The Unaccountable State of Surveillance. Exercising Access Rights in Europe*. C. Norris et al. (eds). Cham: Springer, 2017, pp. 135–180.
16. Vivarelli A. The Crisis of the Right to Informational Self-Determination. *The Italian Law Journal*, 2020, vol. 6, no 1, pp. 301–319.
17. Warren S., Brandeis L. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, 1890, vol. IV, no. 5, pp. 193–220.
18. Westin A. *Privacy and Freedom*. New York: Ateneum, 1967. 487 p.



References

1. Albers M. (2014) Realizing the complexity of data protection. In: Gutwirth S., Leenes R. et al. (eds.). *Reloading data protection: multidisciplinary insights and contemporary challenges*. Dordrecht: Springer, pp. 213–235.
2. Arkhipov V.V. (2018) Personal Data as nonmaterial values (or there is nothing more practical than a good theory). *Zakon=Statute*, no. 2, pp. 52–68 (in Russ.)
3. Eberle E. (2012) Observations on the development of human dignity and personality in German constitutional law: an overview. *Liverpool Law Review*, no. 3, pp. 201–233.
4. Ernst C. (2020) Artificial intelligence and autonomy: self-determination in the age of automated systems. In: T. Wischmeyer, T. Rademacher (eds.). *Regulating artificial intelligence*. Cham: Springer, pp. 53–74.

5. Habermas Yu. (1995) *Democracy. Reason. Moral.* Moscow: Academia, 245 p. (in Russ.)
6. Marsch N. (2020) Artificial intelligence and the fundamental right to data protection: opening door for technological innovation and innovative protection. In: T. Wischmeyer, T. Rademacher (eds.). *Regulating artificial intelligence.* Cham: Springer, pp. 33–52.
7. Orrù E. (2017) Minimum Harm by Design: Reworking privacy by design to mitigate the risks of surveillance. In: Leenes R. et al.(eds.). *Data protection and privacy: (in)visibilities and infrastructures.* Cham: Springer, pp. 107–137.
8. Pokrovskiy I.A. (1998) *Main issues of civil law.* Moscow: Statut, 353 p. (in Russ.)
9. Rouvro A., Poulet Y. (2009) The right to informational self-determination and the value of self-development: reassessing the importance of privacy for democracy, In: Gutwirth S. et al. (eds.) *Reinventing Data Protection: Proceedings of the international conference.* Dordrecht: Springer, pp. 45–76.
10. Sattler A. (2018) From personality to property? Revisiting the fundamentals of the protection of personal data. In: Bakhoum M. et al. (eds.) *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law. Towards a Holistic Approach?* Heidelberg: Springer, pp. 27–54.
11. Savelyev A.I. (2021) Civil law aspects of commercialization of personal data. *Vestnik grazhdanskogo prava*= Civil Law Herald, no. 4, pp. 104–129 (in Russ.)
12. Sergeev A.P., Tereshchenko T.A. (2018) Big data: in search of a place in the civil law system. *Zakon*=Statute, no. 11, pp. 106–123 (in Russ.)
13. Solove D. (2013) Privacy self-management and the consent dilemma. *Harvard Law Review*, vol. 126, pp. 1880–1903.
14. Szekely I., Vissy B. (2017) Exercising access rights in Hungary. In: C. Norris et al. (eds.) *The Unaccountable State of Surveillance. Exercising Access Rights in Europe.* Cham: Springer, pp. 135–180.
15. Umnova-Konyukhova I.A., Alferova E.V., Aleshkova I.A. (2021) Digital development and human rights. Moscow: INION, 174 p. (in Russ.)
16. Vivarelli A. (2020) The crisis of the right to informational self-determination. *The Italian Law Journal*, vol. 6, no. 1, pp. 301–319.
17. Warren S., Brandeis L. (1890) The right to privacy. *Harvard Law Review*. vol. IV, no. 5, pp. 193–220.
18. Westin A. (1967) *Privacy and freedom.* New York: Atheneum, 487 p.

Информация об авторе:

Э.В. Талапина — доктор юридических наук, доктор права (Франция), ведущий научный сотрудник.

Information about the author:

E.V. Talapina—Doctor of Sciences (Law), Doctor of Law (France), Chief Researcher.

Статья поступила в редакцию 14.03.2022; одобрена после рецензирования 29.04.2022; принята к публикации 06.06.2022.

The article was submitted by the editorial office 14.03.2022; approved after reviewing 29.04.2022; accepted for publication 06.06.2022.

Научная статья

УДК 342.82

DOI: 10.17323/2072-8166.2022.5.44.65

Электронный список избирателей как новый элемент цифровизации избирательного процесса: правовые и организационные основы



Альбина Омаровна Гаджиева

Институт исследований национального и сравнительного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», Россия 101000, Москва, Мясницкая ул., 20, agadzhieva@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0002-3971-4903>



Аннотация

В статье исследованы предпосылки внедрения электронного списка избирателей, нормативное регулирование, порядок голосования с использованием такого списка избирателей, обеспечение избирательных прав участников избирательного процесса в ходе подготовки и проведения голосования, подсчета голосов и установления итогов голосования на избирательном участке. Проанализирован первый опыт применения электронного списка избирателей на выборах депутатов представительных органов местного самоуправления в Москве. Ведение единого списка избирателей в электронной форме позволило отказаться от применения на одних и тех же выборах двух списков избирателей — списка избирателей, голосующих традиционным способом на избирательном участке (в помещении или вне помещения для голосования), и списка избирателей, голосующих дистанционно. Существование двух различных списков избирателей на одних и тех же выборах вызывало существенные трудности как в работе избирательных комиссий, так и в реализации избирателями права на участие в голосовании. С внедрением электронного списка избирателей в Москве у ее жителей, обладающих активным избирательным правом на муниципальных выборах 2022 года, отпала необходимость заранее подавать заявление на участие в дистанционном электронном голосовании и тем самым принимать решение о способе голосования — очно, на участке, или дистанционно (электронно). Применение электронного списка избирателей исключило случаи необоснованного лишения избирателей активного избирательного права, которые возникали вследствие нормативной казуистики

или технических ошибок. Применение электронного списка избирателей исключило возможность злоупотребления избирателями активным избирательным правом путем неоднократного голосования. В статье делается вывод, что в условиях цифровизации избирательного процесса электронный список избирателей является эффективным механизмом укрепления правовых и организационных гарантий реализации гражданами Российской Федерации активного избирательного права, содержатся предложения по дальнейшему совершенствованию избирательных процедур, в особенности связанных с электронным списком избирателей в свете развития информационного и цифрового общества.



Ключевые слова

электронный список избирателей, выборы, субсидиарные формы голосования, дистанционное электронное голосование, конституционное право, цифровизация избирательного процесса.

Для цитирования: Гаджиева А.О. Электронный список избирателей как новый элемент цифровизации избирательного процесса: правовые и организационные основы // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 5. С. 44–65. DOI: 10.17323/2072-8166.2022.5.44.65

Research article

Electronic Voters List as a New Element of Digitalizing Electoral Process: Legal and Organizational Basis



Albina O. Gadzhieva

Institute of National and Comparative Legal Studies, Faculty of Law, National Research University Higher School of Economics, 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia, agadzhieva@hse.ru



Abstract

The article studies the prerequisites for the implementation of electronic list of voters (ELV), legal regulation, the voting procedure considering the use of the ELV, enforcement of electoral rights during preparation and holding of elections, vote counting and further determination of elections results at a polling station. This article also deals with the first experience of the ELV use during Moscow municipal delegates elections. The introduction of the ELV made it possible to abandon the use of two different lists of voters during the same elections — the list of those who vote traditionally by visiting polling stations, and the list of those who vote remotely. The situation when there are two different lists of voters entailed significant difficulties both for electoral commissions and voters in realization of their electoral rights. With the introduction of electronic list of voters during municipal elections 2022 in Moscow, eligible registered voters did not have to submit in advance a remote voting request or to decide their method of voting (in person, remote, or electronic). Electronic list of voters excluded groundless deprivation of active electoral rights, what prior happened due

to technical errors or normative casuistry. Integration of electronic list of voters eliminated any possibility of repeated voting by the same individual. The article concludes that in terms of the digitalization of the voting process the ELV becomes an effective mechanism for strengthening legal and organizational guarantees of the electoral rights of Russian citizens. This article also contains proposals for further improvements of voting procedures especially related to the ELV in terms of information and digital society development.

Keywords

electronic voters list, elections, subsidiary forms of voting, remote electronic voting, constitutional law, digitalization of election process.

For citation: Gadzhieva A.O. (2022) Electronic voters list as a new element of digitalizing electoral process: legal and organizational basis. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no. 5, pp. 44–65 (in Russ.) DOI: 10.17323/2072-8166.2022.4.44.65

Введение

Голосование на выборах, проходивших в единый день голосования 11.09.2022, в очередной раз наглядно продемонстрировало перспективность и востребованность среди избирателей такой его формы как дистанционное электронное голосование (далее — ДЭГ). Только в Москве из общего числа избирателей, принявших участие в голосовании на выборах депутатов представительных органов местного самоуправления, дистанционный выбор сделали 1 749 448 москвичей, и только 695 214¹ человек проголосовали на избирательных участках. При этом из проголосовавших очно меньше половины (309 314) избирателей имели возможность принять участие в ДЭГ, но предпочли голосование бумажными бюллетенями.

Принципиально важной особенностью эксперимента с ДЭГ являлась альтернативность данной формы голосования и позиционирование ее как дополнительного инструмента реализации гражданином активного избирательного права (что гарантировано Конституцией Российской Федерации) при сохранении традиционной формы голосования — бумажным бюллетенем в помещении или вне помещения для голосования².

¹ Available at: URL: https://www.ng.ru/moscow/2022-09-12/2_8537_12092022.html (дата обращения: 08.11.2022)

² Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 29.09.2022 № 2568-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Лобанова Михаила Сергеевича на нарушение его конституционных прав положениями федеральных законов «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации», «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» и «О проведении эксперимента по организации и осуществлению дистанционного электронного голосования в городе федерального значения Москве», а также положе-

Анализ ДЭГ, проводившегося в качестве эксперимента в 2019–2021 гг., выявил некоторые существенные препятствия для дальнейшего развития этой весьма перспективной формы голосования. Среди них необходимость участника ДЭГ заблаговременно принять решение о выборе данной формы участия в голосовании и предварительно подать соответствующее заявление [Лейба А.А., 2021: 16–25]. Кроме того, несмотря на нормативные механизмы защиты, не была полностью исключена возможность «двойного» голосования — в отдельных случаях избирателю удавалось проголосовать как с помощью электронного бюллетеня со своего электронного устройства, так и с помощью бумажного бюллетеня на избирательном участке.

Возможность неоднократной реализации гражданином активного избирательного права, несмотря на отнесение в большей степени к злоупотреблению избирателем правом на участие в голосовании, может привести к дискредитации ДЭГ. Вероятность таких злоупотреблений нормативно и технически должна быть минимизирована и в перспективе совершенствования избирательного процесса в целом и ДЭГ сведена к нулю.

Одним из очевидных вариантов решения проблем, выявленных в ходе реализации эксперимента, явился отказ от использования фактически двух списков избирателей (списка избирателей, голосующих на избирательном участке, и списка голосующих дистанционно) и ведение единого списка избирателей в электронной форме, который позволяет избирателю проголосовать в выбранном формате — очно или дистанционно — без предварительной подачи заявлений и только один раз.

В связи с этим немаловажно сказать о списке избирателей, занимающем особое место в защите и обеспечении реализации активного избирательного права граждан (ст. 17 Федерального закона от 12.06.2002 № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации»; далее — ФЗ № 67)³.

1. Список избирателей как механизм обеспечения активного избирательного права

Список избирателей выступает одним из ключевых механизмов в процедуре реализации активного избирательного права граждан, призванных в том числе обеспечить защиту от искажения волеизъявления посредством

ниями Закона города Москвы «О проведении эксперимента по организации и осуществлению дистанционного электронного голосования» и Порядка дистанционного электронного голосования на выборах, назначенных на 19 сентября 2021 года». Available at: URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision641789.pdf> (дата обращения: 08.11.2022)

³ СЗ РФ. 2002. N 24. Ст. 2253.

двойного голосования при реализации нескольких форм голосования и относится к числу документальных факторов гарантии реализации гражданином его активного избирательного права [Синцов Г.В., 2016: 92]. Согласно п. 1 ст. 16 ФЗ № 67 все избиратели, участники референдума подлежат регистрации (учету) в порядке, предусмотренном положением о Государственной системе регистрации (учета) избирателей, участников референдума в Российской Федерации, утвержденным Постановлением ЦИК России от 06.11.1997 № 134/973-II⁴.

Цель государственной системы регистрации (учета) избирателей, участников референдума — охватить и учесть всех граждан, обладающих активным избирательным правом, правом на участие в референдуме в соответствии со ст. 4 ФЗ № 67, чтобы обеспечить гарантии и реализацию их избирательных прав и права на участие в референдуме. Гарантии, т.е. правовые, организационные, информационные средства обеспечения избирательных прав граждан РФ [Тихомиров М.Ю., 1997: 84], являются ключевым моментом в процессе организации и проведения выборов.

В большинстве стран мира, как и в России, обязанность формирования списка избирателей возложена на органы публичного управления [Фомин А.А., 2004: 23]. Государственная система регистрации (учета) избирателей, участников референдума организуется Центральной избирательной комиссией Российской Федерации совместно с избирательными комиссиями субъектов федерации во взаимодействии с федеральными органами исполнительной власти, органами исполнительной власти субъектов, органами местного самоуправления и должностными лицами органов местного самоуправления с использованием комплексов средств автоматизации Государственной автоматизированной системы «Выборы» (далее — ГАС «Выборы»)⁵.

С помощью Государственной системы регистрации (учета) избирателей, участников референдума устанавливается численность избирателей, участников референдума на территории муниципального образования, в федеральной территории, на территории субъекта федерации, в России и за пределами ее территории, формируется и ведется Регистр избирателей, участников референдума⁶. Сведения об избирателях, участниках референдума, вносимые в государственную систему их регистрации (учета), обнов-

⁴ Постановление ЦИК России от 06.11.1997 № 134/973-II (ред. от 16.06.2021) «О Положении о Государственной системе регистрации (учета) избирателей, участников референдума в Российской Федерации» // Вестник Центризбиркома РФ. 1997. № 9.

⁵ См.: Федеральный закон от 10.01.2003 № 20-ФЗ (ред. от 14.03.2022) «О Государственной автоматизированной системе Российской Федерации «Выборы» // СЗ РФ. 2003. № 2. Ст. 172.

⁶ П. 1.1 — 1.4 Положения о Государственной системе регистрации (учета) избирателей, участников референдума в Российской Федерации, утвержденного Постановлением ЦИК России от 06.11.1997 N 134/973-II (ред. от 16.06.2021).

ляются по состоянию на 1 января и 1 июля каждого года⁷. Накануне дня выборов, в том числе с использованием ГАС «Выборы» (т.е. на основании данных, содержащихся в Регистре избирателей), соответствующая комиссия составляет список избирателей. В список включаются граждане, обладающие на день голосования активным избирательным правом.

Конституция Российской Федерации⁸ (ч. 1 ст. 27) закрепляет за гражданином право свободно передвигаться и выбирать место пребывания и жительства, что отражает фактически сложившуюся реальность, в которой многие граждане проживают не по адресу регистрации по месту жительства, а выбирают иные места проживания в связи с учебой, работой или иными обстоятельствами. Федеральный законодатель в целях охраны конституционно значимого интереса, выраженного в обеспечении принципа равного голосования [Виноградов В.А., 2022: 431] (п. 1 ст. 3 ФЗ № 67), основополагающим принципом регистрации избирателя определил его место жительства (п. 4 ст. 4 ФЗ № 67).

Однако отсутствие до внедрения ДЭГ механизмов участия в голосовании гражданам, проживающим не по адресу регистрации и не имевшим в связи с этим возможности воспользоваться активным избирательным правом, ставило под вопрос конституционные гарантии реализации гражданином активного избирательного права на выборах соответствующего уровня, несмотря на то, что в соответствии с абз. 2 ст. 3 Закона РФ от 25.06.1993 № 5242-1 «О праве граждан Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации»⁹ регистрация или отсутствие таковой не может служить основанием ограничения или условием реализации прав и свобод граждан, предусмотренных Конституцией, федеральными законами, конституциями (уставами) и законами субъектов федерации. Это также подтверждено правовой позицией Конституционного Суда Российской Федерации¹⁰.

Основанием включения гражданина в список избирателей на избирательном участке является факт нахождения места его жительства на территории этого участка, а в случаях, предусмотренных федеральным законом — факт

⁷ Пункт 4.1 Положения о Государственной системе регистрации (учета) избирателей, участников референдума в Российской Федерации, утвержденного Постановлением ЦИК России от 06.11.1997 N 134/973-II (ред. от 16.06.2021).

⁸ Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993 с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020) Available at: URL: <http://pravo.gov.ru> (дата обращения: 06.10.2022)

⁹ Российская газета. 1993. № 152.

¹⁰ Постановление Конституционного Суда РФ от 02.02.1998 № 4-П «По делу о проверке конституционности пунктов 10, 12 и 21 Правил регистрации и снятия граждан Российской Федерации с регистрационного учета по месту пребывания и по месту жительства в пределах Российской Федерации, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.07.1995 № 713» // СЗ РФ. 1998. № 6. Ст. 783.

пребывания (временного пребывания, нахождения) гражданина на территории этого участка (при наличии у гражданина активного избирательного права)¹¹.

Включение гражданина в список избирателей является юридическим подтверждением его избирательных прав. Составление списков избирателей — ответственная и трудоемкая работа, цель которой — удостоверение активного избирательного права избирателя при проведении голосования на избирательном участке, обеспечение избирательных прав гражданина путем допуска его к участию в процедуре голосования, защиты его прав от посягательств третьих лиц, а также исключение участия в выборах лиц, не обладающих избирательным правом [Вешняков А.А., 2003: 213–221].

Несмотря на правовую позицию Конституционного Суда, отметившего в определении 08.12.2011 №1794-О-О, что «отсутствие у совершеннолетнего гражданина регистрации по месту жительства в пределах Российской Федерации не означает утрату им активного избирательного права, не может служить безусловным основанием для невключения его в списки избирателей в избирательном округе и на избирательном участке, в границах которых он фактически проживает, и отказа в голосовании на выборах, в том числе в законодательный (представительный) орган государственной власти субъекта Российской Федерации и органы местного самоуправления»¹², фактически часть граждан, за исключением случаев, прямо установленных ФЗ № 67, до введения механизма «мобильный избиратель» не могли реализовать активного избирательного права в связи с проживанием не по месту регистрации.

2. Дистанционное электронное голосование как субсидиарный механизм обеспечения активного избирательного права

В период единственной традиционной формы голосования с помощью бумажного бюллетеня на избирательном участке избиратель также имел возможность выбрать один из субсидиарных механизмов голосования как

¹¹ П. 4, 7 ст. 17 ФЗ № 67.

¹² Определение Конституционного Суда РФ от 08.12.2011 № 1794-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Волчева Евгения Георгиевича на нарушение его конституционных прав пунктом 4 статьи 4, пунктом 2 статьи 16, пунктами 4 и 17 статьи 17 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации», пунктами 1 и 2 статьи 5, пунктами 2 и 6 статьи 16 Уставного закона Калининградской области «О выборах депутатов Калининградской областной Думы», пунктами 1 и 4 статьи 5, пунктами 1, 2 и 6 статьи 11 Закона Калининградской области «О муниципальных выборах в Калининградской области» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2012. № 3.

дополнительной гарантии реализации его активного избирательного права. Такими гарантиями были досрочное голосование, голосование по почте, голосование вне помещения для голосования а также голосование по открепительным удостоверениям. Законодательно установленная процедура реализации этих форм голосования предусматривала обязательное заблаговременное уведомление избирателем избирательной комиссии по месту своего жительства (территориальной или участковой) о выборе им формы голосования. Члены комиссии вносили соответствующие сведения в распечатанные списки избирателей. Вместе с тем механизмы открепительных удостоверений или досрочного голосования, вызывавшие многочисленные претензии¹³, не позволяли в полной мере удовлетворить запрос избирателей на мобильность и доступность участия в выборах вне зависимости от территориальной привязки.

Развитие цифровых сервисов позволило дополнить имеющиеся субсидиарные формы голосования современными и мобильными их видами. В 2017 году голосование по открепительным удостоверениям, по сути, трансформировалось в голосование избирателей по месту нахождения (механизм «Мобильный избиратель»), а в 2019 году сначала в качестве эксперимента в Москве [Реут Д.А., 2020: 10], а затем и на постоянной основе в России появилось дистанционное электронное голосование.

Внедрение ДЭГ дало избирателю возможность выбора наиболее удобной формы участия в голосовании на выборах [Турищева Н.Ю., 2021: 37–47] вне зависимости от места нахождения с соблюдением соответствующей этому выбору процедуры и порядка ведения списка избирателей. Выбирая дистанционный формат голосования, избиратель включался в список участников ДЭГ, формируемый комиссией ДЭГ, с последующим исключением из списка избирателей по месту жительства избирателя.

В период проведения ДЭГ в Москве в экспериментальном режиме (2019–2021)¹⁴, чтобы проголосовать дистанционно, избиратель должен был заранее (в период не ранее чем за 45 и не позднее 3 дней до дня голосования)

¹³ Постановление Конституционного Суда РФ от 15.04.2014 № 11-П «По делу о проверке конституционности пункта 1 статьи 65 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» в связи с запросом Законодательного Собрания Владимирской области» // Официальный интернет-портал правовой информации. Available at: URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 16.04.2014)

¹⁴ Федеральный закон от 29.05.2019 № 103-ФЗ «О проведении эксперимента по организации и осуществлению дистанционного электронного голосования на выборах депутатов Московской городской Думы седьмого созыва»; Федеральный закон от 23.05.2020 № 152-ФЗ «О проведении эксперимента по организации и осуществлению дистанционного электронного голосования в городе федерального значения Москве». Available at: URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 23.05.2020)

заявить, что он выбирает именно этот формат участия¹⁵. Заявление подавалось избирателем с использованием подсистемы «Личный кабинет» Портала государственных и муниципальных услуг (функций) города Москвы (далее — Портал) при условии полного доступа избирателя к указанной подсистеме.

Данные Портала сопоставлялись с данными регистра избирателей, участников референдума ГАС «Выборы». Избиратель, не прошедший проверку по результатам межведомственного запроса, мог подать заявление после корректировки соответствующих данных при условии, что установленный срок подачи заявления не истек. Избиратель мог отозвать заявление до окончания срока подачи заявлений либо подать новое заявление взамен отозванного при условии, что не истек срок его подачи. Информация, содержащаяся в заявлениях избирателей, ежедневно передавалась в Базу обработки заявлений для формирования данных для составления списка участников ДЭГ. Информация о статусе обработки заявления, как правило, до начала голосования направлялась в личный кабинет пользователя Портала, а также посредством смс-оповещения на указанный заявителем на Портале номер мобильного телефона.

После обработки заявлений посредством ГАС «Выборы» в Базе обработки заявлений формировались данные для составления списка участников ДЭГ, которые записывались на внешний носитель информации. Внешний носитель информации помещался в запечатываемый конверт, позволявший сохранить конфиденциальность и неприкосновенность вложения, и направлялся в комиссию ДЭГ. Там данные об участниках голосования загружались в программно-технический комплекс для составления электронного списка участников ДЭГ¹⁶. После составления списка участников дополнительное включение в него избирателей не осуществлялось¹⁷.

В указанный период избиратели, подавшие заявления ДЭГ, исключались из списков избирателей по месту жительства. Исключение осуществлялось

¹⁵ Ч. 4 ст. 6 Закона Москвы от 22.05.2019 № 18 «О проведении эксперимента по организации и осуществлению дистанционного электронного голосования на выборах депутатов Московской городской Думы седьмого созыва». Available at: URL: <http://www.mos.ru> (дата обращения: 25.05.2019); ч. 4 ст. 6 Закона Москвы от 10.06.2020 № 10 «О проведении эксперимента по организации и осуществлению дистанционного электронного голосования». Там же (дата обращения: 11.06.2020)

¹⁶ Порядок дистанционного электронного голосования при проведении общероссийского голосования по вопросу одобрения изменений в Конституцию Российской Федерации, утв. Постановлением ЦИК России от 04.06.2020 № 251/1850-7 // Вестник ЦИК России, № 5, 2020; Порядок дистанционного электронного голосования на выборах, назначенных на 19.09. 2021, утв. Постановлением ЦИК России от 20.07.2021 № 26/225-8 // Вестник ЦИК России. 2021. № 13.

¹⁷ Там же.

посредством вычеркивания соответствующих данных из бумажных списков избирателей членами участковых избирательных комиссий¹⁸. Избиратель, исключенный из списка избирателей по месту жительства в связи с подачей заявления ДЭГ, был вправе принять участие исключительно в дистанционном электронном голосовании и не вправе получить бюллетень на избирательном участке¹⁹.

Реализация данного механизма допускала случаи, при которых соответствующая информация некорректно находила отражение в бумажном списке избирателей на избирательном участке, где избиратель был включен в список. Это не позволяло исключить возможность проголосовать как дистанционно, так и на избирательном участке. Также иногда избиратель в результате ошибок во взаимодействии комиссий или технических проблем не мог реализовать свое активное избирательное право, оказавшись не включенным ни в один из списков избирателей.

Несовершенство правового регулирования процедуры и оснований включения избирателей в список, в том числе дополнительного включения в список избирателей, исключения избирателей из списка, в той части, в какой они могут создавать предпосылки для ограничения активного избирательного права, напрямую влияют не только на реализацию избирателем активного избирательного права, но и далее на репрезентативность, а, значит, и легитимность избираемых органов власти [Кошель А.С., 2018: 165].

В целях обеспечения конституционного права граждан на участие в выборах участковым избирательным комиссиям непосредственно с избирательных участков приходилось в ручном режиме уточнять информацию о факте дистанционного голосования и, если такой факт не подтверждался, избирателю оставалась возможность реализовать свое избирательное право на избирательном участке, получив бумажный бюллетень путем реализации механизма, предусмотренного п. 16 ст. 17 ФЗ № 67 ФЗ.

Несмотря на подробную нормативную регламентацию порядка работы со списками избирателей, отсутствие интеграции между бумажной формой списка избирателей на избирательном участке и электронной формой списка участников ДЭГ при применении нескольких субсидиарных форм голосования создавало предпосылки ошибок избирательных комиссий и злоупотребления избирателями правом на участие в голосовании — возможности проголосовать неоднократно на одних и тех же выборах.

Так, член одного из общественных объединений в защиту прав избирателей утверждал, что вопреки регистрации для онлайн-голосования ему выдали бюллетень на УИК, однако электронным голосованием он не вос-

¹⁸ Там же.

¹⁹ Там же.

пользовался²⁰. Другому российскому журналисту удалось по поправкам в Конституцию проголосовать дважды — на УИК и ДЭГ. Впоследствии в результате проверки факт неоднократного голосования нашел подтверждение, что повлекло признание бюллетеней в ящике для голосования на данном участке недействительными, а в отношении журналиста, допустившего злоупотребление правом, было возбуждено административное дело по ст. 5.22 Кодекса об административных правонарушениях Российской Федерации (КоАП РФ)²¹. Факты «двойного» голосования, допущенного избирателем, квалифицировались комиссией при составлении протокола об административном правонарушении как злоупотребление правом. Однако и тогдашние правовые и организационные меры оказались недостаточными для обеспечения надлежащих гарантий реализации гражданами активного избирательного права, обеспечения конституционного принципа равного избирательного права.

В полной мере обозначилась необходимость дальнейшего совершенствования технических и нормативных механизмов ДЭГ. Решение проблем с оптимизацией процедуры выбора формы голосования и ее реализацией, исключающей возможность как злоупотреблений со стороны избирателей, так и ошибок избирательных комиссий, виделось в синхронизации списков избирателей на избирательных участках, сформированных в соответствии со ст. 17 ФЗ № 67, и списков участников ДЭГ.

Очевидно, что современная цифровая форма голосования неизбежно влечет за собой необходимость трансформации иных механизмов и процессов и, прежде всего, списка избирателей, что сподвигло организаторов выборов в Москве (Москва выступила флагманом в вопросах цифровизации многих избирательных процедур, в том числе процесса голосования) прибегнуть к интеграции списков избирателей двух разных форм голосования — дистанционного и традиционного.

3. Электронный список избирателей как элемент развития дистанционного электронного голосования

В марте 2022 года дистанционное электронное голосование наконец получило равное с традиционным голосованием законодательное закрепление. Одновременно появилась законодательная возможность составлять и вести списки избирателей не только в бумажном, но и в электронном виде²².

²⁰ Available at: URL: <https://www.kommersant.ru/doc/4391659> (дата обращения: 08.11.2022)

²¹ Available at: URL: <https://www.interfax.ru/moscow/714713> (дата обращения: 08.11.2022)

²² Федеральный закон от 14.03.2022 № 60-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации». Available at: URL: <http://pravo.gov.ru> (дата обращения: 14.03.2022)

Внедрение электронного списка избирателей позволило избавиться от проблематичной с точки зрения реализации и ограничивающей право на выбор способа голосования процедуры — предварительной подачи заявления на участие в ДЭГ. Объединение списков избирателей обеих форм голосования на единой цифровой платформе позволило преодолеть основные сложности для избирателей в выборе формы голосования — сложную процедуру и недостаточную оперативность в сроках принятия решения о способе голосования и возможности его изменить. На недавно состоявшихся выборах депутатов представительных органов муниципальных образований в городе Москве 11.09.2022 впервые в России (да и в мире в целом) были применены списки избирателей, составленные в электронном виде.

Правовая основа для использования на выборах электронного списка избирателей появилась в марте 2022 года с принятием Федерального закона от 14.03.2022 № 60-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», в соответствии с которым в ФЗ № 67 были внесены дополнения, допускающие возможность составления, уточнения и использования списков избирателей в электронном виде. Порядок использования электронных списков определяется ЦИК России при проведении выборов в федеральные органы государственной власти и референдума²³ и избирательной комиссией субъекта федерации, с учетом требований ЦИК России — при проведении региональных выборов и референдумов.

Решением Московской городской избирательной комиссии от 11.08.2022 №21/4²⁴ было установлено, что на выборах депутатов представительных органов муниципальных образований в Москве будет применяться электронный список избирателей, и утвержден Порядок работы с ним. В Порядке составления, уточнения и использования списков избирателей на выборах депутатов представительных органов местного самоуправления в Москве, назначенных на 11.09.2022 (утв. решением Московской городской избирательной комиссии от 11.08.2022 № 21/4), приводится определение списка избирателей, применяемого на указанных выборах, как списка избирателей в электронном виде, формируемого в электронной форме с использованием специального программного обеспечения государственной информацион-

²³ Постановление ЦИК России от 08.06.2022 № 86/717-8 «О Требованиях к составлению, уточнению и использованию списков избирателей, участников референдума в электронном виде» // Вестник ЦИК России. 2022. № 5.

²⁴ Решение Московской городской избирательной комиссии от 11.08.2022 № 21/4 «О Порядке составления, уточнения и использования списков избирателей на выборах депутатов представительных органов местного самоуправления в городе Москве, назначенных на 11 сентября 2022 года» // Вестник Московской городской избирательной комиссии. Available at: URL: http://mosgorizbirkom.ru/documents/10279/24351054/rs_21-4.pdf/44df0b2e-2cbf-428d-9076-ceb753ee331a (дата обращения: 08.11.2022)

ной системы «Электронный список избирателей города Москвы» (далее — ЭСИ и СПО ГИС ЭСИ, соответственно) в виде, пригодном для восприятия человеком, а также для передачи по информационно-телекоммуникационным сетям или обработки в информационных системах.

Ключевым принципом нормативного регулирования электронного списка избирателей явилась его равнозначность со списком избирателей, сформированным на бумажном носителе, на всех стадиях избирательного процесса: от его составления до порядка хранения после установления итогов голосования.

Порядок составления электронного списка избирателей, его уточнения, в том числе на этапе ознакомления избирателей со списком и уточнения сведений о себе, ознакомление со списком избирателей наблюдателей и иных участников избирательного процесса, имеющих на это право, передачи списков избирателей, голосование с соответствующим внесением сведений о голосовании избирателя, внесении избирателя в список избирателей дополнительно, исключение из списка избирателей по основаниям, предусмотренным законом, ознакомление со списком в ходе голосования, при подсчете данных по списку избирателей, ознакомление со списком избирателей наблюдателей и иных лиц, присутствующих при проведении подсчета голосов, обеспечивающее возможность убедиться в правильности произведенного подсчета данных по списку избирателей, упаковка и хранение списка избирателей — с точки зрения их законодательного регулирования остались аналогичными соответствующему порядку для списка избирателей на бумажном носителе.

Однако стоит отметить, что привычные для участников избирательного процесса действия со списком избирателей при использовании электронного списка были трансформированы с учетом специфики его электронной формы, но при этом было обеспечено соблюдение прав избирателей, наблюдателей, кандидатов и других участников избирательного процесса [Филатова А.О., 2021: 215–220]. При этом, безусловно, институт наблюдения за ходом голосования, компетенции наблюдателей как участников избирательного процесса, будут совершенствоваться [Лопатин А.И., 2022: 43–55].

В связи с трансформацией списка избирателей из бумажного в электронный вид (из листа бумаги формата А3 в экран компьютера или ноутбука) изменились и организационные механизмы избирательных процедур. Во многом это коснулось организации работы участковой избирательной комиссии. Внедрение нового электронного формата работы со списком избирателей вызвало естественные сложности в работе членов участковых комиссий с ЭСИ, связанные с различным уровнем их знаний и навыков в работе с компьютерной техникой и программным обеспечением. Частично такие сложности преодолевались за счет обучения, организованного Московской городской избирательной комиссией, а также работой служб технической

поддержки. За каждым избирательным участком закреплялся технический специалист, обеспечивающий бесперебойную работу автоматизированных рабочих мест (далее — АРМ) членов комиссии. Кроме того, каждый член комиссии имел возможность получить оперативную консультацию по работе техники и программного обеспечения посредством подключения со своего АРМ к чат-боту службы технической поддержки.

Несмотря на комплекс усиленных организационно-технических мер поддержки, в дни голосования, особенно в первый день, на отдельных избирательных участках избиратели столкнулись с задержками при выдаче бюллетеней. Однако фактов лишения избирателей права на участие в выборах, зафиксированного, в том числе общественным наблюдением за ходом голосования, выявлено не было.

Организационные изменения в проведении голосования участковой избирательной комиссией на избирательном участке обусловлены, в том числе и различным функционалом АРМ председателя и членов УИК. СПО ГИС ЭСИ предусматривает две разновидности АРМ членов УИК в соответствии с их полномочиями, установленными ФЗ № 67, Избирательным кодексом города Москвы, Порядком²⁵: АРМ председателя (для работы председателя, заместителя председателя и секретаря избирательной комиссии), и АРМ члена комиссии (для работы иных членов избирательной комиссии).

Сведения об избирателях, включаемых в список избирателей дополнительно, председатель или секретарь участковой комиссии вносит в список избирателей, используя СПО ГИС ЭСИ на АРМ председателя комиссии. Исключение из списка избирателей производится председателем или секретарем участковой комиссии на АРМ председателя. При этом в электронном списке избирателей сведения об избирателе вычеркиваются одной горизонтальной линией, а в графе «Особые отметки» делается соответствующая отметка с указанием даты ее внесения. Запись заверяется электронной подписью председателя или секретаря участковой комиссии²⁶.

Если избиратель включается в список избирателей в связи с регистрацией по месту жительства на территории избирательного участка и его прежнее место жительства находилось на территории города Москвы, на АРМ председателя формируется сообщение о включении его в список избирателей по новому месту жительства, которое передается средствами СПО ГИС ЭСИ в участковую комиссию избирательного участка, где находилось прежнее ме-

²⁵ Решение Московской городской избирательной комиссии от 11.08.2022 № 21/4 «О Порядке составления, уточнения и использования списков избирателей на выборах депутатов представительных органов местного самоуправления в городе Москве, назначенных на 11 сентября 2022 года». Available at: URL: http://mosgorizbirkom.ru/documents/10279/24351054/rs_21-4.pdf/44df0b2e-2cbf-428d-9076-ceb753ee331a (дата обращения: 08.11.2022)

²⁶ Там же.

сто жительства избирателя²⁷. При этом избиратель исключается из списка избирателей по предыдущему месту жительства средствами СПО ГИС ЭСИ, т.е. автоматизировано, без дополнительных действий УИК избирательного участка по предыдущему месту жительства избирателя.

Возможность автоматического исключения избирателя из списка избирателей при включении в его список по новому месту жительства является существенным плюсом в работе СПО ГИС ЭСИ, поскольку не требует дополнительных действий членов комиссий по ручному вводу данных и тем самым исключает возможность технических ошибок. Кроме того, полностью исключается возможность нахождения одного и того же избирателя в списках избирателей на двух избирательных участках.

Следует отметить, что процедура дополнительного включения в список избирателей при использовании ЭСИ предусматривает необходимость заполнения избирателем заявления о включении в список избирателей вручную на бумаге. Такое заявление либо прикрепляется в карточке избирателя в СПО ГИС ЭСИ (скан заявления), либо хранится в документах избирательной комиссии. В последующем заполнение избирателем заявления о включении в список избирателей дополнительно может осуществляться в электронной форме с последующим проставлением электронной графической подписи по аналогии с проставлением подписи избирателя за получение избирательного бюллетеня. Такое технологическое изменение в работе СПО ГИС ЭСИ существенно упростит и ускорит процедуру внесения избирателя в список избирателей дополнительно, что благоприятно скажется, в том числе на восприятии самим избирателем этой процедуры. В условиях электронного формата работы со списком избирателей отказ от необходимости заполнения бумажных заявлений представляется логичным и обоснованным.

Следует отметить, что практика расширенного функционала АРМ председателя по внесению избирателей в список избирателей дополнительно, а также ведение реестра голосующих вне помещения для голосования с последующим оформлением данных о результатах «надомного» голосования, даже с учетом невысокой явки на муниципальных выборах и большого количества проголосовавших в ДЭГ показала перегруженность функционала АРМ председателя. Перспективным направлением совершенствования механизма работы с электронным списком видится расширение функционала АРМ члена участковой избирательной комиссии как минимум для составления реестра голосующих вне помещения для голосования, выписки из указанного реестра и внесения сведений о голосовании вне помещения для голосования.

Ознакомление избирателей со сведениями о себе, ознакомление наблюдателей со списком избирателей осуществляется посредством вывода сведе-

²⁷ Там же.

ний на монитор компьютера или ноутбука на автоматизированных рабочих местах членов комиссии, председателя или секретаря участковой избирательной комиссии. В то же время перед непосредственным подсчетом бюллетеней после суммирования данных по страницам списка избирателей и в целом по списку его копия изготавливается путем распечатки списка избирателей на бумажном носителе и заверяется подписями председателя, секретаря участковой комиссии и печатью комиссии. Наблюдатели и иные лица, присутствующие при подсчете, вправе знакомиться со списком избирателей (как в электронном, так и уже в бумажном виде) и убедиться в правильности подсчета по списку избирателей. На примере данной процедуры работы со списком избирателей очевидна основная цель внедрения электронных списков избирателей: совершенствование электоральной процедуры с сохранением базового принципа избирательного права — открытости избирательного процесса и обеспечения избирательных прав граждан.

Если обозначить преимущества, которые стали доступны в организации голосования, стоит отметить, что прежде всего внедрение электронного списка избирателей позволило объединить на одной электронной платформе списки избирателей на избирательных участках со списками участников ДЭГ. Указанное преимущество расширило право избирателя определяться со способом голосования вплоть до момента получения им доступа к электронному избирательному бюллетеню либо до момента его регистрации в электронном списке избирателей непосредственно на избирательном участке.

Определяться со способом голосования заранее и подавать заявление в случае выбора дистанционной формы голосования больше не нужно. Соответственно члены участковых избирательных комиссий освобождены от обязанности непосредственно перед первым днем голосования исключать из списков избирателей, подавших заявления на участие в ДЭГ. Применение электронного списка избирателей исключило возможность «двойного» голосования избирателей, а также ошибки (человеческий фактор) при синхронизации списков избирателей в случае использования на выборах различных форм голосования.

Сведения о получении избирателем бюллетеня для голосования на избирательном участке вносятся в список избирателей в графе «Особые отметки». Средства СПО ГИС ЭСИ указывают дату получения избирателем бюллетеня, при этом возможность доступа к бюллетеню дистанционного электронного голосования у этого избирателя автоматически блокируется. В соответствии с Порядком ДЭГ²⁸ избиратель, получивший доступ к бюлле-

²⁸ Порядок дистанционного электронного голосования на выборах депутатов представительных органов местного самоуправления в Москве, назначенных на 11.09.2022, утвержденный Решением Московской городской избирательной комиссии от 28.07.2022 № 17/8.

тению дистанционного голосования, автоматически исключается из списка избирателей избирательного участка по месту жительства. На АРМ председателя и членов избирательной комиссии в сведениях об избирателях, имеющих возможность в соответствии с Порядком ДЭГ принять участие в дистанционном электронном голосовании, отображается информация об этом.

Объединение на одной электронной платформе списка избирателей и списка участников ДЭГ позволило нормативно предусмотреть порядок, исключающий факты неоднократного голосования избирателей, и было успешно реализовано на практике. Ни одного факта «двойного» голосования избирателей при использовании электронных списков избирателей на выборах депутатов представительных органов местного самоуправления в Москве 11.09. 2022 выявлено не было.

Одновременно были исключены случаи, когда избиратель не мог реализовать свое активное избирательное право вследствие ошибок в сведениях, содержащихся на Портале, либо технических сбоев при дистанционном голосовании. До получения доступа к электронному бюллетеню у избирателя сохранялось право прервать процедуру участия в ДЭГ и проголосовать на избирательном участке, и, наоборот, возможность проголосовать электронно сохранялась до момента прохождения процедуры удостоверения личности избирателя на АРМ члена УИК в помещении для голосования.

Уточнение списка избирателей средствами СПО ГИС ЭСИ позволяет обеспечить наиболее быстрое, простое и точное внесение данных об избирателе, избежать повторов, неточностей в сведениях об избирателях, которые зачастую являются предметом конфликтов и возмущения с их стороны. Пункт 19 ст. 17 ФЗ №67 позволяет после официального опубликования результатов выборов использовать информацию об избирателях, содержащуюся в списках избирателей, для уточнения сведений об избирателях в регистре избирателей.

Сведения, содержащиеся в списках избирателей по окончании голосования на выборах, целесообразно использовать для актуализации информации об избирателях, содержащейся в подсистеме Регистр избирателей, участников референдума ГАС «Выборы». К перспективному направлению развития цифровых избирательных технологий можно отнести обеспечение возможности взаимодействия и интеграции обеих систем в целях актуализации сведений об избирателях в Регистре избирателей на основе списков избирателей, уточненных по итогам голосования.

Случаи неоднократного голосования избирателей имели место в электронной практике и ранее, до использования ДЭГ. Связаны они были с ре-

ализацией еще одной дополнительной формы голосования — голосования вне помещения для голосования (на дому). Такая форма голосования реализуется по сей день и воспользоваться ею могут те, которые по какой-либо уважительной причине (болезнь, инвалидность, домашний арест и др.) не могут сами прийти на избирательный участок. В этом случае по заявке, поданной в избирательную комиссию, члены комиссии организуют голосование в месте, где находится избиратель.

Алгоритм работы электронного списка предусматривает страховку от ошибок членов участковых комиссий, блокируя тем самым потенциальные возможности злоупотребления как избирателем, так и членами комиссии. Реестр заявлений (устных обращений) о голосовании вне помещения для голосования (далее — Реестр) участковая комиссия составляет в электронном виде, используя СПО ГИС ЭСИ. При внесении в Реестр данных об избирателе, заявившем о своем желании проголосовать вне помещения для голосования, у избирателя в списке избирателей средствами СПО ГИС ЭСИ делается отметка «Заявка включена в Реестр заявлений (устных обращений) о голосовании вне помещения».

Непосредственно перед выездом (выходом) членов УИК для проведения голосования вне помещения для голосования к соответствующему избирателю формируется выписка из Реестра, в которую включаются избиратели, к которым направляются члены участковой комиссии для организации голосования вне помещения для голосования. У избирателей, включенных в выписку из Реестра, средствами СПО ГИС ЭСИ в списке избирателей делается соответствующая отметка, при этом возможность принять участие в дистанционном электронном голосовании (при наличии), а также в помещении для голосования блокируется.

По правилам голосования вне помещения для голосования избиратель не может получить избирательный бюллетень в помещении для голосования, если к нему выдвинулись члены комиссии. Если избиратель явился на избирательный участок до возвращения членов комиссии, избирательный бюллетень ему не выдается до их прихода и удостоверения факта, что такой избиратель не проголосовал на дому.

Использование электронного списка избирателей и процедура внесения в него сведений о избирателях, голосующих вне помещения для голосования, предусматривает процедуру блокировки как ДЭГ, так и голосования на избирательном участке в случае распечатывания выписки из Реестра, в которую включен избиратель. Такое регулирование и, как следствие, реализация функционала на АРМ как члена участковой комиссии, так и председателя участковой комиссии, не позволяет выдать бюллетень избирателю, чьи данные включены в выписку из реестра голосующих вне помещения для голосования.

При этом если избиратель, к которому направлены члены участковой комиссии, внесенный в выписку из Реестра, не проголосовал вне помещения для голосования, члены участковой комиссии, проводившие голосование вне помещения для голосования и направленные к такому избирателю, составляют акт, в котором указывают причину, по которой не было обеспечено голосование вне помещения для голосования. На основании указанного акта председатель или секретарь участковой комиссии на АРМ председателя вносит в Реестр сведения, что избиратель не проголосовал вне помещения для голосования. Возможность принять участие в ДЭГ, а также в помещении для голосования разблокируется²⁹.

Строгая регламентация и автоматизация процедур при обеспечении голосования вне помещения для голосования не допускает неоднократного голосования избирателей, которые были возможны при проставлении отметок в списке избирателей членами избирательных комиссий вручную, что показала реализация ЭСИ на выборах 11.09. 2022 в Москве.

Заключение

Применение электронного списка избирателей на выборах депутатов представительных органов местного самоуправления в Москве в 2022 году показало его востребованность, своевременность и эффективность, создало максимально комфортные избирателю условия реализации им активного избирательного права, расширив возможности выбора удобного именно ему способа голосования, и исключило возможность принуждения к тому или иному способу голосования. Внедрение электронного списка избирателей разгрузило членов участковых избирательных комиссий, позволив им сконцентрировать внимание и усилия на выполнении иных обязанностей. Наконец, электронный список избирателей полностью решил проблему необоснованного лишения активного избирательного права вследствие технических и иных ошибок, а также проблему злоупотребления гражданами активным избирательным правом и нарушения конституционного принципа равного избирательного права.

В то же время применение СПО ГИС ЭСИ на муниципальных выборах в Москве 11.09.2022 создало предпосылки дальнейшего совершенствования работы с электронным списком избирателей, в том числе процедуры дополнительного включения избирателя в список избирателей, расширение функ-

²⁹ Решение Московской городской избирательной комиссии от 11.08. 2022 № 21/4 «О Порядке составления, уточнения и использования списков избирателей на выборах депутатов представительных органов местного самоуправления в городе Москве, назначенных на 11.09. 2022.

ционала АРМ члена участковой избирательной комиссии по проведению голосования вне помещения для голосования, обработки данных, выявленных в ходе процедуры ознакомления со списком избирателей и его уточнения.

Доработка механизма дополнительного включения избирателей в список избирателей посредством СПО ГИС ЭСИ может быть усовершенствована путем исключения процедуры собственноручного подписания заявления о включении в список избирателей и внедрением процедуры проставления избирателем электронной графической подписи в электронном списке избирателей в связи с фактом внесения соответствующих сведений об избирателях с электронный список избирателей дополнительно.

Электронный список избирателей стал адекватным ответом законодателя на первоначальные недостатки избирательного законодательства Российской Федерации в условиях стремительной трансформации избирательной системы в связи с внедрением цифровых электронных технологий и дистанционного электронного голосования. Эксперимент с применением электронных списков взамен ранее использовавшихся списков избирателей на бумажном носителе можно признать состоявшимся, однако теперь законодателю надлежит внимательным образом подойти к имплементации московского опыта правового регулирования на федеральный уровень при принятии решения о расширении применения электронных списков избирательней на региональных и федеральных выборах.



Список источников

1. Алексеев Р.А. Избирательная система, избирательный процесс и технологии. М.: Московский государственный областной университет, 2020. 136 с.
2. Арановский К.В., Князев С.Д. Правление права и правовое государство в соотношении знаков и значений. М.: Проспект, 2016. 208 с.
3. Бандикян М.Д. Реализация активного избирательного права отдельными категориями граждан. М.: Проспект, 2021. 160 с.
4. Вешняков А.А. (отв. ред.) Научно-практический комментарий к Федеральному закону «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации». М.: Норма, 2003. 896 с.
5. Виноградов В.А. (ред.) Конституционное право России. М.: Эксмо, 2022. 752 с.
6. Игнатенко В.В. Юридическая ответственность и избирательный процесс. М.: Российский центр обучения избирательным технологиям, 2002. 165 с.
7. Иналкаева К.С. Актуальные проблемы избирательного права Российской Федерации. Саратов: Вузовское образование, 2020. 184 с.
8. Кошель А.С. Некоторые вопросы развития порядка формирования Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации, региональных и муниципальных парламентов на современном этапе // Вестник Тюменского университета. 2018. Т. 4. № 1. С. 159–171.

9. Лейба А.А. Правовое регулирование дистанционного электронного голосования в РФ // Гражданин и право. 2021. № 1. С. 16–25.
10. Лопатин А.И. Цифровизация избирательных действий и процедур в России: вопросы права // Журнал российского права. 2022. № 5. С. 43–55.
11. Попадейкин В.В. (ред.) Проблемы избирательного процесса. М.: Эдитус, 2021. 264 с.
12. Реут Д.А. Информирование избирателей как гарантия реализации активного избирательного права граждан в Российской Федерации. М.: Проспект, 2018. 160 с.
13. Реут Д.А. Цифровая демократия сегодня // Избирательное законодательство и практика. 2020. № 3. С. 10–14.
14. Родионова М.Е. (ред.) Электоральные процессы в России и Европе: новые практики, институты и технологии. М.: КноРус, 2018. 344 с.
15. Синцов Г.В. Конституционные гарантии активного избирательного права в Российской Федерации // Гражданин и право. 2016. № 3. С. 92–95.
16. Тихомиров М.Ю. (ред.) Юридическая энциклопедия. М.: Юринформцентр, 1997. 525 с.
17. Трыканова С.А. Цифровые технологии в избирательном процессе. М.: Знание-М, 2021. 70 с.
18. Турищева Н.Ю. Активное избирательное право: развитие форм реализации // Журнал российского права. 2021. № 6. С. 37–47.
19. Филатова А.О. Обеспечение реализации принципов гласности и открытости в условиях перехода на всеобщее электронное голосование // Образование и право. 2021. № 5. С. 215–220.
20. Фомин А.А. Международные избирательные стандарты и их реализация в законодательстве Российской Федерации // Представительная власть — XXI век: законодательство, комментарии, проблемы. 2004. № 4 (58). С. 21–24.
21. Чистобородов И.Г. Государственное управление избирательным процессом в Российской Федерации. Опыт комплексного исследования. М.: Юнити-Дана, 2016. 176 с.



References

1. Alekseev R.A. (2020) *Electoral system, electoral process and technologies*. Moscow: MGOU, 136 p. (in Russ.)
2. Aranovskiy K.V., Knyazev S.D. (2016) *Rule of law in correlation of sighs and meanings*. Moscow: Prospekt, 208 p. (in Russ.)
3. Bandikyan M.D. (2021) *Realizing suffrage by categories of citizens*. Moscow: Prospekt, 160 p. (in Russ.)
4. Chistoborodov I.G. (2016) *Regulation of electoral process in the Russian Federation*. Moscow: Yuniti-Dana, 176 p. (in Russ.)
5. Filatova A.O. (2021) *Publicity, openness and change for universal e-vote*. *Obrazovanie i pravo*=Education and Law, no. 5, pp. 215–220 (in Russ.)
6. Fomin A.A. (2004) *International electoral standards and the Russian federal legislation*. *Predstavitel'naya vlast': XXI vek*=Legislative Power: 21th Age, no. 4, pp. 21–24 (in Russ.)
7. Ignatenko V.V. (2002) *Liability and electoral process*. Moscow: Center of Electoral Technologies, 165 p. (in Russ.)

8. Inalkaeva K.S. (2020) Issues of Russian electoral law. Saratov: University, 184 p. (in Russ.)
9. Koshel' A.S. (2018) Modern issues of forming State Duma, regional and municipal parliaments in Russia. *Vestnik Tyumenskogo gosudarstvennogo universiteta*=Bulletin of Tyumen University, no. 1, pp. 159–171 (in Russ.)
10. Leiba A.A. (2021) Regulation of distance e-vote in Russia. *Grazhdanin i pravo*=Citizen and Law, no. 1, pp. 16–25 (in Russ.)
11. Lopatin A.I. (2022) Digitalization of electoral process in Russia: legal aspects. *Zhurnal Rossiyskogo prava*=Journal of Russian Law, no. 5, pp. 43–55 (in Russ.)
12. Popadeikin V.V. et al. (2021) Issues of electoral process. Moscow: Editus, 264 p. (in Russ.)
13. Reut D.A. (2018) Information as guarantee of suffrage in Russian Federation. Moscow: Prospekt, 160 p. (in Russ.)
14. Reut D.A. (2020) Digital democracy today. *Izбирatel'noe zakonodatel'stvo i praktika*=Electoral Legislation and Practice, no. 3, pp. 10–14 (in Russ.)
15. Rodionova M.E. et al. (2018) *Electoral process in Russia and Europe: new practice, institutions and technologies*. Moscow: KnoRus, 344 pp. (in Russ.)
16. Sintcov G.V. (2016) Constitutional guarantees of suffrage in the Russian Federation. *Grazhdanin i pravo*=Citizen and Law, no. 3, pp. 92–95 (in Russ.)
17. Tihomirov M.Yu. et al. (1997) Juridical encyclopedia. Moscow: Jurinformcentre, 525 p. (in Russ.)
18. Trykanova S.A., Kuleshova N.N. (2021) Digital technologies in electoral process. Moscow: Znanye, 70 p. (in Russ.)
19. Turishcheva N. Yu. (2021) Active suffrage: development of forms realization. *Zhurnal Rossiyskogo prava*=Journal of Russian Law, no. 6, pp. 37–47 (in Russ.)
20. Veshnyakov A.A. et al. (2003) Commentary to Federal Law On guarantees of civil rights in referendums in Russia. Moscow: Norma, 896 p. (in Russ.)
21. Vinogradov V.A. (2022) The Russian constitutional law: textbook. Moscow: Eksmo, 752 p. (in Russ.)

Информация об авторе:

А.О. Гаджиева — доцент.

Information about the author:

A.O. Gadzhieva — Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 23.11.2022; одобрена после рецензирования 09.12.2022; принята к публикации 09.12.2022.

The article was submitted 23.11.2022; approved after reviewing 09.12.2022; accepted for publication 09.12.2022.

Научная статья

УДК 340.11

DOI: 10.17323/2072-8166.2022.5.66.90

Расширение границ антимонопольной ответственности в российском и европейском праве: эффективное регулирование рынка или создание правовой неопределенности?



Александр Сергеевич Корниенко

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»,
101000 Россия, Москва, Мясницкая ул., 20, akornienko@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0002-0759-2921>.



Аннотация

На сегодняшний день тенденции развития антимонопольного законодательства таковы, что отрасль формируется не только в рамках национального правового режима государств, она выстраивается и посредством имплементации международно-правовых институтов во внутреннее законодательство государства. В этом контексте и российский правопорядок делает соответствующие попытки адаптации некоторых институтов европейского права, в частности, по вопросам вменения ответственности за нарушения запретов картелей. В статье автором предпринята попытка оценки наиболее яркого тренда антимонопольного регулирования — перспективы внедрения в российский правопорядок института антимонопольной ответственности применительно к корпоративной группе (через призму анализа антимонопольного законодательства стран Европейского союза). Особое внимание автор уделяет основаниям вменения ответственности юридическому лицу за нарушение антимонопольного законодательства, совершенное другим юридическим лицом в рамках одной и той же корпоративной группы. Отдельное внимание уделено корпоративным структурам конгломеративного типа в контексте применимости ст. 101 Договора о функционировании Европейского союза к данным группам компаний. В недавнем решении по делу *Sumal* Европейский суд постановил, что пострадавшие от действий картеля стороны

вправе при определенных обстоятельствах подать иск о возмещении ущерба против дочерней компании, если виновной в этом нарушении признана материнская компания. В то время как некоторые авторы утверждают, что суд фактически переопределил концепцию хозяйствующего субъекта, автор обращается к прецедентному праву Европейского суда справедливости и доказывает наличие аналогичной практики вменения ответственности в российском правовом порядке. В статье делаются выводы относительно противоречия между целями антимонопольной регуляторной политики и общими принципами ограниченной корпоративной ответственности. Автор подчеркивает, что применение формального подхода, при котором реальные нарушители картельных запретов могут ссылаться на ограниченность своей ответственности, при этом экономически или управленчески контролируя поведение других хозяйствующих субъектов внутри группы, недопустимо в условиях доминирования транснациональных и цифровых корпораций.



Ключевые слова

антимонопольная ответственность, Европейский суд, дело Sumal, частное истребование, материнская ответственность, субсидиарная ответственность, сестринская ответственность.

Благодарности: статья подготовлена с использованием материалов информационно-справочной системы «Консультант Плюс». Автор выражает признательность Ренату Егоровичу Сигунову за помощь при проведении данного исследования.

Для цитирования: Корниенко А.С. Расширение границ антимонопольной ответственности в российском и европейском праве: эффективное регулирование рынка или создание правовой неопределенности? // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 5. С. 66–90. DOI: 10.17323/2072-8166.2022.5.66.90

Research article

Expanding Boundaries of Antimonopoly Liability in Russian and European Law: Effective Market Regulation or Creating Legal Uncertainty?



Aleksandr S. Kornienko

National Research University Higher School of Economics, 20 Myasnitckaya Str., Moscow 101000, Russia, akornienko@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0002-0759-2921>.



Abstract

Today, the trends in the development of antimonopoly legislation are such that the industry is formed not only within the framework of the national legal regime of states, it is also built through the implementation of existing international legal institutions into the domestic legislation of a particular state. In this context, the Russian legal order is also making appropriate attempts to

adapt some of the institutions of European law, in particular on the issues of imputing liability for violations of cartel prohibitions. In the presented article, the author made an attempt to assess the most striking trend in antimonopoly regulation — the prospects for introducing the institution of antimonopoly liability in relation to a corporate group into the Russian legal order (through the prism of analyzing the antimonopoly legislation of the countries of the European Union). The author pays special attention to the grounds for imputing liability to a legal entity for violation of antitrust laws committed by another legal entity within the same corporate group. Special attention is paid to corporate structures of the conglomerate type in the context of the applicability of Art. 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to these groups of companies. In a recent judgment in the *Sumal case*, the European Court of Justice ruled that the injured parties of a cartel could, under certain circumstances, bring a claim for damages against a subsidiary when the parent company was found guilty of this violation. While some authors argue that the court actually redefined the concept of an economic entity, the author refers to the case law of the European Court of Justice and proves the existence of a similar practice of imputing liability in the Russian legal order. The article draws conclusions regarding the contradiction between objectives of antimonopoly regulatory policy and the general principles of limited corporate liability. Also, the author emphasizes that the use of a formal approach, in which real violators of cartel prohibitions can refer to the limitations of their responsibility, while economically or administratively controlling the behavior of other economic entities within the group, is unacceptable in the conditions of the dominance of transnational and digital corporations.

Keywords

antitrust liability; European Court of Justice; Sumal case; private litigation; parent liability; subsidiary liability; sister liability.

Acknowledgments: the article was prepared using materials of information and reference system Consultant Plus. The author expresses special gratitude to Renat Egorovich Sigunov for his assistance in conducting this study.

For citation: Kornienko A.S. (2022) Expanding Boundaries of Antimonopoly Liability in Russian and European Law: Effective Market Regulation or Creating Legal Uncertainty? *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol.15, no. 5, pp. 66–90 (in Russ.) DOI: 10.17323/2072-8166.2022.5.66.90

Введение

На сегодняшний день одним из трендов антимонопольного регулирования является ужесточение антимонопольной ответственности. Тенденция к сокращению числа антимонопольных иммунитетов и правил, исключаящих ответственность, прослеживается как в России, так и на территории иностранных юрисдикций. В частности, данный подход последовательно применяется Европейской комиссией (далее — Еврокомиссия)¹, целью которой

¹ Еврокомиссия — высший орган исполнительной власти Европейского союза, состоящий из 28 членов, по одному от каждого государства. Комиссия играет главную роль в повседневной деятельности ЕС, направленной на выполнение основополагающих договоров,

является сохранение эффективной конкуренции путем устранения потенциально антиконкурентной практики и обеспечения быстрого выхода на рынок². В частности, Закон о цифровых рынках (Digital Markets Law)³, вступивший в силу 01.11.2022, обязывает компании «привратников» (gatekeepers)⁴ не препятствовать более мелким конкурентам.

Закон о цифровых рынках может принуждать WhatsApp принимать сообщения конкурирующих мессенджеров, таких как Signal или Telegram, или помешать Amazon, Apple и Google отдавать предпочтение собственным приложениям и сервисам при использовании продуктов. В свою очередь Правительство Российской Федерации внесло в июле 2022 года в Государственную Думу проект «Пятого антимонопольного пакета»⁵, который распространяет запрет на злоупотребление доминирующим положением на маркетплейсы и агрегаторы, если они оказывают существенное влияние на смежные рынки и если их выручка за последний календарный год превышает 2 млрд. руб.⁶

Несмотря на частичную гармонизацию подходов и ужесточение ответственности для больших цифровых компаний, российская регуляторная политика сохраняет сдержанный подход к расширению границ ответственности для классических рынков. Это не мешает российскому законодателю частично заимствовать некоторые правовые механизмы европейского антимонопольного права, но с поправкой на прямые законодательные ограничения и практику применения.

в том числе выступает с законодательными инициативами, а после утверждения контролирует их претворение в жизнь. Обладает значительными правами в различных областях политики, в том числе аграрной, торговой, конкурентной, транспортной, региональной и т.д.

² Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003: Achievements and Future Perspectives, para 21. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2014:453:FIN> (дата обращения: 10.11.2022)

³ Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act). Available at: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/1925> (дата обращения: 10.11.2022)

⁴ Под термином «привратники» (gatekeepers) здесь и далее следует понимать компании, которые существенным образом влияют на барьеры входа на рынок.

⁵ Также законопроект устанавливает критерий для согласования в Федеральной антимонопольной службой РФ (ФАС) сделок с цифровыми платформами — стоимость сделки более 7 млрд. руб. — и признает использование цифровых алгоритмов при создании картеля отягчающим обстоятельством. Принятие «Пятого антимонопольного пакета» повысит эффективность мер антимонопольного контроля в условиях современных рынков и обеспечит защиту потребителей от злоупотреблений рыночной властью со стороны цифровых монополий.

⁶ Available at: URL: <https://fas.gov.ru/news/32043?ysclid=la9jy2pqgl618930915> (дата обращения: 10.11.2022)

В 2021 году состоялся «антимонопольный» Пленум Верховного Суда Российской Федерации (далее — ВС РФ)⁷, разъяснивший применение судами антимонопольного законодательства⁸. Наряду с другими вопросами Суд впервые охватил проблему немногочисленной и неконсистентной практики привлечения группы лиц к антимонопольной ответственности. В п. 7 Суд дал толкование ч. 2 ст. 9 Федерального закона «О защите конкуренции» (далее — ФЗ «О защите конкуренции»)⁹, дословно повторив подход, десятилетиями применяемый Еврокомиссией и Европейским судом (European Court of Justice)¹⁰. Группа лиц в целях антимонопольного законодательства рассматривается как один участник рынка, который действует в общем экономическом интересе и контролирует поведение своих членов. ВС РФ также установил возможность опровергнуть контроль внутри группы лиц, если будет доказана возможность компании автономно действовать на рынке, разработанную Европейским судом в решении по делу *Akzo*¹¹.

На уровне ЕС антимонопольная ответственность компании, входящая в состав «хозяйствующего субъекта»¹², если эта группа компаний формирует «единый экономический субъект», может быть ответчиком по частным искам, если их антиконкурентное поведение повлекло убытки третьих лиц в

⁷ Постановление ВС РФ касается правил применения антимонопольного законодательства. Суд разъяснил, по каким критериям выявлять монополистов и картельные сговоры, растолковал правила обжалования предупреждений и предписаний ФАС и разрешил жаловаться на антиконкурентные действия контрагента в любой момент — как до заключения договора, так и после. Available at: URL: <https://fas.gov.ru/publications/22851> (дата обращения: 10.11.2022)

⁸ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 04.03.2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства». Available at: URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_378656/ (дата обращения: 10.11.2022)

⁹ Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции». Available at: URL: https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_61763/?ysclid=198tbbic5h888657907 (дата обращения: 10.11.2022)

¹⁰ Европейский суд, зачастую именуемый также Судом правосудия Европейских сообществ или Судом, выступает основным носителем судебной власти в ЕС. Европейский суд отличается прежде всего тем, что он действует на основе принципов и процедур континентального права. Данный Суд — орган скорее инквизиционного, нежели состязательного правосудия.

¹¹ Case C-97/08 P *Akzo Nobel NV v Commission* EU:C: 2009:536, para 57.

¹² Термин «хозяйствующий субъект» (*undertaking*) упоминается в ст. 101 и 102 Договора о функционировании ЕС как субъект, на который направлен запрет антиконкурентного поведения. Наиболее корректно на русский язык термин переводится как «хозяйствующий субъект», поскольку отражает функциональную, а не правовую природу понятия. Термин хозяйствующий субъект упоминается в том же значении ответчика по антимонопольным делами в ст. 4 ФЗ «О защите конкуренции». Однако объем терминов, а также их правовой статус не совпадают. Treaty on the Functioning of the European Union of 09.05.2008 // ABL. EU № C 115/47. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=OJ:C:2008:115:TOC> (дата обращения: 10.11.2022)

результате картелизированных цен. ВС РФ не делает этого шага и называет данный институт ответственности в качестве легитимного основания для частного иска. ВС РФ лишь подчеркивает невозможность применения норм о запрете картеля к соглашениям внутри корпоративной группы, ссылаясь на законодательный запрет ч. 7 ст. 11 ФЗ «О защите конкуренции».

В российском конкурентном законодательстве предусмотрено право на частный иск¹³. Хотя частное разбирательство, как правило, возможно по всем видам антимонопольных дел, судебная практика в основном сосредоточена на злоупотреблении доминирующим положением и недобросовестной конкуренции, а не на картелях [Boulba M., Potarova K., 2022: 234]. Ныне прослеживается тенденция к изменению ситуации. В частности, Президиум Федеральной антимонопольной службы (далее — ФАС) выпустил соответствующее разъяснение по доказыванию и расчету ущерба от нарушений антимонопольного законодательства, которое проливает свет на некоторые аспекты частного судопроизводства. В разъяснении приведены обстоятельства, влекущие ущерб, причиненный в результате нарушения ФЗ «О защите конкуренции».

В этом контексте задача данного исследования заключается в анализе двух методов антимонопольного регулирования. Если логика европейского регулятора исходит из эффективности рыночного регулирования, то в российском праве пределы интервенции государственного органа существенно различаются. Вопрос: усиливать ли регулирование или смягчать его? В настоящей статье особое внимание уделено именно анализу практики привлечения к антимонопольной ответственности членов корпоративной группы согласно европейскому подходу. Рассматриваемый европейский подход позволяет систематизировать актуальную практику вменения ответственности с учетом обновленного подхода, разработанного Европейским судом в решении по делу *Sumal*¹⁴. Указанное решение Суда позволяет оценить плюсы и минусы имплементации данного подхода в российское законодательство.

1. Общие основания ответственности

Антимонопольные нарушения, в которых участвует корпоративная группа — особый предмет исследования в странах ЕС по двум причинам: во-первых, при рассмотрении данной категории дел общие принципы огра-

¹³ В соответствии с п. 3 ст. 37 ФЗ о конкуренции, частный иск может быть подан в суд любым лицом, чьи права и интересы нарушены в результате антимонопольного нарушения. В частности, могут быть взысканы расходы на возмещение реального ущерба и упущенная выгода.

¹⁴ Case C-882/19 Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 October 2021 *Sumal, S.L. v Mercedes Benz Trucks España, S.L.* Available at: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?lgrec=fr&td=%3BALL&language=en&num=C-882/19&jur=C> (дата обращения: 10.11.2022)

ниченной ответственности в ее традиционном понимании европейского гражданского законодательства не применяется, что порождает вопросы о целесообразности такой ответственности; во-вторых, истребование убытков в частных исках сталкивается с юрисдикционной проблемой в части применимости концепции «хозяйствующего субъекта» в гражданских исках государств-членов ЕС [Freund B., 2021: 731, 732].

Обе эти проблемы были рассмотрены Еврокомиссией и Европейским судом в нескольких основополагающих делах по вопросам применения ответственности к членам корпоративных групп. Если вторая проблема была разрешена Судом в деле *Skanska*¹⁵ и не является предметом исследования, то вопрос оснований и природы ответственности участников корпоративной группы стал еще более актуальным в связи с уточненным подходом, примененным Судом в деле *Sumal* в конце 2021 г.

Прежде рассмотрения проблемы необходимо остановиться на общих принципах ответственности в сфере антимонопольного законодательства. Общие основания ответственности едины как для российского законодательства, так и для государств-членов ЕС. В большинстве государств ЕС юридические лица, как правило, несут ответственность непосредственно только за свое поведение [Wieser R., 2016: 112]. Это отражает фундаментальный принцип ограниченной ответственности в корпоративном праве, согласно которому заинтересованные стороны не несут ответственности в размере, превышающем сумму их вложений в компанию. Ввиду указанного подхода иные лица, помимо юридического лица (например, акционеры), обычно не несут риска гражданской ответственности за вред, причиненный в результате нарушений, совершенных соответствующим лицом [Klotz M., 2016: 21].

В контексте группы компаний это означает, что компания по долгам другой компании не отвечает, даже если они принадлежат к одной и той же корпоративной группе. В частности, материнская компания обычно не отвечает за долги одной из своих дочерних компаний, входящих в структуру материнской компании. Также дочерняя компания не несет ответственности за долги другого звена группы компании. Тем не менее в некоторых ситуациях, обычно являющихся исключением, должники дочерней компании могут претендовать на активы другой компании группы и тем самым «прорвать корпоративную вуаль» [Frank C., Fischel D., 1985: 87, 109]. В этих случаях деятельность одних компаний внутри корпоративной группы может влечь ответственность других.

Остается добавить, что именно по этой причине российский законодатель не признает ответственности дочерней компании за нарушения материнской и наоборот и не содержит специальных норм о такой ответственности внутри группы. В странах ЕС принцип ограниченной ответственности

¹⁵ Case C724/17 *Vantaan kaupunki v Skanska Industrial Solutions Oy* EU:C:2019:204, para 28–37.

был решен с помощью концепции хозяйствующего субъекта, о которой стоит поговорить подробнее, и сравнить правовые порядки на предмет того, кто является нарушителем антимонопольных норм и несет за это наказание.

2. Специальные основания ответственности в антимонопольном праве

Субъект антимонопольной ответственности отличается от субъекта гражданско-правовой ответственности особыми публичными основаниями, что позволяет регуляторам наказывать реального нарушителя вне зависимости от его юридического статуса. Поэтому ответчиком по антимонопольным делам как в России, так и в странах ЕС может быть как коммерческое/некоммерческое, так и физическое лицо. Также в обеих системах права предусмотрен институт частных исков в отношении «хозяйствующих субъектов». Однако нельзя назвать правовые подходы к указанному вопросу симметричными: границы хозяйствующего субъекта определяются в законодательстве и практике по-разному.

В ЕС ответчик по антимонопольным делам охватывается концепцией хозяйствующего субъекта. Еврокомиссия не раз подтверждала, в том числе в новейшей практике, что хозяйствующий субъект является главным элементом конкурентного права как для публичного, так и для частного порядка истребования ущерба в связи с нарушением положений о конкуренции [Freund B., 2021: 732]. Законодательство не содержит определения термина [Vogel L., 2018: 55], его природу определяет прецедентное право Европейского суда и практика Еврокомиссии. Понятие хозяйствующего субъекта разрабатывалось Судом в ряде основополагающих дел¹⁶. Например, в решении по делу *Hofner* Суд определил данное понятие как «состоящее из единой организации личностных, материальных и нематериальных составляющих, которые преследуют конкретную экономическую цель на долгосрочной основе»¹⁷.

Комиссия установила функциональный подход, при котором «хозяйствующий субъект» понимается не через призму правового статуса, а через характер экономической деятельности. В одном из дел суть данного подхода сформулирована следующим образом: «Понятие хозяйствующего субъекта охватывает любую структуру, занимающуюся экономической деятельностью, независимо от ее правового статуса и способа ее финансирования»¹⁸. При этом экономическая активность понимается как любая деятельность, заключаю-

¹⁶ Available at: <https://chillingcompetition.com/2021/10/07/of-undertakings-legal-entities-and-groups-of-companies-the-cjeus-judgment-in-sumal-c-882-19> (дата обращения: 10.11.2022)

¹⁷ См.: Case C-41/90, *Höfner and Elser v. Microtron* [1991] ECR I-1979.

¹⁸ См.: Case C-724/17 *Vantaan kaupunki v Skanska Industrial Solutions* EU: C: 2019: 204, para 36.

щаяся в предложении товаров или услуг¹⁹ (не преследуется мотив получения прибыли или экономическая цель). Юридический статус также не может быть основанием освобождения от ответственности. Квазигосударственные органы или общественные организации могут формировать хозяйствующий субъект. Например, Федеральная служба занятости Германии²⁰ была признана таковым, поскольку закон распространил на данный орган монополию на деятельность, что не отвечает общественным интересам и означает нарушение по смыслу нормы²¹, запрещающей злоупотребление доминирующим положением.

Исключенными из сферы применения концепции являются организации, деятельность которых связана с осуществлением полномочий государственного органа, а сами организации имеют полицейскую функцию (или публичную власть как в деле Евроконтроля²²). Также исключены коллективные договоры с профсоюзами (защита коллективных переговоров как часть «социального союза»), управление государственной системой социального обеспечения (например, больницами), основанной на принципе солидарности (дело *Poucet*²³), включая закупочную деятельность (дело *Fenin*²⁴).

Таким образом, природа данного понятия является экономической, а не юридической, концепция хозяйствующего субъекта не обязательно соответствует ни естественной, ни юридической правосубъектности [Alison J., 2012: 320]. Возможность определения границ хозяйствующего субъекта путем прецедентов позволяет Еврокомиссии регулировать европейский рынок, определяя границы ответственности [Sauter W., Schepel H., 2009: 77]. Европейский суд подчеркивал важность сдерживания в нескольких основополагающих делах²⁵. Такой подход способствует предотвращению ухода компаний от антимонопольной ответственности при реструктуризации, продаже

¹⁹ Case C-222/04 Ministero dell'Economia e delle Finanze. Cassa di Risparmio di Firenze SpA and Others. Available at: URL: <https://inlnk.ru/kX62o7> (дата обращения: 10.11.2022)

²⁰ Case C-41/90. Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 23 April 1991. — Klaus Höfner and Fritz Elser v Macrotron GmbH. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61990CJ0041&from=EN> (дата обращения: 10.11.2022)

²¹ См.: ст. 102 Договора о функционировании ЕС.

²² Case C-364/92 SAT Fluggesellschaft mbH v Eurocontrol EU:C: 1994:7.

²³ Cases C-159-160/91 Poucet and Pistre v Assurances Générales de France EU:C: 1992:358, Opinion of AG Tesouro, para 12.

²⁴ Case C-205/03 P Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) v Commission EU: C: 2005: 666, Opinion of AG Maduro, para 10.

²⁵ О цели сдерживания в отношении государственного принуждения см.: Case C-247/11 P Areva v Commission EU: C: 2014: 257, para 132; Case C-231/ 11 P Siemens v Commission EU: C: 2014: 256, para 59; Case C-823/18 P Commission v GEA Group EU: C: 2020: 955 para 69; Case C-832/18 P Commission v GEA Group EU: C: 2020: 426, Opinion of AG Pitruzzella, para 44; Case T-109/02 Bolloré v Commission EU: T: 2007: 115, para 526; Case T-15/02 BASF v Commission EU: T: 2006: 74, para 226.

или других структурных или легальных изменениях. В частности, в деле *Skanska* и других аналогичных делах применяется принцип экономического следования²⁶, который позволяет перенести ответственность на подлинных нарушителей антимонопольного законодательства независимо от изменений в правовой структуре компаний.

В России нормы антимонопольного законодательства распространяются на широкий круг лиц²⁷, однако не все они охватываются понятием «хозяйствующего субъекта» и несут ответственность [Алексеева Е.А., 2020: 67]. По ст. 4 ФЗ «О защите конкуренции» «хозяйствующим субъектом» признается коммерческая организация, некоммерческая организация, осуществляющая деятельность, приносящую ей доход, индивидуальный предприниматель, иное физическое лицо, не зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя, но осуществляющее профессиональную деятельность, приносящую доход. Определение проливает свет на разницу в подходах к определению ответственных лиц по антимонопольному законодательству в Европе и России.

Во-первых, цель или мотив получения прибыли не является обязательным условием классификации лиц в качестве «хозяйствующего субъекта», в то время как в России понятие хозяйствующего субъекта приближено к статусу субъекта предпринимательской деятельности [Семеусов В.А., Кулиш А.В., 2008: 117, 118].

Во-вторых, согласно встречающемуся в судебной практике²⁸ подходу, хозяйствующим субъектом могут быть лишь организации, созданные по российскому праву. Следствие этой позиции — вывод, что иностранные юридические лица не являются хозяйствующими субъектами в смысле ст. 4 ФЗ о конкуренции, что до недавнего времени было препятствием для наложения штрафов [Егорова М.А., 2018: 90, 91]. Данная позиция была опровергнута ФАС и подтверждается последующей практикой. В свою очередь «хозяйствующий субъект» не предполагает рассмотрения правового статуса организации, не ограничивая применение положений ЕС о конкуренции предприятиями, которые являются «гражданами» (nationals) любого из членов ЕС [Whelan P., 2022: 3].

²⁶ «Principle of economic succession». См.: Case C 724/17 *Vantaan kaupunki v Skanska Industrial Solutions Oy* EU: C: 2019: 204, para 28–37.

²⁷ Согласно части 1 ст. 3 ФЗ «О защите конкуренции», «в том числе российские юридические лица и иностранные юридические лица, организации, федеральные органы исполнительной власти, органы государственной власти субъектов Российской Федерации, органы местного самоуправления, иные осуществляющие функции указанных органов органы или организации, а также государственные внебюджетные фонды, Центральный банк Российской Федерации, физические лица, в том числе индивидуальные предприниматели».

²⁸ Определение Верховного Суда РФ от 25.03.2016 № 305-КГ16-1090 по делу № А40-146786/2014. Available at: URL: <https://legalacts.ru/sud/opredelenie-verkhovnogo-suda-rf-ot-04082016-po-delu-n-305-es16-1685-a40-1808682014/> (дата обращения: 10.11.2022)

В-третьих, российское законодательство исключает из понятия хозяйствующего субъекта физических лиц, не являющимися индивидуальными предпринимателями, которые не осуществляют деятельность в силу государственной регистрации, лицензии или членства в саморегулируемой организации. Таким образом, хозяйствующим субъектом могут быть признаны нотариусы и арбитражные управляющие. Однако адвокаты — исключение из сферы применения данного подхода, что отличает его от европейского.

Итак, европейский регулятор использует более широкий подход к определению границ хозяйствующего субъекта. Прежде всего применение Еврокомиссией функционального подхода позволяет обойти рамки юридической концепции ответственности ради достижения целей антимонопольного права в Европе — удерживать компании от участия в картелях посредством регуляторных инструментов. Последствием применения Еврокомиссией широкого подхода к субъекту ответственности является расширение границ хозяйствующего субъекта.

3. Ответственность членов корпоративной группы

Необходимо анализировать практику привлечения к антимонопольной ответственности членов корпоративной группы по европейскому подходу. Европейский подход позволяет систематизировать практику вменения ответственности с учетом обновленного подхода, разработанного Европейским судом в решении по делу *Sumal*. Указанное решение Суда позволяет оценить плюсы и минусы имплементации данного подхода в российское законодательство.

3.1. Ответственность материнской компании

По европейскому праву материнская компания может быть привлечена к ответственности за нарушение, совершенное одной из ее дочерних компаний, при условии, что обе они являются частью одной экономической единицы и таким образом образуют «единый экономический субъект»²⁹ для целей антимонопольного законодательства³⁰. Такая экономическая единица существует,

²⁹ Данный термин может быть переведен на русский как «единый экономический субъект» или «единое предприятие». Термин означает несколько компаний, объединенных экономической целью и координирующих свое рыночное поведение.

³⁰ Case law by the EU Commission. Goal to be deterrent...Case C-155/14 P Evonik Degussa v Commission EU: C: 2016: 446, para 27; similar Case C-172/12 P EI du Pont de Nemours v Commission EU: C: 2013: 601, para 46: «[...] in competition law the term undertaking must be understood as designating an economic unit for the purposes of the subject-matter of the agreement in question [...]»; see also Case C440/11 P Commission v Stichting Administratiekantoor Portielje EU:C: 2013: 514, para 43.

когда дочерняя компания не определяет самостоятельно поведения на рынке, а в основном выполняет указания, данные ей материнской компанией.

Для поддержания терминологической стройности исследования проясним разницу между понятиями «хозяйствующий субъект» и «единый экономический субъект». Европейский суд использует в своих прецедентах оба термина в разных контекстах — иногда в качестве синонимов, иногда нет. Это создает споры об объеме понятий [Karahan I., 2020: 14]. В настоящем исследовании оба термина используются как взаимозаменяемые с оговоркой, что «хозяйствующий субъект» — более широкое понятие, так как лежит в основе европейского конкурентного права. В свою очередь «единый экономический субъект» охватывает ситуации, когда «хозяйствующий субъект» состоит из нескольких организационных единиц. Исторически понятие «хозяйствующего субъекта» появилось в законодательстве позднее и связано с модернизацией и унификацией европейского регулирования [Ghetti R., 2018: 821]. Таким образом, «хозяйствующий субъект» наследует семантические значения более раннего термина «единый экономический субъект».

Есть два варианта доказывания факта наличия единого хозяйствующего субъекта: путем презумпции контроля и в отсутствие такой презумпции. В основополагающем деле *Akzo* Суд установил критерий применения презумпции, согласно которой дочерняя компания формирует «экономическую единицу» с материнской при условии владения 100% акциями³¹ (участием). Данную презумпцию можно опровергнуть, доказав, что субсидиарная компания самостоятельно принимает решения по ведению экономической деятельности³². Если же материнская компания не владеет такой долей, Еврокомиссия должна доказать возможность и фактическое осуществление ее решающего влияния на рыночное поведение дочерней компании «на основе фактических доказательств, включая, в частности, любые управленческие полномочия»³³, чтобы привлечь материнскую компанию к ответственности за нарушение, допущенное ее дочерней компанией³⁴.

³¹ Презумпция была применена к инвестиционной компании, которая является косвенной материнской компанией, когда материнская компания владела 84–91% уставного капитала (дочерняя компания выходила на IPO, поэтому доля материнской компании постепенно уменьшалась), но контролировала все права голоса. См.: Case T419/14 *The Goldman Sachs Group v Commission* EU: T: 2018: 445, para 47–49).

³² Case C-97/08 P *Akzo Nobel NV v Commission* EU:C: 2009:536, para 65. В решении по данному кейсу подчеркивается, что головная компания должна «продемонстрировать, что они не составляют единого экономического субъекта».

³³ Case 48/69 *Imperial Chemical Industries Ltd. (ICI) v Commission* EU: C: 1972:70, para 132–135 (Dyestuffs); Case T-203/01 *Manufacture française des pneumatiques Michelin v Commission* EU: T: 2003: 250, para 290.

³⁴ Case T-314/01 *Coöperatieve Verkoop — en Productievereniging van Aardappelmeel en Derivaten Avebe v Commission* EU: T: 2006:266, para 136.

В перечень доказательств входят «все соответствующие факторы, касающиеся экономических, организационных и правовых связей, которые связывают дочернюю компанию с материнской компанией, и, следовательно, экономическую реальность»³⁵. Из этого следует, что есть два совокупных требования, которые Еврокомиссия должна доказать, прежде чем возложить ответственность на материнскую компанию: возможность контроля и фактическое осуществление контроля [Hofstetter K., Ludescher M., 2010: 55, 56].

Материнская компания может опровергнуть презумпцию, предъявив «достаточные доказательства» и показав, что дочерняя компания действовала на рынке независимо³⁶. Однако сделать это практически невозможно. Любой формы делового влияния на дочернюю компанию достаточно для установления решающего влияния. Более того, независимость дочерней компании должна быть установлена «не только на операционном, но и на финансовом уровне»³⁷, поэтому факта, что материнская компания является «неоперационной холдинговой компанией», недостаточно для опровержения презумпции.

Согласно данному подходу Суд ограничил использование презумпции финансовых холдингов, инвестирующих в дочерние компании, но не принимающих управленческих решений. Однако в ситуациях, когда родительская компания не подпадает под ограниченные случаи чистого финансового инвестора, но по каким-то объективным причинам обязана воздерживаться от управленческого контроля, как, например, в деле *Portielje*³⁸, презумпция становится фактически неопровержимой [Karahani I., 2020: 9]³⁹. Факт установления связей контроля между компаниями автоматически позволяет Еврокомиссии вынести решение о наложении штрафа на родителя без необходимости установления причастности последнего к нарушению⁴⁰. В доктрине [Kalintiri K., 2021: 737] данную презумпцию принято называть «дока-

³⁵ При этом даже если дочернее предприятие действовало против указаний материнской компании всего несколько раз, презумпция не опровергается. См.: *Joined Cases C-293-294/13 P Fresh Del Monte Produce Inc v Commission* EU: C: 2015: 416, para 96-97.

³⁶ *Akzo (C-97/08 P)* (n 191), para 61. Or in GC's words in *Akzo (T-112/05)* (n 212), para 65: материнская компания должна «продемонстрировать, что они не составляют единую экономическую единицу».

³⁷ *Case C-508/11 P Eni SpA v Commission* EU:C: 2013:289, para 64-68: быть техническим/финансовым координатором или оказывать финансовую и инвестиционную помощь достаточно, чтобы оно оказывало решающее влияние.

³⁸ *Case C-440/11 P Commission v Stichting Administratiekantor Portielje* EU: C: 2012:76, Opinion of AG Kokott, para 31-32.

³⁹ Karahani I. The Single Economic Entity Doctrine: Is There a Common Concept of Undertaking in EU Competition Law? Available at: <https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=9019824&fileId=9019827> (дата обращения: 20.08.2022)

⁴⁰ *Akzo (C-97/08 P)* (n 191), para 59; *Portielje* (n 130), Opinion of AG Kokott, para 32; judgment EU:C:2013:514, para 30, 36-46; *Case T517/09 Alstom v Commission* EU:T:2014:999, para 53.

зательством дьявола»⁴¹, поскольку она создает невозможные условия для ее опровержения.

О природе ответственности материнской компании есть разные мнения. По мнению Суда ответственность за нарушение конкуренции носит личный характер⁴². По этой логике материнская компания привлекается к ответственности, так как она «считается совершившей нарушение»⁴³. Однако поскольку нет необходимости в установлении прямого или косвенного участия, или осведомленности о нарушении, «единственное, что, похоже, решено для суда – то, что ответственность является строгой, то есть не основана на вине» [Koenig C., 2017: 281, 285]. Тем самым данный вид ответственности не подпадает под понятие персональной и дает основание некоторым авторам сравнивать материнскую ответственность с викарной, поскольку влечет ответственность без доказательства вины [Karahan I., 2020: 37]. Другие заявляют, что родительская ответственность не относится ни к личной ответственности, ни к викариальной и «определяется дополнительными соображениями» [Kalintiri K., 2021: 738].

Пытаясь прояснить этот парадокс применения, Д. Ализон пишет, что «в дополнение к тому, чтобы быть единым экономическим субъектом (для чего достаточно способности материнской компании осуществлять контроль над дочерней компанией), «фактическое осуществление» решающего влияния, по-видимому, добавляет дополнительное условие, а именно, определенную вину или ответственность материнской компании [Alison J., 2012: 320]. Вероятно, именно этот парадокс «отсутствующей вины» участника корпоративной группы стал главной проблемой применения концепции «единого экономического субъекта» в европейском праве. Спустя более чем 10 лет Европейский суд пытался гармонизировать практику в новейшем деле *Sumal* применительно к ответственности субсидиарной компании.

3.2. Ответственность субсидиарной компании

До решения по данному делу в европейском конкурентном праве доктрина «единого экономического субъекта» применялась только к материнской компании (нисходящая ответственность). Суды государств-членов формировали противоречивую практику, интерпретируя постановления Европей-

⁴¹ *Probatio diabolica* (лат.: «доказательство дьявола», «дьявольское доказательство») — юридическое требование достижения невозможного доказательства. В случаях, когда правовая система требует невозможного доказательства, средства правовой защиты заключаются в изменении бремени доказывания или предоставлении дополнительных прав человеку, столкнувшемуся с *probatio diabolica*.

⁴² Case C-49/92 P Commission v Anic Partecipazioni EU: C: 1999: 356, para 78.

⁴³ Case C50/12 P Kendrion NV v Commission EU: C: 2013:771, para 55 (emphasis added. — А.К.).

ского суда в разном ключе [Whelan P., 2022: 7]. Например, в 2019 г. Апелляционный суд Арнем-Леувардена (Нидерланды) в решении по частному иску постановил, что субсидиарная ответственность предусмотрена в соответствии с правом ЕС⁴⁴, и (как прямое следствие решения Европейского суда по делу *Skanska*) дочерняя компания может быть привлечена к ответственности за нарушение законодательства о конкуренции со стороны ее материнской компании на том основании, что они являются частью одного и того же «хозяйствующего субъекта»⁴⁵.

Однако в деле *Sumal* этот вопрос был однозначно решен. Суд впервые затронул обратную ситуацию, при которой ответственность может быть возложена на дочернюю компанию за нарушения, совершенные другим участником корпоративной группы. Основанием иска послужили следующие фактические обстоятельства. Истец заявил, что испанская компания из Барселоны приобрела в 1997–1999 гг. два грузовика Daimler у дилера в Испании по договору лизинга. Чтобы получить компенсацию за грузовики, приобретенные по картелизированным ценам, она подала иск о возмещении ущерба в Коммерческий суд Барселоны против испанского филиала Daimler AG. Daimler AG является одним из ответчиков картельного решения Европейской комиссии, но его испанская дочерняя компания — нет.

23.01.2019 Коммерческий суд Барселоны отклонил иск против испанской дочерней компании, мотивируя тем, что на нее нельзя подать в суд, поскольку решение картеля было адресовано только материнской компании. Истец обжаловал решение в Апелляционном суде Барселоны (*Audiencia Provincial*), который обратился в Европейский суд с просьбой вынести предварительное решение. По сути, направляющий суд спрашивает: может ли жертва антиконкурентной практики подать иск о возмещении ущерба либо против материнской компании, которая была наказана Еврокомиссией за эту практику в решении, либо против дочерней компании этой компании, которая не упоминается в этом решении.

Согласно строгому применению доктрины «единого экономического субъекта», субсидиарная компания должна быть привлечена к ответственности исходя из факта принадлежности к единому хозяйствующему субъекту, если контроль будет доказан. Аргументируется это тем, что выгодоприобретатель картеля должен быть удержан от антиконкурентной практики. В контексте группы компаний это означает, что прибыль от капитализированных цен на товары и услуги получает и распределяет вся группа, что свидетельствует об общих экономических интересах внутри нее. Поэтому

⁴⁴ The Court of Appeal of Leeuwarden's Latest Decision in *TenneT* (January 1, 2020). Available at: <https://ssrn.com/abstract=3512364> (дата обращения: 10.11.2022)

⁴⁵ *Alstom and others v. TenneT cs TSO BV and Saranne BV*, Judgment of the Arnhem-Leeuwarden Court of Appeal, Case No. 200.177.480, ECLI:NL: GHARL:2019:10165.

штраф следует рассчитывать из годового оборота всей группы, чтобы не позволить компаниям злоупотреблять правом и намеренно платить несущественные штрафы, продолжая вступать в антиконкурентные соглашения.

Однако в деле *Sumal* Суд отошел от классической логики и применил уточненный подход в понимании доктрины. Суд считает необходимым доказать не только то, что дочерняя компания является частью одного и того же предприятия в классическом смысле (экономические, организационные и юридические связи) [Ferro M., 2021: 3], но и то, что существовала «конкретная связь между экономической деятельностью этой дочерней компании и предметом нарушения, за которое материнская компания была признана ответственной»⁴⁶. Таким образом, необходимо доказывать определенный тип экономической деятельности, который связывает их вместе (например, все они активны на конкретном антимонопольном рынке, который представляет рынок для целей предполагаемого нарушения антимонопольного законодательства) [Whelan P., 2022: 9]. Применительно к сговору на рынке грузовиков субсидиарная компания была вовлечена в продажу тех же грузовиков, что и материнская, тем самым показывая совместность действий и целей на одном рынке. В тексте решения Суд дал довольно узкое толкование концепции конкретной связи, заявив: потерпевший должен в принципе доказать, что антиконкурентное соглашение, заключенное материнской компанией, касается продуктов, продаваемых дочерней компанией⁴⁷.

Тем самым Суд фактически добавляет категорию вины в доктрину «единого экономического субъекта». Презумпции настолько легко выполняются и практически не опровергаются (*probatio diabolica*), что тот факт, что Европейский суд осмелился признать первостепенную важность своего рода *actus reus*, кажется противоречащим его предыдущему прецедентному праву⁴⁸.

Попытаться оправдать непоследовательное решение, открывшее «ящик Пандоры» в правоприменительной практике ЕС, можно. Указанный тезис раскрывается в 47-м параграфе, где описывается парадокс: субсидиарная компания «может быть привлечена к ответственности за нарушения, совершенные в контексте деятельности, совершенно не связанной с ее собственной деятельностью и в которой она никоим образом, даже косвенно, не участвовала»⁴⁹. Кажется

⁴⁶ Case C-882/19 Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 October 2021 *Sumal, S.L. v Mercedes Benz Trucks España, S.L.* Available at: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?lgrec=fr&td=%3BALL&language=en&num=C-882/19&jur=C> (дата обращения: 10.11.2022)

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Особенно в контексте контроля за слияниями или когда ЕС переносит ответственность на холдинговую компанию посредством презумпций.

⁴⁹ Case C-882/19 Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 October 2021 *Sumal, S.L. v Mercedes Benz Trucks España, S.L.* Available at: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?lgrec=fr&td=%3BALL&language=en&num=C-882/19&jur=C> (дата обращения: 10.11.2022)

логичным, что дочерняя компания, продающая одеяла и подушки, не должна нести ответственности за картеля своего материнского конгломерата на рынке овощей [Ferro M., 2021: 6]. Но если она оказывает услуги по управлению поставками овощной продукции? Что если она продает схожую продукцию или товары-комплименты, но не те, о которых идет речь в рамках картеля?

На деле *Sumal* приводит к абсурдной ситуации, поскольку задает разные критерии для нисходящей и восходящей ответственности применительно к «единому экономическому субъекту». Такое толкование доктрины, предложенное Судом, перемещает юридические лица внутрь и за пределы хозяйствующего субъекта в зависимости от того, нарушили ли они закон о конкуренции [Whelan P., 2022: 12]. Чтобы лучше понять, как закон может применяться в таком случае, рассмотрим следующий пример.

Предположим, материнская компания имеет возможность осуществлять и действительно оказывает решающее влияние на экономическую политику дочерней компании (контроль установлен). Предположим также, что нет конкретной связи между экономической деятельностью материнской компании и дочерней (согласно значению «конкретной связи» в *Sumal*). Если дочерняя компания нарушает закон о конкуренции, к материнской компании могут быть применены санкции за это нарушение. Если же нарушает закон о конкуренции материнская компания, дочерняя компания не подвергнется санкциям, поскольку она не соответствует условиям для того, чтобы быть частью единой экономической единицы с материнской. Потенциально можно возразить, что «верх-низ» не равен «низу-верху» (принцип корпоративного права — «думать может только голова»). Но что делать в ситуациях, когда материнская компания не несет ответственности за нарушение прав дочерней компании, учитывая, что у нее есть только миноритарная доля (не подпадает под действие презумпции *Akzo*)? При этом дочерняя компания может нести ответственность за поведение материнской компании, несмотря на миноритарную долю, поскольку она выполняет ту же или связанную экономическую деятельность («связь» согласно значению в *Sumal*). Как резюмирует профессор П. Уэлан, «в этом нет смысла» [Whelan P., 2022: 13].

3.3. Ответственность сестринских компаний

Отдельным вопросом в применении доктрины «единого экономического субъекта» является ответственность сестринских компаний. Практика Европейского суда по этому вопросу неоднозначна и немногочисленна [Marcos F., 2021: 468, 475]. Однако, по мнению Еврокомиссии, дочерние компании не считаются конкурентами, даже если они обе работают на одном и том же релевантном товарном и географическом рынке, так как они образуют единую

экономическую единицу⁵⁰. Кажется, Суд поддерживает данную позицию, о чем свидетельствует дело *Hydrotherm*⁵¹. Скорее можно утверждать, что применялся подход, описанный выше: сестринские компании не несут ответственности, поскольку образуют «единый экономический субъект». Тем не менее после дела *Sumal* предполагается, что существует пока не проверенная возможность наложения «сестринской ответственности». В данном решении Суд только оговаривает такие ситуации, но не дает детальных разъяснений на этот счет [Barenes M., Braeken B., Versteeg J., 2021: 3].

Можно предположить, что сестринская ответственность строится путем прослеживания нарушения вверх от нарушающей дочерней компании к общей материнской компании (т.е. через родительскую ответственность), а затем — снова вниз от материнской компании к дочерней компании, не нарушающей права, т.е. через субсидиарную ответственность [Whelan P., 2022: 22]. Это предполагает объединение родительской ответственности с субсидиарной ответственностью. Следуя логике Суда в деле *Sumal*, можно предположить, что такой тип ответственности может быть применим к компании, действующей на одном рынке, если она является частью той же экономической единицы, что и адресат решения.

3.4. Отдельные последствия применения *Sumal* для конгломератных групп

Если следовать логике Суда в указанном деле и выйти за пределы рассмотрения отдельных «корпоративных пар», составляющих единый экономический субъект, то встает ряд проблем выделения границ хозяйствующего субъекта внутри разветвленных структур компаний конгломератного типа. Согласно уточненному подходу⁵², корпоративная группа может состоять из нескольких хозяйствующих субъектов, если внутри группы возможно разделить экономические цели каждого из них. Тогда возможно ли рассматривать корпоративное соглашение/политику в качестве картельного сговора?

Устоявшийся подход, в том числе Еврокомиссии, исключал применение норм о картельных сговорах к соглашениям внутри группы компаний, преследующих общую коммерческую стратегию. Концепция единого эконо-

⁵⁰ Horizontal co-operation guidelines, para 11. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52011XC0114%2804%29> (дата обращения: 10.11. 2022)

⁵¹ Суд постановил, что предприятие может состоять из нескольких физических и юридических лиц «имеющих одинаковые интересы и контролируемых одним и тем же физическим лицом, которое также участвует в соглашении». См.: Case C-170/83 *Hydrotherm Gerätebau GmbH v Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas* EU: C: 1984: 271, para 11.

⁵² Case C-882/19 Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 October 2021 *Sumal*...

мического субъекта предполагает, что факт принадлежности⁵³ в отсутствие дополнительных доказательств причастности к нарушению является основанием налагать ответственность на всю группу и учитывать это при расчете штрафа. Основание таких выводов находят в норме, запрещающей картельные соглашения [Bailey D., 2018: 83, 84, 94]⁵⁴, с опорой на основные понятия, которыми оперирует закон, в том числе на понятие конкуренции. Статья 101 Договора о функционировании ЕС применима к соглашениям между «лицами, которые способны конкурировать друг с другом». Два или более отдельных юридических лица, принадлежащих одному хозяйственному субъекту, образуют единое предприятие (хозяйствующий субъект), поэтому между этими лицами не может быть соглашения по смыслу ст. 101 Договора⁵⁵. Нельзя ожидать, что субъекты, образующие одну и ту же экономическую единицу и делящие прибыль внутри группы, будут конкурировать друг с другом.

В доктрине принято ссылаться [Ibáñe A., 2021: 4] на недавнее решение Европейского суда по делу *Ecoservice*⁵⁶ и толковать его как доказательство невозможности заключить картельное соглашение между участниками корпоративной группы согласно праву ЕС. Тогда Суд отказал в иске об истребовании убытков, сочтя ст. 101 Договора о функционировании ЕС не применимой к соглашениям между участниками одной группы. Однако в более ранних решениях⁵⁷ Суд добавляет к «формуле иммунитета» оговорку, дающую возможность альтернативного толкования. Например, в деле *Viho* Суд указал, что ст. 101 Договора «не распространяется на соглашения или согласованные действия между «хозяйствующими субъектами», принадлежащими к одной и той же группе, если «хозяйствующий субъект» образует экономическую единицу»⁵⁸. Комментируя это дело, некоторые аналитики готовы были поверить в ошибочность используемой судом терминологии, нежели в то, что Суд допускает существование нескольких независимых «хозяйствующих субъектов» внутри корпоративной группы [Alison J., 2012: 128]. Другие

⁵³ В классическом смысле экономические, организационно-правовые связи.

⁵⁴ Ст. 101 и 102 Договора о функционировании ЕС применимы только когда искажение конкуренции вызвано деятельностью undertakings, но конкуренция может быть искажена поведением субъектов, не являющихся undertakings (например, органов государств-членов с регулирующими или иными функциями), к которым указанные статьи не применимы.

⁵⁵ Judgment of 4 May 1988, *Bodson*, 30/87, EU:C:1988:225, paragraph 19; Judgment of 11 April 1989, *Saeed Flugreisen and Silver Line Reisebüro*, 66/86, EU:C:1989:140, para 35.

⁵⁶ Case C-531/16, *Siauliai Regional Waste Management Centre and 'Ecoservice projektai' UAB*, ECLI:EU:C:2018:324, para 28–30.

⁵⁷ Case C-170/83 *Hydrotherm Gerätebau GmbH v Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas* EU:C:1984:271, para 11; Judgment in *Joined Cases T-68/89, T-77/89 and T-78/89 'SIV and Others v Commission* [1992] ECR II-1403, para 357.

⁵⁸ Case T-102/92 *Viho Europe BV v Commission* EU:T:1995:3, para 47.

исследователи искали логику в тексте решения, реконструируя пропущенные смысловые цепочки рассуждений [Koenig С., 2017: 281].

Давая оценку этим решениям ныне, можно сказать, что судебная практика содержала несколько подходов, один из которых был избран в качестве приоритетного в деле *Sumal*. Допустимо утверждать, что внутри корпоративной группы может быть несколько хозяйствующих субъектов согласно этому прецеденту. Однако закрепится ли эта практика в будущих решениях — остается открытым вопросом. Европейскому суду необходимо уточнить стандарты, которые будут использоваться для отграничения одного «хозяйствующего субъекта» от другого внутри корпоративной группы и определения того, какая интенсивность «связи» актуальна для этих целей. В контексте конгломератных групп юридические лица должны действовать в «нескольких сферах экономики, не имеющих между собой никакой связи»⁵⁹, как оговаривается в решении по делу *Sumal*. При этом данное определение «хозяйствующего субъекта» полностью противоречит тому, что используется в законодательстве ЕС по вопросам слияний и поглощений, где конгломератные группы формируют единый «хозяйствующий субъект»⁶⁰. Выделяя и доказывая существование нескольких «хозяйствующих субъектов» внутри конгломератов, можно снизить оборотные штрафы и обезопасить себя от мер регулятора.

Выводы

Стоит заново обратиться к главному вопросу, адресованному ранее В. Вилсом к доктрине «единого экономического субъекта»: «Где заканчивается один «хозяйствующий субъект» и начинается следующий?» [Wils W., 2000: 99, 116]. Правовая проблема в том, что Европейский суд в деле *Sumal* попытался связать *actus reus*⁶¹ и ответственность юридического лица. В этом и кроется трудность, возникает фрагментация понятия «хозяйствующего субъекта», а именно: различное применение «единого экономического субъекта» к материнской/субсидиарной ответственности. Тогда Суд решительно отказался признать, что холдинговая компания может быть привлечена к ответственности без какой-либо вины/халатности, как предписывала предыдущая практика Суда. Приходится согласиться с позицией Д. Алисон, сформулированной задолго до упомянутого решения, согласно которой концепция единой экономической единицы является контекстно-зависимой от характера картельно-

⁵⁹ Case C-882/19 Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 October 2021 *Sumal*...

⁶⁰ EU Merger Regulation. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32004R0139> (дата обращения: 10.11.2022)

⁶¹ Действие или поведение, являющееся составным элементом преступления, в отличие от психического состояния обвиняемого.

го соглашения и может рассматриваться как действующая в единоличном порядке, так и совместно в зависимости от характера соглашения [Alison J., 2012: 320]. Таким образом, вряд ли можно полагать, что дело *Sumal* является ясным решением этого вопроса европейского конкурентного права.

Проблема иного свойства — данное решение нельзя назвать судебной неточностью, так как при ближайшем рассмотрении оно вскрывает конфликт внутри европейской регуляторной политики. С одной стороны, целью антимонопольного права является сдерживание антиконкурентного поведения посредством регуляторных мер (штрафов, контроля над слияниями). Для этих целей Еврокомиссия применяет концепцию расширительно, используя функциональный подход. С другой стороны, такое толкование создает правовую неопределенность и вступает в конфликт с основными принципами ограниченной ответственности.

Некоторые выводы о правоприменительной практике ЕС могут дать почву для рассуждений применительно к имплементации рассмотренных подходов в российское законодательство. Пока трудно найти объективные причины внедрения института антимонопольной ответственности членом корпоративной группы в России. Этому тезису предшествует несколько аргументов. Во-первых, российское право исходит из иного принципа выявления ответчика по антимонопольным делам, что отражено в законодательстве. ФЗ «О защите конкуренции» напрямую очерчивает круг ответственных лиц, именуя каждое из них, т.е. определяя круг субъектов позитивным методом. Европейский законодатель определяет субъекта функционально, а практика формирует ряд исключений из правила «хозяйствующего субъекта».

Во-вторых, одна из причин существования данного института в странах ЕС — решение юрисдикционной проблемы. Иск об истребовании убытков, обращенный к субсидиарной компании, значительно снижает транзакционные издержки для жертвы картельного нарушения и повышает доступность правосудия. Именно такая ситуация была исследована Судом в деле *Sumal*, когда истец приобретал грузовики у испанской дочерней компании, головной офис которой находился в другой европейской стране. В России же антимонопольное и гражданское право применяется единообразно на территории всей страны.

В-третьих, при выводах о перспективах внедрения данного института в России, необходимо отталкиваться от целей регуляторной политики в обоих правопорядках и от неодинаковой структуры рынка. ФАС, в отличие от Еврокомиссии, не ставит задачи удерживать концентрацию на рынке в том смысле, в котором эту задачу видит Комиссия, а цели российской регуляторной политики не в полной мере совпадают с европейскими⁶².

⁶² Стратегия развития конкуренции и антимонопольного регулирования в Российской Федерации на период до 2030 года (утв. протоколом Президиума ФАС России от 03.07.2019

В-четвертых, данная форма ответственности членов корпорации входит в противоречие с принципами ограниченной ответственности, которые законодательно защищены отраслевым гражданским законодательством. Также сама форма регулирования обеспечивает более адекватную защиту прав корпораций, поскольку в его основании лежит прецедентное право, что позволяет чувствительно реагировать на каждый случай.

Вместе с тем необходимо отметить, что мировой тренд не сможет не сказаться на российской регуляторной политике, если Россия продолжит развивать рыночные отношения и стимулировать конкуренцию. Применение формального подхода, при котором нарушители картельных запретов могут ссылаться на ограниченность своей ответственности, при этом экономически или управленчески контролируя поведение других хозяйствующих субъектов внутри группы, недопустимо в условиях доминирования транснациональных и цифровых корпораций.



Список источников

1. Алексеева Е.А. Хозяйствующий субъект в конкурентном праве // Проблемы науки. 2020. № 1. С. 67–71.
2. Алешин Д.А. Современные мировые тенденции развития государственного регулирования конкуренции / Модернизация экономики и государство. Кн. 3. М.: Изд. дом ГУ ВШЭ, 2007. 691 с.
3. Беликова К.М., Безбах В.В. Запрещенная деловая практика и квалифицирующие ее признаки по праву ЕС и стран МЕРКОСУР — Аргентины, Бразилии, Уругвая, Парагвая, Боливии, Перу и Чили // Право и политика. 2006. № 8. С. 122–133.
4. Егорова М.А. Конкурентное право. М.: Юстицинформ, 2018. 628 с.
5. Семеусов В.А., Кулиш А.В. О хозяйствующих субъектах и субъектах предпринимательской деятельности // Известия БГУ. 2008. № 3. С. 116–119.
6. Alison J. Boundaries of an Undertaking in EU Competition Law. *European Competition Journal*, 2012, vol. 8, no. 2, pp. 301–331.
7. Bailey D. *Competition Law*. Oxford: University Press, 2018, 1152 p.
8. Barennes M., Braeken B., Versteeg J. ECJ Redefines the «Economic Entity» Doctrine and Rules that a Subsidiary May be Liable for Behavior of Its Parent Company (Sumal C-882/19). 2021. Available at: URL: <https://inlnk.ru/yO0adP> (дата обращения: 10.11.2022).
9. Boyd M. Of undertakings, legal entities and groups of companies. The CJEU's judgment in Sumal (C-882/19). 2021. Available at: URL: <https://inlnk.ru/ZZM9L8> (дата обращения: 10.11.22)
10. Boulba M., Potapova K. Cartels and Leniency Review: Russia. In: *The Cartels and Leniency Review*. J. Buretta, J. Terzaken (ed.). London: Law Business Research Ltd., 2021, pp. 234–242.

№ 6). Available at: URL: https://sudact.ru/law/strategiia-razvitiia-konkurentsii-i-antimonopolnogo-regulirovaniia-v_1/ (дата обращения: 10.11.2022)

11. Cauffman C. Beyond Skanska. The Court of Appeal of Leeuwarden's Latest Decision in TenneT. 2020. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3512364> (дата обращения: 10.11.2022)
12. Chiriță A. A legal-historical review of the EU competition rules. *The International and Comparative Law Quarterly*, 2014, vol. 63, no. 2, pp. 281–316.
13. Frank H., Fischel D. Limited Liability and the Corporation. *University of Chicago Law Review*, 1985, issue 1. Available at: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol52/iss1/3> (дата обращения: 10.11.2022)
14. Freund B. Reshaping Liability — The Concept of Undertaking Applied to Private Enforcement of EU Competition Law. *GRUR International*, 2021, issue 8, pp. 731–743.
15. Ghetti R. Unification, Harmonization and Competition in European Company Forms, *European Business Law Review*, 2018, issue 5, pp. 813–842.
16. Ibáñez Colombo A. Of undertakings, legal entities and groups of companies. 2021. Available at: <https://chillingcompetition.com/2021/10/07/of-undertakings-legal-entities-and-groups-of-companies-the-cjeus-judgment-in-sumal-c-882-19/> (accessed: 10.11.2022)
17. Kalintiri A. Revisiting parental liability in EU competition law. *European Law Review*, 2018, vol. 43, no. 2, pp. 145–166.
18. Karahan I. The Single Economic Entity Doctrine: Is There a Common. Concept of Undertaking in EU Competition Law? 2020. Available at: <https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=9019824&fileId=9019827> (дата обращения: 10.11.2022)
19. Klotz M. *Wirtschaftliche Einheit und Konzernhaftung im Kartellzivilrecht*. Köln: Heymanns, 2018, 336 p. (in German)
20. Koenig C. An Economic Analysis of the Single Economic Entity Doctrine in EU Competition Law. *Journal of Competition Law and Economics*, 2017, vol. 13, pp. 281–327.
21. Koskinen K. Institutional Illusions Translating in the EU Commission. *The Translator*, 2000, vol. 1, pp. 49–65.
22. Marcos F. The Uneven and Unsure Playing Field for Competition Damages Claims in the EU: Shortcomings and Failures of Directive 2014/104/EU and Its Implementation. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2021, vol. 52, pp. 468–476.
23. Sauter W., Schepel H. *State and Markets in European Union Law*. Cambridge: University Press, 2009, 246 p.
24. Usatorre A. Red pill or blue pill? The European Court of Justice makes its choice: subsidiaries can be held liable for the infringements of their parent companies (Case C-882/19–Sumal). 2021. Available at: URL: <https://inlnk.ru/YAMakK> (дата обращения: 10.11.2022)
25. Vogel L. *European Competition Law*. Paris: Bruylant, 2018, 840 p.
26. Wagener M. Follow-Up to Skanska. The «Implementation» by National Courts So Far. *European Papers*, 2019, vol. 6, pp. 1323–1337.
27. Whelan P. Private Enforcement and the Imputation of Antitrust Liability. In: B. Rodger, F. Marcos, M. Ferro (eds.). *Research Handbook on Competition Law Private Enforcement in the EU*. Cheltenham: Edward Elgar, 2022, 562 p.
28. Wils W. The undertaking as subject of E.C. competition law and the imputation of infringements to natural or legal persons. *European Law Review*, 2000, vol. 25, no. 2, pp. 99–116.



References

1. Alekseeva E.A. (2020) An economic entity in competition law. *Problemy nauki= Issues of Science*, no. 1, pp. 67–71 (in Russ.)
2. Aleshin D.A. (2007) Modern world trends in the development of state regulation of competition. In: *Modernization of the economy and the state*. Vol. 3. Moscow: Higher School of Economics, 691 p. (in Russ.)
3. Alison J. (2012) The Boundaries of an Undertaking in EU Competition Law. *European Competition Journal*, vol. 8, no. 2, pp. 301–331.
4. Bailey D. (2018) *Competition Law*. Oxford: University Press, 1152 p.
5. Barennes M., Braeken B., Versteeg J. (2021) ECJ Redefines the «Economic Entity» Doctrine and Rules that a Subsidiary May be Liable for Behavior of Its Parent Company. Available at: URL: <https://inlnk.ru/yO0adP> (accessed: 10.11.2022)
6. Belikova K.M., Bezbakh V.V. (2006) Prohibited business practice and its qualifying features under the law of the EU and MERCOSUR countries: Argentina, Brazil, Uruguay, Paraguay, Bolivia, Peru and Chile. *Pravo i politika=Law and Politics*, no. 8, pp. 122–133 (in Russ.)
7. Boulba M., Potapova K. (2022) Cartels and Leniency Review: Russia. In: *The Cartels and Leniency Review*. J. Buretta, J. Terzaken (eds.). London: Law Business Research Ltd., pp. 234–242.
8. Boyd M. (2021) Of undertakings, legal entities and groups of companies. The CJEU's judgment in Sumal. Available at: URL: <https://inlnk.ru/ZZM9L8> (accessed: 10.11.2022)
9. Cauffman C. (2020) Beyond Skanska. The Court of Appeal of Leeuwarden's Latest Decision in Tenne T. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3512364> (accessed: 10.11.2022)
10. Chiriță A. (2014) A legal-historical review of the EU competition rules. *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 63, no. 2, pp. 281–316.
11. Egorova M.A. (2018) *Competitive law: textbook*. M.: Justicinform, 628 p. (in Russ.)
12. Frank H., Fischel D. (1985) Limited Liability and the Corporation. Available at: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol52/iss1/3> (accessed: 10.11.2022)
13. Freund B. (2021) Reshaping Liability: Concept of Undertaking Applied to Private Enforcement of EU Competition Law. *GRUR International*, vol. 70, no. 8, pp. 731–743.
14. Ghetti R. (2018) Unification, Harmonization and Competition in European Company Forms. *European Business Law Review*, issue 5, pp. 813–842.
15. Ibáñez Colombo A. (2021) Of undertakings, legal entities and groups of companies. Available at: <https://chillingcompetition.com/2021/10/07/of-undertakings-legal-entities-and-groups-of-companies-the-cjeus-judgment-in-sumal-c-882-19/> (accessed: 10.11.2022)
16. Kalintiri A. (2018) Revisiting parental liability in EU competition law. *European Law Review*, vol. 43, no. 2, pp. 145–166.
17. Karahan I. (2020) The Single Economic Entity Doctrine: Is There a Common. Concept of Undertaking in EU Competition Law? Available at: <https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=9019824&fileId=9019827> (accessed: 10.11.2022)
18. Klotz M. (2016) *Wirtschaftliche Einheit und Konzernhaftung im Kartellzivilrecht*. Köln: Heymanns, 336 p. (in German)
19. Koenig C. (2017) An Economic Analysis of the Single Economic Entity Doctrine in EU Competition Law. *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 13, pp. 281– 327.

20. Koskinen K. (2000) Institutional Illusions Translating in the EU Commission. *The Translator*, vol. 1, pp. 49–65.
 21. Marcos F. (2021) The Uneven and Unsure Playing Field for Competition Damages Claims in the EU: Shortcomings and Failures of Directive 2014/104/EU and Its Implementation. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, no. 52, pp. 468–476.
 22. Sauter W., Schepel H. (2009) *State and Markets in the European Union Law*. Cambridge: University Press, 246 p.
 23. Semeusov V.A., Kulish A.V. (2008) About economic entities and business entities. *Izvestiya BSU=Bulletin of BSU*, no. 3, pp. 116–119 (in Russ.)
 24. Usatorre A. (2021) Red pill or blue pill? The European Court of Justice makes its choice: subsidiaries can be held liable for the infringements of their parent companies (Case C-882/19 Sumal). Available at: URL: <https://inlnk.ru/YAMakK> (accessed: 10.11.2022)
 25. Vogel L. (2018) *European Competition Law*. Paris: Bruylant, 840 p.
 26. Wagener M. (2019) Follow-Up to Skanska — The «Implementation» by National Courts So Far. *European Papers*, vol. 6, pp. 1323–1337.
 27. Whelan P. (2022) Private Enforcement and the Imputation of Antitrust Liability. In: B. Rodger, F. Marcos, M. Ferro (eds.). *Research Handbook on Competition Law Private Enforcement in the EU*. Cheltenham: Edward Elgar, 562 p.
 28. Wils W. (2000) The undertaking as subject of EC competition law and the imputation of infringements to natural or legal persons. *European Law Review*, vol. 25, no. 2, pp. 99–116.
-

Информация об авторе:

A.C. Корниенко — кандидат экономических наук, доцент.

Information about the author:

A.S. Kornienko—Candidate of Sciences (Economics), Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 21.11.2022; одобрена после рецензирования 09.12.2022; принята к публикации 09.12.2022.

The article was submitted to the editorial office 21.11.2022; approved after reviewing 09.12.2022; accepted for publication 09.12.2022.

Научная статья

УДК 343.241

DOI: 10.17323/2072-8166.2022.5.91.116

Справедливое вознаграждение за использование произведений и фонограмм в Интернете в праве России, США и ЕС



Эрик Раулевич Вальдес-Мартинес

Ассоциация правообладателей по защите и управлению авторскими правами в сфере изобразительного искусства УПРАВИС, Россия 101000, Москва, Архангельский пер., 12/8, стр. 1, evslides@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0001-9958-6395>



Аннотация

В статье анализируются правовые подходы, касающиеся использования произведений в цифровой среде, в том числе в Интернете и порядка выплаты вознаграждения правообладателям. Законы некоторых иностранных государств предусматривают так называемый механизм справедливого вознаграждения. Он заменяет традиционный способ заключения лицензионных договоров и применяется лишь в случаях, установленных законом. Сбор и распределение такого вознаграждения осуществляют организации по управлению правами на коллективной основе (ОКУП). Статья 1244 Гражданского кодекса Российской Федерации определяет сферы, в которых такие организации могут получить государственную аккредитацию. Аккредитация позволяет данным организациям осуществлять сбор вознаграждения за некоторые правомочия, в частности, публичное исполнение, сообщение в эфир или по кабелю музыкальных произведений и/или фонограмм, опубликованных в коммерческих целях для неограниченного числа правообладателей. В 2004 году законодатель закрепил за правообладателями новое правомочие — доведение до всеобщего сведения, известное как Интернет-право. Однако это правомочие сформулировано более узко, чем публичное исполнение, сообщение в эфир или по кабелю, и не входит в число способов, на которые распространяется сфера аккредитации ОКУП. Аккредитованные ОКУП взаимодействуют с традиционными пользователями офлайн, в том числе с театрами, телерадиокомпаниями, кинотеатрами и т.д., которые выплачивают правообладателям вознаграждение за использование музыкальных произведений и фонограмм. В то же время законодательство прямо не указывает на право аккредитованных ОКУП осуществлять сбор вознаграждения с интернет-радиостанций, интернет-телеканалов, онлайн-кинотеатров. Такая правовая неопределенность создает трудности в со-

блюдении прав правообладателей, в интересах которых действуют аккредитованные ОКУП. В государствах Европейского союза и в США использование произведений и фонограмм в Интернете регулируется иным образом, позволяющим пользователям в ряде случаев выплачивать правообладателям вознаграждение через национальные организации управляющие данными правами на коллективной основе. Вероятно, именно отсутствие прямого регулирования позволяет российским аккредитованным ОКУП осуществлять сбор вознаграждения только за некоторые виды использования произведений и фонограмм в Интернете.



Ключевые слова

Интернет, публичное исполнение, сообщение в эфир, сообщение по кабелю, ретрансляция, всеобщее сведение, справедливое вознаграждение.

Благодарности: Статья подготовлена в рамках программы исследований Института права цифровой среды НИУ ВШЭ в 2020–2021 гг.

Для цитирования: Вальдес-Мартинес Э.Р. Справедливое вознаграждение за использование произведений и фонограмм в Интернете в праве России, США и ЕС // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 5. С. 91–116. DOI: 10.17323/2072-8166.2022.5.91.116

Research article

Fair Remuneration for Using Works and Phonograms on the Internet in Russia, USA and EU



Erik R. Valdes-Martines

Association of rightsholders on protection and management of authors' rights in the sphere of visual art (UPRAVIS), 12/8 Arkhangelsky Per., Moscow 101000, Russia, evsldes@mail.ru
<https://orcid.org/0000-0001-9958-6395>



Abstract

The article analyzes legal approaches that require the use of a large number of people, including the Internet, and the procedure for paying remuneration to copyright holders. The legislation of some foreign states provides for so-called equitable remuneration. It replaces the traditional way of concluding license agreements and is used only in cases established by law. Collection and distribution of such remuneration is made by a collective rights management organization (CMO). Article 1244 of the Civil Code of the Russian Federation entitles the CMOs to obtain a state accreditation. Accreditation authorizes a CMO to act on behalf of unlimited number of rightsholders and collect equitable remuneration for certain rights, in particular, public performance, broadcast or cable transmission of musical works and / or phonograms published for commercial purposes. In 2004 the law introduced making available right known as the Internet right. In Russia this right is narrower than public

performance, broadcast or cable transmission and is not among the means covered by the scope of accreditation of the CMOs. Accredited CMOs interact with “traditional” off-line users, including theaters, TV and radio companies, cinemas, etc., collecting remuneration for rights holders for the use of musical works and phonograms. However, the legislation does not directly authorize the accredited CMOs to collect remuneration from online broadcasters, theaters and cinemas. Such legal uncertainty creates difficulties in respecting the rights of right holders in whose interests accredited CMOs act. In the EU and the US, the use of musical works and phonograms on the Internet is regulated in a different way that allows users in some cases to pay remuneration to right holders through national CMOs. It seems that even the lack of direct regulation allows the Russian accredited CMOs to collect remuneration for certain types of use of works and phonograms on the Internet.



Keywords

Internet, public performance, broadcasting, cable communication, retransmission, communication to the public, messages to the public, fair remuneration to authors, performers and producers of phonograms.

For citation: Valdes-Martines E.R. (2022) Fair Remuneration for Using Works and Phonograms on the Internet in Russia, USA and EU. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no. 5, pp. 91–116 (in Russ.) DOI: 10.17323/2072-8166.2022.5.91.116

Введение

Невозможно вообразить современную жизнь без Интернета. Сегодня использование «интернет-радио», «интернет-телевидения», «онлайн-кинотеатра» и т.п. не кажется уже чем-то необычным. Аудитория Интернета стремительно растет, обгоняя по охвату пользователей телевидение¹. Общая аудитория онлайн-кинотеатров в 2020 году по сравнению с годом ранее выросла на 17% — до 63 млн. пользователей². Некоторые популярные сервис-провайдеры предлагают онлайн-доступ к театральным постановкам³. Популярность Интернета заставила российских парламентариев принять специальный закон, регламентирующий порядок организации телетрансляций каналов первого и второго мультиплекса в Интернете с 01.10.2021 г.⁴

Интернет-радиостанции, каналы интернет-телевидения, онлайн-театры, онлайн-кинотеатры и т.д. используют произведения и фонограммы. В связи с этим их следует рассматривать как пользователей, которые за использо-

¹ Available at: URL: <https://www.kommersant.ru/doc/4188734Ж>; <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ru/Documents/technology-media-telecommunications/russian/media-consumption-russia-2020.pdf> (дата обращения: 29.10.2021)

² Available at: URL: <https://tass.ru/ekonomika/10859529> (дата обращения: 29.10.2021)

³ Available at: URL: <https://okko.tv/genre/theater> (дата обращения: 29.10.2021)

⁴ Available at: URL: <http://duma.gov.ru/news/52341/> (дата обращения: 29.10.2021)

вание указанных объектов должны выплачивать справедливое вознаграждение. Однако выплата вознаграждения пользователями практически не осуществляется, за редким исключением некоторых радиостанций, которые ретранслируют свои программы одновременно офлайн и онлайн. Основная проблема связана с интерпретацией п. 6–8 п. 2 ст. 1270, п. 3 ст. 1263, ст. 1326 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ), регулирующих выплату справедливого вознаграждения, и применимость указанных норм к пользователям в Интернете.

В исторической ретроспективе следует отметить, что с развитием технологий отношения, связанные с использованием объектов авторского права и смежных прав, изменялись. Для сохранения баланса интересов между обществом и правообладателями в обмен на использование произведений на основе лицензий законодатели многих стран ввели режим выплаты вознаграждения правообладателям⁵, который в отечественном законодательстве предусмотрен в статьях ГК РФ⁶ и реализуется посредством так называемых бланкетных лицензий [Boucher F., 1987: 1157], выдаваемых организациями по управлению правами на коллективной основе (далее — ОКУП).

Сбалансированными следует признавать такие правоотношения, реализация которых осуществляется исходя из интересов всех вовлеченных в правоотношения сторон. Обязанность одних (пользователей) получать разрешение у других (правообладателей) коррелируется с правом последних на вознаграждение за каждый вид использования произведений/фонограмм. Однако в отдельных случаях характер правоотношений не позволяет соблюсти это правило. Именно поэтому законодатель ввел универсальную правовую конструкцию, при которой обязанность получать разрешение на некоторые виды использования объектов авторского права и смежных прав заменяется на обязанность выплачивать (справедливое) вознаграждение в обмен либо на: бездоговорное использование фонограмм (объект смежных прав) или договорное использование музыкальных произведений (объект авторских прав), предмет которого формируется *de facto* по факту использования.

Право на вознаграждение в соответствии со ст.1226 ГК РФ относится к иным правам [Крашенинников П.В., 2014: 85]. В соответствии с п. 36 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации (далее — ВС РФ) от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского ко-

⁵ 2015. Available at: http://publications.europa.eu/resource/ellar/c022cd3c-9a52-11e5-b3b7-01aa75ed71a1.0001.01/DOC_1 (дата обращения 26.04.2020); http://www.aepo-artis.org/usr/files/di/fi/2/AEPO-ARTIS-study-on-performers-rights-1-December-2014-FINAL_201611291138.pdf; https://www.cedar.nl/uploads/10/FileManager/SAA_white_paper_english_version.pdf (дата обращения: 26.04.2020) и т.д.

⁶ В п. 3 ст. 1263, пп. 6–8.1 п. 2 ст. 1270, ст. 1326 ГК РФ.

декса Российской Федерации» и на основании п. 5 ст. 1229 ГК РФ право на вознаграждение входит в состав исключительного права, что также отмечалось в доктрине [Моргунова Е.А., 2014: 70]. В соответствии с п. 1 ст. 1244 ГК РФ собирают и распределяют вознаграждения ОКУП⁷, получающие аккредитацию Министерства культуры на сферы деятельности, перечисленные в ГК РФ⁸. Установленные сферы деятельности связаны со следующими способами использования: публичное исполнение, сообщение в эфир и/или по кабелю.

Под публичным исполнением законодатель понимает представление произведения в живом исполнении или с помощью технических средств (радио, телевидения и иных технических средств), а также показ аудиовизуального произведения (с сопровождением или без сопровождения звуком) в месте, открытом для свободного посещения, или в месте, где присутствует значительное число лиц, не принадлежащих к обычному кругу семьи, независимо от того, воспринимается произведение в месте его представления или показа либо в другом месте одновременно с представлением или показом произведения (п. 6 п. 1 ст. 1270 ГК РФ; п. 93 Постановления Пленума ВС РФ). Публичное исполнение произведения с помощью технических средств, в частности, с помощью радио, телевидения, а также иных технических средств, следует отличать от таких самостоятельных способов его использования, как сообщение в эфир или сообщение по кабелю. Под сообщением в эфир/по кабелю, т.е. под сообщением произведения для всеобщего сведения (включая показ или исполнение) по радио или телевидению следует понимать как прямую трансляцию произведения из места его показа или исполнения, так и неоднократное сообщение произведения для всеобщего сведения. Сообщение произведения в эфир или по кабелю производится теле- или радиокomпанией в соответствии с условиями заключенного между такой компанией и правообладателем или ОУП лицензионного договора (п. 7, 8 п. 1 ст. 1270 ГК РФ; п. 94 Постановления Пленума ВС РФ).

Указанные способы использования произведений/фонограмм широко применяются в повседневной деятельности человека. В частности, к публичному исполнению относится использование произведения/фонограммы в театральных постановках, концертах, спортивных соревнованиях, выставках и т.д. Деятельность радиостанций, телеканалов и кабельных операторов напрямую связана с правомочием сообщения в эфир и/или по кабелю, соответственно. Именно для таких традиционных способов использования

⁷ Available at: URL: <https://rao.ru/about-rao/documents/svidetelstva-rao/> (дата обращения: 25.09.2021)

⁸ Available at: URL: <https://culture.gov.ru/documents/akkreditatsiya/> (дата обращения: 25.09.2021)

произведений/фонограмм законодательство многих стран предусматривает механизм реализации авторско-правовых правомочий посредством ОКУП.

Важно отметить деятельность ОКУП, которые *de jure* и *de facto* выступают посредниками между неограниченным числом определенной группы правообладателей и такого же неограниченного числа пользователей. Это позволяет сохранить статус-кво правообладателей как лиц, полномочных требовать соблюдения их прав пользователями. При использовании произведений последними правообладатели правомочны требовать (справедливого) вознаграждения, сбор которого от их имени осуществляет ОКУП. Таким образом сохраняется определенный паритет и обеспечивается не только устойчивый правовой баланс, но также нормальное функционирование общества в связи с использованием произведений/фонограмм.

В связи с этим следует отметить правовую неопределенность, связанную с правомерным использованием произведений/фонограмм в цифровой среде, в том числе в Интернете. Речь, в частности, идет о таких пользователях, как интернет-радио и телеканалы, онлайн-кинотеатры, использование произведений в теле-радио программах в виде мобильных приложений и т.п. Кажется очевидным, что деятельность указанных пользователей очень похожа и не отличается от традиционных теле/радиостанций и кинотеатров. Вместе с тем российское право не дает однозначного ответа, насколько действующие нормы позволяют использовать традиционный механизм получения разрешения через действующие в России ОКУП для перечисленных пользователей. Правомочны ли авторы, исполнители и изготовители фонограмм претендовать на получение вознаграждения по аналогии с п. 1 ст. 1244 ГК РФ за использование произведений/фонограмм перечисленными пользователями? Будет ли лицензии ОКУП достаточно, чтобы избежать дополнительных претензий со стороны правообладателей?

В научной и профессиональной литературе способы использования в Интернете именуется интернет-правами. Отметим различие в законодательном понимании интернет-права в юрисдикциях РФ, ЕС и США. В российском праве этот способ использования именуется «доведением до всеобщего сведения». Вместе с тем в международных авторско-правовых договорах, участником которых является Российская Федерация, указанный способ использования образует содержание правомочия «сообщение для всеобщего сведения». Некоторые способы использования (правомочия), известные российскому праву, заимствованы из международных норм. Иногда такое заимствование происходило «вслепую», т.е. без должного понимания содержания правомочий и без глубокого анализа соответствующих правоотношений.

Хотя в России Интернет распространен уже более 30 лет, следует отметить слабую судебную практику в отношении использования музыкальных произведений и фонограмм в Интернете и применения к пользователям

механизма справедливого вознаграждения. Определенная практика сформировалась в Евросоюзе и США. Опыт этих юрисдикций может оказаться применимым в российских правовых реалиях.

Настоящая статья анализирует международные договоры, а также нормы права США, ЕС и России в части регулирования интернет-отношений, и рассматривает применяемые правовые механизмы соблюдения интересов правообладателей, связанные с получением справедливого вознаграждения, при использовании произведений/фонограмм определенной группой пользователей в Интернете.

1. Регулирование интернет-права на международном уровне

Впервые на международном уровне интернет-право было закреплено в 1996 году в договорах Всемирной организации интеллектуальной собственности (далее — ВОИС); в Договоре по авторскому праву (далее — ДАП) и Договоре по исполнениям и фонограммам (далее — ДИФ), к которым Россия присоединилась в 2008 г.⁹ Выражение «интернет-право» является собирательным и относится не только к Интернету, но к цифровой среде в целом¹⁰. В этом смысле появление ДАП и ДИФ связано не столько с Интернетом, сколько с чрезвычайно возросшим влиянием цифровых технологий на социальное, культурное и экономическое развитие общества.

Появление цифровых технологий, прежде всего Интернета, стало вызовом многим правовым устоям. На дипломатических конференциях по принятию ДАП и ДИФ 1996 г. делегаты признавали, что интернет-технологии размывают границы между двумя традиционными и четко различимыми группами прав: правами, связанными с получением копии или экземпляра (право на распространение, право на прокат и т.п.), и правами, не имеющими отношения к копии (право на публичное исполнение, право на сообщение в эфир и т.п.)¹¹. В связи с этим бурно обсуждался вопрос о необходимости либо выделения отдельного правомочия для использования произведений в Интернете, либо применения к цифровой среде комплекса действующих прав использования.

Принять унифицированное определение интернет-права (или «цифрового права») мешала также двух альтернативность подходов [Christie A.,

⁹ Available at: URL: https://www.wipo.int/treaties/ru/ShowResults.jsp?lang=ru&treaty_id=16 (дата обращения: 01.04.2020)

¹⁰ Available at: <https://docs.lib.purdue.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1717&context=iatul> (дата обращения: 15.04.2020)

¹¹ ВОИС. Руководство к договорам ВОИС в области авторского права и смежных прав. Женева, 2003. С. 207.

Dias E., 2005: 237–262]¹²: применение права распространения (Великобритания, США) [Бентли Л., Шерман Б., 2004: 231]; или применение же права на сообщения для сведения публики (Франция) [Липциг Д., 2002: 161]. Правомочия использования произведений, предусмотренных Бернской конвенцией по охране литературных и художественных произведений (1886) (далее — Бернская конвенция), не могли отвечать новому виду использования, так как Конвенция в редакции 1971 г.¹³ содержит избыточные и противоречивые положения, а именно: «публичное исполнение» (public performance), «сообщение для всеобщего сведения» (communication to the public), «публичное сообщение» (public communication), «сообщение в эфир» (broadcasting) и иные формы передачи произведения в отношении ограниченного числа произведений [Ginsburg J., Treppoz E., 2015: 314]. Именно этим объясняется прямое указание в п. 1 ст. 8 ДАП на отсутствие конфликта и противоречия с соответствующими статьями Бернской конвенции, предусматривающими способы распространения произведения, в частности, ст. 11(1)(ii), 11 bis(1)(i), 11 bis(1)(ii), 11 ter(1)(ii), 14(1)(ii) и 14 bis (1).

В ходе переговоров об интернет-договорах делегаты комитетов ВОИС¹⁴ обсудили две конкурирующие модели исключительных прав, посредством которых можно было бы обеспечить эту охрану через право на воспроизведение, а также альтернативно: с расширением существующего права на распространение либо в связке с соответствующим правом Бернской конвенции на сообщение для всеобщего сведения. Многие страны предпочли представить «цифровое право» посредством права на сообщение для всеобщего сведения. Однако противоречивые позиции США и ЕС заставили делегатов конференции предложить компромиссное, «зонтичное решение» [Yu P., 2010: 576], которое и было в итоге включено в соответствующие статьи ДАП и ДИФ¹⁵.

Согласно исследованию Бюро по авторскому праву США¹⁶, можно говорить по крайней мере о трех подходах к регулированию «интернет-прав» в национальных законодательствах:

¹² Available at: https://minerva-access.unimelb.edu.au/bitstream/handle/11343/25131/Christie_Dias_The+new+light+of+communication.pdf;jsessionid=12079866CD69209442D5D7F90EAEB01A?sequence=3 (дата обращения: 15.04.2020)

¹³ Available at: URL: https://www.wipo.int/treaties/ru/ip/berne/summary_berne.html (дата обращения: 15.04.2020)

¹⁴ См подробнее: WIPO, Diplomatic Conference on certain copyright and neighboring rights questions Geneva, December 2 to 20, 1996, п. 7.05, 7.07, 7.08, 7.12 и т.д. Available at: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/diplconf/en/crnr_dc/crnr_dc_4.pdf (дата обращения: 15.04.2020)

¹⁵ ВОИС. Руководство к договорам ВОИС в области авторского права и смежных прав. С. 208.

¹⁶ US Copyright Office. The making available right in The United States. A Report of the Register of copyrights, 2016. Available at: https://www.copyright.gov/docs/making_available/making-available-right.pdf, (дата обращения: 15.04.2020)

«Идентичный международному договору подход», подразумевающий полное, или очень приближенное к оригиналу с небольшими корректировками копирование ст. 8 ДАП, а также ст. 8, 14 ДИФ. В данном подходе право на доведение до всеобщего сведения — это часть сообщения для всеобщего сведения. Таким образом, применяется широкий подход в понимании традиционного права сообщения для всеобщего сведения в цифровой среде использования. Поскольку сообщение для всеобщего сведения является правомочием известным праву многих стран до принятия ДАП и ДИФ, большинство стран-участниц дипломатической конференции, в частности, страны Европейского сообщества, выбрали эту формулировку для «характеристики нового имущественного права, поскольку оно сформулировано не как совершенно новое, а как расширение некоторых прежних, ранее признанных на международной арене авторских правомочий» [Гаврилов Э.П., 2005: 20].

Альтернативный подход, который, как правило, рассматривает право на доведение до всеобщего сведения как отдельное правомочие (Россия, страны СНГ и т.д.).

Подход «нормативного молчания» (statutory silence): при данном подходе государство, будучи членом ДАП и ДИФ, никоим образом не изменяет положений национального законодательства. Использование произведений в цифровой среде классифицируется через имеющийся объем прав использования произведения, сложившийся до присоединения к указанным договорам (США).

Суть указанных подходов свидетельствует о различном регулировании интернет-права в каждой конкретной юрисдикции. Вместе с тем ни один из них не исключает необходимости соблюдения прав правообладателей и сохранения для них режима справедливого вознаграждения, применяемого к традиционным способам использования произведений/фонограмм.

Авторско-правовые международные договоры — Бернская конвенция и ДАП — по-разному регулируют правила о справедливом вознаграждении. ДАП игнорирует это положение, но вводит специальное правомочие использования произведения в цифровой среде. Бернская конвенция, напротив, не содержит специального права использования произведений в цифровой среде. Однако п. 2 ст. 11 bis Бернской конвенции предусматривает режим «принудительных лицензий»¹⁷, являющийся некоторым ограничением при использовании права на сообщения для всеобщего сведения правообладателей. Вводя такое ограничение, Бернская конвенция гарантирует автору (правообладателю) справедливое вознаграждение за каждое сообщение

¹⁷ Available at: https://www.iatp.org/sites/default/files/Intellectual_Property_Rights_and_the_Use_of_Co.pdf (дата обращения: 04.10.2021)

произведения для всеобщего сведения. Особенностью такого вознаграждения является «сохранение исключительного права разрешать, но при условии, что это право может осуществляться только при участии организаций коллективного управления правами»¹⁸.

В свою очередь международные договоры в отношении исполнителей и изготовителей фонограмм — Международная конвенция об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций (1961) (далее — Римская конвенция) и Договор ВОИС по исполнению и фонограммам (1996), содержат положения о справедливом вознаграждении. Содержание ст. 12 Римской конвенции и п. 1 ст. 15 ДИФ очень похожи, поскольку гарантируют исполнителям и изготовителям фонограмм справедливое вознаграждение при сообщении в эфир или сообщении любым способом для всеобщего сведения фонограмм, опубликованных в коммерческих целях. Вместе с тем п. 4 ст. 15 ДИФ расширяет правомочие «сообщение до всеобщего сведения» в отношении фонограмм, уточняя, что под ним следует также понимать доступ к фонограммам из любого места и в любое время по выбору пользователей.

Такое расширение объема правомочия «сообщение до всеобщего сведения» вполне объяснимо. К ДИФ присоединились страны (США, Австралия, Новая Зеландия и т.д.), которые не являются участницами Римской конвенции, поскольку не признают смежных прав. Однако эти страны наделили исполнителей и изготовителей фонограмм в цифровой среде дополнительными правомочиями, связанными с получением справедливого вознаграждения.

Широкая интерпретация права сообщения для всеобщего сведения, а также тесная связь Римской конвенции и ДИФ позволяют сделать вывод, что право на получение справедливого вознаграждения распространяется на любые формы сообщения для всеобщего сведения.

Таким образом, Бернская и Римская конвенции широко трактуют право сообщения для всеобщего сведения, которое включает (а не противопоставляет) право сообщения в эфир. ДАП и ДИФ содержат лишь уточняющие положения, распространяющие право сообщения для всеобщего сведения при использовании произведений/фонограмм на цифровую среду, в том числе Интернет. В частности, согласованные заявления в отношении Договора ВОИС по авторскому праву прямо указывают, что ничто в ст. 8 ДАП не препятствует Договаривающейся стороне применять ст. 11 bis (2) Бернской конвенции¹⁹. В этом смысле режим справедливого вознаграждения для пра-

¹⁸ WIPO. Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights Terms. 2004. Available at: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/891/wipo_pub_891.pdf (дата обращения: 25.09.2021)

¹⁹ Available at: URL: <https://wipolex.wipo.int/ru/text/381263> (дата обращения: 11.02.2022)

вообладателей, предусмотренный в Бернской и Римской конвенциях при использовании произведений (исполнений и фонограмм) путем сообщения для всеобщего сведения, допустимо применять и к использованию в цифровой среде с учетом соответствующих положений ДАП и ДИФ.

2. Интернет-право и режим вознаграждения правообладателям в соответствии с законодательством США

США являются участниками ДАП и ДИФ, положения которых имплементированы в Закон об авторском праве (DMCA)²⁰ в 1998 г. Однако DMCA не содержит специального «интернет»-правомочия закрепленного, например, в России и ЕС. Согласно позиции США, использование произведений он-лайн являются действиями внутри существующих исключительных авторско-правовых правомочий, поименованных в Законе, и связаны с правом на воспроизведение, распространение, публичный показ и публичное исполнение²¹. Кроме того, в отношении цифровых копий Закон об авторском праве (1976) помимо правомочий воспроизведения и публичного исполнения полностью устанавливает правомочие распространения в цифровой среде в таком же объеме, как в отношении экземпляров (материальных копий).

Изменения в Законе об авторском праве США²², связанные с принятием в 1995 году Акта по цифровым исполнениям²³, расширили полномочия правообладателя, наделив последнего исключительным правом публично исполнять записанные фонограммы посредством цифрового сообщения (§106). При этом в §101 данного Закона отмечается, что цифровое сообщение — это сообщение полностью или частично в цифровом, но не аналоговом формате. Такой подход отличается от положений ДАП, который распространяет право сообщения, в том числе, и на аналоговую форму.

Среди иных отличий от интернет-договоров ВОИС в Законе США право цифрового сообщения признано только в отношении звуковых записей (фонограмм). Проведя анализ интернет-договоров, а также внутреннего за-

²⁰ Digital Millennium Copyright Act 1998. Available at: URL: <https://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf> (дата обращения: 12.12.2021)

²¹ US. Dep't of Commerce, Copyright policy, creativity, and innovation in the digital economy 2013. Available at: <http://www.uspto.gov/news/publications/copyrightgreenpaper.pdf> (дата обращения: 12.12.2020)

²² Copyright Law of the United States. Available at: <https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf> (дата обращения: 12.04.2020)

²³ Digital performance right in sound recordings Act 1995. Available at: <https://www.copyright.gov/legislation/pl104-39.html> (дата обращения: 12.04.2020)

конодательства судебной практики и мнений ведущих исследовательских центров, Бюро авторских прав США пришло к выводу: к остальным произведениям (protected copyright works) следует применять комплекс традиционных прав использования в цифровой среде, что означает единое правомочие доведения до всеобщего сведения. В этом смысле для всех отношений, возникающих в любой среде — on/off-line — будет применяться традиционный механизм очистки прав у правообладателей. Например, скачивание произведения соответствует праву на распространение (п. 3 § 106 Закона об авторском праве); потоковая передача (вещание) или отображение произведения в Интернете понимается как право публичного исполнения и публичного показа в соответствии с п. 4–6 § 106 Закона об авторском праве и т.д.²⁴

Расширительное понимание интернет-права позволило не только сохранить действующий правовой режим получения вознаграждения для правообладателей авторского права, но и распространить его на исполнителей и изготовителей фонограмм. Следует оговориться, что США, как и большинство стран общего права, не используют в законодательстве конструкцию смежных прав. Интересы соответствующих групп правообладателей охраняются через авторско-правовой режим. Однако в случае цифрового сообщения и спутникового вещания Закон об авторском праве в §114 (в частности, п. «g» и далее) наделяет исполнителей и изготовителей фонограмм правом на получение справедливого вознаграждения за каждое использование фонограммы данными способами. Далее Закон прямо указывает, что такой сбор должен осуществляться некоммерческой ОУП, которой ныне является Sound Exchange²⁵.

Авторы по аналогии с офлайн-средой также сохраняют право на получение вознаграждения за использование их произведений в цифровой среде, сбор которого осуществляют поименные в Законе об авторском праве ОКУП²⁶. Одна из таких организаций призывает пользователей соблюдать закон при использовании музыкальных произведений в сети Интернет: «Закон об авторском праве США требует, чтобы вы (пользователи — Авт.) получали разрешение у владельцев авторских прав на музыку для публичного исполнения, например, когда она транслируется на веб-сайте или в мобильном приложении... музыкальная лицензия ASCAP предоставляет вам разрешение на публичное исполнение любой музыки из репертуара ASCAP...»²⁷.

²⁴ US Copyright Office. The making available right in The United States. A Report of the Register of copyrights, 2016. P. 015–55. Available at: https://www.copyright.gov/docs/making_available/making-available-right.pdf (дата обращения: 15.04.2020)

²⁵ Available at: <https://www.soundexchange.com/> (дата обращения: 16.05.2020)

²⁶ Available at: <https://www.ascap.com/music-users>, https://www.bmi.com/digital_licensing, <https://www.sesac.com/#/> (дата обращения: 16.05.2020)

²⁷ Available at: <https://www.ascap.com/music-users/types/website-mobile-app-landing-page> (дата обращения: 25.09.2021)

Вступивший в силу 1.01.2021 Musical Modernization Act (далее — ММА)²⁸ устанавливает новый механизм обязательного лицензирования на основе бланкетных лицензий для цифровых интерактивных сервисов поставщиков музыкальных произведений Apple Music, Spotify, Deezer и т.д. Бланкетная лицензия выдается специальной организацией по управлению механическими правами на коллективной основе. Такая организация в §115 (2) Закона об АП США именуется Mechanical Licensing Collective (далее — MLC)²⁹. Несмотря на специальное новое регулирование, отмечается, что положения закона ММА основываются на традиционном американском подходе к интернет-правомочию.

Следовательно, действующий институт интернет-прав в США, который основывается на традиционных видах использования произведений, не только гарантирует соответствующую охрану правообладателям в цифровой среде, но и расширяет режим получения вознаграждения на исполнителей и изготовителей фонограмм, и позволяет получать такое вознаграждение обладателям авторских прав.

3. Интернет-право и режим вознаграждения для правообладателей в актах Европейского союза

Будучи участником ДАП и ДИФ, ЕС рассматривает интернет-право через расширенное правомочие сообщения для всеобщего сведения, которое фигурирует в различных директивах³⁰. Широкую интерпретацию право на сообщение для всеобщего сведения получило с принятием Директивы ЕС № 2001/29/ 22.05.2001, известной как InfoSoc Directive³¹ (далее — Директива о гармонизации). Одной из целей данной Директивы являлось установление единых норм ратификации ДАП и ДИФ странами ЕС, связанных с цифровым использованием, в том числе в отношении сообщения для всеобщего

²⁸ Available at: <https://www.copyright.gov/music-modernization/> (дата обращения: 09.02.2021)

²⁹ Available at: <https://www.themlc.com/> (дата обращения: 28.03.2021)

³⁰ Директива ЕС № 93/83/ЕЕС от 27.09.1993 «О согласовании некоторых норм авторского права и прав, относящихся к авторскому праву, применимых к эфирному вещанию через спутник и к ретрансляции по кабелю» (п. 2 ст. 8); Директива 2006/115/ЕС 12.12.2006 «О праве на прокат и праве на предоставление в безвозмездное временное пользование и некоторых правах, относящихся к авторскому праву в области интеллектуальной собственности» (п. 1–3 ст. 8); Директивы ЕС №96/9/ЕС 11.03.1996 «О правовой охране баз данных» (п. «d» ст. 5); Директива 2014/26/EU от 26.02.2014 «О коллективном управлении авторскими и смежными правами и мультитерриториальном лицензировании прав на музыкальные произведения в целях онлайн-использования на внутреннем рынке» (п. 19, 37 Вводных положений); Директива ЕС 2019/790 от 17.04.2019 «Об авторском праве и смежных правах на едином цифровом рынке и изменения Директивы 96/9/ЕС и 2001/29/ЕС» (п. 1 ст. 17).

³¹ Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32001L0029> (дата обращения: 01.10.2021)

сведения, которое должно пониматься в широком аспекте, покрывая все виды сообщения для всеобщего сведения (ст. 23 Преамбулы Директивы о гармонизации).

Статья 3 Директивы о гармонизации на основе ст. 8 ДАП содержит положение, в соответствии с которым «...Договаривающиеся государства обязаны оставить авторам исключительное право разрешать или запрещать любое сообщение для всеобщего сведения их произведений по проводной или беспроводной связи, в том числе путем доведения до всеобщего сведения своих произведений таким образом, что представители публики могут получить доступ к ним из любого места и в индивидуальное время, выбранное ими». Первая часть данной статьи касается непосредственно сообщения для всеобщего сведения, вторая часть — это так называемое «субправо» (известное в российском праве как доведение до всеобщего сведения, которое является частью основного права сообщения для всеобщего сведения и не подлежит интерпретации вне данного контекста [Кoo J., 2019: 81]. Доведение до всеобщего сведения есть акт доступа для передачи произведения по требованию и применяется независимо от того, происходит ли его непосредственная передача [Savola P., 2017: 2]³².

В ЕС сообщение для всеобщего сведения следует рассматривать в двух аспектах: «традиционное использование», т.е. использование произведений/фонограмм путем публичного исполнения и сообщения в эфир/по кабелю, и «цифровое использование», т.е. использование в Интернете [Кoo J., 2019: 90]. Широкая интерпретация права сообщения для всеобщего сведения в Интернете была дана Судом ЕС, который отметил, что «концепт «сообщения для всеобщего сведения» по смыслу ст. 3 Директивы ЕС № 2001/29/ЕС от 22.05.2001 должен интерпретироваться в значении, в котором он покрывает ретрансляцию произведений, включенных в традиционное сообщение по телевидению... посредством потокового вещания в Интернете (an internet stream), доступного для подписчиков этой другой организации, которые могут получить эту повторную передачу, войдя в систему на своем сервере...»³³.

Широкая интерпретация права на сообщение для всеобщего сведения наблюдается даже в тех директивах, в которых это право прямо не упоминается [Frankel S., Gervais D., 2016: 217], а также в законодательстве многих стран ЕС³⁴. В частности, шведский закон об авторском праве (как и законы иных

³² Available at: https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-8-2-2017/4563/JIPITEC-8-2-2017-139-Savola_p.2 (дата обращения: 17.03.2020)

³³ Judgment of The Court (Fourth Chamber) in Case C-607/11 7 March 2013. Available at: URL: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62011CJ0607:EN:HTML> (дата обращения: 22.04.2020)

³⁴ The International Literary and Artistic Association. Report and opinion. Available at: URL: <https://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/making-available-right-report-opinion.pdf> (дата обращения: 15.04.2020)

стран Северной Европы) содержит норму о праве на доведение до всеобщего сведения, которое охватывается правом сообщения для всеобщего сведения, средствами проводной и беспроводной связи (п. 1, 4 ст. 2 Закон об авторском праве)³⁵. Закон об авторском праве Германии рассматривает несколько правомочий в рамках широкого подхода к праву на сообщение для всеобщего сведения, включая право на доведение до всеобщего сведения (п. 2 ст. 15)³⁶. Подпункт (b) п. 2 ст. 20 Закона об авторском праве Великобритании³⁷ признает нарушением права на сообщения для всеобщего сведения, предусмотренного в ст. 16 (1)(d), если лицо осуществило неправомерное доведение произведения до всеобщего сведения. Таким образом, британский законодатель по аналогии со ст. 8 ДАП рассматривает правомочие на доведение до всеобщего сведения в качестве одного из элементов права сообщения до всеобщего сведения.

Такой подход к праву на «сообщение для всеобщего сведения» в ЕС позволяет применить институт справедливого вознаграждения для правообладателей при использовании произведений/фонограмм в цифровой среде.

С принятием Директивы 219/789 17.04. 2019³⁸ в ЕС сформировался устойчивый подход к выплате вознаграждения за использование произведений в онлайн-среде. Данная Директива устанавливает, что акты ретрансляции программ должны быть санкционированы обладателями исключительного права на сообщение для всеобщего сведения. Одновременно п. 1 ст. 4 указанной Директивы содержит императивное положение, согласно которому правообладатели могут реализовать свое право на выдачу или отказ в разрешении на ретрансляцию только через организацию по управлению правами на коллективной основе.

Таким образом, расширенное право на использование сообщения до всеобщего сведения, принятое в директивах ЕС, позволяет его применять к любой среде, в которой используются произведения/фонограммы. Кроме прочего, для сохранения текущего баланса экономических отношений ряд директив прямо предусматривает механизм очистки прав только через ОКУП³⁹. Это позволяет пользователям использовать произведения/фоно-

³⁵ Act (1960:729) on Copyright in Literary and Artistic Works (as amended up to Act (2018:1099)). Available at: <https://wipolex.wipo.int/en/text/495847> (дата обращения: 15.04.2020)

³⁶ Act on Copyright and Related Rights (Copyright Act, as amended up to Act of September 1, 2017). Available at: <https://wipolex.wipo.int/en/text/474282> (дата обращения: 15.04.2020)

³⁷ Copyright, Designs and Patents Act 1988. Available at: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/772818/copyright-designs-and-patents-act-1988.pdf (дата обращения: 15.04.2020)

³⁸ Directive (EU) 2019/789 of The European Parliament and of The Council of 17 April 2019. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32019L0789> (дата обращения: 30.10.2021)

³⁹ См., напр., Art. 9 of Council Directive 93/83/EEC of 27 September 1993 on the coordination of certain rules concerning copyright and rights related to copyright applicable to satellite broadcasting and cable retransmission. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/>

граммы на законных основаниях и ограничивает правообладателей в монопольном диктате условий использования.

4. Интернет-право и режим вознаграждения правообладателям в Российской Федерации

В отечественном законодательстве «интернет-право» закреплено в 2004 г. путем поправок к Закону «Об авторском праве и смежных правах» (далее — Закон об АП)⁴⁰. Появившиеся нормы вызвали резонанс в профессиональной среде, ведь правовому регулированию подлежали совершенно новые отношения, возникающие в ранее неизвестной среде. Вопросы справедливого вознаграждения за использование произведений в Интернете и авторско-правовое регулирование интернет-права остаются дискуссионными [Wunsch-Vincent S., 2013: 9]; [Edwards L., 2010: 8]. В российском законодательстве интернет-право присутствует в меньшем объеме, чем в ЕС и США. Объем и содержание этого права не позволяют однозначно утверждать возможность применения механизма коллективного управления правами для соблюдения интересов правообладателей и пользователей.

Изначально Закон об АП давал автору (п. 11 п. 2 ст. 16), исполнителю (п. 6 п. 2 ст. 37) и производителю фонограммы (п. 5 п. 2 ст. 38) право сообщать произведение (исполнение и фонограмму) таким образом, при котором любое лицо может иметь доступ к нему в интерактивном режиме из любого места и в любое время по своему выбору (право на доведение до всеобщего сведения). Редакция этих статей воспроизводилась в ряде судебных решений без глубокого анализа норм⁴¹.

Содержание этого права было воспринято многими исследователями категорично. В частности, отмечалось, что «доведение до всеобщего сведения» вообще не является правом использования, а представляет собой результат, который может быть достигнут различными способами, напр., путем передачи произведения по радио или средствами телевидения. Также В.О. Калятин указывает, что «доведение до всеобщего сведения не является способом использования произведения, характерным исключительно для Интернета (о чем должно было бы говорить наименование данного право-

TXT/?uri=CELEX:31993L0083 (дата обращения: 30.10.2021); Art. 5 of Directive 2006/115/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32006L0115> (дата обращения: 30.10.2021)

⁴⁰ Федеральный закон от 20.07.2004 № 72-ФЗ «О внесении изменений в Закон Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах» // Российская газета. 1993. № 147.

⁴¹ Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 29.05.2009 по делу N А56-32763/2008 // СПС КонсультантПлюс.

мочия), это вообще не способ использования произведения» [Калягин В.О., 2004: 3; 2005: 1]. Ряд исследователей отмечал, что данное право нужно рассматривать или как отдельное правомочие, например, на воспроизведение [Погуляев В.В., Вайпан В.А., Любимов А.П., 2006: 77], дублирование права на сообщение для всеобщего сведения по кабелю [Еременко В.И., 2005: 68–75], или как комплекс прав, состоящий из права на воспроизведение, публичный показ, публичное исполнение, передачу в эфир и сообщение для всеобщего сведения по кабелю [Гаврилов Э.П., 2005: 20].

Следует согласиться со многими исследователями — В.О. Калягиным, Э.П. Гавриловым и иными, которые ставили под сомнение необходимость признания доведения до всеобщего сведения как отдельного правомочия. Действительно, правомочия, известные авторскому праву ранее, вполне отвечали (и отвечают) и объему и характеру использования произведений/фонограмм. Изменились только среда и способ доставки.

Хотя отечественное законодательство регулирует интернет-право с 2004 года, его содержание и объем до сих пор остаются дискуссионным. Пожалуй, содержание нового способа использования произведения была отражена в Законе 1993 года не полностью и не в такой редакции, чтобы обеспечить соответствие российского законодательства ДАП [Трахтенгерц Л.А., 2016: 30], что в некотором смысле является неудачной калькой этого акта [Калягин В.О., 2005: 1].

После реформы гражданского законодательства в 2008 г. содержание права доведения до всеобщего сведения претерпело изменения. Действующий ГК РФ предоставляет интернет-право автору (п. 11 п. 2 ст. 1270), исполнителю (пп. 3 п. 2 ст. 1317) и изготовителю фонограммы (п. 4 п. 2 ст. 1324). Широкая формулировка «доведение до всеобщего сведения» используется для обозначения размещения произведений в Интернете таким образом, чтобы любое лицо могло получить доступ к произведению из любого места и в любое время по собственному выбору. В этом смысле под доведением следует понимать право доступа к произведению. Этот подход отмечался в доктрине [Рожкова М.А., 2018: 10].

При сравнении содержания права доведения до всеобщего сведения в Законе 1993 года и в ГК РФ выявляются следующие различия: во-первых, в ГК РФ использование выражается в «доведении», а не в «сообщении», что, вероятно, по мнению законодателя, не соответствует деятельности телерадиоорганизаций и кабельных операторов; во-вторых, в ГК РФ отсутствует понятие «интерактивный режим», но подразумевается, что доведение до всеобщего сведения связано с использованием произведений в Интернете.

Остальные изменения носят редакционный характер, например, «по собственному выбору» в редакции ГК РФ вместо «по своему выбору» в редакции Закона 1993 года. Однако смысловые и редакционные изменения в ГК РФ недостаточны, они не всегда позволяют установить режим использова-

ния произведений в цифровой среде интернет-радиостанциями, онлайн кинотеатрами и т.п.

Исходя из анализа содержания интернет-права в международных договорах — ст. 8 ДАП и в соответствующих статьях ДИФ, а также регулирования в праве США и ЕС — отметим особенности подхода российского права к трактовке интернет-права. В частности, международные договоры предоставляют автору и изготовителю фонограммы исключительное право разрешать любое сообщение для всеобщего сведения (any communication to the public⁴²) по проводам или средствами беспроводной связи, в которое входит право на доведение до всеобщего сведения. Именно это право — любое сообщение для всеобщего сведения, (наряду с правом распространения) — стало объектом исследования при принятии международных интернет-договоров ВОИС в аспекте цифрового использования.

По глоссарию ВОИС под сообщением до всеобщего сведения следует понимать предоставление произведения, исполнения, фонограммы или вещание, воспринимаемого соответствующим образом любыми частными лицами. Это понятие шире, чем опубликование⁴³, и оно включает такие способы использования, как публичное исполнение, вещание, сообщение публике по проводам или прямое получение вещательного сигнала. Указанный подход отличается от закрепленного в отечественном законодательстве права на доведение до всеобщего сведения.

Раскрывая понятие «сообщение», ГК РФ указывает, что таковым является любое действие, посредством которого произведение становится доступным для слухового и (или) зрительного восприятия независимо от его фактического восприятия публикой (п. 7 п. 2 ст. 1270). Такой расширенный подход к термину «сообщение», с одной стороны, полностью соответствует п. 1 ст. 8 ДАП, но в то же самое время в диспозиции указанной статьи оно ограничивается сообщением в эфир по радио или телевидению⁴⁴.

Соответственно в отношении действия, связанного с сообщением, можно сделать два взаимоисключающих вывода, исходя из содержания п. 7 п. 2 ст. 1270 ГК РФ: сообщение есть любое действие, включая также сообщение по радио и телевидению (расширенный подход); сообщение есть любое действие, но только сообщение по радио и телевидению (ограничительный подход).

⁴² WIPO Copyright Treaty. Available at: <https://wipolex.wipo.int/en/text/295166> (дата обращения: 20.07.2021)

⁴³ Опубликование в контексте законодательства России следует понимать как обнаружение.

⁴⁴ Понимание формулировки права сообщения осложняется и его содержанием, используемым в ГК РФ. Если в первом предложении пп. 7 п. 2 ст. 1270 ГК РФ речь идет о «сообщении для всеобщего сведения», то следующее предложение в качестве «любого» рассматривает лишь «сообщение», без квалифицирующего признака «до всеобщего сведения».

В свете положений ст. 8 ДАП разрешение сложившегося противоречия чрезвычайно важно, поскольку это влияет не только на квалификацию тех или иных действий, связанных с использованием объектов авторских и смежных прав в Интернете, но также на применение норм, связанных со сбором справедливого вознаграждения для правообладателей.

Следует также отметить особенность деятельности организаций эфирного и кабельного вещания. По ст. 1329 ГК РФ организацией эфирного и кабельного вещания признается юридическое лицо. В свою очередь, ст. 31 Закона РФ от 27.12.1991 № 21241 «О средствах массовой информации» говорит о том, что телевизионное вещание и радиовещание осуществляются вещателем на основании лицензии на вещание, предоставленной федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным Правительством России (далее — лицензирующий орган). Лицензии на вещание не требуется, если распространение телеканала или радиоканала осуществляется в неизменном виде по договору с вещателем, имеющим лицензию на вещание телеканала, радиоканала. Последнее следует отнести к таким лицам, как кабельный оператор.

В соответствии с п. 37 ст. 12 ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности»⁴⁵ осуществление телевизионного вещания и радиовещания возможно только при наличии соответствующей лицензии, выдаваемой лицензирующим органом, которым в настоящее время является Федеральная служба по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор)⁴⁶. В качестве соискателя лицензии отечественное законодательство рассматривает только юридическое лицо (ст. 31.2 Закон РФ от 27.12.1991 № 2124-1 (ред. от 01.07.2021) «О средствах массовой информации»; п. 6 Постановления Правительства России от 23.09.2020 № 1529 «О лицензировании телевизионного вещания и радиовещания»).

Вместе с тем сообщение произведения в Интернете может осуществляться в том числе и физическими лицами, а также лицами, которые заняты бизнесом, но не являются юридическими лицами (например, индивидуальные предприниматели, самозанятые). Ничто не препятствует таким лицам самостоятельно создавать каналы интернет радио и телевидения и т.п. Именно поэтому сегодня существуют десятки персональных каналов на YouTube, становятся доступными видеоролики на TikTok и т.д.

Однако с правовой точки зрения имеет значение факт использования произведений/фонограмм, а равно необходимость установить лицо, которое

⁴⁵ Федеральный закон от 04.05.2011 № 99-ФЗ (ред. от 02.07.2021) «О лицензировании отдельных видов деятельности» // Российская газета. 2011. N 97.

⁴⁶ Available at: URL: <https://rkn.gov.ru/mass-communications/license/p156/> (дата обращения: 15.10.2021)

в конечном итоге является пользователем и, следовательно, обязано выплачивать справедливое вознаграждение. Отсутствие обязательного лицензирования сообщений в эфир и по кабелю лишь указывает, что использование музыкальных произведений/фонограмм в сети Интернет не относится к публичным отношениям. Для защиты общественного интереса государству важно регулировать использование радио и телечастот (волн). Это объясняет требование законодателя в необходимости получения лицензии на вещание, но не на использование произведений / фонограмм.

На практике выделяются следующие технические способы распространения сигнала в онлайн (цифровой) среде:

одновременное или потоковое вещание (simulcast), т.е. разновидность «одновременной трансляции», которое относится к программам, транслируемым более чем на одном носителе или более чем одним сервисом на одном и том же носителе, в одно и то же время⁴⁷;

цифровое вещание (webcasting)⁴⁸ — способ вещания только в цифровой среде (Интернете, посредством мобильных телефонных компаний, мобильных приложений и т.п.). В качестве таких пользователей выступают, например, онлайн-телеканалы, которые осуществляют вещание со веб-страницы или на канале YouTube. При таком способе использования произведений нет необходимости получения лицензии, а равно регистрации в качестве специального субъекта (индивидуального предпринимателя, юридического лица);

предоставление произведения/фонограммы до всеобщего сведения по запросу пользователей. Субъектами использования до всеобщего сведения являются, например, онлайн-кинотеатры, открывающие по запросу доступ к фильмам; цифровые музыкальные сервисы в отношении музыкальных произведений/фонограмм и т.п.⁴⁹ Такие пользователи, как правило, не осуществляют потокового вещания;

смешанный способ: чаще всего характерен для таких цифровых площадок как Яндекс Музыка, YouTube, Spotify и т.п., на которых осуществляется одновременное и цифровое вещание, а также доведение произведения/фонограммы до всеобщего сведения.

Анализируя типы использования произведений в Интернете, следует заключить, что положение п. 1, 2, 5 и 6 ст. 1244 ГК РФ невозможно применить лишь к правомочию доведения до всеобщего сведения, поскольку его

⁴⁷ Available at: <https://en-academic.com/dic.nsf/enwiki/310399> (дата обращения: 29.10.2021)

⁴⁸ Available at: <https://www.pgi.com/blog/2020/07/what-is-webcasting/> (дата обращения: 29.10.2021)

⁴⁹ Available at: URL: <https://www.ivu.ru/>, <https://premier.one/>, <https://okko.tv/> и т.д. (дата обращения: 05.05.2020)

осуществление требует согласия правообладателей и не покрывается аккредитацией для ОКУП. Во всех остальных случаях использование произведений/фонограмм осуществляется путем сообщения в эфир и, следовательно, покрывается лицензиями/договорами, выдаваемыми аккредитованными ОКУП⁵⁰.

Вместе с тем в отечественной доктрине при анализе потокового вещания и цифрового вещания звучат и иные мнения. М.В. Прокофьева отмечает, что при осуществлении трансляции своего телеканала в сети Интернет и через мобильные телефоны не может применяться способ использования, предусмотренный пп. 6 п. 1 ст. 1225 ч. 4 ГК РФ (вещание организаций эфирного или кабельного вещания), что ущемляет права вещательной организации [Прокофьева М.В., 2009: 6]. Также ставится под сомнение возможность распространить выдаваемые лицензии аккредитованных ОКУП на случаи одновременного (потокового) сообщения в Интернете или на случаи сообщения только в режиме онлайн [Иванов Н.В., 2017: 6–13].

Однако бланкетные лицензии, выдаваемые соответствующими аккредитованными ОКУП, достаточны для как потокового, так и цифрового вещания. При одновременном вещании, а равно при вещании онлайн или в мобильном приложении для пользователя изменяется только лишь способ приема.

Некоторые исследователи отмечают, что цифровое вещание и Интернет-трансляция отличается от телерадиовещания только средой передачи, т.е. «транспортом» (IP-сети, кабельные или беспроводные сети, вместо радиоэфира) и совпадает по возможностям — слушатель в обоих случаях не может самостоятельно выбрать контент, проигрываемый в заданный момент времени, и сохранить его для последующего прослушивания штатными средствами. В случае остановки прослушивания канала пользователь возобновляет прослушивание не с того места, где он остановился, а подключается к фактическому сообщению того произведения, которое в настоящий момент вещается по соответствующему каналу [Сытенко Г.И., Вилинов А.А., 2010: 7].

Однако следует не согласиться с тем, что цифровое вещание и Интернет-трансляция отличается от телерадиовещания «транспортом» передачи. Радиовещание — это технология передачи по радио неограниченному числу слушателей речи, музыки и других звуковых эффектов или звуковой информации в радиоэфире, также в проводных сетях (проводное радиовещание) или в сетях с пакетной коммутацией (в компьютерных сетях — интернет-радио) [Евгеньева А.П., 1999: 4]. Следовательно, традиционное радио- и телевещание отличается от онлайн-вещания только характером использо-

⁵⁰ Available at: URL: <http://rao.ru/for-users/to-radio/>; <http://rosvois.ru/contract-tv/> (дата обращения 05.10.2021)

вания. В соответствии со ст. 2 Постановления Правительства России №785 от 22.12.2006 «Об утверждении правил оказания услуг связи для целей телевизионного вещания и (или) радиовещания» под сигналом телепрограммы понимается электрический сигнал программы телерадиовещания, технологические параметры которого определены вещателем в соответствии с техническими нормами и стандартами. Таким образом, сам процесс вещания — это лишь и только технология доставки сигнала,

Исходя из этого, интернет-вещание также можно приравнять к особой форме сообщения в эфир, но при этом нет никаких ограничений в отношении пользователя, под которым может выступать юридическое лицо, индивидуальный предприниматель и т.п., осуществляющего такое вещание. Наличие/отсутствие специального субъектного состава, а равно разрешительных документов (в данном случае — лицензий на вещательную деятельность) не исключает самого факта использования и требует бланкетной лицензии от аккредитованной ОКУП по аналогии с п. 1 ч. 1 ст. 1244 ГК РФ.

Для правомерного использования аудиовизуальных произведений в онлайн- и офлайн-среде необходимо получить прямое разрешение правообладателей. Следовательно, это требование относится как к офлайн-, так и онлайн-кинотеатрам или телеканалам. Однако ни в одном из этих случаев наличие лицензионных договоров с правообладателями не освобождает лицензиатов от выплаты вознаграждения авторам, предусмотренного п. 3 ст. 1263 ГК РФ. В настоящее время такие выплаты осуществляются офлайн-кинотеатрами и телеканалами. Вместе с тем онлайн-кинотеатры и телеканалы данное требование игнорируют, ошибочно указывая, что п. 3 ст. 1263 ГК РФ не может применяться к онлайн-использованию, а аккредитация ОКУП не распространяется на Интернет.

Важно также следующее: предоставление произведения в Интернете или иной цифровой среде не исключает того, что оно одновременно используется разными способами⁵¹. В частности, в соответствии с п. 89 Постановления Пленума ВС РФ от 23.04.2019 №10 (далее — Пленум) запись экземпляра произведения на электронный носитель с последующим предоставлением доступа к этому произведению любому лицу из любого места в любое время (например, доступ в информационно-телекоммуникационных сетях, в том числе в Интернете) является осуществлением двух правомочий, входящих в состав исключительного права: правомочия на воспроизведение (п. 1 п. 2 ст. 1270 ГК РФ) и правомочия на доведение до всеобщего сведения (п. 11 п. 2 ст. 1270 ГК РФ). Следует согласиться с позицией Пленума: осуществление

⁵¹ Существуют исключения, связанные с доступом к произведению — например, возрастные ограничения, доступ по подписке и т.п. Однако эти исключения не отменяют общего правила доступа к произведению.

правомочия доведение до всеобщего сведения невозможно без правомочия на воспроизведение, за исключением случаев, предусмотренных ГК РФ.

Однако не следует ограничиваться указанными правомочиями. В определенных случаях можно утверждать, что правомочие доведения до всеобщего сведения коррелируется также с правомочием сообщения в эфир и публичного исполнения. При потоковом вещании и интернет-вещании фактически происходит сообщение в эфир. Следовательно, предоставление аудиовизуального произведения до всеобщего сведения включает также акт его сообщения в эфир и/или публичное исполнение.

Выделяя отдельный способ использования доведения до всеобщего сведения, законодатель преследовал цель подчеркнуть среду использования. При этом не меняется ни характер, ни объем вводимого правомочия. Как отмечалось выше, использование произведения в цифровой среде — понятие, которое является собирательным (под которым Пленум понимает информационно-телекоммуникационную сеть, в том числе Интернет) — не означает, что не происходит использования традиционных правомочий. Высокий уровень охраны может и должен интерпретироваться в том значении, в котором правообладатели могут контролировать использование своих произведений надлежащим образом и получать соответствующее вознаграждение [Depreeuw S., 2014: 616].

Заключение

Анализ международных договоров, а также нормативных положений в части регулирования правомочия, связанного с использованием произведений/фонограмм в Интернете в США и ЕС показывает, что это правомочие широко интерпретируется. Это позволяет обеспечивать сбор и выплату справедливого вознаграждения соответствующим правообладателям. Данный механизм реализуется через систему коллективного управления правами. Широкий подход к интернет-праву позволяет гибко применять законодательство для защиты интересов правообладателей и пользователей, сохраняя необходимый для развития бизнеса баланс. Таким образом обеспечиваются устойчивость и стабильность правоотношений, которые не зависят от развития технологий.

Анализ норм ГК РФ показывает, что аккредитованные ОКУП в соответствии с п. 3 ст. 1244 ГК РФ правомочны осуществлять сбор вознаграждения с пользователей, осуществляющих потоковое, цифровое вещание музыкальных произведений/фонограмм, в том числе в аудиовизуальных произведениях. Если же судебная практика и правоприменение будут складываться иным образом, то потребуется не только серьезный пересмотр действующих

норм в части регулирования интернет-права, но также пересмотр аккредитации, расширение ее на информационно-телекоммуникационные сети, в том числе на Интернет. Под угрозой может также оказаться деятельность таких пользователей, которые ввиду особенностей теле-радио вещательного бизнеса будут неспособны получить разрешение на использование произведений/фонограмм у всех авторов/исполнителей таких произведений.



Список источников

1. Бентли Л., Шерман Б. Право интеллектуальной собственности: Авторское право. пер. с англ. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. 535 с.
2. Гаврилов Э.П. Комментарий к Закону об авторском праве и смежных правах. М.: Экзамен, 2005.
3. Гаврилов Э.П. Некоторые актуальные вопросы авторского права и смежных прав // Хозяйство и право. 2005. № 1. СПС КонсультантПлюс.
4. Евгеньева А.П. Словарь русского языка. М.: Рус. яз., 1999. 702 с.
5. Еременко В.И. Изменения в законодательстве РФ об авторском праве и смежных правах // Адвокат. 2005. № 1 СПС КонсультантПлюс.
6. Калятин В.О. Правовые проблемы использования произведения в Интернете Информационное право. 2005. N 1 СПС КонсультантПлюс.
7. Калятин В.О. Закон об авторском праве: использование произведений в Интернете Патенты и лицензии. 2004. № 12. С. 3–9
8. Крашенинников П.В. (ред.) Гражданский кодекс Российской Федерации. Авторское право. Права, смежные с авторскими. М: Статут, 2014 .
9. Липциг Д. Авторское право и смежные права. М.: ЮНЕСКО, 2002. 794 с.
10. Моргунова Е.А. (ред.) Право интеллектуальной собственности: актуальные проблемы. М.: Норма, 2014 // СПС КонсультантПлюс.
11. Погуляев В.В., Вайпан В.А., Любимов А.П. Комментарий к Закону РФ «Об авторском праве и смежных правах». М.: Юстицинформ, 2006 // СПС КонсультантПлюс.
12. Рожкова М.А. (ред.) Цивилистическая концепция интеллектуальной собственности в системе российского права. М.: Статут, 2018 // СПС КонсультантПлюс.
13. Сытенко Г.И., Вилинов А.А. Актуальные вопросы регулирования отношений по охране авторского и смежных прав в Интернете // Культура: управление, экономика, право. 2010. № 2. С. 7–11.
14. Трахтенгерц Л.А. (ред.) Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. М.: Норма, 2016 // СПС КонсультантПлюс.
15. Boucher F. Blanket Music Licensing and Local Television: Historical Accident in Need of Reform. Washington and Lee Law Review, 1987, vol. 44, p. 1157–1187.
16. Depreeuv S. The variable scope of the exclusive economic rights in copyright. Wolters Kluwer Law International, 2014, p. 616.
17. Edwards L. The Role and Responsibility of Internet Intermediaries in the Field of Copyright and Related Rights 2010. Available at: URL: <https://www.wipo.int/publications/ru/details.jsp?id=4142&plang=EN> (дата обращения: 24.02.2022)
18. Fiscor M. Collective management of copyright and related rights. Geneva: WIPO, 2002. 170 p.

19. Frankel S., Gervais D. Internet and the Emerging Importance of New Forms of Intellectual Property. Wolters Kluwer Law International, 2016, p. 217.
20. Ginsburg J., Treppoz E. International copyright law: US. and EU perspectives. Cheltenham: Elgar, 2015. 880 p.
21. Koo J. The Right of Communication to the Public in EU Copyright Law. Oxford: Hart, 2019. 250 p.
22. McGuigan F. Making available, communication to the public and user interactivity: an analysis of communication and performing rights application to licensed music streaming services and the subsequent impact on performers. L.: University of Westminster, 2015. 227 p.



References

1. Bentley L., Sherman B. (2004) *Intellectual property law*. Saint Petersburg: Juridical Center Press, p. 231 (in Russ.)
2. Boucher F. (1987) Blanket Music Licensing and Local Television: Historical Accident in Need of Reform. *Washington and Lee Law Review*, vol. 44, p. 115.
3. Civil concept of intellectual property in Russian law (2018) M.A. Rozhkova (ed.). Moscow: Statute. SPS Consultant Plus (in Russ.)
4. Commentary to the Russian Federation Civil Code (2014) Copyright. Copyright related rights. P.V. Krashennnikov (ed.). Moscow: Statute, 410 p. (in Russ.)
5. Commentary to the Russian Federation Civil Code (2016) L.A. Trakhtengerts (ed.). Moscow: Norma, 501 p. (in Russ.)
6. Depreew S. (2014) The variable scope of the exclusive economic rights in copyright. Kluwer Law International, p. 616.
7. Edwards L. (2010) Role and responsibility of Internet intermediaries in the field of copyright and related rights. Available at: <https://www.wipo.int/publications/ru/details.jsp?id=4142&plang=EN> (accessed: 24.02.2022)
8. Eremenko V.I. (2005) Changes in the legislation of the Russian Federation on copyright and related rights. *Jurist=Lawyer*, no 1. SPS Consultant Plus (in Russ.)
9. Evgenyeva A.P. (1999) Dictionary of the Russian language. Moscow: Russkyi jazyk, 702 p. (in Russ.)
10. Fiscor M. (2002) Collective management of copyright and related rights. Geneva: WIPO Press, p.113.
11. Frankel S., Gervais D. (2016) Internet and emerging importance of new forms of intellectual property. Wolters Kluwer Law International, p. 217.
12. Gavrilov E.P. (2005) Commentary on the Law on copyright and related rights. Moscow: Exam, 2005, 210 p. (in Russ.)
13. Gavrilov E.P. (2005) Issues of copyright and related rights. *Ekonomika i pravo=Economy and Law*, no. 1. SPS Consultant Plus (in Russ.)
14. Ginsburg J., Treppoz E. (2015) International copyright law: US and EU perspectives. Cheltenham: Edward Elgar, p. 314.
15. Kalyatin V.O. (2005) Legal aspects of using work in Internet. *Informatcionnoye pravo=Information Law*, no. 1, pp. 14–18 (in Russ.)
16. Kalyatin V.O. (2004) Copyright law: use of works on the Internet. *Patenty i litsenzii=Patents and licenses*, no. 12, p. 3 (in Russ.)

17. Koo J. (2019) The right of communication to the public in EU copyright law. Oxford: Hart, pp. 58–81.
 18. Lipzig D. (2002) Copyright and related rights. Moscow: UNESCO Press, p. 161 (in Russ.)
 19. McGuigan F. (2015) Making available, communication to the public & user interactivity: An analysis of communication and performing rights application to licensed music streaming services and the subsequent impact on performers. L.: University of Westminster, p. 21.
 20. Morgunova E.A. et al. (2014) Intellectual property law: some issues. Moscow: Norma, 176 p. (in Russ.)
 21. Pogulyaev V.V., Vaipan V.A., Lyubimov A.P. (2006) Commentary on the Russian Federation law on copyright and related rights. Moscow: Justitcinform. SPS Consultant Plus (in Russ.)
 22. Sytenko G.I., Vilinov A.A. (2010) Regulation of relations for the protection of copyright and related rights on the Internet. *Kultura: upravlenie, ekonomika, zakon*=Culture: Management, Economy, Law, no. 2, pp. 7–11 (in Russ.)
-

Информация об авторе:

Э.Р. Вальдес-Мартинес — кандидат юридических наук.

Information about the author:

E.R. Valdes-Martines — Candidate of Sciences (Law).

Статья поступила в редакцию 24.10.2022; одобрена после рецензирования 18.11.2022; принята к публикации 18.11.2022.

The article was been submitted to the editorial office 24.10.2022; approved after reviewing 18.11.2022; accepted for publication 18.11.2022.

Научная статья

УДК 347.73

DOI: 10.17323/2072-8166.2022.5.117.138

Национальные проекты в системе бюджетирования, ориентированного на результат: правовой аспект



Дмитрий Александрович Шевелько

Московский государственный университет им. М.В. Ломоносова, Россия, 119991, Москва, Ленинские горы, 1/13, shevelko@audit.msu.ru, <https://orcid.org/0000-0003-1355-067X>



Аннотация

Статья посвящена ключевым вопросам правового регулирования национальных проектов в России с точки зрения методологии бюджетирования, ориентированного на результат (БОР). Россия прошла долгий путь в попытке внедрения программных документов, направленных на достижение и оценку результата при использовании средств федерального бюджета. Начинаясь данный процесс с федеральных целевых программ (ФЦП), которые сменились государственными программами. Параллельно происходило наложение иными документами бюджетного планирования: приоритетными проектами и указами Президента России. Новым этапом развития системы БОР стало принятие национальных проектов и выстраивание всей системы планирования на их основе. Однако до настоящего времени на уровне государства не производился полноценный анализ причин неудач ФЦП и госпрограмм. Фактически изменяются названия документов, но не суть их содержания и методологии. В связи с этим важной составляющей анализа становятся нормы права, так как на их основании разрабатываются и утверждаются порядки разработки и реализации документов стратегического планирования. Именно в них кроется много причин и проблем неэффективности попыток реализации БОР. Предметом исследования выступает процесс разработки и реализации национальных проектов. Цель исследования состоит в формировании научно-теоретических положений: о системных недостатках в реализации БОР, об эффективности текущего правового регулирования нацпроектов, о создании единой методологии реализации документов стратегического планирования, необходимости системного анализа реализации таких документов. Автор использует диалектический и специальные юридические методы научного познания, в частности, методы толкования права, сравнительно-правовой и формально-юридический методы. Сделаны выводы о необходимости совершенствования законодательства в части уточнения

порядка регулирования отдельных элементов национальных проектов. Сформулирована одна из основных причин неудачи реализации ФЦП и госпрограмм: неясная и чрезмерная методология их разработки, а также неясный характер правовых норм. Признано целесообразным продолжить выстраивание системы БОР во главе с национальными проектами.



Ключевые слова

национальный проект, БОР, бюджетный процесс, государственные программы, федеральные целевые программы, расходы, федеральный бюджет.

Для цитирования: Шевелько Д.А. Национальные проекты в системе бюджетирования, ориентированного на результат: правовой аспект // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 5. С. 117–138. DOI: 10.17323/2072-8166.2022.5.117.138

Research article

National Projects in Program Budgeting System: Legal Aspect



Dmitry A. Shevelko

Lomonosov Moscow State University, 1/13 Leninskiye Gori, Moscow 119991, Russia, shevelko@audit.msu.ru, <https://orcid.org/0000-0003-1355-067X>.



Abstract

The article is devoted to the key issues of legal regulation of national projects in Russia from the point of view of the methodology of result-oriented budgeting (BOR). Russia has already come a long way in trying to implement policy documents aimed at achieving results when using federal budget funds. This process of federal targeted programs (FTP) began, which were replaced by state programs. At the same time, there was a parallel layering of other documents: priority projects and decrees of the President of Russia. A new stage in the development of the BOR system was the adoption of national projects and the building of all planning systems based on them. However, until now, a full-fledged analysis of the reasons for the failures of the Federal target Program and state programs has not been carried out at the state level. In fact, the names of the documents change, but the very essence of their content and methodology does not change. In this regard, the norms of law become an important component of the analysis, since on the basis of them, the procedures for the development and implementation of strategic planning documents are developed and approved. In our opinion, they are the reasons and problems of the “inefficiency” of attempts to implement BOR in Russia. Therefore, the subject of the study is the process of developing and implementing national projects. The purpose of the study is to form theoretical positions: on systemic shortcomings in the implementation of BOR in Russia, on the effectiveness of the current legal regulation of national projects, on the creation of a unified methodology for the implementation of strategic planning documents, on the need for a systematic analysis of the implementation of such documents. The author uses the dialectical method and special legal methods of scientific cognition, in particular methods of interpretation of law, comparative

legal method, formal legal method. The paper draws conclusions about the need to improve legislation in terms of clarifying the procedure for regulating individual elements of national projects. One of the main reasons for the failure of the implementation of the Federal Target Program and state programs is formulated: the unclear and excessive methodology of their development, as well as the unclear nature of legal norms. It is proposed to continue building the BOR system led by national projects and bringing all other strategic planning documents in accordance with them.



Keywords

national project; result-oriented budgeting; budget process; state programs; federal target programs; expenditures; federal budget.

For citation: Shevelko D.A. (2022) National Projects in Program Budgeting System: Legal Aspect. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no. 5, pp. 117–138 (in Russ.) DOI: 10.17323/2072-8166.2022.5.117.138

Введение

Расходы федерального бюджета, начиная с 2011 года, исполняются в программном формате, что свидетельствует о попытке создать их взаимную связь с результатами. За 10 лет программное бюджетирование использовалось в том числе для повышения результативности и экономности планирования и исполнения расходов бюджета. Попытки получения связки «расход — результат» предпринимаются со времен распада СССР. Общепризнанной методологией таких процессов является бюджетирование, ориентированное на результат (далее — БОР)¹.

Методология БОР неплохо зарекомендовала себя в странах Европы и Северной Америки начиная с середины XX в. Эта эволюционно развивающаяся методология прошла несколько исторических этапов, которые характеризовались различными моделями БОР.

До настоящего времени в России как на федеральном, так и на региональном уровне не сформировалась четкой системы БОР. Так, с 2011 г. — периода внедрения государственных программ (далее — госпрограммы, государственные программы) — происходит постоянное совершенствование путем внедрения новых документов стратегического планирования. Однако суть и результат программного бюджетирования не изменяются. Такой факт порождает дискуссию о целесообразности внедрения той или иной модели БОР.

Методология БОР связана с экономической теорией, в рамках которой она зародилась и развивается. Определение, признаки, цели БОР сформированы исследователями-экономистами. Но с правовой точки зрения важен

¹ OECD Good Practices for Performance Budgeting. Paris, 2019. Available at: <https://doi.org/10.1787/c90b0305-en> (дата обращения: 01.10.2021)

анализ системы нормативного регулирования методологии БОР, выражающейся в действующей модели программного бюджетирования. К таким аспектам относятся подходы: к определению результата, к оценке рисков, к распределению прав и обязанностей, к последующему контролю над бюджетными расходами. Данный подход прослеживается и в работах исследователей юридической науки [Веремеева О.В., 2018: 26].

Гипотеза настоящего исследования заключается в предположении, что правильная и понятная структура нормативных правовых актов может позволить результативно внедрить БОР в России. Противоречия в документах разного уровня, низкое качество их подготовки и реализации является причиной недостижения результата в программном бюджетировании. Поэтому целью исследования является формирование научно-теоретических положений о системных недостатках реализации БОР в России, о результативности текущего правового регулирования нацпроектов, о создании единой методологии реализации документов стратегического планирования, необходимости системного анализа реализации таких документов.

Такая цель опосредована решением следующих задач: анализ порядка разработки нацпроектов и сравнение имеющегося порядка с порядком, действовавшим до 2018 г. Это предопределяет выявление тенденций и отличий двух больших этапов развития БОР². Отдельная задача исследования состоит в анализе современного понимания БОР в зарубежной науке, где данное понятие зародилось к середине XX в. Изучение исторических этапов БОР в России позволяет выделить тенденции и недостатки в правовом регулировании на временном интервале.

Предметом исследования являются нормы права, регулирующие общественные отношения, складывающиеся при планировании и реализации национальных проектов, государственных программ и проектов.

1. Современное понимание бюджетирования, ориентированного на результат

В зарубежной литературе сложился единый подход к выделению этапов развития БОР. Среди них выделяют: «эффективное бюджетирование» (performance budgeting) [Mosher F., 1954: 80–81], «планирование–программирование–бюджетирование» (planning-programming-budgeting)³, управле-

² С 2011 по 2018 гг. — период государственных программ, с 2018 г. — период национальных проектов.

³ Controller General of the United States. Survey of Progress in Implementing the Planning-Programming-Budgeting System in Executive Agencies. Available at: <https://play.google.com/books/reader?id=2IMsAAAAIAAJ&pg=GBS.PP12&hl=ru> (дата обращения: 01.10.2021)

ние по целям (management by objectives), «бюджетирование на нулевой основе» (zero-base budgeting)⁴.

Все данные методологии отличались порядком формирования, расчета и оценки показателей результата, что во многом обуславливалось экономическими и управленческими факторами. Вместе с тем правовая основа также определяла каждую модель, так как закрепление, разделение тех или иных полномочий производилось в нормативных правовых актах. Исследователи БОР отмечают, что «в правовых актах закрепляются: сфера ответственности, каждого уровня государственного управления; выбор метода достижения цепочки «планирование расходов — полученный результат»; методология определения критериев оценки эффективности расходов бюджета» [Кудряшева Е.В., 2019: 12].

Развитие БОР в настоящее время привело к пониманию его в рамках общепризнанной модели «performance-based budgeting» [Robinson M., Last M., 2009: 2] как бюджетирования, ориентированного на результат (в современном понимании). Зарубежные исследователи отмечают, что внедрение данной модели в деятельность любой организации повышает эффективность ее деятельности [Lorenz C., 2012: 76]. БОР способно определять взаимосвязь между организационными целями, задачами, программами, мероприятиями и ключевыми показателями эффективности организации или органа государственной власти [Crain W., O’Roark J., 2004: 177].

В различных методологиях БОР выделяются следующие общие черты, которые заключаются в достижении целей через программы и планы развития. Немаловажна оценка путей достижения через критерии эффективности и переоценка выбранных путей для последующей корректировки расходов бюджета. Отдельные модели БОР имеют особенности.

Определение БОР в зарубежной литературе отличается в зависимости от понимания бюджетных процессов исследователя финансовой сферы государства. Приведем несколько определений, принятых зарубежным научным сообществом. Так, Р. Робинсон рассматривал БОР через призму необходимости исследования всех возможных и альтернативных путей для определения «оптимального» распределения ресурсов между конкурирующими целями» [Robinson R., 1993: 671].

Д. Ласт и М. Робинсон отмечают, что БОР «направлено на повышение эффективности и результативности государственных расходов путем увязки финансирования организаций государственного сектора с получаемыми ими результатами, систематического использования информации о

⁴ Performance Budgeting. Past initiatives offer insight for GPRA implementation // U.S General Accounting office. Report to Congressional Committees. P. 42, 46. Available at: <https://www.gao.gov/assets/aimd-97-46.pdf> (дата обращения: 01.10.2021)

результатах деятельности» [Robinson M., Last M., 2009: 10]. Они выделяют следующие предпосылки для внедрения БОР в базовом варианте формирования бюджета: информация о целях и результатах государственных расходов определяется в виде ключевых показателей эффективности и простой формы оценки программы; программная квалификация расходов бюджета; четкость бюджетного процесса, обеспечивающая понимание целей и задач, а также их публичное обсуждение; регулярный внешний аудит и анализ достигнутых результатов для целей совершенства и выбора путей реализации запланированных результатов.

Из данных трех предпосылок в России в рамках бюджетного процесса создана основа внедрения БОР. Большинство расходов федерального бюджета происходит в рамках государственных программ (далее — госпрограммы), которые по идее могут закрывать требование по определению целей и задач. В России происходит исполнение федерального бюджета на основе бюджетной классификации, учитывающей государственные программы и непрограммные расходы. Однако выделим некоторые противоречия в отношении понимания конечных целей и задач развития в долгосрочной перспективе.

Суммируя практику БОР, обозначим следующие позиции. Первоначально показатели эффективности (экономности и результативности) в отношении определенной деятельности формировались в коммерческом секторе. Это было обусловлено первостепенной задачей извлечения прибыли. Со временем такие подходы стали переходить в государственный сектор, где органы власти искали способы повышения эффективности и результативности расходов. Поэтому произошло смещение акцента с оценки кассовых расходов на оценку эффективности.

Для формирования качественной системы правового регулирования БОР важна фиксация следующих элементов в законодательстве: целей и задач бюджетного процесса; четкого распределения ответственности между субъектами бюджетного планирования; порядка оценки достигнутых результатов. Вместе с тем одного закрепления в нормативных правовых актах недостаточно. Для успеха БОР важны качественные управленческие процессы его реализации.

БОР — методология, закреплённая на законодательном уровне и определяющая необходимость увязки расходов с определенным результатом с ясным распределением сфер компетенций и ответственности разработчиков целей и задач развития.

Обращаясь к российской экономической и юридической науке, отметим, что единообразного подхода за 20 лет к рассмотрению БОР не сформировалось. Более того, в последние годы наблюдается спад интереса исследователей к данной теме. Понятие БОР рассматривается в рамках программного

бюджета, программно-целевого бюджетирования, программного бюджетирования. При этом юридический и экономический подходы к БОР различаются. Если при экономическом подходе БОР рассматривают в основном как процесс, план достижения результата, то при правовом подходе БОР анализируют через систему нормативного регулирования.

Среди подходов к определению БОР, сложившихся в науке, выделим следующие. С.Н. Братусь понимал под БОР процесс разработки плана развития государства [Братусь С.Н., 1966: 7]. М. П. Афанасьев рассматривает БОР через призму бюджетного процесса, который должен обеспечивать взаимосвязь расходов и результатов на основе стратегических целей и приоритетов государственной политики [Афанасьев М.П., 2012: 23]. Близки к такому пониманию БОР Н. В. Скрынникова и Е.В. Чварнукова, определяющие БОР как взаимосвязанный процесс управления бюджетными ресурсами через бюджетный процесс [Скрынникова Н.В., Чварнукова Е.В., 2014].

В рамках юридического подхода исследователи отдельно не рассматривают БОР. Логика их анализа построена на рассмотрении правовых норм, регулирующих бюджетный процесс, а также принципов бюджетной системы, закрепленных в Бюджетном кодексе Российской Федерации⁵ (далее — БК РФ). БОР внедряется в России много лет, и юридические исследователи выделяют следующие недостатки данной системы:

отсутствие закрепления подходов и принципов БОР в БК РФ;

регламентация бюджетного процесса и его стадий, а не фокусировка на описании программно-целевых методов;

отсутствие единой методики оценивания эффективности расходов бюджета;

отсутствие систематизации документов федерального, регионального и муниципального уровня, связанных задачами и показателями, для реализации национальных целей;

постоянные изменения методологии разработки и реализации документов стратегического планирования.

До настоящего времени продолжается изменение названий документов и их содержания, а ключевой вопрос так и не решен: как увязать расходы и результаты? Экономическая привязка давно изучена, а правовое закрепление таких отношений пока не увенчалось успехом.

БОР — методология, признанная в ведущих странах мира (Европейский союз, Япония, США, Канада). Попытки полноценной исследовательской адаптации БОР к российским реалиям в отечественной научной мысли пока не проводились. Отметим, что имеется круг проблем, которые необходимо

⁵ Бюджетный кодекс Российской Федерации от 31.07.1998 № 145-ФЗ // Российская газета. 1998. № 153–154.

решить для внедрения БОР. При этом в России возможно применение другой методологии, отличной от БОР, но с идентичным смыслом.

2. Исторический очерк внедрения БОР в России

В России есть предпосылки внедрения БОР, что позволяет говорить о внедрении данной методологии в ее бюджетный процесс. Выделим три этапа реализации программно-целевых документов, которые могут быть идентифицированы как этапы развития БОР: с середины 1990-х годов до 2014 г. — период попытки внедрения федеральных целевых программ (далее — ФЦП); замена ФЦП на государственные программы; с 2018 г. до настоящего времени: перестройка программно-бюджетирования (БОР) под архитектуру документов стратегического планирования во главе с национальными проектами (программами).

2.1. Федеральные целевые программы

ФЦП стали первыми после распада СССР документами и могут быть проанализированы с точки зрения использования методологии БОР. ФЦП определялись как «комплекс научно-исследовательских, опытно-конструкторских, производственных, социально-экономических, организационно-хозяйственных и других мероприятий»⁶. Данные мероприятия были увязаны по задачам, ресурсам и срокам. Главной целью ФЦП было решение системных проблем в областях государственного управления.

Основное правовое регулирование ФЦП с 1995 г. строится на Порядке разработки и реализации федеральных целевых программ и межгосударственных целевых программ (далее — Порядок ФЦП). В настоящее время Порядок не утратил силу, что свидетельствует о возможности применения данного инструмента в программном бюджетировании.

В 1995–2018 гг. ФЦП не стали инструментом построения программно-бюджетирования. Анализ показал, что ежегодная доля расходов на ФЦП составляла не более 12% федерального бюджета в 2000–2010 гг. Постепенно, начиная с 2011 г., на смену пришли государственные программы, а также проявилась тенденция к отказу от ФЦП. Но пока они остались в рамках новой модели проектного управления. По состоянию на 01.09. 2022 в России реализуется 11 ФЦП, из которых с 2018 г. были приняты две. Они продол-

⁶ См.: п. 1 Порядка разработки и реализации федеральных целевых программ и межгосударственных целевых программ, в осуществлении которых участвует Российская Федерация, утвержденного постановлением Правительства Российской Федерации от 26.06. 1995 № 594 // Российская газета. 1995. № 140.

жают выполнять узкий круг задач в рамках программного бюджетирования. Встает вопрос о причинах неудач ФЦП, а также отсутствия их масштабирования на большую часть расходов федерального бюджета.

Применение программных документов бюджетирования под разными названиями — ФЦП, госпрограммы, приоритетные проекты и т.д. — ставит вопрос о целесообразности смены названия. По сути в БОР основной упор сделан на определении целей и задач, порядка их достижения, распределения обязанностей и других аспектов. Поэтому процессы, которые происходят в проектном управлении в рамках национальных проектов, на наш взгляд, при небольшой корректировке методологии могли проводиться и в рамках ФЦП. Это обеспечило постепенное развитие и сопоставимость данных начиная с 1995 г.

Из анализа Порядка ФЦП и сравнения с элементами БОР, сделаем вывод: в общих рамках ФЦП соответствуют документу программного бюджетирования и методологии БОР. Однако есть недостатки в правовом регулировании в Порядке ФЦП.

Во-первых, они связаны с целеполаганием, так как в определении ФЦП указаны области развития (например, экономическая, экологическая и др.). Соответственно отсутствует взаимосвязь с верхним уровнем целей развития России. Поэтому с помощью ФЦП решались узкие задачи.

Во-вторых, в определении ФЦП намечено эффективное решение развития соответствующих областей. На момент издания Порядка ФЦП в России отсутствовали критерии эффективности, а ст. 34 БК РФ вступила в силу только 1.01.2000. В связи с этим включение таких способов достижения цели не было обеспечено нормативным определением понятия эффективности как использования средств бюджета, так и государственного управления в целом.

В-третьих, механизм учета проблематики, по которой разрабатываются ФЦП, не был выстроен на основе риск-ориентированного подхода и носил формальный характер. Так, п. 4 Порядка ФЦП в рамках отбора факторов предусматривает пять элементов, которым должна соответствовать ФЦП. Они все неконкретны, в том числе нет объективных критериев их оценки.

В рамках разработки ФЦП есть недостатки распределения ответственности между исполнителями и государственным заказчиком-координатором ФЦП. Так, фактически заказчик-координатор не проводил полноценного анализа предложенных исполнителями в их части целей, задач и показателей ФЦП. На практике каждую часть ФЦП готовил отдельный исполнитель. Соотнесение или гармонизация этих частей воедино в архитектуре ФЦП не проводилось; отдельные мероприятия не оценивались на предмет достижения общих целей и задач ФЦП.

ФЦП отличались громоздким порядком принятия, не имели проектного способа управления. Они согласовывались профильными структурами —

Министерством экономического развития и Минфином. При этом они, например в развитии здравоохранения или экологии, не обладали специальными знаниями. В настоящее время такой порядок сохранен и получается, что в системе проектного управления есть две разные системы (прошлая и новая).

Как документы ФЦП имели возможность развития, используя методологию Порядка ФЦП. Но раздел VII «Управление реализацией целевой программы и контроль за ходом ее выполнения» Порядка ФЦП не реализовывался на практике. Из-за сбора ФЦП по отдельным кускам ответственным исполнителем (государственным заказчиком) общий контроль над их реализацией изначально был невыполним.

Иногда сводную информацию по предусмотренным формам государственный заказчик–координатор не запрашивал у исполнителей. Такие факты свидетельствуют о формализме контроля над реализацией ФЦП. Выборочное изучение отчетов⁷ показало, что они тоже носят формальный характер. ФЦП считается эффективными при достижении показателей мероприятий. Но формирование этих показателей и их последующая оценка не означают влияния на положение дел в области государственного управления, что подтверждают проверки Счетной палаты России.

Например, по ФЦП «Устойчивое развитие сельских территорий на 2014 — 2017 годы и на период до 2020 года» Палата выявила отсутствие существенного влияния ФЦП на расширение доступа населения сельских территорий к социальным объектам⁸. Формальность выполнения показателей не привело к прорыву в разных областях экономики и управления. Методология БОР в этом случае не достигла цели из-за несовершенства нормативного регулирования. Такой недостаток сохранился и в государственных программах.

Хотя результат в ФЦП закладывался, он нивелировался отсутствием контроля. Это явилось, на наш взгляд, системной ошибкой, повлиявшей на отказ от принятия и реализации новых ФЦП. Ни органы внутреннего финансового аудита внутри Правительства России, ни Счетная палата не проводили комплексного анализа причин неудач, что не позволило изучить негативные уроки и риски при разработке и реализации государственных программ.

Суммируя вопросы аудита и контроля, отметим, что в открытых данных нет полноценного анализа причин неудач ФЦП. Следовательно, опыт ФЦП не исследовали при переходе к государственным программам. Что свиде-

⁷ См., напр.: Отчет о реализации ФЦП «Жилище (2015–2020 годы)» за 2017; Отчет по ФЦП «Развитие транспортной системы России (2010–2021 годы)» за 2018 г. Available at: URL: rkn.gov.ru (дата обращения: 20.04. 2020)

⁸ Available at: URL: <https://ach.gov.ru/news/schetnaya-palata-vyyavila-priznaki-necелеvogo-ispolzovaniya-subsidii-na-stroitelstvo-avtodorog-v-ram-32379> (дата обращения: 01.10.2021)

тельствует об отклонении от методологии БОР, подразумевающей систематический анализ путей достижения целей и выполнения задач.

Подводя итог функционирования ФЦП в парадигме БОР, отметим следующее.

Несовершенство нормативного регулирования привело к формальному выполнению показателей мероприятий ФЦП без существенного влияния на сферу, где они выполнялись. На этот недостаток также наложился слабый контроль со стороны как исполнителей, так и государственного заказчика-координатора. Порядок ФЦП не написан простым и ясным языком, что затрудняло его применение ответственными должностными лицами в нижестоящих органах власти. Система разработки ФЦП отличалась несовершенством в виде согласований ФЦП с частью профильных министерств, на которые не возлагалась ответственность за достижение целей и задач. Фактически это лишние звенья в методологии БОР. Таким образом, неразрешенность проблем ФЦП привела к переходу на государственные программы вместо расширения их применения.

2.2. Государственные программы Российской Федерации

В 2011 г. вместо ФЦП начали разрабатывать и реализовывать государственные программы, которые стали основой программного бюджетирования. Развитие госпрограмм прошло несколько этапов: первые редакции (2011–2014); пересмотр госпрограмм (2014); реализация программ с их частичным обновлением (2015–2020); адаптация программ под национальные проекты и цели (с 2020).

Государственная программа ныне определяется как «документ стратегического планирования, содержащий комплекс планируемых мероприятий (результатов), взаимоувязанных по задачам, срокам осуществления, исполнителям и ресурсам, и инструментов государственной политики, обеспечивающих достижение приоритетов и целей государственной политики»⁹. Как видно из определения, госпрограмма полностью отвечает методологии БОР. В отличие от ФЦП, неясных положений в определении нет, и в нем определен конечный результат. Основное правовое регулирование госпрограмм основывается с 2010 г. на Порядке разработки, реализации и оценки эффективности государственных программ Российской Федерации (утвержден Постановлением Правительства России от 2.08. 2010 № 588; далее — Порядок госпрограмм).

⁹ См.: п. 2 Положения о системе управления государственными программами Российской Федерации, утвержденного постановлением Правительства Российской Федерации от 26 мая 2021 г. № 786 // СЗ РФ. 2021. № 23. Ст. 4042.

Основные недостатки реализации госпрограмм с 2010 г. заключались в системных проблемах при их разработке. Весь период 2010–2020 гг. характеризуется однотипными ошибками, постоянно выявляемыми в том числе Счетной палатой России¹⁰. В связи с этим госпрограммы не стали полноценным инструментом БОР в реализации федерального бюджета, несмотря на переход к программному характеру бюджета.

Суммируя анализ причин и недостатков госпрограмм, выделим следующие факторы, обусловленные, в том числе пробелами в правовом регулировании:

Неясная и запутанная методология разработки госпрограмм. В дополнение к Порядку госпрограмм Министерство экономического развития России принимало методические рекомендации¹¹ к их разработке и реализации (в 2013 и 2016 годах). Из их анализа следует, что обычному сотруднику было невозможно без специальной подготовки выполнить все требования данных объемных документов. Требования не взаимосвязаны, нет примеров лучших практик, недостает механизма соотнесения целей и задач с показателями госпрограммы. Это привело к «сырым» первым версиям госпрограмм; в короткие сроки их разработки исполнители не смогли реализовать замысла методологов.

2.3. Отсутствие системы оценки рисков

В Порядке разработки госпрограмм и методических рекомендациях не предъявлялись требования к оценке рисков недостижения целей, задач и показателей. Риски в отношении недостижения целей, задач и показателей включались в паспорта госпрограмм формально. Начиная с 2020 г. в методологию разработки госпрограмм добавляются положения об риск-ориентированном подходе (по аналогии с национальными проектами).

2.4. Ограниченность времени разработки и коррекции госпрограмм

Первые редакции госпрограмм готовились в 2011–2012 гг. в ограниченный промежуток времени (не более 6 месяцев). Основным требованием (поручением Правительства России) было подготовить их к фиксированной

¹⁰ Available at: URL: <https://ach.gov.ru/news/neravnomernost-byudzhethnogo-planirovaniya-gos-programm-po-godam-stavit-pod-vopros-realistichnost-ih-v-17910> (дата обращения: 01.10.2021)

¹¹ См.: приказ Минэкономразвития России от 20.11.2013 № 690 «Об утверждении Методических указаний по разработке и реализации государственных программ Российской Федерации» // Российская газета. 2013. № 6349; приказ Министерства экономического развития от 16.09.2016 № 582 «Об утверждении Методических указаний по разработке и реализации государственных программ Российской Федерации». Available at: URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 11.10.2016)

дате. Поэтому исполнители не смогли точно выполнить все предусмотренные неясные требования. Ситуация повторилась в 2014 г.: новые редакции госпрограмм готовились в спешке в конце весны и летом для их включения в трехлетний бюджетный цикл (2015–2017). Новые редакции были несколько лучше первоначальных, но сохранились основополагающие проблемы с увязкой целей, задач, показателей и финансирования.

Выделим следующие недостатки: зачастую показатели мероприятий госпрограмм не зависели от объема финансирования; показатели не характеризовали достижения целей и задач госпрограммы; частой ошибкой до 2014 г. было отсутствие динамики показателей госпрограммы по годам, они оставались одинаковыми по всему сроку реализации.

3. Оценка эффективности госпрограмм

В каждой госпрограмме имеется раздел о ее оценке, а Порядком госпрограмм установлены требования к его формированию и последующей оценке Минэкономразвитием России. Но методология построена так, что даже при невыполнении показателей и мероприятий реализация госпрограммы она может быть оценена как эффективная. С 2012 г. анализ эффективности госпрограмм является дискуссией между Правительством (в лице Минэкономразвития России) и Счетной палатой. Дискуссия обусловлена неодинаковыми подходами к анализу эффективности госпрограмм.

Например, госпрограмма «Развитие здравоохранения», по мнению Счетной палаты, не подлежит оценке ее эффективности за 2019 г., так как доля показателей, по которым не указаны их фактические значения, составляет 14,6% (превышает 10%)¹². В Правительстве России данная госпрограмма не оценивалась из-за значительных нарушений сроков выполнения. В годовом отчете ответственного исполнителя — Минздрава России за 2019 г. оценка эффективности также не произведена¹³. Этот пример показывает отсутствие единых подходов к оценке эффективности госпрограмм, что является недостатком в рамках методологии БОР.

Оценивая правовое регулирование госпрограмм, отметим, что оно находится в постоянном процессе совершенствования. По сравнению с ФЦП госпрограммы стали документами на ступень выше по качеству. «Детские болезни» начала реализации госпрограмм исправляются. Однако их могло

¹² Available at: URL: <https://ach.gov.ru/upload/iblock/7ad/7ad85906c0b0ed5c5818d2df4a46f312.pdf> (дата обращения: 01.10.2021)

¹³ См.: Годовой отчет о ходе реализации пилотной государственной программы Российской Федерации «Развитие здравоохранения» и об оценке ее эффективности за 2019 год // СПС Консультант Плюс.

бы и не быть при должном анализе реализации ФЦП и надлежащем времени их разработки.

Госпрограммы стали попыткой внедрения методологии БОР. Но продолжающиеся споры об их оценке свидетельствуют о пробелах и несовершенстве методологии их построения. Правительство России предпринимает очередную попытку перестроить процессы разработки и реализации. В настоящее время идет интеграция правового регулирования национальных проектов и госпрограмм. Результатом процесса стали пилотные госпрограммы. Результативность таких решений можно будет оценить позднее, что позволит понять, исправлены ли ошибки и недостатки.

4. Взаимосвязь расходов и целей развития в БК РФ

Последний эксперимент с внедрением БОР на новом уровне – национальные проекты. Они появились как результат установления Президентом России национальных целей развития: сначала до 2024 года, затем до 2030 года. В связи с этим построение БОР осуществляется на их основе. На момент их появления прослеживались следующие особенности БОР в России. БК РФ напрямую не закрепляет взаимосвязи расходов и результатов. Исходя из толкования принципов бюджетной системы России, включая ст. 34, 38 БК РФ, расходы имеют признаки адресности и целевого характера. Это включает определение получателя средств и целей их выделения. То же касается и регулирования межбюджетных трансфертов.

Целевой характер выделения средств предполагает ответственность административную и уголовную. Это характеризует обособление данного признака как определяющего при осуществлении бюджетных расходов.

Обратившись к системе обязательств как неотъемлемой части исполнения расходов бюджета, увидим, что определение расходного, денежного или публичного обязательства не содержат взаимосвязи средств и целей. Данные обязательства предусматривают выделение средств тем или иным субъектам. Вместе с тем средства выделяются на основании нормативного правового акта или иных актов, перечисленных в определениях ст. 6 БК РФ.

О государственных программах, являющихся основой планирования расходов бюджета, в бюджетной классификации сказано, что «целевые статьи расходов бюджетов формируются в соответствии с государственными (муниципальными) программами»¹⁴. Здесь прослеживается та же тенденция: цели ассигнований содержатся в нормативном правовом акте, утверждающем государственную программу.

¹⁴ Ст. 21 Бюджетного кодекса Российской Федерации от 31.07.1998 № 145-ФЗ // Российская газета. 1998. № 153–154.

Подчеркнем, что есть порядок обоснования бюджетных ассигнований, который включает нормативный акт (основу ассигнования). В нем фиксируются цели или результат, для чего и выделяются бюджетные средства. Но форма обоснования формализована и не предполагает анализа результата. Для обоснования участники бюджетного процесса включают различные нормы, включая ссылку на положение об органе власти.

Анализ БК РФ свидетельствует об общих рамках регулирования БОР. Данный порядок включает отсылочные или гипотетические нормы предоставления средств на соответствующий результат на основании нормативного акта или другого документа в предусмотренных случаях. Запутанная система регулирования расходов, включающая большой понятийный аппарат, и отсутствие прямой взаимосвязи расходов и результата являются недостатком БК РФ. Соответствующие положения теоретически имеются в подзаконных актах.

Исходя из системы документов стратегического регулирования, включая Указ Президента Российской Федерации от 21.07.2020 № 474¹⁵, отметим первый уровень (один из главных) целей бюджетных расходов — национальные цели. Президентом России дано Правительству поручение «предусматривать в приоритетном порядке бюджетные ассигнования на реализацию национальных целей». На одном уровне с национальными целями идут положения Конституции, по которым формируются бюджетные ассигнования в соответствующих сферах. Таким образом, данные документы содержат приоритетные цели развития в системе БОР.

5. Обеспечивает ли нормативное правовое регулирование национальных проектов реализацию БОР?

Рассмотрим нормативные акты, регулирующие разработку и принятие национальных проектов для оценки использования БОР в них. В определении национального проекта, содержащегося в п. 3 Положения об организации проектной деятельности в Правительстве (утверждено Постановлением Правительства Российской Федерации от 31.10.2018 №1288; далее — Положение о проектной деятельности), отмечено, что они «являются проектом (программой), направленным на достижение национальных целей и их целевых показателей, а также задач и показателей, определенных в поручениях Президента России или Правительства России»¹⁶.

¹⁵ СПС Консультант Плюс.

¹⁶ Постановление Правительства РФ от 31.10.2018 № 1288 (ред. от 28.06.2022) «Об организации проектной деятельности в Правительстве Российской Федерации» (вместе с «По-

На наш взгляд, расширение целей первого уровня вне рамок национальных целей вызывает критику с точки зрения БОР. Ввиду пандемии реализация национальных целей перенесена на 2030 г. Новые цели, которые могут быть озвучены Президентом России, приведут к необходимости корректировки национального проекта. В связи с этим встает затрудненность правового закрепления БОР: ее причина — нестабильность фиксируемых целей и отношений в нормативных актах. Ситуация с санкционным давлением на Россию в 2022 г. также потребует пересмотра паспортов национальных проектов.

Возможность коррекции результата (цели и показатели) ставит под сомнение качество планирования, риск-ориентированный подход, а также необходимость использования БОР в той или иной версии методологии. Мы приходим к ситуации, при которой в БК РФ есть только общие рамки регулирования «расход–результат». Есть параллельная функционирующая система национальных проектов, выведенная из бюджетного законодательства. Нечеткость требований к целям и показателям ставит под сомнение подход к получению результата.

Положение о проектной деятельности устанавливает общие рамки разработки и утверждения национальных проектов. Примерные действия предусматриваются в методических рекомендациях¹⁷. На момент написания статьи в разработке была новая версия таких рекомендаций¹⁸.

Под национальными проектами есть следующие уровни документов: федеральные (региональные) проекты, ведомственные проекты и государственные программы. До сих пор отсутствует их единый понятийный аппарат. Имеются два понятия: проект и программа, сходные по содержанию и методологии. Однако четкого разграничения нет, так как национальный проект — это и программа одновременно.

В Положении о проектной деятельности в отношении национального проекта предусмотрен паспорт, который должен содержать его показатели, влияние на достижение результата и общественно значимые результаты. В отношении национальных проектов в п. 13 Положения определены принципы формирования. Они отражают требования к закреплению результата и эффективности расходов бюджета на национальные проекты.

ложением об организации проектной деятельности в Правительстве Российской Федерации») // СЗ РФ. 2018. N 45. Ст. 6947.

¹⁷ Методические указания по разработке национальных проектов (программ) (утв. Президиумом Совета при Президенте РФ по стратегическому развитию и национальным проектам, протокол от 14.10.2019 № 12). Available at: URL: <http://government.ru/info/38514/> (дата обращения: 01.10.2021)

¹⁸ Available at: URL: <https://pm.center/bazaznaniy/document/metodicheskie-ukazaniya-po-razrabotke-natsionalnykh-proektov-programm/> (дата обращения: 01.10.2021)

В Положении о проектной деятельности нет четкого требования об установлении в национальном проекте его целей и показателей. Если обратиться к методическим рекомендациям, то лишь в образце паспорта проекта есть такой раздел. Там закреплены подходы, в рамках которых в национальный проект включаются «дополнительные показатели, позволяющие однозначно оценить достижение цели национального проекта».

Наличие простых и ясных правовых норм методологии разработки национальных проектов привело к обратному результату по сравнению с госпрограммами: в методологии ныне закреплены три требования к результату¹⁹. При этом сам результат императивно закреплен в вышеуказанном Указе Президента Российской Федерации № 474. Нацпроекты должны подстраиваться под результат. Отсюда риски, связанные с целесообразностью методических рекомендаций.

Рассмотрим несколько национальных проектов, что позволит сформировать систему целей и целевых показателей. Отметим, что в 2021–2022 гг. происходит актуализация паспортов национальных (федеральных) проектов и государственных программ России. В связи с этим состав целей и показателей может измениться.

В рамках национальной цели «сохранение населения, здоровье и благополучие людей» предусмотрено четыре целевых показателя²⁰. В разделе 2 паспорта национального проекта «Здравоохранение»²¹ предусмотрено 12 целей и целевых показателей. Часть из них напрямую не связана с национальной целью — например, увеличение объема экспорта медицинских услуг не менее чем в четыре раза по сравнению с 2017 годом.

Из них всеюм идут цели и показатели федеральных проектов и государственных программ. Получается система из более чем 100 целей и показателей. При этом общая структура таких целей и показателей не опубликована, только из интервью должностных лиц Правительства России становится понятно, что на рабочем уровне это производилось.

В рамках другой национальной цели («возможности для самореализации и развития талантов») принят национальный проект «Наука».

¹⁹ Детализация задач до результатов национального проекта; определение контрольных точек, подтверждающих получение результатов национального проекта; планирование мероприятий, направленных на достижение контрольных точек и в совокупности обеспечивающих получение результатов национального проекта.

²⁰ Обеспечение устойчивого роста численности населения России; повышение продолжительности жизни до 78 лет; снижение уровня бедности в два раза по сравнению с показателем 2017 года; увеличение доли граждан, систематически занимающихся физкультурой и спортом, до 70%.

²¹ Утв. Президиумом Совета при Президенте Российской Федерации по стратегическому развитию и национальным проектам, протокол от 24.12. 2018 № 16 // СПС Консультант Плюс.

Паспорта национальных проектов «Здравоохранение» и «Наука» (раздел 2) содержат различные подходы к формированию целей и показателей. Отличается их структура и лаконичность. Если в нацпроекте «Наука» под каждую цель сформулированы показатели (однако их так не назвали), то в нацпроекте «Здравоохранение» первые три показателя идут без цели, зато по другим целевым показателям уточнено, что это именно показатели.

Методология разработки паспорта национального проекта содержит диспозитивные и ясные нормы, что отличает их от методологии разработки государственных программ. Соответственно кураторы нацпроектов имеют некоторую свободу в выборе путей их реализации и национальных целей. Такая диспозитивность в теории обеспечивается перечнем действий и задач разработки проектов и программ. Пока методология подготовки нацпроектов не отвечает такому требованию. Не установлен универсальный «чек-лист» для конечных исполнителей его разделов. Возможно, новая методология, разрабатываемая с 2021 года, устранил данный недостаток.

Однако система целей и показателей не позволяет однозначно сформулировать «расход–результат». Национальный проект содержит распределение финансирования по целям, но фактически деньги направляются в федеральный (региональный) проект или государственную программу. В них же имеются собственные цели, показатели и мероприятия, которые таким образом финансируются из средств национального проекта.

Дополнительно модель расчета конечного результата по национальному проекту и его ресурсная обеспеченность подвергаются постоянной критике в государственных и научных кругах. Так, ставится под сомнение возможность достижения целей и показателей в рамках имеющихся мероприятий и ресурсного обеспечения. На наш взгляд, это — следствие несовершенства правового регулирования.

Положение о проектной деятельности подробно не регулирует этот вопрос, как и вопросы риск-ориентированного подхода к созданию нацпроектов. Все данные вопросы в небольшом объеме раскрыты в методических рекомендациях. В них также нет ясного ответа на данные вопросы. Связывая эти положения с государственными программами, получаем те же правовые пробелы, но в другом аспекте.

В государственных программах в методологии 2014–2018 гг. имелись чрезмерные и непонятные нормы, так что конечный исполнитель не мог по ним подготовить качественного документа. Сейчас противоположная ситуация — норм права недостаточно для понимания, зачем нужен нацпроект, как его готовить, как рассчитать риски и ресурсное обеспечение. К пробелу добавились и новые формы проектной деятельности: сессии, обсуждения и т.д. Безусловно, они полезны, но на минимальном уровне разработанности нацпроекта.

В такой паутине целей и показателей напрямую выделить результат по БОР проблематично. Отсутствие единых подходов и времени на качественную реализацию проектов привело, на наш взгляд, к пересмотру периодов реализации нацпроектов. В период 2020–2022 годов параллельно идет также оптимизация (пересмотр) государственных программ, которые должны быть приведены в соответствие с нацпроектами и их методологии.

Заключение

Система БОР в России продолжает перестраиваться из-за несовершенства правового регулирования. При этом не учитывают важный фактор нормотворчества: отсутствие работы над ошибками. Отсутствует анализ внедрения БОР от ФЦП, госпрограмм до национальных проектов. При подготовке национальных проектов, например, происходила спешка, как и при подготовке первых госпрограмм в 2010–2011 гг.

Суммируя недостатки, отметим, что диспозитивность правового регулирования национальных проектов в системе БОР приводит к отсутствию закрепления норм (алгоритма) разработки нацпроекта. Это включает: общий характер требований к проекту, отсутствие риск-ориентированного подхода и увязки ресурсного обеспечения, экономических (статистических) показателей с целями и конечными результатами.

Из проанализированного встает вопрос о необходимости нескольких уровней нормативного регулирования выполнения национальных целей.

Раньше система БОР состояла из одного уровня правового регулирования на федеральном уровне: сначала это были федеральные целевые программы (в рамках 10–12% объема расходов федерального бюджета), затем государственные программы (с имплементацией приоритетных проектов перед появлением национальных проектов). Сейчас уже несколько уровней, включая интеграцию всех бюджетов бюджетной системы: от нацпроектов до региональных проектов.

Множественность уровней показателей и целей влияет на качество бюджетного процесса. Правовое регулирования при этом не устанавливает четкого алгоритма «расход — результат». На уровне Правительства России не произведена публичная оценка всей системы целей и задач стратегического планирования. Система остается в постоянном процессе совершенствования, что негативно влияет на реализацию БОР. В 2018–2019 гг. разрабатывались национальные проекты, федеральный и региональные проекты. В 2020–г. из-за пандемии, в 2022 г. из-за санкций они корректировались. Параллельно на эти процессы накладывается разработка пилотных госпрограмм и интеграция их правового регулирования с нацпроектами.

Имеются серьезные риски, что текущая система может повторить участь ФЦП и государственных программ, а национальные цели к 2030 г. достигнуты не будут. Качество правового регулирования является серьезным фактором в построении БОР. Однако постоянная коррекция и изменения не способствуют выстраиванию действенной системы всех уровней планирования на основе иерархической системы целей и задач [Кудряшева Е.В., 2019: 132]. Остается надеяться, что в ближайшие годы система регулирования БОР всех имеющихся документов (нацпроекты, госпрограммы, федеральные проекты и т.д.) будет приведена в единообразие и мы сможем говорить о разработке и внедрении собственной модели БОР в России.



Список источников

1. Афанасьев Р.С., Голованова Н.В. Оценка эффективности бюджетных расходов: федеральный и региональный опыт // Финансовая аналитика: проблемы и решения. 2016. № 2. С. 56–64.
2. Братусь С.Н. О соотношении административных и экономических методов регулирования хозяйственных отношений. Ученые записки Всесоюзного института советского законодательства. 1966. Выпуск 7. С. 3–9.
3. Веремеева О.В. Бюджетирование, ориентированное на результат как инструмент управления бюджетным процессом России: тенденции и перспективы правового развития // Финансовое право. 2018. № 4. С. 20–27.
4. Гусева С.В., Иванова Н.Г. Программное бюджетирование в сфере здравоохранения на региональном уровне // Известия Санкт-Петербургского государственного экономического университета. 2016. №1. С. 32–41.
5. Клименко А.В. Десятилетие административной реформы: результаты и новые вызовы // Вопросы государственного и муниципального управления. 2014. № 1. С. 8–51.
6. Кудряшова Е.В. Правовое регулирование стратегического планирования в сфере государственных финансов. М.: Норма, 2019. 304 с.
7. Кудряшова Е.В. Финансовая безопасность в иерархии целей стратегического планирования в Российской Федерации // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. N 2. С. 124–138.
8. Программный бюджет: учебное пособие. Под ред. М.П. Афанасьева. М.: Магистр, 2012. 381 с.
9. Скрынникова Н.В., Чварнукова Е.В. О сущности программно-целевого бюджетирования на местном уровне в Российской Федерации. Available at: URL: <http://litterref.ru/naujgyfsyfsatymr.html> (дата обращения: 01.10.2021)
10. Комягин Д.Л. Управление бюджетными ресурсами и доходами (правовые вопросы): монография. М.: Прометей, 2017. 392 с.
11. Crain W., O' Roark J. Impact of performance-based budgeting on state fiscal performance. *Economics of Governance*, 2004, vol. 5, pp. 167–186.
12. Dilley F. Program budgeting in the university setting. *The Educational Record*, 1996, vol. 47, no. 4, p. 48.

13. Lorenz C. Impact of performance budgeting on public spending in the German Land. In: The Impact of Performance Budgeting on Public Spending in Germany's Laender. Wiesbaden: Gabler, 2012, pp. 75–122.
14. Mosher F. Program budgeting: theory and practice with particular reference to US Army Department. New York: American Book-Stratford Press, 1954. 258 p.
15. Robinson M., Last M. Basic model of performance-based budgeting: International Monetary Fund. 16 p. Available at: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/tnm/2009/tnm0901.pdf> (дата обращения: 01.10.2021)
16. Robinson R. Economic evaluation and health care. What does it mean? British Medical Journal, 1993, vol. 307, no. 6905, pp. 670–673.



References

1. Afanasyev R.S., Golovanova N.V. (2016) Evaluation of budget expenditures efficiency: federal and regional experience. *Finansovaya analitika*=Financial Analytics, no. 2, pp. 56–64 (in Russ.)
2. Bratus S.N. (1966) Correlation of administrative and economic methods of regulating economic relations. Moscow: Institute of Soviet Legislation Press, pp. 3–9 (in Russ.)
3. Crain W., O'Roark J. (2004) Impact of performance-based budgeting on state fiscal performance. *Economics of Governance*, no. 5, pp. 167–186. Available at: <https://doi.org/10.1007/s10101-003-0062-6> (accessed: 20.04.2020)
4. Dilley F. (1966) Program budgeting in the university setting. *The Educational Record*, vol. 47, no. 4, p. 478.
5. Guseva S.V., Ivanova N.G. (2016) Program budgeting in the field of healthcare at the regional level. *Izvestia Sankt-Peterburgskogo ekonomicheskogo universiteta*=Bulletin of Saint Petersburg University of Economics, no. 1, pp. 32–41 (in Russ.)
6. Klimenko A.V. (2014) Decade of administrative reform: results and new challenges. *Voprosy gosydarstvennogo i municipalnogo upravleniya*=Issues of State and Municipal Administration, no. 1, pp. 8–51 (in Russ.)
7. Komyagin D.L. (2017) *Administration of budgetary resources: legal aspects*. Moscow: Prometey, 392 p. (in Russ.)
8. Kudryashova E.V. (2019) Regulation of strategic planning of public finance. Moscow: Norma, 304 p. (in Russ.) Available at: www.dx.doi.org/10.12737/monography_5bc0b21960f611.53732882 (accessed: 20.04.2020)
9. Kudryashova E.V. (2019) Financial security in the hierarchy of strategic planning goals in the Russian Federation. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*=Law. Journal of the Higher School of Economics, vol.12, no. 2, pp. 124–138 (in Russ.) DOI: 10.17323/2072-8166.2019.2.124.138
10. Lorenz C. (2012) Impact of performance budgeting on public spending in the German land. In: The Impact of performance budgeting on public spending in Germany's Land. Wiesbaden: Gabler. Available at: https://doi.org/10.1007/978-3-8349-3483-3_5 (accessed:20.04.2020)
11. Mosher F. (1954) Program budgeting: theory and practice with particular reference to the US Department of the Army. N.Y.: American Book-Stratford Press, 258 p.
12. Program budget: textbook (2012) M.P. Afanasyev (ed.). Moscow: Magistr Press, 381 p. (in Russ.)

13. Robinson M., Last M. (2009) Basic model of performance-based budgeting: International Monetary Fund. P.16. Available at: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/tnm/2009/tnm0901.pdf> (accessed: 01.10.2021)
 14. Robinson R. (1993) Economic evaluation and health care. What does it mean? *British Medical Journal*, vol. 307, no. 6905, pp. 670–673. DOI: <https://doi.org/10.1136/bmj.307.6905.670>.
 15. Skrynnikova N.V., Chvarnukova E.V. (2014) On program-targeted budgeting at local level in Russia. Available at: <http://litterref.ru/rnaujgyfsyfsatymer.html> (accessed: 01.10.2021)
 16. Veremeeva O.V. (2018) Result-oriented budgeting as a tool for managing budget process in Russia: trends and prospects of legal development. *Finansovoe pravo*=Financial Law, no. 4, pp. 20–27 (in Russ.)
-

Информация об авторе:

Д.А. Шевелько — старший преподаватель, кандидат юридических наук.

Information about the author:

D.A. Shevelko — Senior Lecturer, Candidate of Sciences (Law).

Статья поступила в редакцию 17.10.2022; одобрена после рецензирования 18.11.2022; принята к публикации 18.11.2022.

The article was submitted to the editorial office 17.10.2022; approved after reviewing 18.11.2022; accepted for publication 18.11.2022.

Научная статья

УДК 343.28/.29

DOI: 10.17323/2072-8166.2022.5.139.161

Закономерности развития и функционирования института освобождения от уголовной ответственности



**Владимир Константинович Андрианов¹,
Юрий Евгеньевич Пудовочкин²**

¹ Российский государственный университет правосудия, Россия 117418, Москва, Новочеремушкинская ул., 69,

² Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА), Россия 125993, Садово-Кудринская ул., 9,

¹ andrianov_vk@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0003-2270-2145>

² 11081975@list.ru, <https://orcid.org/0000-0003-1100-9310>



Аннотация

Возникновение, развитие и функционирование института освобождения от уголовной ответственности характеризуется закономерностями. Их выявление и описание является ключом к пониманию его сущности, эволюции и современного состояния. Несмотря на многочисленные работы, посвященные исследованию института освобождения от уголовной ответственности, попыток изучения его социально-правовой природы через закономерности еще не предпринималось, что обуславливает необходимость настоящего исследования. Работа основана на устоявшихся в отечественной науке теоретических учениях о социальной, исторической и криминологической обусловленности уголовного закона и уголовной политики. Авторы придерживаются диалектического взгляда на развитие уголовного права и его институтов, предполагающего выявление и изучение лежащих в основе такого развития противоречий общественного и правового развития. Для изучения закономерностей развития и функционирования института освобождения от уголовной ответственности использованы историко-правовой, статистический, аналитический и документальный методы. В работе выявлены и проанализированы закономерности института освобождения от уголовной ответственности, характеризующие: гуманизацию уголовного права; развитие уголовного права как средства социального управления; обусловленность содержания норм уголовного права социальным поведением индивидов; зависимость типа урегулирования уголовно-правового конфликта от сложившейся в обществе

концепции взаимоотношений государства и личности; социально-исторический генезис института; тенденции внутреннего развития института; социально-политические тенденции дальнейшего развития института освобождения от ответственности и его функционирования на практике. Авторы приходят к выводу, что институт освобождения от уголовной ответственности, закономерно возникший и развивающийся как гуманистический ответ на недостатки и издержки уголовного наказания, ориентированный на исправление малоопасных преступников и возмещение причиненного преступлением вреда, в настоящее время функционирует как диалектическая противоположность законодательной тенденции увеличения масштабов криминализации, внутрисистемный уголовно-правовой механизм сдерживания и преодоления криминализационной избыточности уголовного закона, что искажает социально-правовую природу и предназначение данного института.

Ключевые слова

альтернативы уголовного преследования, освобождение от уголовной ответственности, гуманизация уголовного закона, общественная опасность, уголовная политика, криминализационная избыточность.

Для цитирования: Андрианов В.К., Пудовочкин Ю.Е. Закономерности развития и функционирования института освобождения от уголовной ответственности // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 5. С. 139–161. DOI: 10.17323/2072-8166.2022.5.139.161

Research article

Patterns of Development and Functioning Institute of Exemption from Criminal Liability

 **Vladimir K. Andrianov¹, Yury E. Pudovochkin²**

¹ Russian State University of Justice, 69 Novocheremushkinskaya Str., Moscow 117418, Russia,

² Kutafin Moscow State Law University (MSAL), 9 Sadovaya Kudrinskaya Str., Moscow 125993, Russia,

¹ andrianov_vk@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0003-2270-2145>

² 11081975@list.ru, <https://orcid.org/0000-0003-1100-9310>

Abstract

The emergence, development and functioning of the institution of exemption from criminal liability is characterized by several patterns. Their identification and description is the key to understanding its essence, evolution and current state. Despite numerous studies on the institution of exemption from criminal liability, no attempt has been made yet to study its socio-legal nature through patterns, which necessitates the conduct of this study. The work is based on the theoretical doctrines on social, historical, and criminological conditions of criminal law and criminal policy that have become established in Russian science. The

authors adhere to a dialectical view on the development of criminal law and its institutions, which involves the identification and study of the underlying contradictions of social and legal development. To study the laws of development and functioning of the institution of exemption from criminal liability, historical, statistical, analytical, and documentary methods are used. The paper identifies and analyzes the patterns of the institution of exemption from criminal liability, characterizing: the humanization of criminal law; the development of criminal law as a means of social management; the conditionality of the content of criminal law norms by social behavior of people; the dependence of the type of settlement of criminal conflict on the concept of the relationship between the state and the individual in society; the socio-historical genesis of the institution of exemption from responsibility; trends in the internal development of the institution of exemption from criminal liability and its functioning in practice. According to the results of the analysis, the authors conclude that the institution of exemption from criminal liability, which naturally emerged and develops as a humanistic response to the shortcomings and costs of criminal punishment, aimed at correcting low-risk criminals and compensation for harm caused by a crime, now functions as a dialectic opposite of the legislative trend of increasing the scale of criminalization, an intrasystem criminal law mechanism to deter and overcome criminalization redundancy of the criminal law, which distorts its social and legal nature and purpose.



Keywords

alternatives to prosecution, exemption from liability, humanization of criminal law, public danger of crime, criminal policy, criminal redundancy.

For citation: Andrianov V.K., Pudovochkin Yu.E. (2022) Patterns of Development and Functioning Institute of Exemption from Criminal Liability. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no. 5, pp. 139–161 (in Russ.) DOI: 10.17323/2072-8166.2022.5.139.161

Введение

Одной из знаковых тенденций развития уголовной политики и современного уголовного права, отчетливо фиксируемой с момента констатации специалистами «кризиса уголовного наказания», стало активное внедрение в уголовный закон и правоприменительную практику различных по содержанию и методам воплощения концепций минимизации наказания и замены его по возможности иными, альтернативными средствами разрешения уголовно-правовых конфликтов. Данная закономерность возникает на фоне общих закономерностей развития социально-политической жизни (в частности, демократизации общественного строя, гуманизации социальных отношений) и права (повышения значения субъективных прав, взаимопроникновение отраслевых методов и т.д.) и напрямую зависит от них.

История уголовного права убедительно свидетельствует, что по мере изживания стереотипов репрессивного мышления и преодоления гипертрофированных понятий о роли и возможностях уголовной кары в решении криминологических и социальных проблем повышается значимость аль-

тернативных способов регулирования уголовно-правовых конфликтов. Это приводит как минимум к двум взаимосвязанным результатам. Во-первых, к утрате актуальности модели уголовной политики, основанной на эксплуатации единственной (карательной) стратегии уголовно-правового воздействия, с одновременным наращиванием потенциала такой модели, которая основывается на плюралистических концепциях уголовно-правового воздействия, включающих карательные и не карательные механизмы. Во-вторых, к минимизации масштабов использования сугубо запретительно-карательной стратегии решения уголовно-правовых конфликтов и расширению поля стратегии восстановительно-предупредительной, гуманистической и гуманитарно-ориентированной. Одним из действенных правовых инструментов, выражающих этот уголовно-политический сдвиг, получивших признание и поддержку в отечественной правовой системе, выступает институт освобождения от уголовной ответственности.

Этот правовой институт в последние годы: существенным образом расширил свое присутствие в тексте уголовного закона (как в нормах Общей части, так и в специальных примечаниях к статьям Особенной части Уголовного кодекса Российской Федерации; далее — УК РФ; УК); был неоднократно легитимирован Конституционным Судом Российской Федерации и получил с его стороны развернутую интерпретацию с точки зрения соблюдения и воплощения конституционных принципов регулирования уголовно-правовых отношений; получил распространение в судебной практике, будучи применяемым почти к каждому пятому лицу, представшему перед судом; получил официальное истолкование в правовых позициях высшей судебной инстанции на уровне Пленума Верховного Суда Российской Федерации (далее — ВС РФ); стал предметом исследования в десятках, если не в сотнях научных работ различного масштаба и характера.

Отмеченные обстоятельства убедительно свидетельствуют о фундаментальной значимости института освобождения от уголовной ответственности в системе современных доктринальных и правоприменительных взглядов на средства уголовно-правового противодействия преступности. Накопленный к сегодняшнему дню опыт нормативного регулирования, практики применения и доктринального анализа института освобождения от уголовной ответственности ставит на повестку дня необходимость обобщающих исследований этого правового средства, выявление общих тенденций и закономерностей его развития и функционирования, без знания которых, по нашему убеждению, невозможно в должной степени ни оценить его текущее состояние, ни наметить возможные направления дальнейшего развития. Откликаясь на эту потребность, авторы настоящей публикации, развивая и углубляя ранее сформулированный общий подход к проблематике уголовно-правовых закономерностей, обращаются к частным вопросам закономерностей института освобождения от уголовной ответственно-

сти. Исходной точкой анализа выступает тезис о социально-политической и специально-юридических сторонах содержания права, а отсюда — о целесообразности вычленения закономерностей, характеризующих социально-политический и специально-юридический генезис и функционирование института освобождения от уголовной ответственности. Каждый из них может быть представлен комплексом частных закономерностей, которые самым тесным образом взаимосвязаны и взаимозависимы.

1. Гуманизация уголовного права

Закономерности гуманизации уголовного права выражают появление и распространение в его содержании альтернативных уголовному осуждению и наказанию институтов, в том числе освобождения от уголовной ответственности под влиянием общих закономерностей развития общества, государства и права.

Общая закономерность, существенно повлиявшая на развитие альтернатив традиционным карательным мерам, в том числе института освобождения от уголовной ответственности, состоит в том, что по мере роста уровня общественного сознания, а вместе с ним — и удельного веса социально-одобряемого человеческого поведения, методы государственно-принудительного воздействия, служащие предупреждению преступления и ответственности за него, все более гуманизируются.

Существенными проявлениями гуманизации уголовного права могут служить, в частности, такие важные исторические факты, как запрет на применение уголовного закона по аналогии, отказ от сословно-классового подхода к определению оснований уголовной ответственности и наказуемости, признание уголовно-правовой охраны прав и свобод человека первоочередной задачей, учет степени вменяемости при определении уголовно-правовых последствий, последовательное расширение круга обстоятельств, исключающих преступность, а также перечня наказаний, не связанных с лишением свободы, и т.д. Крупным «притоком» этой тенденции, с одной стороны, сформированным общей закономерностью гуманизации уголовного права, а с другой стороны, подпитывающим ее, является и развитие института освобождения от уголовной ответственности.

Следует отметить, что речь идет о гуманизации уголовного права как о длительном тренде его развития, действие которого не исключает, что в отдельно взятые периоды истории уголовного законодательства в качестве относительно коротких отступлений наблюдаются отдельные всплески репрессивности уголовной политики.

Во многом такое пересечение и наложение различных трендов в условиях преобладания субъективных факторов в восприятии уровня гуманизма/

репрессивности уголовной политики является причиной неоднозначной доктринальной оценки ее тенденций: одна группа авторов, как известно, критикует современную уголовную политику за чрезмерный либерализм [Смирнов А.М., 2018: 310–314], другие ученые, напротив, — за избыточную репрессивность [Рарог А.И., 2014: 88–95].

Признавая неизбежной неоднородную реакцию различных социальных групп и деятелей научного сообщества на уголовную политику, мы считаем необходимым в оценке ее направленности различать длинные тренды (закономерные тенденции) и короткие тренды. Длинные тренды задают глобальные направления развития права, в том числе в уголовно-правовой сфере и прокладывают себе дорогу в той или иной степени в законодательстве практически всех стран независимо от их конституционного строя и принадлежности к той или иной правовой семье.

Такие тренды выявляются при анализе общего эволюционного пути развития законодательства, они обусловлены глубинными объективными факторами, более стабильны и устойчивы к колебаниям текущего правотворчества, более «свободны» от субъективных и волюнтаристских факторов правообразования, т.е. обладают чертами закономерностей развития. При этом, чем глубиннее объективные факторы, обуславливающие право, тем стабильнее и устойчивее тенденции его развития. Длинные тренды в большей степени обуславливаются объективными, «базисными» факторами правообразования, а короткие — субъективными или временными обстоятельствами.

Применительно к уголовной политике это выражается в том, что изменение ее текущего тренда, колебание уровня ее репрессивности/ либеральности в большей мере зависит от надстроечных факторов (политического режима, уровня легитимности власти, взаимоотношений гражданского общества и государства, целесообразности социально-управленческой деятельности, субъективизма в нормотворчестве, репрессивности профессионального и массового сознания, объема «конъюнктурной», «ситуативной» преступности и т.п.). В то время как за длинными трендами уголовной политики стоят такие сущностные факторы, как потребности в охране универсальных ценностей от наиболее опасных посягательств, состояние ядра преступности, закономерности взаимосвязи экономических, демографических, психологических и иных объективных социальных процессов и процессов криминализации и пенализации.

Тот факт, что феномен освобождения от уголовной ответственности зародился уже в первых правовых памятниках и по мере дальнейшего развития российского уголовного законодательства институализировался и разрастался в направлении разнообразия видов и практической распространенности, говорит о том, что его генезис и функционирование обусловлены

глобальным трендом, выражающим гуманистическую эволюцию общества и права, а также глубинными объективными факторами.

2. Развитие уголовного права как средства социального управления

Закономерности развития уголовного права в данном русле демонстрируют влияние объективных тенденций эволюции управленческих технологий на формирование и содержание альтернативных способов урегулирования уголовно-правового конфликта, а через них, в частности, на институт освобождения от уголовной ответственности. Можно выделить как минимум две наиболее существенные из этих общих закономерностей.

Первая отражает повышение действенности социального управления по мере рационализации и комплексного применения различных способов воздействия (поощрения и наказания) на управленческий объект. Учитывая этот факт, законодатель обоснованно заложил в УК РФ прогрессивную и гибкую систему самых различных по содержанию мер уголовно-правового воздействия, основной принцип которой состоит в усилении степени принуждения и репрессии при нарастающем негативном поведении лица и, соответственно, в ее уменьшении вплоть до отказа от принуждения) — при позитивном.

Вторая закономерность отражает зависимость эффективности управляющего воздействия от оптимального соотношения императивного и диспозитивного регулирования. В сфере права каждый из этих методов начинал свою жизнь в чистом виде в рамках отраслей (традиционно считается, что происхождение императивного метода обусловлено предметом уголовного права, а диспозитивного — предметом гражданского права), затем эти первичные методы стали использоваться отраслями права в различных сочетаниях и комбинациях. Сегодня не вызывает, в частности, сомнений, что уголовное право, сохраняя преобладание императивного метода, характеризуется тенденцией расширения сферы применения диспозитивного правового регулирования.

Отмеченные закономерности, являясь специфическим проявлением общего закона единства и борьбы противоположностей, подчеркивают его важность в развитии альтернативных наказанию способов урегулирования уголовно-правового конфликта и, в частности, института освобождения от уголовной ответственности. Основной импульс развитию здесь дает потребность в нахождении баланса, компромисса между такими свойственными уголовному праву противоположностями, как: присущая отрасли императивность против распространения диспозитивных начал в уголовно-правовом регулировании; достижение задач уголовного права на основе традиционных мер принуждения против увеличения использования поощрения;

расширение круга преступных деяний в Особенной части Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК) против расширения перечня оснований освобождения от уголовной ответственности и наказания в Общей части УК; гуманизм к потерпевшему против гуманизма к преступнику; неотвратимость ответственности против нецелесообразности ее реализации; законодательная оценка против фактической оценки степени общественной опасности преступления и лица, его совершившего.

Верны объяснения природы института освобождения от уголовной ответственности, в которых авторы исходят из диалектической противоречивости [Сундуров Ф.Р., 2012: 152]; [Балафендиев А.М., 2016: 4]. Обоснованной является сформулированная в доктрине и воплощенная в законодательстве концепция компромисса, предполагающая смягчение или освобождение от уголовной ответственности в обмен на осуществление лицом, совершившим преступление, определенного позитивного постпреступного поведения, позволяющего, с одной стороны, способствовать наиболее полной компенсации причиненного преступлением вреда и достижению восстановительных задач, а, с другой стороны, экономя силы и средства правоохранительных органов, обеспечить раскрываемость иных, как правило, более тяжких и опасных преступлений [Аликперов Х.Д., 1992: 65].

3. Обусловленность норм уголовного права социальным поведением индивидов

Закономерности обусловленности норм уголовного права социальным поведением личностей напрямую воплощаются в генезисе института освобождения от уголовной ответственности, так как в его основе лежит оценка как минимум двух типов поведения: послужившего основой привлечения к ответственности и выступающего условием освобождения от нее.

Мнения ученых о социально-криминологических основаниях освобождения от уголовной ответственности разделились. Некоторые специалисты рассматривают их в контексте анализа социально-правовой категории «общественная опасность»: одна группа авторов связывает освобождение с утратой лицом, совершившим преступление, его прежней общественной опасности [Ендольцева А.В., 2005: 21]; [Благов Е.В., 2018: 161]; другие — с отпадением или снижением общественной опасности преступника и совершенного им деяния [Келина С.Г., 1974: 71]; третьи — с утратой или снижением общественной опасности виновного лица и (или) совершенного им преступления [Егоров В.С., 2002: 89]; [Матвеева Я.М., 2015: 46].

Другие исследователи сосредотачивают внимание на политико-управленческих аспектах освобождения от ответственности и полагают, что существование данного института в уголовном праве продиктовано началами це-

лесообразности [Бавсун М.В., 2002: 12–13]; [Звечаровский И.Э., Иванов А.Л., 2015: 13]. М.А. Кауфман, к примеру, предлагает рассматривать в качестве основания освобождения от уголовной ответственности нецелесообразность привлечения к ней, основанную на принципе экономии уголовной репрессии [Кауфман М.А., 2021: 152–153].

Такой подход не дает исчерпывающего объяснения оснований освобождения от ответственности, поскольку экономия репрессии, как и целесообразность, есть феномены вторичные и производные. Целесообразность должна рассматриваться как соотношение затрат и результата в сфере взаимодействия интересов субъектов уголовного права, которое в свою очередь должно базироваться на социальных закономерностях. Как замечает Т.Г. Понятовская: «Условия и основания освобождения от уголовной ответственности должны давать нам ясное представление о том, по какой причине (социально-политической, правовой необходимости) государство отказывается от реализации своей обязанности...» [Понятовская Т.Г., 2015: 94]. Достижение этой ясности предполагает, в первую очередь, понимание социальных закономерностей, обуславливающих формирование рассматриваемого института.

На наш взгляд, изучение обстоятельств, с которыми уголовный закон связывает освобождение от уголовной ответственности, наводит на мысль о том, что законодатель при отборе и придании им соответствующего значения исходил из двух социальных закономерностей: «искупления вины» (чем активнее устранение зла, тем больше оснований прощения, что давно подмечено народной мудростью в пословице «повинную голову меч не сечет») и «запоздалой кары» (чем отдаленнее момент кары от момента содеянного, тем меньше от нее пользы; здесь уместно вспомнить известные пословицы «кто старое (т.е. зло) помянет, тому глаз вон» или «кто старое вспомянет, того черт на расправу потянет»).

Закономерность искупления вины раскрывается через понимание феноменов общественной опасности преступления и лица, его совершившего.

Общественная опасность преступления — его свойство, означающее способность причинять существенный вред общественным отношениям, находящимся под охраной уголовного закона. Она раскрывается, как известно, через описание ее характера и степени. Как разъясняется в Постановлении Пленума ВС РФ от 22.12.2015 №58 «О практике назначения судами Российской Федерации уголовного наказания», характер общественной опасности преступления определяется направленностью деяния на охраняемые уголовным законом социальные ценности и причиненный им вред. Степень общественной опасности преступления зависит от обстоятельств содеянного, в частности, от характера и размера наступивших последствий, способа совершения преступления, роли подсудимого в преступлении, совершенном в соучастии, от вида умысла либо неосторожности.

Общественная опасность лица, совершившего преступление (а такое понятие, несмотря на все теоретические дискуссии, получило нормативную «прописку» в ст. 75, 80.1 УК), также имеет два аспекта. Первый вытекает из опасности преступления, т.е. отражает ретроспективную общественную опасность личности. Второй аспект связан с возможной общественной опасностью личности в будущем, т.е. показывает ее перспективную опасность. Главными при оценке перспективной общественной опасности личности должны быть ее позитивные свойства, а, точнее, соотношение удельного веса позитивных и негативных показателей. В целом общественная опасность личности преступника должна быть определена на основе соотношения тяжести причиненного преступлением вреда и положительных и отрицательных характеристик его личности [Бурлаков В.Н., 2011: 15–16].

Исходя из этих рассуждений, следует признать, что именно степень общественной опасности преступления поддается уменьшению, а положительные характеристики личности, напротив, увеличению в связи с определенными видами позитивного посткриминального поведения лица (п. «и», «к» ст. 61, 75, 76, 76.1, 76.2 УК), выражающего восстановление нарушенного отношения (интереса, блага) или минимизацию причиненного преступлением вреда.

Закономерность запоздалой кары, обуславливающая существование в уголовном праве института давности, свидетельствует, что по прошествии более или менее значительного срока после совершения преступления привлечение лица к ответственности становится нецелесообразным ввиду затрудненности достижения целей наказания (предупреждения, исправления) и возможного снижения или вовсе утраты общественной опасности лица, совершившего преступление, а также трудностей процессуального доказывания и разрешения дела.

Важное значение для понимания природы современного института освобождения от уголовной ответственности имеют и социально-экономические закономерности, учитывая которые законодатель стремится, во-первых, уменьшить количество судимых и негативные социальные последствия судимости, во-вторых, пополнить посредством денежных взысканий и возмещений (ст. 76.1 и 76.2 УК) доходы бюджета, компенсировав расходы государства на борьбу с преступностью [Кострова М.Б., 2017: 73–79].

4. Зависимость типа урегулирования уголовно-правового конфликта от концепции взаимоотношений государства и личности

Данная зависимость оказывает прямое и непосредственное влияние на институт освобождения от уголовной ответственности. Содержание зависимости может быть выражено в двух взаимосвязанных закономерностях.

Первую закономерность, характеризующую удельный вес в системе уголовно-правового регулирования карательных и восстановительных задач и мер, охарактеризуем следующими тезисами: в обществах, которым присущ приоритет государственных интересов над личными, центр тяжести уголовно-правового регулирования лежит на наказании, а в системе альтернативных способов основное место занимают различные формы искупления вины перед государством; в тех обществах, где в приоритете интересы личности, центр тяжести уголовно-правового регулирования смещается в сторону альтернативных способов урегулирования уголовно-правового конфликта, а в их системе повышается удельный вес примирительных процедур и возмещения вреда потерпевшему.

Оценивая с позиции отмеченной закономерности систему урегулирования уголовно-правовых конфликтов, сложившуюся в уголовном законодательстве постсоветской России, следует отнести ее к промежуточному (переходному) типу, для которого в силу неизжитой репрессивности профессионального и обыденного сознания и преобладания силовых стратегий управления общественными процессами характерна избыточная криминализация и пенализация деяний. Потому следует всерьез задуматься над переориентированием современной уголовной политики с разрешения уголовно-правового конфликта посредством преимущественно карательных механизмов и мер государственного принуждения на его урегулирование максимально возможным мирным путем с возмещением вреда, причиненного преступлением потерпевшему и обществу.

Соответствующая идея заложена в Концепции уголовно-правовой политики Российской Федерации, разработанной под эгидой Общественной палаты. В данном документе, не поддержанном государством, подчеркивается важность: гарантирования прав и законных интересов лиц, потерпевших от преступлений; создания условий для максимально полной компенсации причиненного преступлением вреда; модернизации системы уголовно-правовых последствий преступлений с одновременным решением карательных, восстановительных, социально-реинтеграционных и превентивных задач; внедрения уголовно-правовых конструкций, создающих основу решения задач обязательной компенсации вреда и оказания иной помощи потерпевшим от преступлений¹.

В Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года, в разделе «Развитие социальных институтов и социальная политика» в качестве приоритетного направления также отмечена необходимость системы профилактики правонарушений; в том числе названы: «формирование и развитие механизмов восстанови-

¹ Available at: URL: <http://www.oprf.ru> (дата обращения: 20.12.2020)

тельного правосудия, создание службы пробации, обеспечивающей социально-психологическое сопровождение лиц, освободившихся из мест лишения свободы, и реабилитационное насыщение приговоров судов в части реализации принудительных мер воспитательного воздействия, реализация технологий восстановительного правосудия и проведения примирительных процедур»².

Вторую, характеризующую правовое положение (роль) личности и государства в разрешении уголовно-правовых конфликтов, закономерность позволяет выделить сравнительно-правовой анализ норм об освобождении от уголовной ответственности, содержащихся в уголовном законодательстве России и СНГ, с одной стороны, стран Европы и США, с другой.

Общий исторический путь развития, который прошли страны СНГ, с характерной для них этатизацией общественной жизни, закономерно обусловили исключительную роль государства как участника уголовно-правовых отношений, в том числе в механизме освобождения от уголовной ответственности. Законодательство стран СНГ оставляет государству свободу усмотрения в оценке обстоятельств, служащих основаниями освобождения от уголовной ответственности, и право на принятие соответствующих решений.

Напротив, присущая странам Западной Европы и США деэтатизация общественных отношений закономерно привела к воплощению идеи социальной саморегуляции, относительной автономности в разрешении уголовно-правового конфликта и к минимизации государственного участия в нем. Ярким примером и воплощением этой закономерности служит институт медиации в уголовных делах. Его успешный опыт восстановительной процедуры, предполагающей добровольное и активное участие сторон, самостоятельность служб медиации, их независимость от системы правосудия по уголовным делам и равносильность медиативного соглашения судебному акту о прекращении уголовного дела, широко распространен в США и государствах Европы. В силу ряда социально-политических закономерностей этот институт плохо приживается в России [Сенина Е.Н., 2022: 464–484].

В пояснительной записке к Рекомендации, посвященной медиации в уголовных делах, отмечается, что существенной разницей между традиционным уголовным судопроизводством и медиацией является смена главных действующих лиц. Если основными действующими лицами первого выступают государство и правонарушитель, то в медиации на первый план в качестве сторон в уголовном деле выступают пострадавший и правонарушитель. Та-

² Распоряжение Правительства РФ от 17.11.2008 № 1662-р (ред. от 08.08.2009) «О Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года» (вместе с «Концепцией долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года») // СПС КонсультантПлюс.

ким образом, к числу первостепенных задач медиации относится обеспечение сторонам возможности обсуждать собственный конфликт и урегулировать его к взаимному удовлетворению. Это предполагает, что стороны играют более активную и конструктивную, решающую роль³.

В связи с этим заслуживает поддержки законопроект «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации для обеспечения потерпевшему, подозреваемому, обвиняемому возможности примирения», разработанный С.А. Пашиным [Пашин С.А., 2016: 15–21].

5. Социально-исторический генезис института освобождения от ответственности

Социально-исторические закономерности генезиса института освобождения от ответственности проявляются прежде всего в становлении публично-правовой природы уголовно-правовых норм и соотношении частных и публичных интересов в сфере уголовного права. Изучение истории российского уголовного права в этом аспекте обнаруживает цикличность: если на первых порах генезиса государства и права роль частного интереса в уголовном праве откровенно преобладала, то к позднему Средневековью она уравнилась со значением публичного интереса, затем была оттеснена (а в тоталитарных государствах вытеснена) на периферию уголовного права и, наконец, в современном государстве вновь стала заметной (с не исключенной перспективой к доминированию).

Сообразно этому происходит и развитие института освобождения от уголовной ответственности: вначале в нем доминировал частноправовой, затем публично-правовой (государственный и общественный) интерес, в настоящее время вновь возрастает актуальность идей восстановительной юстиции.

Данная закономерность подтверждается изучением истории развития альтернативных способов урегулирования уголовно-правового конфликта в российском уголовном законодательстве:

первые правовые памятники Древней Руси в качестве условий отказа государства от публичного преследования устанавливали требование выплаты потерпевшему компенсации и примирения сторон. Так, в ст. 13–17 «Русской Правды» было установлено правило возмещения вреда, нанесенного владельцу смертью зависимых работников, в виде уплаты гривен; в ст. 18 — о возмещении цены испорченной вещи, в ст. 28 — о возмещении ущерба родственникам убитого. В Псковской судной грамоте предусматри-

³ См.: Рекомендация № R (99)19 Комитета министров Совета Европы «О посредничестве в уголовных делах» (вместе с «Пояснительным меморандумом»; принята 15.09.1999).

влась возможность примирения сторон: так, по ст. 80 участников драки не наказывали, если они решили дело миром [Чистяков О.И., 1986: 57, 58, 374]. В Судебнике 1497 г. также предусматривалось прекращение дела примирением сторон: например, ст. 53 Судебника устанавливала возможность мирного решения конфликта по ряду частных дел как до обращения в суд, так и после начала судебного разбирательства, при этом мировое соглашение считалось действительным после утверждения его судьей [Чистяков О.И., 1986: 86–87].

централизация российского государства (в XV в.) и переоценка сущности преступления как деяния опасного обществу в целом обусловили придание уголовно-правового значения обстоятельствам, выражающим публичный интерес. В уголовном законодательстве в качестве обстоятельств, смягчающих наказание или освобождающих от ответственности, получают признание добровольная явка с повинной и деятельное раскаяние. Например, в ст. 96 Артикула воинского (1715) предусматривалась норма о замене смертной казни более мягким наказанием шпицрутенами в связи с добровольной явкой дезертира в полк и его раскаянием в содеянном [Чистяков О.И., 1986: 344].

характерный для советского строя приоритет государственных и общественных интересов закономерно привел к тому, что сформировавшийся в социалистическом уголовном праве институт освобождения от уголовной ответственности исключал договор между виновным и потерпевшим. Напомним, что УК РСФСР (1960) предусматривал следующие виды освобождения от уголовной ответственности: в связи с истечением сроков давности (ст. 48); вследствие изменения обстановки (ст. 50); в случае привлечения лица к административной ответственности (ст. 50.1); в связи с передачей дела в товарищеский суд (ст. 51); в результате передачи лица на поруки общественной организации или трудовому коллективу (ст. 52); в связи с направлением несовершеннолетнего в комиссию по делам несовершеннолетних для рассмотрения вопроса о применении принудительных мер воспитательного воздействия (ст. 10). С точки зрения влияния объективных закономерностей социалистического общества и государства на содержание института освобождения от уголовной ответственности А.В. Ендольцева справедливо отмечает: «Нормы Основ уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик 1958 г. и УК РСФСР 1960 г. свидетельствуют о том, что законодатель стремился к достижению цели исправления и перевоспитания лиц, совершивших преступления, путем не только реализации потенциала государственного института уголовно-правового принуждения, но и с помощью использования государственно-общественного либо только общественного воздействия» [Ендольцева А.В., 2005: 17, 20].

с принятием нынешнего УК (1996) и его последующим реформированием вновь проявилась тенденция к возрастанию роли частноправового интере-

са в механизме разрешения уголовно-правового конфликта, обусловленная сменой общественно-политического строя. Подтверждением этому является установление общей нормы о примирении с потерпевшим, а также придание юридического значения фактам возмещения вреда потерпевшему во многих уголовно-правовых нормах (ст. 61, 74, 75, 76, 79, 80, 86 УК).

Данная закономерность находит подтверждение и проявляется в развитии явлений уголовного права. Так, М.С. Афанасова, изучив основные направления эволюции норм о возмещении вреда в уголовном праве, установила закономерность: «по мере утверждения публичных начал отраслевого регулирования целевое назначение мер по возмещению вреда и их место в системе права существенно трансформировалось: от приоритетного средства частного удовлетворения потерпевшего и комплементарного вознаграждения государства — через существование параллельной системы публичных наказаний и мер частного возмещения вреда в уголовном праве — к эксклюзивному праву государства на получение удовлетворения от преступника с допущением некоторых отступлений в пользу интересов потерпевшего. Современный этап развития уголовного права, как представляется, знаменует собой очередной виток в развитии идеи возмещения ущерба, отражающий конституционные начала равенства во взаимоотношениях личности и государства и «гуманистический поворот» уголовного закона в пользу минимизации уголовной репрессии и приоритетного удовлетворения интересов потерпевших от преступлений» [Афанасова М.С., 2020: 200].

6. Внутреннее развитие института освобождения от уголовной ответственности

Рассмотрим тенденции развития уголовно-правовых норм об освобождении от уголовной ответственности в системе уголовного права. Необходимость построения более гибкого механизма уголовно-правового регулирования, дающего возможность сочетать традиционные для уголовного права отношения, в которых виновный обязан претерпеть, а государство назначить ему наказание, с диспозитивными элементами, позволяющими стимулировать и поощрять позитивную посткриминальную активность лиц, совершивших преступление, и тем самым влиять своим правомерным поведением на уголовно-правовые последствия, осознана законодателем как важное направление реформирования уголовного права еще в процессе разработки нынешнего УК.

К настоящему времени в качестве закономерных тенденций последующего развития уголовно-правовых норм об освобождении от уголовной ответственности следует отметить следующие:

юридико-техническое обособление в отдельную главу (гл. 11 УК) и институционализация норм об освобождении от уголовной ответственности в системе уголовного права;

смещение акцентов с условных на безусловные виды освобождения от ответственности, отражающее изменившуюся степень доверия государства к личности, преступившей закон и признание ее способности к самостоятельной коррекции социального поведения;

перенос центра тяжести с мер не карательного воздействия, применяемых при освобождении от ответственности, т.е. фактически с последствий освобождения от ответственности, на условия, позволяющие применить данный институт — позитивное постпреступное поведение лица, совершившего преступление;

переход от идеи обязательного общественного или государственно-общественного воздействия непосредственно на лиц, освобожденных от ответственности, к идее восстановления правонарушителем или иным лицом с его согласия или по его просьбе нарушенных преступлением частных и общественных интересов (фактически — от идеи исправления к идее восстановления);

расширение перечня общих и специальных видов освобождения от уголовной ответственности (напомним, что глава 11 УК РФ в действующей редакции насчитывает уже пять общих видов освобождения; число примечаний к статьям Особенной части с момента принятия УК возросло с 8 до 50 по состоянию на 24.09.2022).

Несмотря на закономерный характер тенденции расширения альтернативных наказанию способов урегулирования уголовно-правового конфликта и, в частности, на развитие института освобождения от уголовной ответственности, такая уголовно-правовая политика встречает не только поддержку ученых, но и критику некоторых авторов, полагающих, что подобные изменения носят деструктивный характер и способны переродить уголовное право в восстановительно-откупное право [Назаренко Г.В., 2012: 156–159]. С этим решительно нельзя согласиться, особенно в свете характерной для УК РФ криминализационной избыточности и ограниченной объективными факторами деятельности по борьбе с преступностью.

7. Социально-политические закономерности дальнейшей эволюции института освобождения от уголовной ответственности

Указанные закономерности являют собой прогностические тенденции развития уголовно-правовых норм об освобождении от ответственности в контексте более общих трендов уголовной политики.

Оценивая перспективу изучаемого института, следует подчеркнуть еще одну закономерность — зависимость дальнейшего развития альтернативных уголовному осуждению и наказанию институтов, в том числе освобождения от уголовной ответственности, от объема законодательной криминализации: чем он больше, тем неизбежно шире перечень, сфера и практика применения различных видов (оснований) освобождения и мер уголовно-правового характера, не являющихся уголовным наказанием. Такая зависимость обуславливается многими факторами как социального (демографическими и экономическими проблемами России), так и правового порядка (принципами экономии уголовной репрессии, гуманизма и справедливости, дифференциации и индивидуализации уголовной ответственности).

В связи с этим необходимо выделить две потенциально возможные тенденции дальнейшего развития института освобождения от уголовной ответственности, выражающие сужение или расширение сферы его применения в зависимости от более общих тенденций развития уголовного законодательства, связанных с криминализацией, декриминализацией и пенализацией.

Первая, более предпочтительная, но менее вероятная — декриминализация наименее опасных деяний, в конечном итоге построение «маленького и жесткого Уголовного кодекса» с сохранением только безусловных преступлений, предполагающих неотвратимое или, по крайней мере, преимущественное привлечение к уголовной ответственности и применение наказаний как реакции на их совершение. Такая тенденция предполагает в уголовном законе минимально необходимый перечень видов освобождения от уголовной ответственности, применяемых в исключительных случаях в отношении лиц, полностью восстановивших нарушенные отношения и утративших прежнюю общественную опасность.

Вторая, менее предпочтительная, но более вероятная в ближайшей перспективе ввиду криминализационной избыточности и пенализационной разбалансированности тенденция — дальнейшее расширение перечня видов и оснований освобождения от уголовной ответственности и наказания, т.е. создание «большого, но мягкого» Уголовного кодекса. Как пишет А.И. Коробеев, «своеобразная особенность нынешнего этапа развития уголовно-правовой политики состоит в том, что смягчение уголовной репрессии, ограничение уголовно-правового воздействия происходит в большей степени — за счет установления в законе и широкого применения на практике различных оснований освобождения от уголовной ответственности и наказания и в меньшей степени — за счет декриминализации общественно опасных деяний» [Коробеев А.И., 2019: 295].

В прогностическом отношении следует упомянуть законодательную инициативу о введении понятия уголовного проступка, с которой выступил ВС РФ. В плане рассматриваемой тенденции дальнейшего развития института

освобождения от уголовной ответственности внесенный им в 2020 г. в Государственную Думу законопроект предлагает расширить основания и виды иных мер уголовно-правового характера, применяемых при освобождении от уголовной ответственности в порядке ст. 76.2 УК, отнеся к ним помимо судебного штрафа также общественные работы и ограниченно оплачиваемые работы⁴.

Исходя из многих соображений, в том числе из возможностей средне-статистического гражданина, на правосознание которого рассчитаны требования уголовного закона, что в процессе гуманизации уголовной политики необходимо сделать ставку на декриминализацию, а не на дальнейшее расширение перечня видов и оснований освобождения от уголовной ответственности и наказания и тем самым — усложнения их соотношения, конкуренции и правил применения.

8. Функционирование института освобождения от уголовной ответственности

Закономерности функционирования указанного института выражают его применение в качестве инструмента сдержек и противовесов избыточной криминализации и пенализации.

В условиях несбалансированной уголовной политики отмечается обратная зависимость объемов криминализации и уровня репрессивности судебной практики: чем избыточнее криминализация, тем выше уровень применения на практике не являющихся наказанием иных мер уголовно-правового воздействия, в первую очередь, различных видов освобождения от уголовной ответственности и наказания. Путем их широкого применения система пытается смягчить чрезмерность уголовной репрессии (криминализации, пенализации), заложенной в законе, и уменьшить издержки ее применения, в том числе снизить процессуальную (судебную) нагрузку по уголовным делам.

В подтверждение данной проведем сравнительный анализ криминализационных и депенализационных процессов, соответственно — в законе и в юридической практике. Обобщение изменений, внесенных в УК РФ за 23-летний период его действия, показывает устойчивую тенденцию значительного преобладания криминализационных процессов относительно декриминализационных в практике законотвочества. В результате дей-

⁴ См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 13.10.2020 №24 «О внесении в Государственную Думу Федерального Собрания Российской Федерации проекта закона «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации в связи с введением понятия уголовного проступка».

ствующий уголовный кодекс приобрел в качестве негативной черты криминализационную избыточность, на что справедливо обращают внимание законодателя многие ученые. Примеры этого находят во множестве глав его Особенной части. Показательна гл. 22 «Преступления в сфере экономической деятельности». Как отмечает Н.А. Лопашенко, «излишняя криминализация, характерная для современного уголовного экономического (да и всего в целом) законодательства, лишь подрывает его авторитет, поскольку принятые на уровне закона решения не претворяются в действительность на практике; происходит то, что недопустимо в принципе, — корректировка уголовно-правовой политики, облаченной в форму закона, на уровне правоприменения» [Лопашенко Н.А., 2009: 218].

Криминализационный настрой законодателя компенсируется подходом судов к разрешению уголовно-правовых конфликтов, который характеризуется широким применением различных оснований освобождения от уголовной ответственности и наказания. Доступная статистическая информация⁵ показывает, что в 2021 году было освобождено от уголовной ответственности 156772 лиц, в том числе в связи с: деятельным раскаянием — 7770; примирением с потерпевшим — 99491; применением принудительных мер воспитательного воздействия — 1526; истечением сроков давности — 4687; на основании примечания к статьям УК — 6547; возмещением ущерба по делам экономической направленности — 72; с назначением судебного штрафа — 36679. Изучение динамики численности лиц, освобожденных от уголовной ответственности за последние пять лет, свидетельствует, что ежегодно отечественные суды освобождают от уголовной ответственности в среднем около 180 тыс. человек.

Данная закономерная тенденция усиливается и данными об освобождении от уголовного наказания. Так, в 2021 году было освобождено от наказания и отбывания наказания 235188 лиц, в том числе в связи с: условным осуждением — 170395 человек; условно-досрочным освобождением — 29759; заменой неотбытой части наказания более мягким его видом — 24912; изменением обстановки — 140; болезнью — 2107; беременностью или наличием ребенка до 14 лет — 1654; наркоманией — 19; истечением сроков давности — 1616; применением принудительных мер воспитательного воздействия — 828; раскаянием, примирением и возмещением ущерба при изменении категории преступления — 3555; по примечаниям к статьям особенной части УК — 203.

⁵ Здесь и далее при анализе используются сводные статистические сведения о состоятельности судимости в России за 2021 год, аккумулируемые Судебным департаментом при Верховном Суде Российской Федерации. Available at: URL: <https://cdep.sudrf.ru> (дата обращения: 24.11.2022)

Анализ показывает, что количество актов практической депенализации в 2021 году затронуло около 400 000 человек.

Сопоставимые по масштабам данные демонстрирует статистика и за иные предшествующие годы, что свидетельствует об устойчивой тенденции использования правоприменителем возможностей УК РФ для смягчения избыточной криминализации и пенализации. Как отмечает А.И. Коробеев, «депенализация (и в законе, и на практике) на современном этапе развития отечественной уголовно-правовой политики выбрана одним из главных инструментов удержания равновесия между завешенными ожиданиями успехов в бескомпромиссной борьбе с преступностью и реальными возможностями такой борьбы» [Коробеев А.И., 2019: 310].

В данном случае срабатывает компенсаторный механизм, ослабляющий и ограничивающий масштабы нормативно предписанной уголовной репрессии за счет расширенного применения различных оснований освобождения от уголовной ответственности и наказания. Этот механизм является защитным, системосохраняющим. Он вызван к жизни дефектами уголовной политики и объективной потребностью в их преодолении. Механизм построен на противоречии, но надо признать, что это противоречие в ситуации подлинно правового государства с присущими ему принципами разделения властей и независимости суда является (до известных пределов) закономерным. Другое дело, что в условиях сбалансированной уголовной политики оно может быть не так явно выражено или проявляться в иных формах. В специфических российских условиях сегодняшнего дня эта закономерность приобретает совершенно особое значение. Имея ее в виду, нужно, однако, осознавать, что отмеченное различие между законодательным и судебным подходами к реализации уголовной политики может сдерживаться лишь до некоторого предела, за которым возможно открытое противостояние между ветвями власти, приводящее к уголовно-политическому коллапсу.

Заключение

Одной из важнейших закономерностей эволюции уголовного права выступает постепенное повышение роли и значимости в уголовно-правовом регулировании альтернативных наказанию способов разрешения конфликта, вызванного преступлением, в частности, формирование и развитие института освобождения от уголовной ответственности.

Эта закономерная тенденция сталкивается в рамках присущей уголовному праву диалектической противоречивости со своей противоположностью — с нарастанием криминализации в связи с расширением спектра прав человека, ростом обязанностей государства по их охране и иными общественно значимыми факторами. Однако феномен преобладания числа кримина-

лизированных деяний над декриминализованными приводит постепенно к криминализационной избыточности и пенализационной несбалансированности УК. В такой ситуации институт освобождения от уголовной ответственности во многом вынужден функционировать не по своему прямому назначению в качестве средства реагирования на преступление, а в качестве предусмотренного самим законом средства смягчения и минимизации издержек чрезмерной уголовной репрессии, ограничения объема ее применения.

Преодоление на нормативном уровне репрессивной уголовно-правовой парадигмы, все еще превалирующей в российском государстве, закономерно приведет к смещению центра тяжести в борьбе с преступностью с мер государственного принуждения к юридическим механизмам, действие которых построено на идеях восстановительного правосудия и компромисса, и будет способствовать использованию института освобождения от уголовной ответственности по его прямому назначению.



Список источников

1. Аликперов Х.Д. Преступность и компромисс. Баку: Элм, 1992. 193 с.
2. Афанасова М.С. Уголовно-правовые способы возмещения ущерба от преступления: история и современность (эволюция российского законодательства) // Проблемы в российском законодательстве. 2020. Том 13. № 5. С. 200–204.
3. Бавсун М.В. Целесообразность в уголовном праве: дис... к.ю.н. Омск, 2002. 186 с.
4. Балафендиев А.М. Освобождение от уголовной ответственности в связи с позитивным посткриминальным поведением: социально-правовые предпосылки, сущность и систематизация видов: дис... к.ю.н. Казань, 2016. 255 с.
5. Благов Е.В. Основание освобождения от уголовной ответственности // Актуальные проблемы российского права. 2018. N 7 (92). С. 161–168.
6. Бурлаков В.Н. Индивидуализация уголовного наказания: закон, теория, судебная практика. СПб.: Юридический центр Пресс, 2011. 128 с.
7. Егоров В.С. Теоретические вопросы освобождения от уголовной ответственности. М.: Изд-во Моск. психолого-социал. ин-та, 2002. 279 с.
8. Ендольцева А.В. Институт освобождения от уголовной ответственности: теоретические, законодательные и правоприменительные проблемы: дис... д.ю.н. М., 2005. 396 с.
9. Звечаровский И.Э., Иванов А.Л. Освобождение от уголовной ответственности // Уголовное право. 2015. № 4. С. 13–18.
10. Кауфман М.А. К вопросу об основании освобождения от уголовной ответственности // Журнал российского права. 2021. № 1. С. 143–156.
11. Келина С.Г. Теоретические вопросы освобождения от уголовной ответственности. М.: Наука, 1974. 231 с.
12. Коробеев А.И. Российская уголовно-правовая политика: от генезиса до кризиса. М.: Юрлитинформ, 2019. 352 с.
13. Кострова М.Б. Уголовно-правовые механизмы компенсаторного характера как один из трендов современной экономико-ориентированной уголовной политики России // Уголовное право. 2017. № 4. С. 73–79.

14. Лопашенко Н.А. Уголовная политика. М.: Волтерс Клувер, 2009. 579 с.
15. Матвеева Я.М. Институт освобождения от уголовной ответственности в российском уголовном праве: модернизация и поиск альтернативных способов урегулирования уголовно-правового конфликта: дис... к.ю.н. СПб., 2015. 220 с.
16. Назаренко Г.В. Уголовно-правовая политика: тенденции и перспективы // Среднерусский вестник общественных наук. 2012. № 3. С. 156–159.
17. Пашин С.А. Проект федерального закона «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации для обеспечения потерпевшему, подозреваемому, обвиняемому возможности примирения» // Прецеденты и позиции. 2016. № 5. С. 15–21.
18. Понятовская Т.Г. Нужны ли условиям освобождения от уголовной ответственности формальные признаки? // Общество и право. 2015. № 4. С. 93–98.
19. Парог А.И. Репрессивный крен Российской уголовной политики // Криминологический журнал Байкальского государственного университета экономики и права. 2014. № 3. С. 88–95.
20. Сенина Е.Н. Медиативно-восстановительный подход в разрешении уголовно-правовых конфликтов // Вестник РУДН. Юридические науки. 2022. № 2. С. 464–484.
21. Смирнов А.М. К вопросу о чрезмерном гуманизме российской уголовной политики // Образование и наука в России и за рубежом. 2018. № 11. С. 310–314.
22. Сундугов Ф.Р. Освобождение от уголовной ответственности в системе мер уголовно-правового воздействия // Вестник ТИСБИ. 2012. № 2. С. 152–158.
23. Чистяков О.И. (отв. ред.) Российское законодательство X–XX веков. М.: Юридическая литература. Т. 1. 1986. 512 с.



References

1. Alikperov H.D. (1992) Crime and compromise. Baku: Elm, 193 p. (in Russ.)
2. Afanasova M.S. (2020) Compensation for damage from a crime: history and modernity (evolution of Russian legislation). *Probely v rossiyskom zakonodatel'stve*=Gaps in Russian Legislation, no. 5, pp. 200–204 (in Russ.)
3. Balafendiev A.M. (2016) Exemption from criminal liability in connection with positive post-criminal behavior: socio-legal prerequisites, essence and systematization of types. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Kazan, 255 p. (in Russ.)
4. Bavsun M.V. (2002) Expediency in criminal law. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Omsk, 186 p. (in Russ.)
5. Blagov E.V. (2018) The basis of exemption from criminal liability. *Aktual'ny'e problemy rossiyskogo prava*=Issues of Russian Law, no. 7, pp. 161–168 (in Russ.)
6. Burlakov V.N. (2011) Individualization of criminal punishment: law, theory, practice. Saint Petersburg: Juridical Center Press, 128 p. (in Russ.)
7. Chistyakov O.I. (ed.) (1986) Russian legislation of 10–20th ages. Moscow: Juridicheskaya literatura, vol. 1, 519 p. (in Russ.)
8. Egorov V.S. (2002) Theoretical aspects of exemption from criminal liability. Moscow: Social Institute Press, 279 p. (in Russ.)
9. Endoltseva A.V. (2005) Institute of exemption from criminal liability: theoretical, legislative and law enforcement aspects. Doctor of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 396 p. (in Russ.)
10. Kaufman M.A. (2021) The basis of exemption from liability. *Zhurnal rossiyskogo prava*=Journal of Russian Law, no. 1, pp. 143–156 (in Russ.)

11. Kelina S.G. (1974) *Theoretical issues of exemption from criminal liability*. Moscow: Nauka, 231 p. (in Russ.)
12. Korobeev A.I. (2019) *Russian criminal law policy: from genesis to crisis*. Moscow: Yurlitinform, 352 p. (in Russ.)
13. Kostrova M.B. (2017) Criminal-legal mechanisms of compensatory nature as one of the trends of modern economically oriented criminal policy of Russia. *Ugolovnoe pravo*=Criminal Law, no. 4, pp. 73–79 (in Russ.)
14. Lopashenko N.A. (2009) *Criminal policy*. Moscow: Wolters Kluwer, 579 p. (in Russ.)
15. Matveeva Ya. M. (2015) Institute of exemption from criminal liability in Russian criminal law: modernization and search for alternative ways to resolve a criminal law conflict. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Saint Petersburg, 220 p. (in Russ.)
16. Nazarenko G.V. (2012) Criminal law policy: trends and prospects. *Srednerusskiy vestnik obshchestvennykh nauk*=Central Russia Bulletin of Social Sciences, no. 3, pp. 156–159 (in Russ.)
17. Pashin S.A. (2016) Draft of amendments to Criminal Code and Code of Criminal Procedure to provide victim, suspect, accused with possibility of reconciliation. *Precedenty i pozicii*=Precedents and Positions, no. 5, pp. 15–21 (in Russ.)
18. Poniatovskaya T.G. (2015) Do the conditions of exemption from criminal liability need formal signs? *Obshchestvo i pravo*=Society and Law, no 4, pp. 93–98 (in Russ.)
19. Rarog A.I. (2014) Repressive inclination of Russian criminal policy. *Kriminologicheskij zhurnal Baikal'skogo gosudarstvennogo universiteta e'konomiki i prava*=Criminology Journal of Baikal State University of Economics and Law, no. 3, pp. 88–95 (in Russ.)
20. Senina E.N. (2022) Mediation and restorative approach in resolving criminal law conflicts. *Vestnik RUDN*=RUDN Bulletin, no. 2, pp. 464–484 (in Russ.)
21. Smirnov A.M. (2018) On the question of excessive humanism of the Russian criminal policy. *Obrazovanie i nauka v Rossii i za rubezhom*=Education and Science in Russia and abroad, no. 11, pp. 310–314 (in Russ.)
22. Sundurov F.R. (2012) Exemption from criminal liability in the system of measures of criminal legal impact. *Vestnik TISBI*=Bulletin of TISBI, no. 2, pp. 152–158 (in Russ.)
23. Zvecharovsky I.E., Ivanov A.L. (2015) Exemption from criminal liability. *Ugolovnoe pravo*=Criminal Law, no. 4, pp. 13–18 (in Russ.)

Информация об авторах:

В.К. Андрианов — ведущий научный сотрудник, кандидат юридических наук, доцент.
Ю.Е. Пудовочкин — профессор кафедры уголовного права, доктор юридических наук.

Information about the authors:

V.K. Andrianov — Leading Researcher, Candidate of Sciences (Law), Associate Professor.
Yu.E. Pudovochkin — Doctor of Sciences (Law), Professor.

Статья поступила в редакцию 01.07.2022; одобрена после рецензирования 18.11.2022; принята к публикации 18.11.2022.

The article was submitted to the editorial office 01.07.2022; approved after reviewing 18.11.2022; accepted for publication 18.11.2022.

Research article

УДК

DOI: 10.17323/2072-8166.2022.5.162.176

Privacy of a Child in the Digital Environment: New Risks Unaddressed



Natalya Vyatcheslavovna Kravchuk

Institute of Scientific Information for Social Sciences, Russian Academy of Sciences,
15 Krzhizhanovskogo Str., Moscow 117218, Russian Federation, natkravchuk@mail.ru



Abstract

Digital technologies have brought with them new possibilities for exercising and protecting human rights; however, their potential for violations of human rights has also grown exponentially. Use of ICT influences the daily lives of adults, but their impact on children is even greater, as the risks of harm they face are now mediated and exacerbated online. The importance of children's right to privacy has manifested itself anew in the context of digital technologies. In addition to concerns about safety, there are other considerations such as data processing and the "digital footprints" created by children themselves. Parents have traditionally been considered the primary agents for guidance and support of children's rights online as well as for the protection of their children, but they are now seen as their children's main publicity agents. Nevertheless, the problem of "sharenting" remains unaddressed at both the national and international levels. Measures developed to protect the privacy of the child follow a paradigm of rendering support to parents without stressing their obligation not to disclose information about their child. The General Comment on children's rights in relation to the digital environment adopted by the UN Committee on the Rights of the Child in 2021 reflects this approach. Its stance demonstrates the power of traditional perceptions that reinforce seeing the child as an object incontestably cared for and ruled by their parents. This precludes consideration of parents' online activities as potentially harmful to their children and also impedes the development of norms and remedies for protecting the right of the child to privacy against infringements by their parents.



Keywords

human rights; rights of the child; right to privacy; digital environment; parents; sharenting; UN Committee on the Rights of the Child.

For citation: Kravchuk N.V. (2022) Privacy of a Child in the Digital Environment: New Risks Unaddressed. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, vol. 15, no. 5, pp. 162–176 (in English). DOI: 10.17323/2072-8166.2022.5.162.176

Introduction

The relationships between the digital environment¹ and human rights are complex ones. These relationships have attracted the attention of scholars and policymakers as well as international organizations. A body of norms for protecting human rights, including the right for privacy, from ICT-specific risks or risks elevated by digital technologies is being formulated at the international level.

The importance of the right of a child for privacy has manifested itself anew in the digital environment. The risk factors faced by children and that are being addressed include safety, data processing and “digital footprints” created by children themselves. Parents play a key role in guiding and supporting the exercise of children’s rights online, as well as ensuring their safety. Accordingly, the measures developed to protect the privacy of the child are being framed within the paradigm of rendering support to parents.

The issue of “sharenting” — use of social media to share news, images, etc. of one’s children remains unaddressed at both the national and international levels even though this phenomenon and the risks it poses to children’s privacy have been the object of numerous academic studies. In this article it is argued that, as the United Nations General Comment on children’s rights in relation to the digital environment demonstrates, the international community is not yet ready to move away from the basic premise that parents should be supported in their role as a child’s representative and defender but should not otherwise be controlled. This precludes consideration of parents’ online activities as potentially harmful to their children and also hampers development of norms and remedies aimed at defense of the right of the child to privacy against infringements by their parents both on international fora and within national jurisdictions.

The remainder of the paper is divided into five sections. Section 1 outlines the developments in the international legislative accommodation of interactions between the digital environment and human rights. Section 2 explores global and regional responses to the risks to children’s rights mediated and exacerbated on the Internet. Section 3 analyses various contexts in which the privacy of the child is addressed. Section 4 characterizes the recently recognized phenomenon of sharenting. Section 5 explores national and international efforts to regulate sharenting.

¹ “Digital environment” is understood as encompassing information and communication technologies (ICT), including the internet, mobile and associated technologies and devices, as well as digital networks, databases, content and services. See: Recommendation CM/Rec (2018)/7 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to Member States on guidelines to respect, protect and fulfill the rights of a child in the digital environment.

1. Human Rights and the Digital Environment

An analysis of the interactions between the digital environment and human rights requires an understanding of the specific nature of this environment. Researcher M.L.Trajkovska, among many, notes new technologies are characterized by their global character, the swift dissemination of information, and the endless possibilities of the replication of that information. These technologies have brought with them new possibilities for exercising and protecting human rights. However, the possibilities for violating human rights have also grown exponentially [Trajkovska M.L., 2015: 335].

Adaptation of both national and international rules to advances in science and technology is frequently perceived as being too slow and consequently inadequate for regulating new legal situations created by developments in ICT and its influence on social culture. Making those rules more responsive to ICT requires a re-conceptualization of traditional human rights in light of the latest technological developments [Coccoli J., 2017: 224]. This process is being conducted at the global and regional levels simultaneously.

The Resolution “The Right for Privacy in the Digital Age”, adopted by the UN General Assembly in 2013, has stressed that the rapid pace of technological development enables individuals all over the world to use new information and communication technologies and at the same time enhances the capacity of governments, companies and individuals to undertake surveillance, interception and data collection, which may violate or abuse human rights, in particular the right to privacy as set out in Article 12 of the Universal Declaration of Human Rights and Article 17 of the International Covenant on Civil and Political Rights; and that right is therefore an issue of increasing concern.² The right to privacy was consequently considered not only as one of the rights most affected by digitalization, but also as a gateway to the realization of human rights.

After a number of preliminary studies, consultations, and the introduction of the mandate for the Special Rapporteur on the right to privacy a report under the title “The Right to Privacy in the Digital Age” was issued by the United Nations High Commissioner for Human Rights.³ Although a variety of measures had been introduced at the regional level to protect human rights, including the European Union’s General Data Protection Regulation; the Council of Europe’s Protocol to update and modernize the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, and the African Union Commission’s Personal Data Protection Guidelines for Africa, the UN High Commissioners report emphasized that many laws or items of proposed legislation in this

² A/RES/68/167 of 18 December 2013.

³ A/HRC/39/29 of 3 August 2018.

regard fall short of applicable international human rights standards and raise serious concerns (para 2 of the Report). The High Commissioner has recommended that national governments recognize the full range of implications that new technologies have for the right to privacy but also for all other human rights; that they adopt strong, robust and comprehensive privacy legislation that complies with international human rights law in terms of safeguards, oversight and remedies to effectively protect the right to privacy; that they establish independent authorities with powers to monitor state and private sector data privacy practices, investigate abuses, receive complaints from individuals and organizations, and issue fines and other effective penalties for the unlawful processing of personal data by private and public bodies; and that they ensure that all victims of violations and abuses of the right to privacy have access to effective remedies (para 61 of the Report).

At the regional level the “living instrument” doctrine developed by the European Court of Human Rights (hereinafter ECtHR) provides premises are ideally suited for adjusting the obligations of the state to meet today’s challenges to human rights. The idea that the European Convention on Human Rights (hereinafter ECHR) must arrive at positions that are aligned with present-day conditions and that evolve through the interpretation of the Court has been a central feature of ECtHR case law from its early days. The ECHR has shown it is capable of evolving in parallel with society. In this respect its formulations have proved their worth over several decades [Wildhaber L., 2004: 84]. During the last several years the ECtHR lived up to this doctrine when it considered a number of cases covering issues such as the use and protection of electronic data, use of email, GPS, the Internet, surveillance and radio communications.⁴ In particular, the Court emphasized the importance of a prudent approach to a state’s positive obligations to protect human rights in new environments and of the need to recognize the diversity of possible methods to secure these rights. In *Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel v. Ukraine*, the mentioned Court recognized that the risk of harm posed by communications on the internet to the exercise and enjoyment of human rights and freedoms, particularly the respect for private life, is certainly higher than that posed by the press. Therefore “the policies, governing reproduction of materials from the printed media and the Internet may differ. The latter undeniably has to be adjusted according to the technology’s specific features in order to secure the protection and promotion of the rights and freedoms concerned” (para 63).

2. The Rights of a Child in the Digital Environment

Modern technologies influence the lives of adults, but their influence over children is far greater. These technologies have undoubtedly enhanced children’s au-

⁴ Factsheet — New Technologies. European Court of Human Rights, Press unit. March 2022.

tonomy and independence. At the same time, children face many more risks of harm, which are now mediated and exacerbated online. Livingstone note that in its earliest days public policy regarding the protection of children on the Internet focused on inappropriate content and activity involving the sexual abuse of children. Both children's increased use of new technologies and their acquisition of sophisticated digital skills have helped increased awareness of the diversity of possible risks to them. This has shifted public perception away from viewing cyberspace as a distinct sphere in need of targeted regulation and toward growing acceptance that what is illegal or inappropriate offline should be the same online. This leaves policy makers and legislators with a difficult balancing act between supporting and empowering children online while at the same time protecting them at the same time [Livingstone S., O'Neill B., 2014: 20].

In response to increased awareness of the risks that children face globally, the UN Committee on the Rights of the Child issued General Comment No. 25 on children's rights in relation to the digital environment.⁵ During the drafting process the Committee received 132 submissions from 26 states, regional organizations, United Nations agencies, national human rights institutions, children's commissioners, child and adolescent groups, civil society organizations, academics, the private sector, and other entities and individuals expressing their views on the matter.⁶ The document adopted explains how states should implement the UN Convention on the Rights of the Child (UNCRC) in relation to the digital environment. It refers to civil rights and freedoms, problems with violence against children, family environment and alternative care, children with disabilities, education, leisure and cultural activities and other specific issues, thus covering full range of rights provided for by the UNCRC.

The development of Council of Europe (CoE) legislation also takes into consideration the necessity to protect children from ICT-related risks. One major success was the Convention on Cybercrime (2001),⁷ which became the first international treaty on crimes committed via the Internet and other computer networks. Due to its limited scope, child-related offenses covered under the treaty are limited exclusively to child pornography (Article 9). Other risks are considered in the CoE

⁵ CRC/C/GC/25 of 2 March 2021.

⁶ The Council of Europe was among the bodies that made a submission. Based on the CoE Strategy for the Rights of the Child for the Period 2016–2021 (2016), which identified the rights of the child in the digital environment as one of its priority areas and recognised that children are entitled to receive support and guidance in their discovery and use of the ICT (paras. 56–61), it referred to the key rights which should be addressed by the pending General Comment. These include: the right to freedom of expression and information, the right to education, the right to participation, the right to engage in play, the right to assembly and association, the right to protection of privacy, data and identity, and the right to protection and safety.

⁷ The Convention is open for accession by non-member states as well.

Guidelines to respect, protect and fulfil the rights of the child in the digital environment (2018). This document is based on assessing the best interests of the child and his or her evolving capacities, and it recommends that the governments of member states review their legislation, policies and practices to ensure that they promote the full array of the rights of the child. In particular, a comprehensive legal framework should provide for preventive and protective measures in relation to the digital environment. This is to provide support measures for parents and caretakers in order to prohibit all forms of violence, exploitation and abuse; to provide effective remedies as well as recovery and reintegration services; to establish child- and gender-sensitive counselling, reporting and complaint mechanisms; to encompass child-friendly mechanisms for consultation and participation; and to set up accountability mechanisms. The Guidelines thus reflect international recognition of a broad range of challenges to the rights of the child in the digital environment.

3. The Privacy of a Child: a New Dimension for Familiar Concerns

Attention to the protection of children's privacy⁸ on the Internet has recently been on the increase [Schreiber A., 2014: 13]; [Phippen A., 2017: 29]; [van der Hof S., Lievens E., 2018: 33]. Although the right to privacy had been acknowledged from the outset, the UNCRC provides for it explicitly in Article 16, as its importance has been highlighted anew in the context of digital technologies. Morgan attributes this to a sharp increase in Internet usage by ever younger children together with the complexity of a technology-mediated environment [Morgan A., 2018: 44].⁹ Privacy protection in such a complex environment has become a prerequisite for guaranteeing online child safety and therefore has begun to evolve as a separate, though inter-related, pillar within many online child safety initiatives [Macenaite M., 2016: 2].

Safety is indeed the most prevalent discourse in the field of child privacy protections. This risk is addressed on all levels through national guarantees [Balajanov E., 2018]; [Williams K., 2003] and international norms, including the CoE Convention on Cybercrime¹⁰ and soft law such as the recent UNCRC Guidelines

⁸ Current conceptions of the right to privacy draw together three related aspects of privacy: informational privacy (right to control over information pertaining to a person, specifically preventing others from obtaining or using that information), constitutional, or decisional, privacy (the right to ability to make autonomous life choices without outside interference or intimidation (or without "being governed by the state" and physical privacy (the right to a private space and to bodily integrity. See: UNICEF Annual Report. London, 2017. Ch. 7).

⁹ An estimated one third of Internet users across the globe are under 18 years old. These Internet users are operating in a world that was not originally designed with them in mind.

¹⁰ The treaty is open for accession by non-member states as well. It became the first international treaty on crimes committed via the Internet and other computer networks.

regarding the implementation of the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child concerning the sale of children, child prostitution and child pornography.¹¹

The ECtHR addressed online safety issues in *K.U. v. Finland*. The Court has noted that posting advertisements of a sexual nature about a twelve-year-old applicant was a criminal act that resulted in a child becoming a target for pedophiles and therefore called for a criminal law response that included an appropriate investigation and prosecution. The Court has noted too that new forms of communication required even greater prudence when the information is related to child privacy concerns. States have a positive obligation to establish a legislative framework to protect children in a timely manner from grave interference with their privacy (para 49).

A new theme addressing violations of data processing as part of protecting child privacy is quickly taking shape. The EU General Data Protection Regulation (GDPR)¹² offers a valuable addition to the CoE Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (1981),¹³ which does not contain specific norms aimed at the protection of children but no doubt has a direct bearing on the issue. Atkinson notes that Recital 38 of the GDPR sets the overall tone for the treatment of a child's personal data when it says that children merit specific protection with regard to their personal data, as they may be less aware of the risks, consequences, safeguards, and of their rights in relation to the processing of personal data [Atkinson L., 2018: 31].

The ECtHR has not so far considered any data-processing cases where violations of a child's privacy is at issue. Apart from the safety-driven *K.U. v. Finland*, the Court has seen relatively few cases related to child privacy in general and even fewer that involve the digital environment. In *Avilkina and Others v. Russia* confidential medical information about the applicants, one of whom was a minor, was disclosed by a medical facility by request from the prosecutor's office. The Court reiterated that the protection of personal data, including medical information, is of fundamental importance to a person's enjoyment of their right to respect for their private and family life as guaranteed by Article 8 of the ECHR. The disclosure of such data may seriously affect a person's enjoyment of their private and family life, as well as their social and employment situations, by exposing them to opprobrium and the risk of ostracism (para 45).

The effect of disclosing information on a child's reputation was considered in *Aleksey Ovchinnikov v. Russia*. The ECtHR reiterated that in certain circumstances

¹¹ CRC/C/156 of 10 September 2019.

¹² The GDPR is not applicable to non-EU member states.

¹³ A protocol amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data was adopted by the Committee of Ministers at its 128th Session on 18 May 2018.

a restriction on reproducing information that has already entered the public domain may be justified. It concluded that the fact that the information about the child had already been disclosed by another newspaper and that the incident had been widely discussed in the press and on the internet was not relevant, because the child's reputation was at stake and "publication of the names of the juvenile offenders...did not make any contribution to a discussion of a matter of legitimate public concern" (para 50–52). This case is an important development of the Court's jurisprudence and confirms that a child's privacy must be protected not only in cases of a potential threat to safety, but also in order to respect their reputation. This is in line with Article 16 of the UNCRC, which states that, "no child shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his or her privacy, family, or correspondence, nor to unlawful attacks on his or her honour and reputation."

The ECtHR will no doubt see more cases relating to child privacy issues in the future. Global and regional initiatives reflect social concerns and indicate an understanding that, as Baroness Kidron stated, "a child is a child until they reach maturity — not until they reach for their smartphone" [Kidron B., 2018: 26], and therefore children require special protection and care as much online as offline.

In the context of danger that children may bring on themselves when they use ICT [Altun D., 2019: 77]¹⁴ is linked to the role of parents as bearing primary responsibility for their children's media-related development and well-being. This is widely accepted in academic circles [Naab T., 2018: 94]; [Livingstone S., Byrne J., 2018: 19] and by legislators. We can see this in para 28 of the CoE Guidelines to respect, protect and fulfil the rights of the child in the digital environment that entrusts to parents the authority to decide if their child's data can be processed.¹⁵ Lim speaks about the emergence of "new parenting obligations" necessary to ensure that parents "are the voices of authority to guide their children towards all that is edifying and beneficial in media, and to steer them away from that which is risky and harmful". This new kind of parenting, he notes, goes beyond traditional childcare. It transcends the online sphere and extends to the offline interactions of the child. The question, however, is whether parents are ready and capable of embracing their new obligations [Lim S., 2018: 36].

Parents may not understand the nature of the risks encountered online. Much of the contemporary research on parenting in the digital environment, as well as conversations among parents themselves, focuses on keeping children safe from

¹⁴ According to the studies only 58 out of 100 applications designed for preschool-aged children are appropriate for their level of development.

¹⁵ The Guidelines emphasize that member states should ensure that their legal frameworks encompass the full range of unlawful acts that can be committed within the digital environment (para 73–74 of the Guidelines). The reference to "the full range of unlawful acts" is particularly important bearing in mind the constant development of technologies. It provides an obligation to states to keep their legislations updated to address current threats to the rights of children.

harm [Clark L., Brites M., 2018: 81]. Parents are also concerned about the potential harm ICT may cause to children's emotional development, as well as about the addictive and time-consuming nature of these technologies [Altun D., 2019: 88]; but threats to their child's reputation is not something most parents routinely consider.

Another reason parents may be ineffective in this regard is because unlike modern "digital children" they were not born into these new technologies and have to learn for themselves how to manage them. They do not trust the integrity of security measures and privacy settings offered by social network sites, and they lack the skills needed to cope with them [Autenrieth V., 2018: 225]. Some authors, for example [Livingstone S., Byrne J., 2018: 23, 25] note parents who are less confident of their own or their child's digital skills take a more restrictive approach to mediating their children's online activities. In trying to keep their children safe, they not only deprive them of the opportunities that ICT offers but also impede the exercise of their rights to privacy and freedom of expression, and consequently they hamper their children's ability to seek outside help or advice when problems at home arise.

4. The Privacy of a Child: New Risks

Excessive control by parents was until recently considered the main negative impact of their authority over their children's online activities [Livingstone S., O'Neill B., 2014: 28]; [Atkinson L., 2018: 32]. However, they are now viewed as the main contributors to publicizing their children.¹⁶ Parents leave a trace of their children in a digital space when they decide to share their child's personal information online or to share information about themselves that might directly or indirectly be linked to their child.¹⁷ The shared information may not only endanger the safety of the child; it may also undermine their dignity and reputation [Steinberg A., 2017: 848].¹⁸ An illustrative example of this parental ignorance is the so-called "YouTube families", which make a show out of their daily routines and open up the lives of their children to the public in every possible detail.¹⁹

¹⁶ A digital footprint survey across ten European countries revealed that 81% of mothers digitally upload photographs of their children aged 0–2 years.

¹⁷ Some 92% of children by the age of two years have an online presence due to their parents' disclosures.

¹⁸ According to recent studies, 56% of parents shared (potentially) embarrassing information about their children online, 51% provided information that could lead to identification of their child's location at a given time, and 27% of participants shared (potentially) inappropriate photos.

¹⁹ See, for example, the "8 Passengers" vlog by a family with six children. Available at: <https://www.youtube.com/channel/UCQ3FRaHOIwXLOQNeUwVpBUA> (accessed: 12.07.2019); the KBS show "The Return of Superman". Available at: <https://www.youtube.com/playlist?list=PLMf7VY8La5RFIeOyIZ5IOM68WVb7c2dyT> (accessed: 12.07. 2019)

“Sharenting”, the habitual use of social media to share news, images, etc. of one’s children, frequently begins before birth with the uploading of fetal ultrasound photographs, and it has become tightly interwoven with parenting practices. Interestingly enough, the practice became widespread because it gave parents an opportunity for the (re) production of parental self-identity and social approval [Damkjaer M., 2018: 216], but now it is undergoing public criticism [Autenrieth V., 2018: 219].

Parents are not completely ignorant of the potential risks that posting information about their children online can bring. They fear “stranger danger” as well as the commercial misuse of their child’s photos. They have exhibited some awareness that they need to consider the reactions of their children once they are old enough to know about the photos of them that their parents shared. The development of new photo practices that allow parents to display their children while maintaining some anonymity can be considered one strategy to mitigate these risks [Autenrieth V., 2018: 226]. Although parents understand their online actions can be a threat to their children’s privacy and therefore try to manage it, most keep “sharenting” anyway.

M. Damkjaer points out that in order to grasp the growing significance of sharenting we must acknowledge that parents’ approaches to communication technologies do not spring from rational, intentional decision-making. There is a broad range of reasons why parents sharent. It is true that some do this to earn income. However, most do it to receive information and guidance, build and maintain social relationships, and to develop a parental identity [Damkjaer M., 2018: 210, 211]. Becoming a parent entails major practical, emotional, social, and relational changes, not all of which can be handled on one’s own. The possibility of connecting with other parents and receiving positive personal support, whether emotional or practical, from the community is particularly important for families with medically fragile children. Whatever the reasons for sharenting are, it can instigate a conflict between parental rights and the right of children to their own privacy [Steinberg A., 2017: 842, 852]; [Bessant C., 2018: 7, 8].

Of all the current threats to the privacy of the child, the one created by parents’ activities online seems to be the most difficult to address. Parents are presumed to play a key role in the protection of their children’s rights, since they are ideally positioned to assess and address the particular “best interests” of their children [Livingstone S., Byrne J., 2018: 27]. Measures developed to protect the privacy of the child are consequently framed within a paradigm of rendering support to parents, and not in the context of their obligation not to disclose information about their children.

5. Are we Ready to Regulate Sharenting?

The sharenting phenomenon has been the object of numerous academic studies. It was found that parents’ and guardians’ online activities may cause damage to their children’s privacy. While many parents are aware of the safety-related

risks incurred by sharenting and try to mitigate them, threats to a child's reputation are mostly ignored. To address this problem, some national jurisdictions have made efforts to regulate sharenting.

In the US the infringement of children's privacy by parents can be considered as abuse. If the state can demonstrate that parental actions caused substantial harm to their child's well-being, it is authorized to intervene in such circumstances in order to protect children from the harm occurring in online forums. Authorities can seek a remedy through the courts or consider obtaining an injunction precluding the parents from posting additional harmful content online. Steinberg underscores that it is the state actor, not the child, who would bring forth this litigation. This remedy is not ideal as it is aimed only at parents who share the information. They can be required to delete offensive material from the internet sites they possess. However, it gives the authorities little control over the information shared on sites not possessed or controlled by the parent or where the material has been downloaded or shared by third parties [Steinberg A., 2017: 872].

A direct obligation of parents to protect the privacy of their children is stipulated by the privacy laws of contemporary France. Parents can be prosecuted for publishing intimate details about their child. The penalty is very severe, tens of thousands of euros or up to a year in jail. While children may take their parents to court only upon attaining their majority, this regulation is nevertheless a significant step forward. When paired with suitable informational campaigns, it can cause parents to reconsider their behaviour.

The introduction of new parental obligations to protect the privacy of their children is currently being debated within United Kingdom academic circles [Oswald M., 2017: 3, 12]. However, UK law at present does not recognize a child's right to privacy in cases of infringement by their parents. Analyzing remedies that a child might use to prevent sharenting and to secure the removal of sharented information, Bessant points to a range of legal avenues potentially available to anyone who objects to the online dissemination of their personal, private or confidential information, including a breach of confidence action or a tort of misuse of private information. She notes that where a child's privacy has been violated by their parents, their ability in practice to obtain a remedy is in some regards potentially more limited than that of an adult. Children rarely have the financial means to bring court proceedings. Furthermore, they must prove that their information was confidential one, that the parent was subject to a duty of confidence, and that the sharenting was unjustified. Substantive as well as procedural legal hurdles help to explain why there is no substantial jurisprudence on this issue in the UK, and it "has yet to be seen how the English courts will respond to the new phenomenon of sharenting" [Bessant C., 2018: 17–20].

The United Kingdom Data Protection Act also has provisions for adjudication of children's privacy rights. Under this act a child may apply to the UK Informa-

tion Commissioner's Office (ICO), requesting it to undertake an assessment to determine whether their personal data is being processed in breach of the Act. In cases where a parent has not sought the consent of the child to publish their private information online and the ICO concludes that there has been a serious breach of the data protection principles, it may serve an enforcement notice requiring the parents to delete the objectionable information. However, the law has placed the burden of initiating the process on the child. Children should ask their parents in writing to stop posting and/or to remove the information posted online within a specified period. The notice should state why the child believes continued online disclosure is causing or likely to cause them unwarranted and substantial damage or distress. If the parent ignores the notice, the child is entitled to seek assistance from the courts. Again, this course of action would be too complicated procedurally for the average child to carry out [Clark L., Brites M., 2018: 87].

While the United States and France have already introduced norms meant to combat harmful sharenting and the UK is anticipating the development of new practices within existing remedies, most countries are still debating certain aspects of the child's right to privacy [Ogrodnik-Kalita A., 2022: 176]²⁰ or are completely silent about the problem. Is it a problem that there is no child-friendly reporting and complaint mechanism, as recommended by CoE Guidelines to respect, protect and fulfil the rights of the child in the digital environment? Would the privacy of the child in fact be protected in case such a mechanism existed? We daresay it would not. The establishment of a child-friendly complaint mechanism is not a remedy in itself so long as the parents are considered only in their capacity as defenders of their children.

It would be an exaggeration to suggest that this perception is never questioned. The United Nations Committee on the Rights of the Child addressed these concerns while drafting its General Comment on children's rights in relation to the digital environment.²¹ However, the reactions from the academic community, the NGO sector and international organizations have confirmed that parental authority is still considered critical, "in terms of recruiting the adults in children's lives as educators and as citizen participants in a global project that focuses on delivering children's rights across all aspects of young lives".

The text of the adopted document reflects this approach. While the General Comment has several paragraphs devoted to the issue of automatic processing of a child's data (para 70–72), the danger of parents sharing online is barely acknowledged. Parents are listed among other persons whose actions may be threatening to a child's privacy (para 67) with no further elaboration on the legislative, admin-

²⁰ In Poland, for example, the question of when a child is granted the right to privacy is contested.

²¹ UNCR. General Comment on Children's Rights in Relation to the Digital Environment Concept Note. Mode of access. Available at: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/GC-ChildrensRightsRelationDigitalEnvironment.aspx>, (accessed: 03.07.2019)

istrative, and other measures states should take to ensure that children's privacy is respected and protected in this context. The General Comment stipulates the necessity of obtaining consent from the parent or caregiver in certain cases prior to processing child's data (para 71). There is no mention of a possible conflict between a parent and a child on this issue or ways to resolve one. The stance taken by the UN Committee on the Rights of the Child with regard to sharenting should serve as a demonstration of the power of the traditional cultural perceptions that reinforce understanding the child as incontestably an object of care and rule by their parents [Livingstone S., O'Neill B., 2014: 30].

Conclusion

The rapid development of digital technologies has unquestionably changed human daily life. They have brought about new possibilities for exercising and protecting human rights, but at the same time the possibilities for human rights violations have also grown exponentially. In order to address the new risks, the law and policies aimed at protecting human rights need to be adjusted in response to ICT's specific features.

Of all the contemporary threats to the privacy of children, the one created by parental activity online seems to be the most difficult to address. Parents are presumed to play a key role in the protection of their children's rights. Measures developed to protect children's privacy reflect the strong tradition of respecting parental rights to control and shape the lives of their children. Though some national jurisdictions have made some effort to provide legal remedies for children in case of a conflict between their rights and the rights of their parents, the international community seems to be unprepared to move away from the basic premise that the only role of parents is to guide and support children in the exercise of their rights. This is demonstrated by the position taken by the UN Committee on the Rights of the Child with regard to sharenting in its recent General Comment on children's rights in relation to the digital environment.

In the absence of a strongly articulated position from the main international body charged with setting child protection standards that apply to defending the right of the child to privacy against their parents, it would be unreasonable to expect a unified response to this new risk to child's privacy at the national level. It can be confidently stated that we are not yet ready (at both the national and international level) to regulate sharenting.



References

1. Altun D. (2019) An investigation of preschool children's digital footprints and screen times, and of parents' sharenting and digital parenting roles. *The International Journal of Eurasia Social Sciences*, vol. 10, pp. 76–97.

2. Atkinson L. (2018) Interpreting the child-related provisions of the GDPR. *The Communications Law*, vol. 23, no. 1, pp. 31–32.
3. Autenrieth U. (2018) Family photography in a networked age. Anti-sharenting as a reaction to risk assessment and behaviour adaptation. In: G. Mascheroni, C. Ponte and A. Jorge (eds.) *Digital Parenting: The Challenges for Families in the Digital Age*. Göteborg: Nordicom Press, pp. 219–231.
4. Balajanov E. (2018) Setting the minimum age of criminal responsibility for cybercrime. *The International Review of Law, Computers and Technology*, vol. 32, no. 1, pp. 2–20.
5. Bessant C. (2018) Sharenting: balancing the conflicting rights of parents and children. *The Communications Law*, vol. 23, no 1, pp. 7–24.
6. Coccoli J. (2017) The challenges of new technologies in the implementation of human rights: an analysis of some critical issues in the digital era. *Peace Human Rights Governance*, vol. 1, no. 2, pp. 223–250.
7. Damkjaer M. (2018) Sharenting = good parenting? Four parental approaches to sharenting on Facebook. In: G. Mascheroni, C. Ponte, A. Jorge (eds.) *Digital Parenting: The Challenges for Families in the Digital Age*. Göteborg: Nordicom Press, pp. 209–218.
8. Kidron B. (2018) Are children more than “clickbait” in the 21st century? *The Communications Law*, vol. 23, no. 1, pp. 25–30.
- Lim S. (2018) Transcendent parenting in digitally connected families. When the technological meets the social. In: G. Mascheroni, C. Ponte, A. Jorge (eds.) *Digital Parenting: The Challenges for Families in the Digital Age*. Göteborg: Nordicom, pp. 31–39.
10. Livingstone S., Byrne J. (2018) Parenting in the digital age. The challenges of parental responsibility in comparative perspective. In: G. Mascheroni, C. Ponte and A. Jorge (eds.) *Digital Parenting: The Challenges for Families in the Digital Age*. Göteborg: Nordicom Press, pp. 19–30.
11. Livingstone S., O’Neill B. (2014) Children’s rights online: challenges, dilemmas and emerging directions. In: S. van der Hof, B. van den Berg and B. Schermer (eds.) *Minding Minors Wandering the Web: Regulating Online Child Safety*. Berlin: Springer, pp. 19–38.
12. Macenaite M. (2016) Protecting children’s privacy online: A critical look to four European self-regulatory initiatives. *The European Journal of Law and Technology*, vol. 7, no. 2, pp. 1–26.
13. Morgan A. (2018) The transparency challenge: making children aware of their data protection rights and the risks online. *The Communications Law*, vol. 23, no. 1, pp. 44–47.
14. Naab T. (2018) From media trusteeship to parental mediation: The parental development of parental mediation. In: G. Mascheroni, C. Ponte, A. Jorge (eds.) *Digital Parenting: The Challenges for Families in the Digital Age*, pp. 93–102.
15. Ogrodnik-Kalita A. (2022) Protection of the child’s right to privacy in the Convention on the Rights of the Child, the General Data Protection Regulation and Polish law. In: E. Marrus, P. Laufer-Ukeles (eds.) *Global reflections on children’s rights and the Law: 30 years after the Convention on the Rights of the Child*. New York: Routledge, pp. 171–181.
16. Oswald M. et al. (2017) Have “Generation Tagged” lost their privacy? University of Winchester: Centre for Information Rights. Available at: https://cris.winchester.ac.uk/ws/portalfiles/portal/356432/826826_Oswald_GenerationTagged_original.pdf (accessed: 04.01.2022)
17. Phippen A. (2017) Online technology and very young children: Stakeholder responsibilities and children’s rights. *The International Journal of Birth and Parent Education*, vol. 5, no. 1, pp. 29–32.

18. Clark L., Brites M. (2018) Differing parental approaches to cultivating youth citizenship. In: G. Mascheroni, C. Ponte and A. Jorge (eds.) *Digital Parenting: The Challenges for Families in the Digital Age*, pp. 81–89.
19. Schreiber A. (2014) Family-based rights in privacy and other areas of law — an Israeli perspective. *The International Family Law, Policy and Practice*, vol. 2, no. 2, pp. 13–27.
20. Steinberg S. (2017) Sharenting: Children's privacy in the age of social media. *Emory Law Journal*, vol. 66, pp. 839–884.
21. Trajkovska M. L. (2015) Privacy, freedom of expression and the Internet. In: *Essays in Honour of Dean Spielmann*. Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, pp. 335–342.
22. Van der Hof S., Lievens E. (2018) The importance of privacy by design and data protection impact assessments in strengthening protection of children's personal data under the GDPR. *The Communications Law*, vol. 23, no. 1, pp. 33–43.
23. Wildhaber L. (2004) The European Court of Human Rights in action. *The Ritsumeikan Law Review*, vol. 21, pp. 83–92.
24. Williams K. (2003) On controlling Internet child pornography and protecting the child. *Information and Communications Technology Law*, vol. 12, no. 1, pp. 3–24.

Information about the author:

N.V. Kravchuk — Senior Researcher, Candidate of Sciences (Law).

The article was submitted to the editorial office 18.04.2022; approved after reviewing 17.05.2022; accepted for publication 19.05.2022.

Научная статья

УДК 342.41

DOI: 10.17323/2072-8166.2022.5.177.197

Российский конституционализм и мобилизационная тенденция в экономике



Владимир Дмитриевич Мазаев

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Россия 101000, Москва, Мясницкая ул., 20, vmazaev9@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0003-0621-8548>



Аннотация

В условиях обострения геополитических проблем и экономических санкций против России констатируется потребность использования мобилизационной экономики как средства повышения эффективности действующей экономической модели. В качестве научной проблемы автором выделен вопрос о необходимых рамках конституционно-правового обеспечения режима мобилизационной экономики или его отдельных элементов. На основе междисциплинарного анализа дана характеристика мобилизационной экономики как политико-экономического понятия, в котором имеются важные правовые аспекты: расширение публично-правового регулирования рыночных отношений, сокращение экономических прав и свобод граждан и хозяйствующих субъектов, а также экстраординарность в применении правовых средств. Выделяются две противоречивые составляющие этого явления: с одной стороны, стремление к достижению общезначимой цели в неординарных условиях нетрадиционными методами и средствами, с другой — существенное ограничение прав и свобод граждан и общественных институтов. Это противоречие должно преодолеваться в рамках конституционно-правовых норм, отражающих самоограничение государства и общества в напряженный политико-экономический период. Режим мобилизационной экономики должен быть основан на идеях конституционализма, конституционной модели экономики. Конституционные принципы в экономике позволяют более результативно использовать потенциал права, его верховенство, ясность, разумность и определенность закона в преодолении критических проблем на основе консолидации усилий государства и общества. Понятие мобилизационного конституционализма не рассматривается в качестве отклонения от общей цивилизационной сущности современного конституционализма. С его помощью подчеркивается характер конституционно-правового воздействия в условиях экстраординарных ситуаций развития государства. В статье обоснован ряд предложений по совершенствованию законодательной и институциональной базы конституционно-правового обеспечения мобилизационной тенденции в экономике. Предлагается

принять федеральные законы о национализации, о плане развития экономики в условиях глобальных экономических вызовов; ставятся вопросы о признании и разработке конституционно-правовой основы института экспроприации, об усилении экспертно-аналитической роли Федерального Собрания посредством формирования Высшего экономического совета; о расширении полномочий Государственного Совета в сфере координации стратегического экономического планирования.



Ключевые слова

Конституция Российской Федерации, конституционное законодательство, экономические санкции, экономическая модель, мобилизационная экономика, конституционализм, мобилизационный конституционализм национализация

Для цитирования: Мазаев В.Д. Российский конституционализм и мобилизационная тенденция в экономике // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 5. С. 177–197. DOI: 10.17323/2072-8166.2022.5.177.197

Research article

Russian Constitutionalism and the Mobilization Trend in the Economy



Vladimir D. Mazaev

National Research University Higher School of Economics, 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia, vmazaev9@mail.ru.



Abstract

In the conditions of aggravation of geopolitical problems, economic sanctions against Russia, the need to use the mobilization economy as a means of enhancing the effectiveness of the current economic model is stated. As a scientific problem, the question of the necessary framework of constitutional and legal support for the regime of the mobilization economy is highlighted. On the basis of an interdisciplinary analysis, the characteristic of the mobilization economy as a political and economic concept is given, in which there are important legal aspects: the expansion of public law regulation of market relations, the reduction of economic rights and freedoms and the extraordinariness in the use of legal means. The regime of the mobilization economy, although it contains significant aspects of political and economic expediency, should be based on the ideas of constitutionalism, the constitutional model of the economy. It is shown that in the global political and economic confrontation between Russia and unfriendly countries, the universal features of constitutionalism should not absorb the national constitutional identity of our state. Constitutional principles in the economy make it possible to more effectively use the potential of law, its supremacy, clarity, reasonableness and certainty of the law in overcoming critical problems on the basis of consolidating the efforts of the state and society. The concept of mobilization constitutionalism is highlighted and its characteristics are given. A number of practical proposals for improving the legislative and institutional framework of mobilization constitutionalism are substantiated. Thus, it is proposed by the author to adopt federal laws on nationalization, expropriation, and economic

development plan in the context of global economic challenges; strengthening the expert and analytical role of the Russian Federal Assembly through the formation of the Supreme Economic Council; expanding the powers of the State Council of the Russian Federation in the field of coordination of strategic economic planning.



Keywords

Constitution of the Russian Federation; constitutional legislation; economic sanctions; economic model; mobilization economy; constitutionalism; mobilization constitutionalism; nationalization.

For citation: Mazaev V.D. (2022) Russian Constitutionalism and the Mobilization Trend in the Economy. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no. 5, pp. 177–197 (in Russ.) DOI: 10.17323/2072-8166.2022.5.177.197

Введение

Выдавливание России из глобального экономического и правового пространства порождает проблемы дальнейшего самостоятельного существования нашей страны. В связи с этим многие специалисты справедливо указывают мобилизационную экономику в качестве инструмента защиты национального экономического развития¹. «В новых условиях необходимо найти особые пути увеличения национальной безопасности единого народно-хозяйственного комплекса. Это прежде всего мобилизационная модель развития»². «Первоочередная задача России состоит сейчас в мобилизации страны, в объединении целей и усилий всего общества и российских элит для достижения подлинного экономического, технологического, научного и гуманитарного суверенитета»³. По определению В.Д. Зорькина, в этих условиях «мобилизация нам понадобится всесторонняя — экономическая, политическая, духовная и, наконец, правовая» [Зорькин В.Д., 2022].

¹ О необходимости перехода к мобилизационной экономике, к концентрации потенциала государства и развития говорят многие экономисты. См., напр.: Сергеев М. Развилка для России: «длинная зима» или затяжной военный конфликт. Банкиры и экономисты заговорили о мобилизационной экономике. Available at: URL: https://www.ng.ru/economics/2022-04-05/4_8409_banks.html (дата обращения: 05.08.2022); Новичков Н. Правда и домыслы про мобилизационную экономику: почему она сегодня необходима. Available at: URL: <https://www.mk.ru/economics/2022/10/23/pravda-i-domysly-pro-mobilizacionnuyu-ekonomiku-pochemu-ona-segodnya-neobkhodima.html> (дата обращения: 05.08.2022)

² Воронин Ю. Пришло время вводить мобилизационную экономику. Available at: URL: <https://www.mk.ru/economics/2022/03/03/prishlo-vremya-vvodit-mobilizacionnuyu-ekonomiku.html> (дата обращения: 05.08.2022)

³ Лосев А. Какая автаркия нам нужна. Экономическая самодостаточность становится главным мировым трендом. Available at: URL: <https://www.kommersant.ru/doc/5315472> (дата обращения: 05.08.2022)

Применение к России мер нестандартного характера (в их числе масштабные экономические санкции, аресты иностранных счетов и активов России, частных лиц–граждан России, блокирование свободы экономической деятельности как российского государства в целом, так и субъектов частной хозяйственной деятельности, ограничение права частной собственности вплоть до экспроприации имущества) предполагает ответные меры сохранения политического и экономического суверенитета, защиты основных прав собственных граждан. В связи с этим появляется потребность в консолидации ресурсов и средств государства и общества для преодоления острейших проблем не только выживания, но и решения глобальных экономических задач. Использование особых мер и способов экономического регулирования обуславливает корректировку экономической модели, а также предполагает модификацию ее правовой оболочки.

Важнейшей проблемой является выбор экономической модели, оптимальной для решения задач в нынешних геополитических условиях⁴. Делать ли ставку на мобилизационную модель как временную институциональную систему или можно обойтись мерами традиционной рыночной модели? Или необходимо вырабатывать качественно новую модель развития государства? На наш взгляд, если обращаться к праву, следует ускорить освоение новой реальности в конституционной теории на предмет уточнения правового обеспечения необходимой на сегодняшний день экономической стратегии.

В статье рассматривается один из аспектов решения этих вопросов — возможные конституционно-правовые подходы и инструменты реализации одного из направлений экономического развития по мобилизационной траектории. К числу наиболее значимых методов данного исследования следует отнести методы диалектики, междисциплинарный, сравнительно-правовой, а также контент–анализа.

1. Тенденция мобилизационной экономики

Ныне политическое руководство страны, а также доктрина проявляют интерес к использованию потенциала мобилизационной экономики. Понятие мобилизационной экономики — понятие общепризнанное, но в то же

⁴ Один из опросов показал, что в оценке перспектив экономического развития 56,4% респондентов (предпринимателей) признали экономическую ситуацию трудной и выступили за создание новой экономической модели. Available at: URL: <https://ria.ru/20220531/biznes-1791902390.html> (дата обращения: 05.08.2022); «Нужны глубокие изменения, прежде всего в социально-экономической системе. Причем не временные меры, а реализация стратегии, способной сделать нашу страну лидером». Available at: URL: <https://www.mk.ru/economics/2022/04/17/khvatit-latat-trishkin-kaftan-rossii-trebuetsya-novaya-strategiya-razvitiya.html> (дата обращения: 05.08.2022)

время имеет содержательные различия. Оно связано с категориями «мобилизация», «мобилизованность». Термин «мобилизация» используется применительно к различным сферам деятельности — военной, политической, экономической и др. В смысловой основе этого понятия находится общая формулировка: «Приведение кого-либо или чего-либо в активное состояние, сосредоточение сил и средств для достижения какой-либо цели» [Морозов Н.М., 2011: 175–176]. Дальнейшее смысловое развитие данного понятия представляется как «развитие, ориентированное на достижение чрезвычайных целей с использованием чрезвычайных средств и чрезвычайных организационных форм» [Фононов А.Г., 1993: 88]. Мобилизованность в экономике предполагает концентрацию ресурсов в приоритетном звене экономической системы; достижение цели любой ценой; командность в решении задач; сознательность социальной общности в постановке и осуществлении мобилизационных целей [Седов В.В., 2009: 7–9]. Ряд авторов в мобилизационной экономике выделяют базовые положения: значительную роль нерыночных механизмов, использование технологий чрезвычайного характера и командно-административную систему [Морозов Н.М., 2011: 178].

На наш взгляд, наиболее взвешенное понятие мобилизационной экономики дал С.Ю. Глазьев: «Мобилизационная экономика — это такая система госрегулирования, при которой достигается максимально эффективное использование ресурсов для форсированного экономического роста, модернизации производства или решения внеэкономических задач (победа в войне или гонке вооружений, крупномасштабное строительство престижных объектов, освоение новых территорий и т.п.)» [Глазьев С.Ю., 1999: 20].

Мобилизационная экономика может использоваться для обеспечения самостоятельности экономического развития и для решения «прорывных» задач экономического роста. Это подтверждается опытом социалистических советской и китайской моделей, а также опытом рыночных стран (США, Сингапур, Малайзия, послевоенная Япония и др.) [Берсенев В.Л., 2016: 17–19]; [Стадвелл Д., 2017: 19–21, 80–86]. Мобилизационная экономика зависит от ряда факторов и условий, прежде всего от типа общественного строя (капиталистический или социалистический), от политического режима (демократический, тоталитарный, авторитарный и т.п.), от модели экономики (свободного рынка, социально-ориентированной, смешанных форм, с элементами плановости и т.д.), от исторического этапа решения задач, от политической воли правящих элит и т.д.

В литературе можно найти принципиально разное отношение к мобилизационной экономике. Одни авторы считают, что «мобилизация, как готовность к неожиданностям и возможным потрясениям, станет неотъемлемым элементом социально-экономического и политического развития любого государства» [Харченко И.С. и др., 2021: 152]. Другие не принимают этого

явления, считая, что мобилизационное мышление опирается на отжившие институты, идеализацию тоталитарного прошлого [Корнейчук Б.В., 2017: 85].

Суть этого противоречия состоит в различии подходов к роли государства. Государство является основным субъектом реализации задач мобилизационной экономики. При этом на первый план выступает преобладание централизованного управления, увеличение доли государственного сектора и ограничение экономических частных интересов. Элемент авторитаризма, директивного диктата, политической и/или экономической целесообразности сопутствует образу мобилизационных инструментов. Мобилизационные меры используются для решения экстраординарных задач. Вопрос — с какой системой ценностей подходить к их решению. Можно использовать сокращение расходов на социальные цели; методы жестких приказов сверху; концентрацию ресурсов на ключевых направлениях с их институциональной и идеологической поддержкой⁵; предельное ограничение экономической свободы, но можно сочетать мобилизационную экономику с рыночными отношениями при разумном ограничении последних. Выбор этих вариантов напрямую связан с политико-экономическими условиями и правилами, в которых находится действующая российская власть и общество.

Политико-правовые установки, способные влиять на применение мобилизационных мер, обозначены прежде всего в выступлениях Президента Российской Федерации⁶, а также в позициях экономистов, близких к формированию политико-экономической доктрины. Так, В.А. Мау заявляет о поддержке перехода к мобилизационной экономике при необходимости сохранения рыночной основы конституционной модели⁷; В. Литвиненко поясняет, что переход на мобилизационную модель не означает отказа от рыночных механизмов⁸; С.Ю. Глазьев поддерживает мобилизационную экономику с рыночными инструментами⁹.

Опираясь на эти позиции, при характеристике возможного появления мобилизационной модели в России следует иметь в виду три основные установки: модель рыночной экономики не отвергается; она остается открытой,

⁵ Иванов А. Мобилизационная экономика: какой она может быть? Выживаемость России зависит от готовности пойти на жесткие меры. Available at: URL: <http://svpressa.ru> (дата обращения: 05.08.2022)

⁶ Available at: URL: <http://kremlin.ru/events/president/letters/68577> (дата обращения: 05.08.2022)

⁷ Available at: URL: <https://www.vedomosti.ru/economics/articles/2022/10/18/946044-ректор-ran-higs-predlozil-perehod-k-mobilizatsionnoi-ekonomike> (дата обращения: 05.08.2022)

⁸ Available at: URL: <https://rg.ru/2022/06/09/chto-znachit-dlia-rossii-perehod-na-mobilizatsionnuu-model-ekonomiki.html> (дата обращения: 05.08.2022)

⁹ Available at: URL: <https://www.vedomosti.ru/economics/characters/2022/08/24/937299-rossii-nuzhna-mobilizatsionnaya-ekonomika> (дата обращения: 05.08.2022)

не изоляционистской; модель мобилизационной экономики в большей мере рассматривается как тенденция, реакция на острейшие вызовы, как возможность внедрения отдельных элементов такой модели (если не рассматривать военную мобилизацию).

Не менее важным в характеристике мобилизационной экономики является отсутствие у этого явления не имеет четкого контура, жестких рамок правового содержания. Но ряд названных показателей (расширение роли государства, доминирование властного принуждения, существенное ограничение важнейших экономических прав и т.д.) способны превращать расплывчатый образ в экономико-правовой режим воздействия на экономические отношения.

2. Конституционализм и мобилизационная экономика

Основные принципы регулирования экономики, методы и формы этого воздействия, важнейшие институты решения экономических задач закреплены в конституциях современных государств [Андреева Г.Н., 2006: 12–62]. Если намечаются серьезные изменения в регулировании экономических отношений, то важно вовремя выяснить, насколько эти метаморфозы (например, использование режима мобилизационной экономики) будут соответствовать конституционным принципам российской экономической конституции?

С точки зрения конституционного права режим мобилизационной экономики можно определить как совокупность политических и экономико-правовых средств и методов регулирования в решении экстраординарных задач государства в экономической сфере. Он предполагает, с одной стороны, дополнительное напряжение между государством и обществом, государством и человеком в связи со значительным ограничением экономических и социальных прав и свобод человека и субъектов хозяйственной деятельности. С другой стороны, позитивный результат мобилизационности требует консолидации государства и общества в достижении поставленных целей, в том числе посредством самоограничения этих субъектов, а также осознания гражданами смысла урезания их экономических и социальных прав, уровня жизни ради общей перспективы. В противном случае мобилизационность будет держаться только на авторитарных методах, степень конфликтности будет нарастать и исключит позитивные итоги.

Режим мобилизационной экономики может действовать только в конституционно-правовых рамках. Принципиальную позицию по этому вопросу выразил В.Д. Зорькин, который подчеркнул, что несмотря на настороженность в восприятии мобилизационности как возможного свертывания права, для нашей страны она может быть эффективна только в условиях рас-

ширения пространства правовой свободы для граждан, в том числе в сфере бизнеса, экономических свобод. «Нам нужна сейчас, прежде всего, правовая мобилизация — не в смысле ужесточения законодательных мер, а в смысле более полного воплощения в законодательстве сути права как равной меры свободы» [Зорькин В.Д., 2022]. Правовая мобилизация предполагает взгляд на право как на способ социального сплочения, консолидации в целях прорывного преобразования международных отношений, политики, экономики, средство форсированной реализации потребностей, стратегических задач по обеспечению публичных и частных, наднациональных и государственных интересов¹⁰. Консолидированное напряжение сил государства и общества предполагает не свертывание правового поля, а усиление его ценностного начала, которое выражается прежде всего в идеях конституционализма, в том числе экономического конституционализма [Бондарь Н.С., 2017: 21–23]. На наш взгляд, посредством понятия правовой мобилизации делается обращение ментального, ценностного порядка к законодателям и правоприменителям, суть которого заключается в неукоснительном использовании всего потенциала права в экстраординарных условиях воздействия на общественные отношения.

Говоря о конституционализме и в частности об экономическом конституционализме, отметим ряд важных моментов. Историческими предпосылками конституционализма были нарождавшиеся рыночные отношения, свобода экономической деятельности, конкуренция, право частной собственности. Конституционализм стал философско-правовой парадигмой либерального миропорядка, основанного на ограничении государства и формальной свободе личности [Чиркин В.Е., 2013: 47–100]. Ныне основной целью конституционализма остается не только ограничение государственного властвования, но и сдерживание взаимного произвола государства, общества и личности, поиск оптимального баланса между ними.

В условиях возможного использования модели мобилизационной экономики и/или отдельных ее элементов закономерно встает вопрос о реальности конституционализма в нашей стране, если понимать его как сдерживающий каркас государственного властвования. Оценка этого вопроса напрямую зависит от того, насколько принимаются идеи универсальности конституционализма, а главное — насколько признается монополия на толкование ценностей конституционализма представителями внешних сил. Как показывает геополитическая реальность, в условиях обострения мировоззренческих и экономических противоречий не может быть тождественности в подходах к

¹⁰ Правовая мобилизация и мобилизация права: подготовка к стратегии выхода из глобальной турбулентности. Available at: URL: <https://www.gup.ru/events/news/detail.php?ID=223901> (дата обращения: 05.08.2022)

политико-правовой деятельности государств. Так, Ф. Фукуяма, как и многие западные авторы, указывает на «хорошее управление» как важнейший критерий в оценке конституционности, демократичности тех или иных государств и политических режимов [Фукуяма Ф., 2008: 163, 237]. Весь вопрос в том, кто, по каким критериям и насколько однозначно оценивает политику государств, их конституционный суверенитет.

В практике конституционализма последних десятилетий, особенно в странах постсоветского блока (Венгрия, Польша и др.) подходы к содержанию этого понятия стали более гибкими и прагматическими. Появились концепции национальной идентификации, уровней и видов конституционализма [Васильева Т.А., 2019: 32–54]; [Зорькин В.Д., 2020: 186–210]; [Бабурин С.Н., 2020: 118–185].

При обращении к существу такого философско-правового и мировоззренческого явления, как конституционализм, трудно найти однозначное представление об этом феномене. Наиболее яркий образ дал А. Шайо: «С конституционализмом у нас примерно такие же отношения, как у Св. Августина с Богом: «Не могу дать Ему определение, но знаю, что такое безбожие»» [Шайо А., 2001: 24]. Поиск конституционных смыслов всегда напоминает поиск божественных проявлений. В то же время поиск Бога, его проявлений и путей достижения божественной истины является фантастически сложным и неоднозначным процессом. По мнению К. Армстронга, этот поиск продолжается более четырех тысяч лет и самое главное — не заканчивается [Армстронг К., 2020: 430–440].

При всех оговорках об универсальности ценностей конституционализма в его основе есть философско-правовой стержень, который позволяет преодолевать и устанавливать критерии отграничения «силы (эффективности) власти» от произвола, ответственности государства от безответственности. В центре конституционализма стоят верховенство права, демократические институты, свобода личности, свобода экономической деятельности, правовая определенность, разумность законов и т.д. Конституционализм есть система развивающихся ценностей, норм и институтов, его содержание и толкование взаимосвязано с противоречиями глобализации и регионализации, либерального и консервативного путей развития, рыночных и социальных элементов в экономике и т.д. В любом случае практический конституционализм решает вопросы полезности и разумности публичной власти в интересах общества и личности, сдерживая бюрократический произвол государства. «Чем больше государство выступает инструментом консолидации общества, тем большую ценность имеет этот материал» (конституционализм, право) [Шайо А., 2001: 21].

Поэтому конституционализм должен являться исходной базой правового обеспечения решения неординарных (чрезвычайных) задач государства

и общества в экономике. Расширение роли государства в этих условиях не влечет обязательного свертывания или перекраивания конституционализма. Наоборот, эффективность и доверие к власти в преодолении кризисов и решении фундаментальных проблем строится не на произволе, а на обоснованных, соразмерных и легальных критериях государственного вмешательства в экономическую деятельность, в права граждан. Тем более, что «взаимное доверие государства и общества», «экономическая, политическая и социальная солидарность» (ст. 75.1 Конституции Российской Федерации) стали конституционными категориями и имеют непосредственное регулятивное воздействие на сферу, в том числе экономических общественных отношений.

Российская конституционная экономическая модель образца 1993 года построена на либерально-демократических принципах. Но фактическая экономическая модель отошла от первоначальной стерильно рыночной, государственный сектор стал доминировать в ряде ключевых отраслей экономики (энергетика, транспорт), особые субъекты хозяйственной деятельности с контрольным пакетом акций или долей государства (государственные корпорации, государственные компании и др.) стали локомотивами экономической политики. Несмотря на отклонения от конституционно первородной либеральной модели, экономика страны оказалась устойчивой в кризисные два года пандемии и начала экономических санкций¹¹. Концентрация основных экономических рычагов и ресурсов у государственной власти стабилизировала большие потери в неблагоприятных условиях мировой экономической конъюнктуры.

Все эти изменения в экономической модели происходили в рамках конституционного-правового процесса. Идеи конституционализма были связаны с практическими нуждами нашего государства на историческом отрезке времени. Если вспомнить одну из популярнейших историко-философских работ начала XX века, то современно звучат слова О. Шпенглера: «Тот, кто занимается конституцией как самоцелью и идеалом в отрыве от всего прочего, лишь губит своей деятельностью тело нации» [Шпенглер О., 2014: 826–827].

3. Мобилизационный конституционализм

Правовой режим мобилизационной экономики пока не имеет четкого содержания, как и мобилизационная экономика. Вместе с тем это понятие

¹¹ Экономика России продемонстрировала относительно небольшой по сравнению с развитыми странами спад в 2020 году (–3%) и быстрое восстановление (допандемийный уровень был достигнут уже во втором квартале 2021 года) / Правительство России.Единый план по достижению национальных целей развития Российской Федерации на период до 2024 года и на плановый период до 2030 года. Available at: URL: <https://storage.strategy24.ru/files/news/202110/29774f05e3cdabd00a82d77ad74e89a6.pdf> (дата обращения: 05.08.2022)

позволяет обратить внимание на совокупность правовых средств и методов решения острейших и нестандартных проблем государства и общества. Примером этому может служить правовой режим, который сформировался в нашей стране в условиях пандемии и который можно назвать репетицией мобилизационного режима. В качестве первых элементов особого конституционно-правового режима в условиях пандемии явились федеральные законы «О защите населения и территорий от чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера»¹² и «О санитарно-эпидемиологическом благополучии населения»¹³. В них предусмотрены режимы повышенной готовности и чрезвычайной ситуации, дифференцированы полномочия и ответственность за обеспечение этих режимов по уровням государственной власти [Астафичев П.А., 2021: 47].

Конституционность этих особых правовых режимов, в том числе ограничения экономических прав и свобод в условиях режима повышенной готовности подтвердил Конституционный Суд Российской Федерации. В Постановлении от 25.12.2020 №49-П Суд выделил два положения, характеризующие конституционные признаки особых правовых режимов: во-первых, для введения ограничений прав граждан, обусловленных распространением опасных для жизни и здоровья граждан эпидемических заболеваний, требуется поддержание приемлемых условий жизнедеятельности общества, в том числе вызванных уникальным (экстраординарным) характером ситуации распространения нового опасного заболевания; во-вторых, допустимые и вынужденные временные ограничительные меры прежде всего направлены на самоорганизацию общества перед лицом общей угрозы и тем самым являются проявлением одной из форм социальной солидарности, основанной на взаимном доверии государства и общества¹⁴. Таким образом, Суд признал в качестве важнейших характеристик правового режима мобилизационного характера: «экстраординарность ситуации» и «беспрецедентность угроз»;

¹² См.: Федеральный закон от 21.12.1994 № 68-ФЗ (ред. от 08.12.2020) «О защите населения и территорий от чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера» // СЗ РФ. 1994. № 35. Ст. 3648. 2020. № 50. Ст. 8074.

¹³ См.: Федеральный закон от 30.03.1999 № 52-ФЗ (ред. от 13.07.2020) «О санитарно-эпидемиологическом благополучии населения» // СЗ РФ. 1999. № 14. Ст. 1650. 2020. № 29. Ст. 4504.

¹⁴ См.: п. 2 Постановления Конституционного Суда РФ от 25.12.2020 N 49-П «По делу о проверке конституционности подпункта 3 пункта 5 постановления Губернатора Московской области «О введении в Московской области режима повышенной готовности для органов управления и сил Московской областной системы предупреждения и ликвидации чрезвычайных ситуаций и некоторых мерах по предотвращению распространения новой коронавирусной инфекции (COVID-2019) на территории Московской области» в связи с запросом Протвинского городского суда Московской области». Available at: URL: www.pravo.gov.ru (дата обращения: 05.08.2022)

проявление социальной солидарности, взаимного доверия государства и общества в условиях общих угроз.

На наш взгляд, конституционно-правовая оболочка мобилизационной экономики есть особый правовой режим концентрации ресурсов общества и государства для решения наиболее значимых задач экономического развития с использованием правовых средств и методов чрезвычайного и/или неординарного характера, связанных с существенными изменениями полномочий органов публичной власти и ограничениями экономических прав граждан ради достижения общезначимых целей. Введение этой модели предполагает адекватное и системное ее отражение в соответствующих конституционно-правовых формах. В связи с этим встает вопрос о целесообразности использования такого правового понятия, как мобилизационный конституционализм.

Режим мобилизационной экономики может существовать в форме мобилизационного конституционализма (применительно к экономике). Несомненно, обособление данного понятия носит доктринальный характер так же, как и понятий экономического, экологического, информационного, цифрового конституционализма [Кравец И.А., 2020: 44–56]. Оно не противопоставляется общему понятию о конституционализме как таковом. «Мобилизационный конституционализм» позволяет акцентировать внимание на ряде особенностей конституционно-правового воздействия на данный вид общественных отношений. Он обеспечивает: урегулирование наибольшей степени напряжения, конфликтности между публичными и частными интересами в достижении общих задач экономического развития, защиты экономического суверенитета; необходимую степень консолидации государства, общества и гражданина через доверие к праву в экономике, дополнительной легитимации публичной власти в решении критических проблем; определенность, разумность и открытость правовых средств решения экстраординарных задач государства.

Мобилизационный конституционализм используется на том временном отрезке, когда на поверхность выступает политическая идея «цель оправдывает средства». Главной задачей этого вида конституционализма является защита основ конституционной экономической модели, ценностей социально-ориентированной рыночной экономики, сдерживание доминирования политической (и/или экономической) целесообразности.

Основной функцией режима мобилизационного конституционализма является защита ценностей правового государства и принципов социально ориентированной рыночной экономики, таких как «право частной собственности, свобода собственности и договора, добросовестная конкуренция и предотвращение монополизации»¹⁵.

¹⁵ См.: Постановление КС РФ от 20.12.2010 № 22-П // СЗ РФ 2011. № 1. Ст. 264.

При наличии в мобилизационном режиме такой доминанты, как достижение всеобще значимой цели всеми доступными путями и средствами, мобилизационный конституционализм требует использования этих инструментов в рамках базовых ценностей правового государства, верховенства права — надлежащей правовой формы, правовой определенности, ясности и разумности закона, эффективной защиты обозначенных правил, соразмерности правовых ограничений прав и свобод, доверие к праву граждан и субъектов хозяйственной деятельности и т.д. [Бондарь Н.С., 2017: 38–43].

Режим мобилизационного конституционализма в экономике должен способствовать мобильности правового регулирования, оперативному и гибкому реагированию на внутренние и внешние вызовы, задействовать разнообразные и порой нетрадиционные правовые меры и методы.

4. Предложения о совершенствовании режима мобилизационного конституционализма

К важным элементам мобилизационного конституционализма помимо философско-правовой (мировоззренческой) основы, правовой культуры и соответствующей ментальности населения следует отнести нормативно-правовую и институциональную основы.

Нормативно-правовая основа мобилизационного конституционализма на сегодняшний день быстро наполняется и демонстрирует необходимую оперативность и рациональность в решении поступающих запросов. Главным в этом регулировании было и является правовая форма и соразмерность действий государства национальным интересам. Российский законодатель придерживается этих положений. Так, различные ограничительные меры в сфере экономических прав закреплены в целом ряде федеральных законов¹⁶. На основании и в рамках этих законов Президент наделяется полномочия-

¹⁶ «О безопасности» от 28.12.2010 № 390-ФЗ; «О специальных экономических и принудительных мерах» от 30.12.2006 № 281-ФЗ; «О мерах воздействия (противодействия) на недружественные действия Соединенных Штатов Америки и иных иностранных государств» от 04.06.2018 № 127-ФЗ; «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» от 14.07.2022 № 272-ФЗ (в котором вносятся изменения в ряд законодательных актов, расширяющих полномочия Правительства РФ по реализации специальных экономических мер, устанавливающих дополнительные обязанности для субъектов хозяйственной деятельности в сфере заключения контрактов по оборонному заказу и т.д.); «О внесении изменения в статью 18 Федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» 28.06.2022 № 213-ФЗ (в котором закрепляется правовая защита российских компаний, которые ввозят товары без разрешения правообладателя, от возможной гражданской, административной и уголовной ответственности и тем самым ограничиваются исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности) и т.д. // СПС КонсультантПлюс.

ми по более конкретному установлению специальных экономических мер мобилизационного характера¹⁷.

Правовое мобилизационное регулирование требует большего внимания и оперативности в решении насущных проблем. Так, тема национализации и экспроприации как никогда обострилась в условиях экономической войны и нарушения права собственности недружественными странами. На внешние правовые вызовы ограничения и лишения прав собственности российского государства, его граждан в российском законодательстве до сих пор не установлено адекватного механизма законного лишения права собственности «недружественных» государств и их граждан. Более того, давно требуется принять закон о национализации как важнейшем инструменте проведения более гибкой экономической политики страны.

Ч. 3 ст. 35 отечественной Конституции предусматривает институт принудительного отчуждения имущества для государственных нужд, а ст. 235 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) прямо предусматривает институт национализации и принятие закона по этому вопросу. Более того, национализация в России проводится, некоторые субъекты федерации нормативными актами закрепили национализацию как правовой институт и применяли его, хотя эти действия породили ряд правовых коллизий, которые пока однозначно не решены.

В России имеется потребность, прямо предусмотренная Конституцией, в принятии закона о национализации как важнейшего инструмента экономической политики и защиты экономических интересов государства и прав граждан. В Государственную Думу за последние 20 лет было внесено более десяти законопроектов о национализации, но (в основном по политическим мотивам) ни один из них не принят. На наш взгляд, нужно преодолеть политические страхи и принять такой закон. Смысл его должен состоять не только в закреплении дополнительных возможностей государства в сфере имущественных отношений, но и в дополнительных гарантиях прав собственников от необоснованных действий публичной власти. Кроме того, этот закон должен быть федеральным, так как региональное регулирование в этой сфере противоречит ст. 71 Конституции, которая относит гражданское законодательство к исключительным полномочиям федерации.

Следует назвать еще один проблемный вопрос, относящийся к конституционному праву собственности в мобилизационной экономике. Это вопрос об экспроприации. Национализация — это возмездное принудительное от-

¹⁷ Указ Президента РФ «О применении специальных экономических мер в финансовой и топливно-энергетической сферах в связи с недружественными действиями некоторых иностранных государств и международных организаций» от 05.09.2022 № 520 // СПС КонсультантПлюс.

чуждение имущества для государственных нужд (ст. 235 ГК РФ), а экспроприация же вовсе не предусмотрена нашим законодательством. Если традиционно толковать это понятие как безвозмездное отчуждение имущества для государственных нужд, то оно противоречит ч. 3 ст. 35 российской Конституции, предусматривающей, что принудительное отчуждение имущества для государственных нужд может быть произведено только при условии предварительного и равноценного возмещения. Поэтому в условиях, когда в ряде зарубежных стран начинают разрабатывать и принимать законодательную базу экспроприации имущества российских граждан и юридических лиц, нам необходимо также на конституционно-правовом уровне решить данную проблему.

Еще одной темой законодательного наполнения мобилизационной экономики является план. Решение экстраординарных задач в условиях концентрации ресурсов под государственным контролем требует организованности, ясных целей и средств реализации, а также контроля над показателями развития. Планирование в экономике, тем более в кризисные периоды создает большую определенность и уверенность. Стратегическое планирование признается необходимым современным элементом государственного управления [Шохин С.О., Кудряшова Е.В., 2018: 5–6].

В России система стратегического планирования действует на основании Федерального закона «О стратегическом планировании в Российской Федерации»¹⁸. В нем закреплен механизм принятия решений по планированию, но не цели и предметные ориентиры экономического развития. В Законе ведущая роль целеуказания стратегического планирования отведена Президенту Российской Федерации. Основные направления экономического развития закрепляются в Посланиях Президента, его указах¹⁹, документах Правительства²⁰, концепциях и программах федеральных органов исполнительной власти. Одним словом, весь массив документов стратегического планирования разрабатывается и осуществляется в недрах исполнительной власти под общим руководством Президента. Не всегда в этом потоке плановых установок можно выявить степень эффективности и затратности реализации этих планов, а также ответственность уполномоченных институтов и должностных лиц.

¹⁸ СЗ РФ. 30.06.2014. № 26 (часть I). Ст. 3378.

¹⁹ Например, Указы Президента Российской Федерации от 7.05. 2018 № 204 «О национальных целях и стратегических задачах развития Российской Федерации на период до 2024 года» и от 21.07. 2020 № 474 «О национальных целях развития Российской Федерации на период до 2030 года». Available at: URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 05.08.2022)

²⁰ Например, Единый план по достижению национальных целей развития Российской Федерации на период до 2024 года и на плановый период до 2030 года. Available at: URL: <http://government.ru/rugovclassifier/section/2176/> (дата обращения: 05.08.2022)

В условиях мобилизационного напряжения обществу и гражданам необходимы ясность и прозрачность (предсказуемость) действий государственной власти. Предсказуемость, гласность и доверие может обеспечить законодательное утверждение планов экономического развития²¹. Основные параметры мобилизационной экономики имели бы более высокий уровень легитимности и открытости, если бы принимались парламентом в форме федеральных законов-планов. В ряде рыночных стран роль парламента в планировании закреплена конституционно (например, в Турции). Если смотреть на опыт социалистической КНР с элементами рыночных отношений, то ее рывок в мир современных высоких технологий в том числе основан на пятилетних и отраслевых планах, утверждаемых представительным органом (например, в 14-м пятилетнем плане имеется план национальной информатизации)²².

В России принятие законов-планов не запрещено. Вполне возможно принятие федерального закона о защите экономического суверенитета и обеспечении приоритетов в инновационном развитии экономики России, в котором следовало бы закрепить общие параметры и ориентиры, средства поддержки, уполномоченные институты решения поставленных задач, а также формы контроля и меры ответственности за выполнение показателей. Не менее важно закреплять отдельные направления решения стратегических экономических задач (например, федеральный закон о приоритете российских технологий в производстве чипов).

Режим мобилизационного конституционализма может быть дополнен рядом институтов, способствующим более открытому, объективному и профессиональному принятию решений по вопросам социально-экономического развития. Ведущая роль в постановке и решении экономических задач отводится Президенту и Правительству. Вместе с тем, в условиях мобилизационной консолидации государства и общества степень доверия между ними традиционно обеспечивают представительный орган и экспертное сообщество²³.

²¹ Одним из вариантов такого подхода является ряд документов и мероприятий в области обороны, в том числе, План обороны Российской Федерации, Мобилизационный план экономики Российской Федерации (ст. 2.1 Федерального закона от 5.04. 2013 №55-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»); комплекс мероприятий по переводу экономики Российской Федерации, экономики субъектов федерации и муниципальных образований на работу в условиях военного времени (ч.ч.1,2 Федерального закона от 26.02.1997 № 31-ФЗ (ред. от 26.05.2021) «О мобилизационной подготовке и мобилизации в Российской Федерации»). Но эти планы относятся к строго установленному правовому режиму военного времени.

²² Available at: URL: <https://issek.hse.ru/news/688845347.html> (дата обращения: 05.08.2022)

²³ Медушевский А. Н. Аналитические центры в политическом процессе: американская модель «фабрик мысли» и ее функционирование за пределами США. Available at: URL: <http://www.politeia.ru> (дата обращения: 05.08.2022)

Потенциал нашего Федерального Собрания как оценщика важнейших планов государства в сфере экономики совсем не реализован. Для этого требуется расширение его экспертно-аналитической деятельности. Одним из вариантов решения этой задачи может быть создание парламентской структуры оценки проблем экономического и социального развития. Она должна иметь статус самостоятельной организации, учреждаемой палатами по принципу представительства всех парламентских фракций. В истории России был интересный опыт функционирования такого экспертно-консультативного органа в условиях радикальных экономических реформ. Высший экономический Совет Республики при Президиуме Верховного Совета РФ был утвержден 22.06.1990 решением Съезда народных депутатов РСФСР. Совет хорошо зарекомендовал себя как консультативно-экспертный орган законодательной власти. Он давал официальные заключения на все основные социально-экономические проекты, а также участвовал в оценке и доработке важнейших программ и планов Правительства России. Работа Совета была оценена законодателями высоко и в сравнении с опытом экономического, социального и экологического совета Франции [Ковалев А.М., 1997: 96–98]. В проекте Конституции, подготовленном Конституционной комиссией, была поправка о конституционном статусе Высшего экономического совета. К важнейшим задачам Совета были отнесены: подготовка экспертиз важнейших социально-экономических законопроектов, оценка экономических планов и программ Правительства; посредничество между исполнительной властью и гражданским обществом в процессе доработки важнейших решений по экономическим проблемам.

Нельзя не отметить потенциально важной роли Государственного Совета в качестве нового конституционного института в решении экстраординарных задач социально-экономического развития, стратегического планирования. По п. е (5) ст. 83 Конституции, п. 2 ст. 3 Федерального закона от 08.12.2020 № 394-ФЗ «О Государственном Совете Российской Федерации» Государственный Совет участвует в разработке стратегических задач и целей внутренней и внешней политики страны, в формировании государственной политики в области ее социально-экономического развития, субъектов федерации и муниципальных образований²⁴. В условиях концентрации основных экономических ресурсов, системного планирования, необходимости оперативного и гибкого реагирования в решении задач мобилизационной экономики крайне важно иметь конституционный орган, наделенный полномочиями по координации и обеспечению согласованного взаимодействия органов, входящих в единую систему публичной власти. Хотя Государственный Совет реализует свои функции посредством предложений Президенту,

²⁴ СЗ РФ. 14.12.2020. № 50 (часть III). Ст. 8039.

он имеет конституционную самостоятельность в реализации своих задач и функций, поле конституционного усмотрения в оценке ситуаций и в разработке решений.

Заключение

В условиях геополитического противостояния и экономических санкций тенденция мобилизации экономики наполняется экономико-правовым содержанием. Правовой режим мобилизационной экономики может быть использован в качестве средства защиты экономического суверенитета, самостоятельного развития России. Это совокупность политико-правовых и экономико-правовых средств и методов регулирования при решении экстраординарных задач государства в сфере экономики. Данный режим предполагает расширение роли государства и ограничение экономических свобод, тем самым порождая дополнительное напряжение (конфликтность) между государством и обществом. Необходимым объединяющим элементом государства, общества и граждан являются консолидация и доверие к праву. Консолидирование государства и общества в решении экстраординарных задач предполагает увеличение эффективности и значимости правового поля, которое выражается прежде всего в следовании идеям конституционализма. Конституционализму присущи черты национальной идентификации, тем более в критических условиях отстаивания национального суверенитета.

Мобилизационная экономика должна существовать в форме мобилизационного конституционализма (как разновидности конституционализма). К его важнейшей политико-правовой характеристике принадлежит обеспечение необходимой степени доверия государства, общества и граждан к праву, дополнительная легитимация публичной власти в решении критических проблем. Главной задачей этого вида конституционализма является защита основ конституционной экономической модели, ценностей социально-ориентированной рыночной экономики, сдерживание доминирования политической (и/или экономической) целесообразности.

В качестве предложений о наполнении законодательного поля мобилизационного конституционализма следует предложить принятие: законодательства о национализации и экспроприации; законов-планов экономического развития в условиях санкций и экономической войны.



Список источников

1. Андреева Г.Н. Экономическая конституция в зарубежных странах. М.: Наука, 2006. 268 с.

2. Армстронг К. История Бога: 4000 лет исканий в иудаизме, христианстве и исламе. М.: Альпина, 2020. 494 с.
3. Астафичев П.А. Проблемы реализации конституционных прав и свобод человека и гражданина в условиях пандемии. Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России. 2021. № 1. С. 42–53.
4. Бабурин С.Н. Интеграционный конституционализм. М.: Норма, 2020. 264 с.
5. Берсенев В.Л. Мобилизационная модель экономики: опыт историографического анализа // История науки и техники в современной системе знаний: 6-я конференция кафедры истории науки и техники. Екатеринбург: УПИ, 2016. С. 16–20.
6. Бондарь Н.С. Экономический конституционализм России: очерки теории и практики. М.: Норма, 2017. 272 с.
7. Васильева Т.А. Суд ЕС и конституционные суды государств членов Европейского Союза в поисках конституционной идентичности // Труды Института государства и права РАН. 2019. № 2. С. 32–54.
8. Глазьев С.Ю. Пора объявлять мобилизацию // Коммерсантъ-власть. 1999. № 15. С. 20.
9. Зорькин В.Д. Право против хаоса. М.: Норма, 2020. 368 с.
10. Зорькин В.Д. Право России: альтернативы и риски в условиях глобального кризиса // Российская газета. 30.06 2022.
11. Ковалев А.М. Современное состояние Конституции Франции: проблемы реформы // Государство и право. 1997. № 4. С. 91–100.
12. Корнейчук Б.В. Мобилизационные сценарии развития: источники и последствия. Terra Economicus, 2017. № 1. С. 79–88.
13. Кравец И.А. Конституционный символизм, модернизация конституции и информационное общество (между учредительным и информационным конституционализмом для России). Lex Russica, 2020, № 1. С. 43–58.
14. Морозов Н.М. Мобилизационный тип развития российской цивилизации // Вестник Томского государственного университета. 2011. № 2. С. 172–183.
15. Осипов М.Ю. О некоторых проблемах реализации положений Федерального закона о стратегическом планировании. Государственная власть и местное самоуправление. 2017. № 12. С. 8–13.
16. Седов В.В. Мобилизационная экономика от практики к теории. В кн.: Мобилизационная модель экономики: исторический опыт России XX века. Сборник материалов. Челябинск: Энциклопедия, 2009. С. 7–9.
17. Стадвелл Д. Азиатская модель управления. Удачи и провалы самого динамичного региона в мире. М.: Альпина Паблишер, 2017. 530 с.
18. Фонов А.Г. Россия: от мобилизационного общества к инновационному. М.: Наука, 1993. 272 с.
19. Фукуяма Ф. Америка на распутье: демократия, власть и неконсервативное наследие. М.: АСТ, 2008. 282 с.
20. Харченко И.С. и др. Мобилизационная экономика: история и современность. Государственное и муниципальное управление. 2021. N 3. С. 146–152.
21. Чиркин В.Е. Зарубежный конституционализм: опыт развития В кн.: Конституция Российской Федерации: от образа будущего к реальности (к 20-летию основного закона России). М.: Юриспруденция, 2013. 592 с.

22. Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма). М.: Юристъ, 2001. 292 с.
23. Шохин С.О., Кудряшова Е.В. Управление финансово-экономической сферой на основе стратегического планирования: правовые аспекты. М.: МГИМО-Университет, 2018. 246 с.
24. Шпенглер О. Закат западного мира: очерки морфологии мировой истории. М.: АЛЬФА-Книга, 2014. 1085 с.



References

1. Andreeva G.N. (2006) *Economic constitution in foreign countries*. Moscow: Nauka, 268 p. (in Russ.)
2. Armstrong K. (2020) *The History of God: 4000 years of Search in Judaism, Christianity and Islam*. Moscow: Alpina, 494 p. (in Russ.)
3. Astafichev P. A. (2021) Realization of constitutional human and civil rights and freedoms under pandemic. *Vestnik Sankt-Peterburgskogo universiteta MVD*=Bulletin of the Saint Petersburg University of the Internal Ministry, no. 1, pp. 42–53 (in Russ.)
4. Baburin S.N. (2020) Integration constitutionalism. Moscow: Norma, 264 p. (in Russ.)
5. Bersenev V.L. (2016) Mobilization model of economy: historiographical analysis. In: *History of science and technology in the modern system of knowledge: 6th annual conference of the department of history of science and technology*. Yekaterinburg: University Press, pp. 16–20 (in Russ.)
6. Bondar N.S. (2017) *Economic constitutionalism of Russia: essays on theory and practice*. Moscow: Norma, 272 p. (in Russ.)
7. Chirkin V.E. (2013) Foreign constitutionalism: the outline of development. In: *The Constitution of the Russian Federation: from the image of future to reality*. T.Ya. Khabrieva (ed.). Moscow: Jurisprudence. 592 p. (in Russ.)
8. Fonotov A. G. (1993) *Russia: from a mobilization society to an innovative one*. Moscow: Nauka, 272 p. (in Russ.)
9. Fukuyama F. (2008) *America at the crossroads: democracy, power and non-conservative heritage*. Moscow: AST, 282 p. (in Russ.)
10. Glazyev S.Yu. (1999) It's time to declare mobilization. *Kommersant*=Merchant, no. 15, p. 20 (in Russ.)
11. Korneychuk B.V. (2017) Mobilization scenarios of development: sources and consequences. *Terra Economicus*, no. 1, pp. 79–88 (in Russ.)
12. Kovalev A.M. (1997) Current French constitution (issues of constitutional reform). *Gosudarstvo i pravo*=State and Law, no. 4, pp. 91–100 (in Russ.)
13. Kharchenko I.S. et al. (2021) Mobilization economy: history and modernity. *Gosudarstvennoye i municipalnoye upravlenie*=State and Municipal Administration, no. 3, pp. 146–152 (in Russ.)
14. Kravets I.A. (2020) Constitutional symbolism, modernization of the Constitution and information society (between constituent and information constitutionalism for Russia). *Lex Russica*=Russian Law, no. 1, pp. 43–58 (in Russ.)
15. Morozov N.M. (2011) Mobilization type of development of Russian civilization. *Vestnik Tomskogo Universiteta* =Bulletin of the Tomsk University, no. 2, pp. 172–183 (in Russ.)
16. Osipov M.Yu. (2017) Implementing provisions of the Federal Law On strategic planning. *Gosudarstvennaya vlast i mestnoye samoupravlenie*=State Authority and Local Self-Government, no. 12, pp. 8–13 (in Russ.)

17. Shayo A. (2001) *Self-restraint of power (a short course of constitutionalism)*. Moscow: Jurist, 292 p. (in Russ.)
18. Sedov V.V. (2009) *Mobilization economy: from practice to theory. Mobilization model of economy: historical experience of Russia in 20th century*. Chelyabinsk: Encyclopedia, pp. 7–9 (in Russ.)
19. Shokhin S.O., Kudryashova E.V. (2018) *Economic sphere management based on strategic planning: legal aspects*. Moscow: MGIMO, 246 p. (in Russ.)
20. Shpengler O. (2014) *The decline of the Western World: essays*. Moscow: ALFA-Book, 1085 p. (in Russ.)
21. Studwell D. (2017) *The Asian management model: successes and failures of the most dynamic region in the world*. Moscow: Alpina, 530 p. (in Russ.)
22. Vasilyeva T.A. (2019) EU Court and constitutional courts of member states in search of constitutional identity. *Works of the Institute of State and Law*, no. 2, pp. 32–54 (in Russ.)
23. Zorkin V.D. (2020) *Law against chaos*. Moscow: Norma, 368 p. (in Russ.)
24. Zorkin V.D. (2022) The law of Russia: alternatives and risks in front of the global crisis. *Rossiyskaya Gazeta*. 30.06. (in Russ.)

Информация об авторе:

В.Д. Мазаев — доктор юридических наук, профессор.

Information about the author:

V.D. Mazaev — Doctor of Sciences (Law), Professor.

Статья поступила в редакцию 23.11.2022; одобрена после рецензирования 09.12.2022; принята к публикации 09.12.2022.

The article was submitted to the editorial office 23.11.2022; approved after reviewing 09.12.2022; accepted for publication 09.12. 2022.

Научная статья

УДК 340.342, 347

DOI: 10.17323/2072-8166.2022.5.198.227

Проблемы правового регулирования обращения с безнадзорными животными в России



Мария Алексеевна Шабалина

Адвокатское бюро «Кульков, Колотилов и партнеры», Россия 119180, Москва, 4-й Голутвинский пер., 1/8, стр. 5, m.shabalina@kkplaw.ru, <https://orcid.org/0000-0003-3481-2499>



Аннотация

В статье проведено исследование понятия «безнадзорное животное», предусмотренного в России, с точки зрения потенциальной конкуренции норм ГК РФ и Федерального закона № 498-ФЗ и посредством сравнения с зарубежным опытом. Предложено авторское видение «разновидностей» безнадзорных животных и особенностей применения к ним института ответственного обращения, к их числу относится нетождественность «правового положения» разных групп безнадзорных животных в России. Автор разграничивает три категории: безнадзорных животных, животных без владельцев и животных, от права собственности на которых отказались. В статье доказывается, что понятие «безнадзорное животное» является общим и включает в себя животных-компаньонов и сельскохозяйственных животных, а «животные без владельцев» и «животные, от права собственности на которых отказались», являются лишь разновидностью безнадзорных животных-компаньонов. Автор также провела сравнение действующего регулирования субъектов федерации в части порядка идентификации животных при отлове и возможности отлова владельческих животных. В статье приведены результаты авторского исследования регионального законодательства по критериям допустимости и необходимости отлова безнадзорных животных, дана таблица с группировкой оснований отлова от более строгих к менее строгим (где первые включают в себя множественные запреты отлова, а вторые допускают отлов всех безнадзорных животных без каких-либо ограничений). Отдельно в статье освещены вопросы допустимости умерщвления безнадзорных животных как с точки зрения действующего регулирования, так и с точки зрения гуманности, а также отражены зарубежные подходы к применению дан-

ного института. Автором изучены вопросы гуманности и эффективности действующей в России программы контроля над численностью безнадзорных животных по методике «отлов — стерилизация — вакцинация — выпуск». Данная методика сравнивается с иными применяемыми в мире методиками. Проанализирован опыт стран Европы в рамках реализации программ контроля численности.



Ключевые слова

безнадзорные животные, животные без владельцев, жестокое обращение с животными, негуманное обращение с животными, конкуренция законодательного регулирования.

Для цитирования: Шабалина М.А. Проблемы правового регулирования обращения с безнадзорными животными в России // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 5. С. 198–227. DOI: 10.17323/2072-8166.2022.5.198.227

Discussion Club

Research article

Legal Regulation of Treatment of Stray Animals in Russia



Maria A. Shabalina

Kulkov, Kolotilov and Partners, 1/8 4th Golutvinsky Per., Moscow 119180, Russia, m.shabalina@kkplaw.ru



Abstract

The article analyzes the concept of “stray animals” provided in Russia, both from the point of view of potential competition between the norms of the Civil Code and Federal Law No. 498-FZ and in comparison with the foreign approach. The article offers the author’s vision of the legal “groups” of stray animals and establishes the application limits of the responsible treatment to such animals, which include the non-identical legal status of different groups of stray animals in Russia. Thus, the author distinguishes three categories: (i) stray animals, (ii) animals without owners, and (iii) animals that have been relinquished. The article proves that “stray animal” is general term which includes companion animals and farm animals, while “animals without owners” and “animals that have been relinquished” are only a variety of stray companion animals. The author compared the current regulation of the constituent entities of the Russia in terms of the procedure for identifying animals when catching and the possibility of catching owned animals. Also, it shows the results of author’s research of the entire regional legislation on the criteria of stray animals catching. Moreover, the article highlights the admissibility of euthanasia of stray animals both from the point of view of the current regulation and of humanity, and foreign approaches to euthanasia. The author studied the issues of humanity and effectiveness of the program for controlling the number of stray animals in Russia using the method caught-sterilization-vaccination-release, compared it with other methods used and presented an analysis of the experience of European countries in the implementation of stray animals control programs.

Keywords

stray animals; animals without owners; cruelty to animals; inhumane treatment of animals, competition of legal regulation.

For citation: Shabalina M.A. (2022) Legal Regulation of Treatment of Stray Animals in Russia. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no. 5, pp. 198–227 (in Russ.) DOI: 10.17323/2072-8166.2022.5.198.227

Введение

Предметом исследования является правовое регулирование порядка обращения с безнадзорными животными в России, а также анализ проблем и законодательных пробелов в данной сфере. В рамках статьи использован сравнительно-правовой анализ российского и европейского регулирования, а также зарубежных научных исследований. Актуальность данной статьи обусловлена не только отсутствием должного регулирования вопросов обращения с безнадзорными животными, но и прямым указанием Президента Российской Федерации на необходимость формирования в обществе ответственного отношения к животным, в том числе к безнадзорным¹.

Безнадзорные животные являются разновидностью домашних животных в соответствии с федеральным законодательством, следовательно, на них должны распространяться все гарантии, установленные законом для данного вида животных. Вместе с тем блок таких гарантий, относящийся к «пяти основным свободам» животных², фактически не может быть применим к безнадзорным животным по причине отсутствия у них владельцев. Так, невозможно наложить обязанности, корреспондирующие основным «пяти свободам животных», на всех и каждого, что приводит к существованию единого статуса домашних животных только на бумаге.

Анализ гуманного отношения к безнадзорным животным неизбежно затрагивает вопрос допустимости их умерщвления. Данный вопрос прямо не урегулирован в России, что сохраняет актуальность проблемы умерщвления

¹ Перечень поручений Президента РФ от 15.05.2021 по результатам проверки исполнения законодательства и решений Президента по вопросам формирования в обществе ответственного отношения к животным. Available at: URL: <http://www.kremlin.ru/acts/assignments/orders/65594> (дата обращения 15.08.2021)

² Здесь и далее по тексту — указывая на пять свобод животных, автор отсылает к европейской концепции благополучия животных. Animal Welfare in the European Union. Available at: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583114/IPOL_STU\(2017\)583114_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583114/IPOL_STU(2017)583114_EN.pdf) (дата обращения: 31.08.2021)

безнадзорных и иных домашних животных в отсутствие объективной необходимости этого.

В статье освещается вопрос гуманности и эффективности возвращения безнадзорных животных на прежние места обитания в рамках программы контроля численности по методике «отлов — стерилизация — вакцинация — выпуск» (далее — «ОСВВ»). Автором изучены альтернативные способы контроля численности безнадзорных животных на основании научных исследований и сделан вывод о приоритетности метода ОСВВ по сравнению с иными способами контроля как с точки зрения эффективности, так и с точки зрения гуманности по отношению к животным. Отдельное внимание уделяется недостаткам текущего регулирования программы ОСВВ ввиду отсутствия нормативно закрепленного понятия «прежнее место обитания» животного, что приводит к фактической невозможности должной реализации данной программы.

1. Установление понятия безнадзорного животного

1.1. Возможная конкуренция положений Закона о животных и ГК РФ в части вопросов обращения с животными

1.1.1. Соотношение предметов ведения ГК РФ и Закона о животных

С принятием Федерального закона от 27.12.2018 № 498-ФЗ «Об ответственном обращении с животными и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»³ (далее — «Закон о животных», «Закон») возникла конкуренция норм между этим Законом и Гражданским кодексом Российской Федерации (далее — ГК)⁴ в части вопросов обращения с животными. Проблема является многогранной, в рамках статьи она будет рассмотрена только в части вопроса возможности совместного ведения нормативного регулирования вопросов обращения с безнадзорными животными, а также соотношения терминов, установленных обоими законами.

С одной стороны, согласно п. «о» ч. 1 ст. 71 Конституции Российской Федерации вопросы гражданского законодательства находятся в исключительной федеральной компетенции, однако в ст. 2 Закона о животных прямо за-

³ Федеральный закон от 27.12.2018 № 498-ФЗ «Об ответственном обращении с животными и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (ред. от 27.12.2019) // СЗ РФ. 31.12.2018, № 53 (ч. 1), ст. 8424.

⁴ «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая)» от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 31.07.2020) // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

креплено, что вопросы обращения с животными⁵ находятся в совместном ведении федерации и ее субъектов. Поскольку в силу прямого регулирования ГК (ст. 137) домашние животные являются имуществом, постольку все вопросы обращения с ними, относящиеся к гражданско-правовым отношениям (в частности, приобретение прав на животных, сделки с животными и др.), должны находиться в исключительном ведении федерации, что также подтверждается п. 3 ст. 212 ГК. Иными словами, Закон о животных в ст. 2 мог бы вступить в противоречие со ст. 71 Конституции в части регулирования обращения с домашними животными.⁶

С другой стороны, Закон о животных не вторгается в сферу гражданско-правового регулирования обращения с животными, а устанавливает скорее административно-правовые обязанности граждан. Так, ст. 2 ГК четко очерчивает предмет ведения гражданского законодательства, к которому относятся именно частноправовые отношения.⁷ При этом предмет ведения Закона о животных (ст. 1) ограничивается исключительно публично-правовыми аспектами обращения с животными⁸. Предмет регулирования Закона о животных является скорее частью административного регулирования, нежели гражданского, что подтверждается ст. 1.2 Кодекса об административных правонарушениях Российской Федерации (далее – КоАП)⁹.

⁵ Автор также обращает внимание, что из буквального толкования статьи видно, что речь идет о любых животных, а не только о домашних животных или животных-компаньонах, отношения с которыми регулируются Законом о животных в силу его ст. 1.

⁶ В противоречие с регулированием обращения с дикими животными, находящимися в условиях естественной свободы, данный Закон не вступил, поскольку такие отношения относятся к совместному ведению федерации и ее субъектов в силу п. «к» ч. 1 ст. 72 Конституции РФ.

⁷ «Гражданское законодательство определяет правовое положение участников гражданского оборота, основания возникновения и порядок осуществления права собственности и других вещных прав... регулирует отношения, связанные с участием в корпоративных организациях или с управлением ими (корпоративные отношения), договорные и иные обязательства, а также другие имущественные и личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности участников».

⁸ «Настоящий Федеральный закон регулирует отношения в области обращения с животными в целях защиты животных, а также укрепления нравственности, соблюдения принципов гуманности, обеспечения безопасности и иных прав и законных интересов граждан при обращении с животными».

⁹ «Задачами законодательства об административных правонарушениях являются защита личности, охрана прав и свобод человека и гражданина, охрана здоровья граждан, санитарно-эпидемиологического благополучия населения, защита общественной нравственности, охрана окружающей среды, установленного порядка осуществления государственной власти, общественного порядка и общественной безопасности, собственности, защита законных экономических интересов физических и юридических лиц, общества и государства от административных правонарушений, а также предупреждение административных правонарушений».

При анализе предметов ведения видно, что Закон о животных регулирует именно публичные обязанности граждан, а не частноправовые.

1.1.2. Соотношение закреплённой терминологии ГК и Закона о животных

Несмотря на обозначенное различие предметов регулирования ГК и Закона о животных, последний в ст. 3 предусмотрел новые термины и их дефиниции, не закреплённые в ГК. Так, ГК оперирует следующими основными понятиями: животные (ст. 137), безнадзорные животные (ст. 230–232), домашние животные (ст. 230), ни одно из которых не раскрывается (не определяется) в законе. При этом Закон о животных в ст. 3 ввел следующие основные термины: домашние животные, животное без владельца, дикие животные в неволе¹⁰. Таким образом, возникает вопрос, насколько правомерно новые термины были установлены в Законе о животных, не противоречит ли такое регулирование ГК?

Автор полагает, что в рассматриваемом случае противоречия между законами не происходит. Во-первых, в ГК отсутствует закрепление четких дефиниций указанных терминов, что фактически приводит к правовому пробелу [Краснов Ю.К., Надвикова В.В., Шкатулла В.И., 2014: 536]. Во-вторых, административное регулирование не ограничено в установлении собственной терминологии. Так, ни у кого не вызывает сомнения в законности введения Правилами дорожного движения¹¹ таких понятий, как «транспортное средство», «мопед», «мотоцикл» и др., когда ст. 1079 ГК оперирует понятием «источник повышенной опасности». В-третьих, понятия, закреплённые в обоих законах, скорее не противоречат, а дополняют друг друга.

1.2. Соотношение установленных терминов в ГК и Законе о животных и связанные с этим проблемы

Согласно подходу ГК, безнадзорные животные относятся к разновидности домашних животных, не имеющих владельцев. Так, ст. 230 ГК хоть и не даёт дефиниции безнадзорным животным, однако четко указывает, что к их числу относятся безнадзорный и пригульный скот и другие домашние животные.

В Законе о животных отсутствует понятие безнадзорных животных, используемое ГК, а предусматривается иное понятие — «животное без вла-

¹⁰ Также в Законе содержится понятие служебных животных и собаки-проводника, однако для целей настоящей статьи они не подлежат анализу, поскольку не входят в обозначенный предмет исследования.

¹¹ Постановление Правительства РФ от 23.10.1993 № 1090 «О Правилах дорожного движения» // Российские вести. 1993. № 227.

дельца» (пп. 6 п. 1 ст. 3 Закона). Под животным без владельца понимается две категории животных: животные, которые не имеют владельца и животные, владелец которых неизвестен. При этом Закон не использует ни в термине «животное без владельца», ни в его дефиниции указание на то, что такими животными являются домашние животные, что необоснованно расширяет данное понятие, позволяя формально включать в него и диких, и служебных, и иных животных¹², несмотря на то, что понятие «животное без владельца» при системном толковании со ст. 230 ГК должно охватывать только домашних животных (животных-компаньонов и сельскохозяйственных животных (далее — «с/х животные»)).

Автор полагает понятие «животное без владельца» некорректным, требующим конкретизации в части прямого указания на то, что к данной категории животных относятся только домашние животные, являющиеся безнадзорными в понимании ст. 230 ГК. Такая конкретизация поможет избежать доктринальной дискуссии о соотношении понятий «животное без владельца» и «безнадзорное животное», а также приведет к унификации нормативного регулирования.

Ввиду дихотомии терминов ГК и Закона о животных в российской доктрине поднимается вопрос: как соотносятся термин «безнадзорное животное», закрепленный ст. 230 и 231 ГК, и термин «животное без владельца», введенный в п. 6 ст. 3 Закона о животных. Ученые сходятся во мнении [Горохов Д.Б., 2020]; [Хорьков В.Н., Аллес М.В., 2019], что данные термины являются синонимами.

Автор не может согласиться с подобным подходом. Понятие «безнадзорное животное», как оно закреплено в ГК, включает в себя всех домашних животных¹³, в том числе и с/х, что следует из буквального толкования ст. 230 ГК. При это термин «животное без владельца» используется законодателем только в отношении животных-компаньонов, т.е. одной из разновидностей домашних животных. К такому выводу позволяет прийти прямое исключение из сферы действия Закона о животных отношений с с/х животными (п. 2 ст. 1).

Ситуация с дихотомией терминов осложняется тем, что Закон о животных вводит еще одну разновидность животных без владельцев, а именно — «животные, от права собственности на которых владельцы отказались» (ст. 16) (далее — «животные-отказники»¹⁴). К ним также относятся только

¹² На любых животных, обращение с которыми регулируется Законом о животных.

¹³ Данное утверждение корректно, если применить системное толкование понятия «животное без владельца» и ст. 230–231 ГК РФ.

¹⁴ Термин введен автором настоящей статьи для удобства разграничения видов безнадзорных животных и не является законодательно установленным.

животные-компаньоны (в силу специфики регулирования Закона о животных), однако юридически эта группа отличается от «животных без владельцев». Последние представляют собой никому не принадлежащее имущество, в то время как животные-отказники подпадают под регулирование ст. 236 ГК, т.е. являются имуществом, от права собственности на которое отказались владельцы. Так, согласно ст. 236 ГК отказ от права собственности не влечет прекращения обязанностей собственника в отношении соответствующего имущества до приобретения права собственности на него другим лицом. Таким образом, при отказе от права собственности бывший владелец утрачивает все права на животное, однако за ним сохраняются все возложенные на него Законом обязанности (в частности, предусмотренные ст. 9, 11, 13 Закона о животных).

Автор полагает, что понятие «безнадзорное животное» является более общим и включает животных-компаньонов и с/х животных, а «животные без владельцев» и животные-отказники — это разновидности безнадзорных животных-компаньонов. Графически соотношение понятий можно изобразить следующим образом:

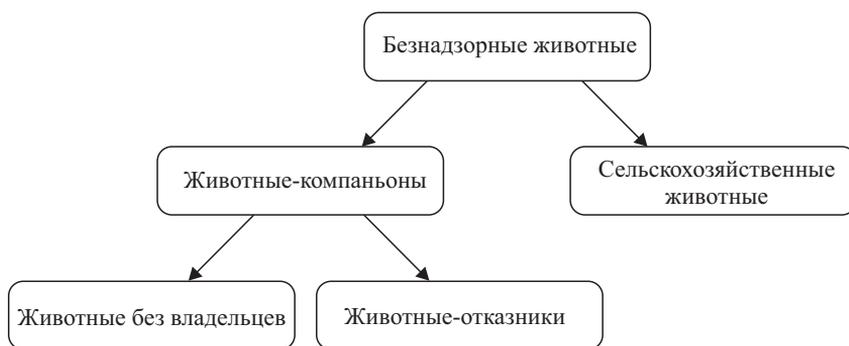


Схема корректна в рамках федерального регулирования, однако в Законе о животных имеется ряд существенных недостатков, один из которых — выведение из сферы его действия вопросов обращения с с/х и лабораторными животными.

И с/х, и лабораторные животные формально могут оказаться и безнадзорными в понимании ГК, равно как и животными без владельцев или животными-отказниками в понимании ст. 3 и 16 Закона о животных. Так, если лошадь отобьется от табуна и не будет загнана в конюшню, она фактически окажется вне контроля владельца и по нормам ГК приобретет статус безнадзорного животного¹⁵. Аналогично лабораторный кролик, выброшенный на

¹⁵ Более того, из буквального толкования ст. 230 ГК РФ вытекает, что российское законодательство также допускает существование безнадзорных с/х животных. В российском

улицу, может приобрести статус животного-отказника, поскольку он формально будет относиться к разновидности домашнего животного, от права собственности на которое отказались (ст. 236 ГК).

В Закон о животных необходимо внести изменения, скорректировав закрепленные в нем понятия и дополнив их дефинициями «животные-компаньоны», «сельскохозяйственные животные» и «лабораторные животные» (которые пока нигде не урегулированы), и предусмотрев новые положения по регулированию вопросов обращения с с/х лабораторными животными.

1.3. Отсутствие требований к регистрации и учету домашних животных и его последствия для определения понятия «безнадзорное животное»

Отдельным вопросом в рамках анализа понятия «безнадзорных животных» является сложившаяся на практике проблема его фактического применения к животным, формально имеющим владельцев, установить информацию о которых невозможно. Федеральное регулирование не предусматривает единой системы регистрации и учета домашних животных, а также не обязывает собственников размещать на животных опознавательные знаки (адресники, клейма, метки, ошейники, иные идентификаторы). В силу отсутствия данных требований актуальной является ситуация, при которой владельческое животное без опознавательных знаков, находящееся на самовыгуле, может быть отнесено лицами, осуществляющими отлов, к безнадзорным животным и отобрано у его владельца.

Так, согласно Решению Центрального р/с Омска от 20.02.2020 по делу №2-528/2020 суд установил факт незаконного изъятия лицами, осуществляющими отлов безнадзорных животных, ряда владельческих собак, не имевших опознавательных знаков. Аналогично в Решении Татарстанского УФАС России от 29.03.2013 по делу № 44-гз/2013 суд прямо указал, что в силу положений ст. 230 ГК подразумевается, что любое безнадзорное животное

правопорядке статус и порядок обращения с такими безнадзорными с/х животными не урегулирован, поэтому целесообразно обратиться к иным правопорядкам. Так, согласно Stray Animal Act (2000) в провинции Канады Альберте, безнадзорными с/х животными («stray livestock») признается скот, сбежавший от собственника и (или) последнего владельца животного. Собственник/владелец продолжает нести ответственность за ущерб, причиненный сбежавшим животным третьим лицам, а также обязан компенсировать ряд расходов лицу, осуществившим поимку такого скота (ст. 5 Акта). Вместе с тем данный Акт, в отличие от Закона о животных РФ, не содержит каких-либо указаний на необходимость гуманного обращения с животными, в том числе и ст. 13 и 24, допускающие умерщвление скота и безнадзорных собак. Available at: <https://www.qp.alberta.ca/documents/Acts/s20.pdf> (дата обращения: 16.08.2021)

потенциально имеет собственника, соответственно, любое отловленное животное может оказаться владельческим. По смыслу и названию этой статьи «безнадзорный или пригульный скот или другие безнадзорные домашние животные» называются собирательным юридическим термином «безнадзорные животные», в том числе в это понятие входят и любые собаки и кошки, находящиеся в зоне отлова без сопровождения человека, в том числе без идентификационных меток, поскольку зоологические виды животных — собаки и кошки — относятся к одомашненным видам животных, и точно установить, что у животного имеется либо отсутствует собственник, в момент отлова невозможно.

Таким образом, несмотря на формальное нераспространение ст. 230 ГК на владельческих животных, на практике ввиду невозможности идентификации животного без опознавательных знаков как владельческого, животные, находящиеся на самовыгуле, также могут подлежать в ряде субъектов Российской Федерации отлову и распределению в приюты¹⁶.

1.4. Допустимость отлова владельческих животных в субъектах (регионах) Российской Федерации

Поскольку обращение с животными относится к вопросам совместного ведения (ст. 2 Закона), регионы ранее приняли нормативные акты по вопросам обращения с животными, в которых регулируется и порядок отлова безнадзорных животных. При этом в отдельных субъектах их собственное регулирование допускает отлов владельческих животных.

В Москве до издания Приказа Департамента природопользования и охраны окружающей среды № 05-09-6/21 от 15.01.2021 действовал Регламент¹⁷, согласно которому отлову подлежали все безнадзорные и «бесхозные» животные. Регламент устанавливал дефиницию безнадзорных и бесхозных животных: «Безнадзорные и бесхозные собаки и кошки — животные, оставшиеся без попечения людей и не имеющие непосредственного надзора со стороны собственника (владельца), находящиеся на улице или в иных

¹⁶ После принятия Федерального Закона № 269-ФЗ от 22.06.2022 «О внесении изменений в Федеральный Закон «Об ответственном обращении с животными и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» имеется вероятность, что вопрос с отловом владельческих животных может быть разрешен, поскольку указанный Закон предоставил органам государственной власти субъектов РФ возможность устанавливать дополнительные требования к содержанию домашних животных, в том числе и их выгулу. Это может привести к установлению в отдельных регионах полного запрета на самовыгул, тем самым устранив проблему отлова владельческих животных без опознавательных знаков (п. 3 ст. 1).

¹⁷ Приложение № 1 к распоряжению ДЖКХиБ Москвы от 28.11.2014 №05-14-379/4.

общественных местах без сопровождающего лица, и животные, не имеющие признаков собственности» (ст. 3.1).

Такая дефиниция ввиду явного разделения в ней животных на две группы (безнадзорных и бесхозьяственных) допускала отлов владельческих животных даже с опознавательными знаками в момент, когда собственник не осуществлял за животным непосредственного надзора. Так, отлову мог подлежать владельческий кот в ошейнике с адресником, сидящий на скамейке у дома. При этом Регламент не предусматривал порядок обращения с отловленными владельческими животными, имеющими опознавательные знаки, что свидетельствовало о пробеле в регулировании.

Указанная проблема была устранена путем принятия Приказа от 15.01.2021¹⁸, согласно п. 2.5 которого отлову стали подлежать животные без владельцев, за исключением стерилизованных животных, имеющих неснимаемые и несмываемые метки и не проявляющие агрессивности. Отдельно указано, что животные, имеющие на ошейниках или иных предметах (чипах, метках) сведения об их владельцах, передаются владельцам. Новое регулирование различает безнадзорных и владельческих животных, имеющих опознавательные знаки¹⁹.

Аналогично в Республике Марий Эл ранее действовавший порядок отлова²⁰ указывал на допустимость отлова владельческих животных. Согласно п. 3 отлову подлежали все животные-компаньоны (в том числе имевшие ошейник или учетный знак), находившиеся без сопровождающего лица. Вместе с тем данный порядок предусматривал необходимость извещения собственников в случае отлова владельческого животного (п. 18). В новом порядке отлова в Республике Марий Эл предусмотрены положения, аналогичные указанным выше (п. 24)²¹.

Изменение порядка регулирования произошло и в Ростовской области²², однако по новым правилам отлову подлежат по-прежнему и владельческие

¹⁸ Available at: URL: <https://www.mos.ru/eco/documents/ob-otvetstvennom-obrashenii-s-zhivotnymi/view/248831220/> (дата обращения: 08.09.2020)

¹⁹ Аналогичное положение было также установлено в Республика Адыгея.

²⁰ Постановление Правительства Республики Марий Эл от 13.10.2015 № 550. Available at: URL: <http://docs.cntd.ru/document/430644830> (дата обращения: 08.09.2020). Утратило силу в соответствии с п. 4 Постановления Правительства Республики Марий Эл от 05.07.2019 №217. Available at: URL: <http://docs.cntd.ru/document/561437538> (дата обращения: 08.09.2020)

²¹ Постановление Правительства Республики Марий Эл № 408 от 24.12.2019. Available at: URL: <https://docs.cntd.ru/document/561696649> (дата обращения: 01.11.2022)

²² См.: п. 2.2 Правил отлова и содержания безнадзорных животных, утвержденных Постановлением Правительства Ростовской обл. от 14.07.2016 № 489. Available at: URL: <https://www.donland.ru/documents/6919/> (дата обращения: 08.09.2020) (утратили силу в соответствии с п. 2 Постановлением Правительства Ростовской обл. от 14.01.2020 №21).

животные с той лишь разницей, что животные, имеющие опознавательные знаки, возвращаются собственникам в течение трех дней после их регистрации (ст. 5)²³.

Ниже приведены результаты осуществленного автором исследования регионального законодательства об отлове животных в каждом из регионов. В рамках исследования были изучены нормативные акты 85 регионов, регулирующие вопросы обращения с безнадзорными животными и деятельность приютов²⁴. Исследование показало, что в 25 регионах осуществляется отлов животных без владельцев, за исключением стерилизованных особей, имеющих неснимаемые или несмываемые метки (далее — «метки»), если они не проявляют немотивированной агрессии (далее — «общее основание»). В других регионах указанное правило дополнено, в частности: запретом на отлов животных в квартирах, домах и огражденных территориях (далее — «запрет отлова с территорий»), запретом снимать с привязи животных в общественных местах (далее — «запрет снятия с привязи»), отлавливать щенков до 6 мес., отлавливать животных в ошейниках. В ряде регионов либо вообще отсутствуют ограничения на отлов, либо такие ограничения минимальны и ограничиваются только метками или запретом снятия животных с привязи. В отдельных случаях региональное законодательство предусматривает специфические основания отлова, например, возможность отлова владельческих животных, находящихся без сопровождения владельца.

Ниже дана таблица с результатами исследования, в которой основания для отлова расположены от наиболее строгих к наименее.

№	Основание отлова	Субъект РФ	Количество
1	Общее правило + запрет снятия с привязи + запрет отлова с территорий	Алтай, Башкортостан, Кабардино-Балкария, Крым, Мордовия, Татарстан, Тыва, Пермский край, Архангельская обл., Волгоградская обл., Ивановская обл., Калининградская обл., Ленинградская обл., Московская обл., Нижегородская обл., Новосибирская обл., Самарская обл., Сахалинская обл., Челябинская обл., Севастополь	20

²³ Порядок осуществления деятельности с животными без владельцев на территории Ростовской обл. Available at: URL: <https://www.donland.ru/documents/11354/> (дата обращения: 03.11.2022)

²⁴ Нормативные акты четырех новых субъектов — ДНР, ЛНР, Запорожской и Херсонской республик не охватывались исследованием, поскольку на данных территориях Закон о животных еще не начал действовать.

№	Основание отлова	Субъект РФ	Количество
2	Общее правило + запрет отлова с территорий, НО можно отлавливать в ошейниках	Краснодарский край, Калужская обл.	2
3	Общее правило + запрет снятия с привязи	Астраханская обл., Вологодская обл., Мурманская обл., Рязанская обл., Саратовская обл., Санкт-Петербург	6
4	Общее правило	Адыгея, Ингушетия, Коми, Удмуртия, Чувашия, Красноярский край, Приморский край, Ставропольский край, Белгородская обл., Брянская обл., Костромская обл., Липецкая обл., Омская обл., Пензенская обл., Свердловская обл., Смоленская обл., Тамбовская обл., Тверская обл., Томская обл., Тюменская обл., Ярославская обл., Москва, Ненецкий автономный окр., Ханты-Мансийский автономный окр., Ямало-Ненецкий автономный окр.	25
5	Общее правило + запрет отлова щенков до 6 мес.	Забайкальский край, Хабаровский край	2
6	Общее правило + запрет отлова в ошейниках	Владимирская обл.	1
7	Общее правило, которым можно пренебречь, если имеются признаки бешенства или угроза жизни людей, или животное испытывает страдания	Бурятия, Новгородская обл., Карелия, Воронежская обл., Курская обл.	5
8	Общее правило, НО возможность отлова владельческих животных, находящихся без сопровождения владельца	Алтайский край, Марий Эл, Магаданская обл., Оренбургская обл., Ульяновская обл.	5
9	Общее правило (без требования о стерилизации) + запрет снятия с привязи + запрет отлова с территорий	Саха (Якутия), Северная Осетия — Алания, Амурская обл.	3
10	Отлову подлежат все, НО запрет снятия с привязи + запрет отлова с территорий	Кировская обл.	1
11	Общее правило (без требования о стерилизации) + запрет снятия с привязи	Хакасия, Камчатский край, Курганская обл., Тульская обл.	4

№	Основание отлова	Субъект РФ	Количество
12	Общее правило (без требования о стерилизации), НО первоочередное в отношении животных, испытывающих боль и физические страдания	Иркутская обл.	1
13	Отлову подлежат все, кроме имеющих метки	Чукотский автономный окр.	1
14	Отлову подлежат все, кроме оставленных на привязи	Дагестан, Чечня, Орловская обл.	3
15	Отлову подлежат все, НО приоритетно — агрессивные или испытывающих физические страдания животные, а также отлов на территории объектов социального назначения	Калмыкия, Карачаево-Черкессия	2
16	Отлову подлежат все, без конкретизации	Кемеровская обл., Псковская обл., Ростовская обл., Еврейская автономная обл.	4

В настоящее время правила отлова неоднородны, и в большинстве регионов отлов владельческих животных продолжает активно практиковаться, что подтверждается действием в каждом из 85 субъектов специальных правил порядка возвращения владельческих животных их владельцам. В 47 субъектах²⁵ для возврата достаточно наличия на животном (его метках, чипах, ошейнике и пр.) сведений о владельце (номера телефона, ФИО, адреса и пр.), если таких сведений не имеется, то в 9 субъектах²⁶ установлено требование об обращении приюта или службы отлова в полицию или орган

²⁵ Адыгея, Алтай, Башкортостан, Бурятия, Дагестан, Кабардино-Балкария, Карачаево-Черкессия, Карелия, Коми, Марий Эл, Мордовия, Саха (Якутия), Северная Осетия-Алания, Тыва, Удмуртия, Хакасия, Чечня, Чувашия, Алтайский край, Забайкальский край, Камчатский край, Красноярский край, Пермский край, Астраханская обл. Приморский край, Белгородская обл., Владимирская обл., Кемеровская обл., Курганская обл., Ленинградская обл., Нижегородская обл., Новгородская обл., Новосибирская обл., Омская обл., Оренбургская обл., Пензенская обл., Псковская обл., Ростовская обл., Саратовская обл., Тверская обл., Томская обл., Тульская обл., Ульяновская обл., Челябинская обл., Москва, Ханты-Мансийский автономный окр., Ямало-Ненецкий автономный окр.

²⁶ Ингушетия, Калмыкия, Краснодарский край, Калининградская обл., Кировская обл., Московская обл., Мурманская обл., Свердловская обл., Севастополь.

местного самоуправления для передачи данных о животном, в двух субъектах²⁷ приют самостоятельно осуществляет поиск текущего владельца, если имеются основания полагать, что животное владельческое (породистое, с ошейником, но без адресника и пр.), в трех субъектах²⁸ приют содержит такое животное отдельно от остальных в течение 6 мес. Также в ряде субъектов установлены дополнительные требования о необходимости владельца предъявить документ, удостоверяющий личность, и доказательства права собственности/владения на животное²⁹.

Таким образом, даже новые правила субъектов по отлову допускают фактически отлов владельческих животных, что приводит к нарушению прав собственников.

1.5. Подходы законодательства европейских стран к понятию «безнадзорного животного»

Поскольку существование безнадзорных животных является глобальной проблемой,³⁰ постольку большинство стран предусматривает собственное регулирование порядка обращения с ними [Tasker L., 2007]; [Guseva V., 2013: 6–9]. Понятие безнадзорных животных также различается от страны к стране ввиду обычаев содержания животных и местного регулирования. Например, в Чехии³¹ безнадзорными признаются любые животные, находящиеся под «опекой» человека (т.е. владельческие животные с точки зрения российского права РФ), которые при этом не находятся под постоянным контролем или надзором и свободно перемещаются за пределы своего «места проживания», вольера или территории владельца. При этом чешское законодательство прямо различает безнадзорных животных (stray animals) и животных, от права собственности на которых отказались³² (abandoned animals). Под последними понимаются любые животные, изначально находившиеся под «опекой» человека, которые не находятся под прямым кон-

²⁷ Крым, Татарстан.

²⁸ Ставропольский край, Кировская обл., Магаданская обл.

²⁹ Ивановская обл., Самарская обл., Тюменская обл., Ненецкий автономный окр., Амурская обл., Архангельская обл., Брянская обл., Вологодская обл., Воронежская обл., Костромская обл., Рязанская обл., Сахалинская обл., Смоленская обл., Тамбовская обл., Ярославская обл., Еврейская автономная обл.

³⁰ Dog Population Management Reports FAO/WSPA/IZSAM Expert Meeting. 14–19 March 2011. P. 8.

³¹ Act No. 246/1992 Coll. on the protection of animals against cruelty. Available at: <https://www.vetkom.cz/legislativa-pro-veterinare/komora-a-vnitri-predpisy/act-on-the-protection-of-animals-against-cruelty-act-no-246-1992-coll/> (дата обращения: 24.11.2021)

³² Животных-отказников в соответствии с терминологией настоящей статьи.

тролем или надзором, и их владелец отказался от содержания и ухода за такими животными³³.

В Северной Каролине (США) под безнадзорным животным понимается любое животное, выброшенное или не имеющее владельца, или животное, кому не была сделана обязательная вакцинация против бешенства³⁴. В Ирландии нормативно определенного понятия безнадзорного животного нет, но предусмотрено различное регулирование stray dogs и unwanted dogs (животных, от права собственности на которых их владельцы планируют отказаться)³⁵.

Попытка классификации безнадзорных животных сделана в Луизой Таскер, выделившей три их основные разновидности в законодательстве стран Европы [Tasker L., 2007: 7–8, 11–39]³⁶: безнадзорные — одичавшие (feral) — животные, не имеющие владельцев или лиц, заботящихся о них. Они плохо социализированы и зачастую являются безнадзорными не в первом поколении, выживают за счет питания остатками человеческого мусора или охоты, отличаются короткой продолжительностью жизни; бывшевладельческие (abandoned/unwanted by their owners) — животные, ранее имевшие владельца, который впоследствии отказался от их содержания; зачастую подкармливаются за счет других лиц, отличаются короткой продолжительностью жизни; владельческие неконтролируемые (owned not controlled) — животные, формально имеющие владельца, но находящиеся на «самовыгуле», или животные на содержании у группы людей (на предприятии, в магазине и др.); в питании полностью или частично зависят от человека, могут быть социализированы³⁷. Данная классификация также была использована WSPA (World Society for the Protection of Animals).

Каждая из приведенных групп может как подпадать под понятие безнадзорных животных в той или иной стране, так и не подпадать³⁸. В России с юридической точки зрения под понятие безнадзорных животных подпада-

³³ Несмотря на обособление безнадзорных животных и животных-отказников в законодательстве Чехии, на обе группы распространяется исключительно общее регулирование — защита от жестокого обращения и др.

³⁴ Para 91.06 Code of Ordinances Laurel park, North Carolina (Local legislation current through Ordinance passed 4-15-2021; and State legislation current through North Carolina Legislative Service, 2020 Regular Session Laws. Pamphlet No. 4. Available at: https://codelibrary.amlegal.com/codes/laurelpark/latest/laurelpark_nc/0-0-0-2 (дата обращения: 28.08.2021)

³⁵ Control of Dogs Act, 1986, pp. 11, 12. Available at: URL: <http://www.irishstatutebook.ie/eli/1986/act/32/enacted/en/print#sec11> (дата обращения: 28.08.2021)

³⁶ В исследование вошла 31 страна, приведен полный их перечень.

³⁷ Аналогичная классификация есть также в дипломной работе Виктории Гусевой — выпускницы университета Колорадо «Dog Ownership through the Eyes of Stray Dog: Property Rights and the Stray Dog Population». Available at: <https://scholar.colorado.edu/downloads/pk-02cb089> (дата обращения: 03.11.2022)

³⁸ Dog Population Management Reports FAO/WSPA/IZSAM... 14–19 March 2011. P. 5.

ют только первые две группы (одичавшие и бывшевлладельческие), однако практически животные третьей группы также могут быть отнесены к безнадзорным, когда они не имеют опознавательных меток и были отловлены или пойманы иными лицами в общественных местах.

2. Нормативное регулирование обращения с безнадзорными животными и возможность применения к ним института ответственного обращения

2.1. Дефиниции «обращение с животными» и «деятельность по обращению с животными без владельцев»

Обращение с безнадзорными животными в России регулируется рядом нормативных актов, к числу которых относятся ГК РФ (ст. 137, 230–232), Закон о животных и Уголовный кодекс Российской Федерации (ст. 245)³⁹. Закон о животных, являясь специальным по отношению к ГК РФ, устанавливает особенности порядка обращения с животными-компаньонами, в том числе и с безнадзорными животными⁴⁰. В п. 2 и 9 ст. 3 Закона вводятся два понятия, а именно «обращение с животными» и «деятельность по обращению с животными без владельцев». Под первым понимается «содержание, использование (применение) животных, осуществление деятельности по обращению с животными без владельцев и осуществление иной деятельности... в отношении животных, которые оказывают влияние на их жизнь и здоровье», а под вторым — «деятельность, включающая в себя отлов животных без владельцев, их содержание ... возврат на прежние места их обитания и иные мероприятия, предусмотренные ... законом».

Ни одно из приведенных понятий нельзя считать самодостаточным и корректным. Так, понятие «обращение с животными» следует конкретизировать в русле требований по гуманному обращению, закрепленному в ст. 4 Закона о животных и ст. 137, 241 ГК, а также дополнить его прямым указанием не только на деятельность по обращению с животными без владельцев, но и непосредственно на обращение с животными без владельцев.

Такая необходимость обусловлена тем, что дефиниция «обращение с животными» фактически не распространяется на обращение с безнадзорными

³⁹ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ (ред. от 31.07.2020) // СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2954.

⁴⁰ Автор здесь и далее использует общее понятие безнадзорного животного применительно в том числе и к Закону о животных, несмотря на отсутствие в данном Законе указанного понятия.

животными со стороны физических лиц, охватывая только вопросы их отлова, транспортировки и других мероприятий, предусмотренных Законом. Но значительный блок отношений приходится именно на взаимодействие физических лиц с безнадзорными животными, которые могут как осуществлять их кормление и стерилизацию, так и причинять вред их здоровью. Указанные в законе «содержание, использование (применение) животных» не охватывает таких взаимодействий, поскольку подобные отношения не являются ни содержанием, ни использованием в прямом смысле.

Второй термин — «деятельность по обращению с животными без владельцев» — следует дополнить указанием на необходимость гуманного обращения с безнадзорными животными, поскольку в текущей дефиниции все сводится исключительно к перечислению действий, осуществляемых в отношении безнадзорных животных.

2.2. Применение института ответственного обращения к безнадзорным животным

Животные признаются одной из разновидностей имущества. Особенность регулирования данной категории имущества объясняется способностью животных испытывать эмоции и чувства, что следует из системного толкования ст. 137, п. 2 ст. 231, ст. 241 ГК РФ, ст. 4 Закона о животных, поддерживается российской доктриной [Мохов А.А., Копылов Д.Э., 2006: 41]; [Горохов Д.Б., Горохова Ю.В., 2015] и иностранными эмпирическими исследованиями [Vroom D., 1998: 371–403]. Ввиду этого законодатель прямо запрещает жестокое обращение с животными, противоречащее принципам гуманности.

При этом понятия жестокого и негуманного обращения не являются синонимами, несмотря на устойчивое их отождествление в российской судебной практике⁴¹. Понятие жестокого обращения закреплено в п. 5 ст. 3 Закона о животных и включает три элемента: возможные последствия в виде гибели, увечья или иного повреждения здоровья животного; нарушение требований к содержанию, причинившему вред здоровью животного; не оказание владельцем помощи животному, находившемуся в опасном для жизни состоянии. Жестокое обращение всегда сопряжено с причинением животному вреда здоровью.

Негуманное обращение — более широкое понятие и распространяется и на случаи несоблюдения лицом требований по гуманному отношению к

⁴¹ См.: Решение Ленинского р/с Курска от 16.11.2018 по делу № 2-5253/2018 и Решение с/у № 9 судебного района, в котором создан Кировский р/с Екатеринбурга Свердловской области от 22.04.2015 по делу № 2-259/2015.

животным, т.е. необеспечение животных условиями, соответствующими их индивидуальным особенностям и биологическим потребностям, неосуществление заботы о здоровье и о своевременном оказании ветеринарной помощи.

Однако российская судебная практика еще не «развилась» до такой степени, чтобы вкладывать в оценочное понятие гуманного отношения концепцию благополучия животных, используемую в Европе [Broom D., 1986: 524–526]; [Broom D., 2014: 27–28]; [Duncan I., 1981: 489–499]⁴². Автор полагает необходимым руководствоваться хотя бы концепцией основных пяти свобод для оценки ее объективной применимости к безнадзорным животным. К числу пяти основных свобод животных относятся: свобода от голода, недоедания и жажды; свобода от страха, стресса и страданий; свобода от теплового стресса или физического дискомфорта; свобода от боли, травм и болезней; свобода выражать нормальные модели поведения (т.е. вести себя естественным образом)⁴³.

Некоторые из пяти свобод применяются российскими судами на практике, однако суды распространяют их на животных, имеющих собственника, на которого и возлагается обязанность по заботе и содержанию животного. Так, в решении Кировского р/с Омска от 16.04.2013 по делу №2-1880/2013 суд, рассматривая дело о vindикации собаки из чужого незаконного владения, установил, что изначальный владелец животного отказался от права собственности на него путем передачи в ветеринарную клинику на усыпление, поэтому вне зависимости от того, было фактически проведено усыпление или нет, собственник не может требовать обратно животное. Суд прямо указал, что «любое животное, находящееся в зависимости от человека, имеет право на надлежащий уход и заботу. Домашнее животное не должно быть неоправданно брошено или убито». Суд фактически применил четыре первые свободы, поскольку они нарушались бы в случае «выброса» животного.

Анализируя данные пять свобод в контексте их применимости к безнадзорным животным, автор приходит к следующим выводам. Во-первых, хотя российское законодательство формально устанавливает равное «правовое положение»⁴⁴ владельческих и безнадзорных животных, на практике обязанности, корреспондирующие пяти свободам, могут быть возложены только на владельца животного, поскольку невозможно возложить на всех и каждого обязанность кормить безнадзорных животных или обеспечивать им свободу от болезней.

⁴² Animal Welfare in the European Union. Available at: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583114/IPOL_STU\(2017\)583114_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583114/IPOL_STU(2017)583114_EN.pdf) (дата обращения: 03.11.2022)

⁴³ Available at: URL: <https://www.oie.int/en/animal-welfare/animal-welfare-at-a-glance/> (дата обращения: 03.11.2022)

⁴⁴ Под данным термином автор понимает порядок обращения с указанными группами животных.

Во-вторых, основываясь на закрепленном в Законе о животных делении безнадзорных животных не имеющих владельцев, и животных-отказников, автор отмечает, что данные свободы должны соблюдаться в отношении последних, поскольку отказавшиеся от таких животных собственники не утрачивают возложенные на них обязанности по содержанию животных до момента перехода права собственности к иному лицу (ст. 236 ГК РФ).

В-третьих, минимально установленная гарантия о защите животных от жестокого обращения распространяется на всех безнадзорных животных вне зависимости от их группы.

Фактически российское регулирование предусматривает неравное «правовое положение» двух разновидностей безнадзорных животных: животных без владельцев и животных-отказников. Такое неравенство на практике компенсируется в пользу уменьшения прав животных-отказников до минимальной гарантии защиты от жестокого обращения путем неисполнения бывшими собственниками их обязанностей по содержанию животных, от прав собственности на которых они отказались. Обязанность по содержанию остается за бывшими собственниками согласно ст. 236 ГК, однако фактически такие собственники ее игнорируют ввиду отсутствия санкций и невозможности идентифицировать выброшенное животное⁴⁵.

Автор полагает необходимым скорректировать существующее в Законе о животных понятие «обращение с животными», закрепив следующую дефиницию: «Содержание, использование (применение) и осуществление любых действий в отношении животных, осуществление деятельности по обращению с животными без владельцев равно как и само обращение с животными без владельцев и осуществление иной деятельности, предусмотренной настоящим законом, а также совершение других действий в отношении животных, которые оказывают влияние на их жизнь и здоровье».

3. Запрет умерщвления животных как один из элементов ответственного обращения

Концепция пяти свобод животных направлена на обеспечение их благополучного существования. Необходимость недопущения беспричинного умерщвления должна распространяться в том числе и на безнадзорных животных. В России вопрос допустимости умерщвления домашних животных⁴⁶ прямо не урегулирован, законодатель запрещает только жестокое об-

⁴⁵ Практически полная невозможность идентификации обусловлена отсутствием единой системы регистрации животных-компаньонов.

⁴⁶ Здесь и далее понятие «домашнее животное» используется в широком его значении, включающем в себя всех животных-компаньонов и с/х животных.

ращение, противоречащее принципам гуманности (п. 5 ст. 3, ст. 4, п. 1 ст. 17 Закона о животных, ст. 137 ГК).

Единственной нормой, предусматривающей прямой запрет на умерщвление домашних животных, является п. 11 ст. 16 Закона о животных, который распространяется исключительно на деятельность приютов. Данная норма допускает умерщвление только при условии неизлечимого заболевания или неизлечимых последствий острой травмы, несовместимых с жизнью. Норма была введена законодателем для недопущения злоупотреблений со стороны приютов⁴⁷. Вместе с тем нахождение данной нормы в статье о деятельности приютов ставит под сомнение допустимость ее применения к иным безнадзорным животным (животным без владельцев и животным-отказникам).

До вступления в силу п. 11 ст. 16 Закона о животных судебная практика допускала умерщвление и в иных случаях, не предусмотренных этой статьей. Однако, ссылаясь на формальное отсутствие запрета умерщвления на федеральном уровне, суды тем не менее проводили анализ коллизии норм Закона о животных (еще не вступивших в силу на момент вынесения судебных актов) и санитарных и иных норм.

Так, в решении Пермского краевого суда от 20.09.2019 по делу № За-481/2019 суд указал, что Закон о животных не содержит прямого запрета на умерщвление, а его ст. 16 должна применяться с учетом санитарных и иных норм, которые не запрещают умерщвления агрессивных животных, не испытывающих боли и страданий от травм или неизлечимых болезней⁴⁸. Решение отражает противоречие между законодательным актом — Законом о животных, устанавливающим исчерпывающий перечень случаев, допускающих умерщвление, и подзаконными актами — санитарными и иными правилами, предусматривающими дополнительные случаи такого умерщвления; противоречие в большинстве случаев решалось судами в пользу последних⁴⁹.

Неоднозначность такого судебного подхода заключается в том, что ранее вступления в силу п. 11 ст. 16 Закона о животных в судебной практике уже сложился подход, согласно которому данная норма должна применяться с

⁴⁷ См., напр., дело пункта передержки в ЯНАО, где администрация пункта умертвила более 200 животных, содержащихся в пункте передержки, ссылаясь на якобы выявленный антиген бешенства у одной из особей собак. Available at: URL: <https://life.ru/p/1312012> (дата обращения: 03.11.2022)

⁴⁸ К аналогичным выводам пришел Свердловский областной суд в Решении от 31.10.2019 по делу № За-423/2019, а также АС Новгородской обл. в Решении от 11.06.2019 по делу № А44-3590/2019.

⁴⁹ Дело-исключение: Решение Татарстанского УФАС России от 29.03.2013 по делу № 44-гз/2013.

учетом санитарных и иных правил при том, что такие правила на федеральном уровне не содержат регулирования вопросов умерщвления. Пункт 5.6 санитарных правил по болезням, общим для человека и животных⁵⁰ и положения Модельного закона Межпарламентской ассамблеи государств-участников СНГ «Об обращении с животными», к которым апеллировали суды при установлении действующего в России порядка умерщвления животных, не являются федеральными нормативными правовыми актами⁵¹, соответственно они обладают меньшей юридической силой по сравнению с нормами Закона о животных.

В настоящее время в нормативных актах субъектов России также не имеется единства подхода к порядку и условиям применения «эвтаназии». В 36 субъектах⁵² правила об умерщвлении животных в приютах резонно отсылают к акту федерального регулирования — п. 11 ст. 16 Закона о животных. Некоторые субъекты установили более жесткие требования применения рассматриваемой процедуры: в трех субъектах⁵³ устанавливается перечень недопустимых способов умерщвления, в 21 субъекте⁵⁴ требуется обязательное предварительное медикаментозное отключение сознания животного, в 5 субъектах⁵⁵ установлен запрет на умерщвление животных в бодрствующем состоянии и (или) на виду у других животных. Неоднородность регулирования отражается также в том, что в четырех субъектах федерации⁵⁶ полностью отсутствует требование об использовании гуманных методов умерщвления или проведении процедуры ветеринарным врачом.

⁵⁰ СП 3.1.096-96. ВП 13.3.1103-96. 3.1. Профилактика инфекционных болезней. Профилактика и борьба с заразными болезнями, общими для человека и животных. 13. Бешенство. Санитарные правила. Ветеринарные правила. М., 1996.

⁵¹ Определение ВС РФ № КАС08-539 от 28.10.2008.

⁵² Адыгея, Алтай, Бурятия, Калмыкия, Карачаево-Черкессия, Коми, Саха (Якутия), Северная Осетия-Алания, Удмуртия, Хакасия, Чувашия, Алтайский край, Забайкальский край, Краснодарский край, Красноярский край, Пермский край, Ставропольский край, Хабаровский край, Астраханская обл., Белгородская обл., Брянская обл., Владимирская обл., Кировская обл., Липецкая обл., Нижегородская обл., Новгородская обл., Новосибирская обл., Омская обл., Оренбургская обл., Орловская обл., Рязанская обл., Саратовская обл., Смоленская обл., Томская обл., Ульяновская обл., Еврейская автономная обл.

⁵³ Башкортостан, Марий Эл, Московская обл.

⁵⁴ Крым, Курганская обл., Курская обл., Пензенская обл., Ярославская обл., Санкт-Петербург, Чукотский автономный окр., Приморский край, Вологодская обл., Воронежская обл., Ивановская обл., Кемеровская обл., Костромская обл., Мурманская обл., Псковская обл., Сахалинская обл., Свердловская обл., Тамбовская обл., Тверская обл., Архангельская обл., Ненецкий автономный окр.

⁵⁵ Марий Эл, Московская обл., Волгоградская обл., Магаданская обл., Севастополь.

⁵⁶ Дагестан, Кабардино-Балкария, Камчатский край, Тульская обл.

Вопрос о допустимости умерщвления безнадзорных животных по-разному регулируется в странах Европы. Согласно исследованию Л. Таскер [Tasker L., 2007: 19–22], по состоянию на 2007 г. только три ⁵⁷ из 31 страны Европы предусматривали полный законодательный запрет на умерщвление здоровых безнадзорных животных; в странах, допускавших такое умерщвление, оно могло осуществляться как ветеринарами, так и лицами, осуществляющими отлов⁵⁸. Умерщвление также использовалось рядом стран как мера контроля численности безнадзорных животных⁵⁹, а также в случае истечения срока обязательного содержания животного в приюте после его отлова⁶⁰. Следует отметить, что законодательное регулирование могло претерпеть изменения со времени публикации данного исследования, однако в силу учета преобладания общих тенденций к гуманизации [Tasker L., 2007: 20–26]⁶¹ такие изменения направлены на улучшение условий существования безнадзорных животных.

Эксперты по вопросам контроля численности безнадзорных животных отмечают, что умерщвление животных должно рассматриваться как один из элементов концепции благополучия, поскольку оно позволяет быстро и безболезненно умертвить страдающее животное ⁶². Но гуманным будет только такое умерщвление, которое позволит достичь мгновенного наступления смерти животного с наименьшим причинением ему боли и страданий⁶³.

Российское регулирование допустимости умерщвления безнадзорных животных является неполным и нуждается в доработке. Положения п. 11 ст. 16 Закона о животных, устанавливающие ограничения умерщвления, должны распространяться не только на безнадзорных животных в приютах, но и на всех домашних животных в целом, что позволило бы достичь единства регулирования обращения с домашними животными.

⁵⁷ Германия, Греция, Италия.

⁵⁸ 17 стран, где умерщвление возможно только ветеринарами, и еще 11 стран, где совместно с лицами, осуществляющими отлов.

⁵⁹ К числу таких стран относятся Албания, Беларусь, Болгария, Молдова, Украина (сейчас в Украине действует порядок отлова с содержанием).

⁶⁰ К числу таких стран относятся Босния и Герцеговина, Болгария, Хорватия, Дания, Эстония, Португалия, Словения, Испания, Швейцария, Великобритания.

⁶¹ Тенденция к гуманизации прослеживается в законодательстве России, ее итогом стало принятие Закона о животных и планируемые изменения административной ответственности в отношении жестокого обращения с животными. Аналогичная тенденция имеется в Украине; также данная тенденция подтверждается исследованием Луизы Таскер при сравнении изменений в законодательстве стран Европы с 1999 г.

⁶² Dog Population Management Reports FAO/WSPA/IZSAM... P. 21.

⁶³ Ibid. P. 22.

4. Допустимость возвращения отловленных животных на прежние места их обитания

4.1. Законность возврата

Одним из основных вопросов применения института ответственного обращения с безнадзорными животными является законность возвращения ранее отловленных животных на прежние места их обитания и сопутствующие ему вопросы смены статуса владения на возвращаемых животных.

До вступления в силу ст. 18 Закона о животных такое возвращение противоречило ст. 230, 231 ГК, предусматривающих обязанность содержания безнадзорных животных лицом, их задержавшим, с последующим переходом в его или муниципальную собственность⁶⁴. Незаконность такого возврата также обосновывалась действовавшей до января 2020 г. системой контроля численности безнадзорных животных «отлов — содержание»⁶⁵.

Однако с 01.01.2020 вступило в силу новое регулирование, предусматривающее возможность возврата животных на прежние места их обитания при соблюдении двух условий: выпускаемые животные не должны проявлять немотивированной агрессивности; должны быть проведены все необходимые мероприятия, предусмотренные п. 7 ст. 16 Закона о животных, к числу которых относятся стерилизация и вакцинация.

4.2. Гуманность и эффективность новой системы ОСВВ по сравнению с иными системами контроля численности безнадзорных животных

Исследования в области контроля популяции безнадзорных животных показывают, что система ОСВВ гуманна и наиболее эффективна среди иных способов контроля [Carding A., 1969: 419–446]⁶⁶, к числу которых, в частности, относятся: умерщвление, отлов с содержанием и иные способы (в том числе комбинирующие несколько методов) [Tasker L., 2007: 13–16, 37].

⁶⁴ Вопрос законности выпуска животных на их прежние места обитания до изменения федерального регулирования был рассмотрен ВС РФ в Определении от 27.03.2019 № 78-АПА19-4, а также в п. 37 Обзора судебной практики ВС РФ № 1 (2018), в Определении ВС РФ от 31.01.2018 № 44-АПП17-29, в Определении ВС РФ от 25.01.2017 № 41-АПП16-12.

⁶⁵ В соответствии с п. 9.5 Постановления Главного государственного санитарного врача РФ от 06.05.2010 № 54 «Об утверждении СП 3.17.2627-10) регулирование численности безнадзорных животных проводится путем их отлова и содержания в специальных питомниках. См. также: Решение Пермского краевого суда от 20.09.2019 по делу № 3а-481/2019.

⁶⁶ Bringing together experts to generate and disseminate solid knowledge about dogs in Europe — the CARO (Companion Animal Responsible Ownership). Available at: <http://www.carodog.eu/the-catch-neuter-and-release-approach/> (дата обращения: 03.11.2022)

Гуманность системы ОСВВ объясняется оставлением животным возможности существовать на прежних местах обитания (т.е. в известной им местности), при этом будучи защищенными от наиболее опасных видов заболеваний (в частности, бешенства), и избегая проблем с появлением ежегодного приплода, также претендующего на территорию и пищу, и иных сопутствующих такому размножению проблем. Гуманность ОСВВ объясняется также сравнением с возможными альтернативными методами контроля численности безнадзорных животных — умерщвлением при отлове или последующим умерщвлением по прошествии установленного срока содержания в приютах⁶⁷.

Эффективность объясняется рядом факторов. В частности, возвращенные животные не выпадают из ареала обитания, т.е. продолжают занимать привычную территорию и претендовать на имеющиеся на ней ресурсы. Иностранное исследование показало, что выборочное изъятие животных с территории путем умерщвления или отлова с пожизненным содержанием не приводят к нужному результату в плане контроля численности животных⁶⁸. Это происходит, поскольку оставшиеся на территории животные в условиях снизившейся конкуренции и увеличившегося количества ресурсов на каждую особь [Beck A., 1973]; [Beck A., 1975: 380–390]; [Beck A., Blackman E., 1975: 119–137] начинают усиленно размножаться и в короткие сроки восполняют количество изъятых животных [Beran G., 1982: 265–270].

Новая система контроля ОСВВ, потенциально более эффективна и по прошествии нескольких лет [Carding A., 1969: 419–446]⁶⁹ должна способствовать уменьшению популяции безнадзорных животных. Кроме того, необходимость смены метода контроля численности безнадзорных животных в России также была вызвана фактической неработоспособностью прежнего метода «отлов — содержание». Что объясняется, с одной стороны, нехваткой приютов, с другой — злоупотреблениями регионов при принятии правил регулирования отлова и содержания⁷⁰.

Введение системы ОСВВ должно стать новой вехой в вопросах контроля численности безнадзорных животных в России.

⁶⁷ Dog Population Management Reports FAO/WSPA/IZSAM. P. 21.

⁶⁸ Dog Population Management Reports FAO/WSPA/IZSAM...P. 21; Bringing together experts to generate and disseminate solid knowledge about dogs in Europe.... Available at: <http://www.carodog.eu/the-catch-neuter-and-release-approach/>) (дата обращения: 12.08.2020)

⁶⁹ За 10 лет массовой стерилизации безнадзорных животных их количество сократилось на 60%.

⁷⁰ См., напр.: Постановление 8 ААС от 28.01.2019 по делу № А75-9995/2018, Решение Тартарстанского УФАС России от 29.03.2013 по делу № 44-гз/2013.

4.3. Отсутствие законодательно закрепленного понятия «прежнее место обитания»

Согласно действующей системе контроля численности безнадзорных животных ОСВВ все отловленные, стерилизованные, вакцинированные животные подлежат возврату на их прежние места обитания. Вместе с тем Закон о животных не конкретизирует, что необходимо понимать под «прежними местами обитания», ограничиваясь указанием на то, что места, на которые запрещается возвращать животных без владельцев, определяются органами местного самоуправления (п. 6.1 ст. 18).

Ввиду отсутствия точного определения данного понятия, соответствующие положения Закона фактически являются неисполнимыми, поскольку лица, осуществляющие возврат, не способны установить, куда именно необходимо возвращать животное. Более того, данный вопрос остается неразрешенным, в том числе и в нормативных актах регионов. Так, в п. 4.1 Приказа Москвы от 15.01.2021 указывается, что животные без владельцев, не проявляющие немотивированной агрессии, возвращаются в естественную среду обитания. Единственное уточнение в отношении «естественной среды обитания» содержится в п. 4.2 Приказа, где указывается, что возврат происходит только при наличии «благоприятной для определенного вида среды обитания». При этом Приказ не конкретизирует ни понятия «естественной среды обитания», ни «благоприятной среды обитания».

Автор полагает необходимым внести соответствующие поправки в Закон о животных, и прямо указать, что «прежним местом обитания» безнадзорных животных является место их изначального отлова, зафиксированное в акте отлова, который должен составляться, в частности, в соответствии с п. 2.12 указанного Приказа. Если безнадзорное животное было отловлено на территории больницы, детского сада, школы или иного объекта, нахождение животного на котором представляет угрозу как для самого животного, так и для людей, животное должно быть выпущено в территориально ближайшее доступное место, не содержащее указанных объектов.

Закрепление предлагаемой дефиниции позволит не только определить прежнее место обитания безнадзорного животного, но и разрешит конфликт в ситуациях, когда животное обитало на территории объектов, не предназначенных для обитания животных. Введенный в июле 2022 г. п. 6.1 ст. 18 Закона о животных не только не разрешает вопроса отсутствия единой дефиниции, но и с высокой степенью вероятности приведет к появлению в регионах различных понятий прежнего места обитания.

Заключение

Закон о животных хотя, по мнению автора, и не вступает в формальное противоречие с положениями ГК РФ, содержит существенные недостатки. В частности, действие Закона не распространяется на с/х и лабораторных животных, что приводит к отсутствию должного регулирования обращения с ними, а также нераспространению на них гарантий Закона.

Безнадзорные животные являются одной из разновидностей домашних животных; они включают как животных без владельцев, так и животных-отказников. Хотя российское законодательство предусматривает единое регулирование обращения со всеми домашними животными, на практике порядок обращения с безнадзорными и владельческими животными значительно различается. Поскольку обязанности, корреспондирующие пяти свободам животных, могут быть возложены только на владельца животного, постольку невозможно их возложить на всех лиц одновременно.

Более того, правовое положение⁷¹ животных без владельцев и животных-отказников также не идентично. Согласно ст. 236 ГК отказ лица от права собственности на животное не влечет прекращения обязанностей собственника по отношению к такому животному. Таким образом, автор устанавливает, что основные пять свобод животных должны соблюдаться их бывшим владельцем в отношении животных-отказников до момента перехода права собственности к иному лицу.

Что касается животных без владельцев, то в отношении них должны соблюдаться только минимально установленные законом гарантии о защите от жестокого обращения. Российское регулирование предусматривает неравное правовое положение двух разновидностей безнадзорных животных: животных без владельцев и животных-отказников. Такое неравенство на практике компенсируется снижением объема прав животных-отказников до минимальной гарантии защиты от жестокого обращения путем неисполнения бывшими собственниками своих обязанностей по содержанию животных, от прав собственности на которых они отказались.

Анализ правового положения безнадзорных животных также выявил проблемы умерщвления животных ввиду отсутствия его прямого запрета. Единственной нормой, предусматривающей частичный запрет, является п. 11 ст. 16 Закона о животных, который распространяется исключительно на деятельность приютов. Иными словами, вопросы допустимости умерщвления безнадзорных животных в общественных местах и при транспортировке их от места отлова до приюта (пункта передержки) и обратно для осу-

⁷¹ Под данным термином автор понимает порядок обращения с указанными группами животных.

ществления выпуска не урегулированы законодательством, что фактически позволяет безнаказанно умерщвлять животных-компаньонов за пределами приютов. Вместе с тем допустимость умерщвления является одним из важных компонентов при обеспечении благополучия, поскольку основной ее целью является избавление животного от боли и страданий.

Анализ методов контроля численности безнадзорных животных показал, что используемая в России система ОСВВ наиболее прогрессивна, эффективна и гуманна из всех альтернативных вариантов. Данная система позволяет не только контролировать численность путем стерилизации, но и позволяет животным вернуться в их естественную среду обитания с необходимыми прививками.

Таким образом, нынешнее регулирование правового положения безнадзорных животных в России хоть и далеко от идеала, однако в нем наблюдаются позитивные тенденции, направленные на унификацию разрозненного регионального регулирования и улучшение регулирования федерального, что в перспективе может привести к повышению благосостояния безнадзорных животных.



Список источников

1. Горохов Д.Б. Проблемы качества и эффективности применения Закона об ответственном обращении с животными // Журнал российского права. 2020. № 4. С. 153–171.
2. Горохов Д.Б., Горохова Ю.В. Проблемы правового регулирования отношений по содержанию, использованию и охране животных, не относящихся к объектам животного мира // Законодательство и экономика. 2015. № 3. С. 22–41.
3. Садиков О.Н. (ред.) Гражданское право. М.: Норма, 2006. 493 с. .
4. Дюринг Е. Ценность жизни. Пер. с нем. М.: АСТ, 2000. 344 с.
5. Краснов Ю.К., Надвикова В.В., Шкатулла В.И. Юридическая техника. М.: Юстицинформ, 2014, 220 с.
6. Мохов А.А., Копылов Д.Э. Псовые как объекты гражданских прав. Юридический мир. 2006. № 12. СПС КонсультантПлюс .
7. Окунев К. Домашние животные как объекты гражданских прав. Available at: URL: <http://www.zooclub.ru/urist/16.shtml> (дата обращения: 08.06.2020)
8. Хорьков В.Н., Аллес М.В. Спорные вопросы административно-правового регулирования содержания животных в Федеральном законе «Об ответственном обращении с животными и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации». Административное право и процесс. 2019. № 10. С. 75–79..
9. Beck A. The ecology of stray dogs: a study of free-ranging urban animals. Baltimore: York Press, 1973, pp. 1–98.
10. Beck A. The ecology of “feral” and free-roaming dogs in Baltimore In: The wild canids, their systematic, behavioral ecology and evolution. M. Fox (ed.). New York.: Van Nostrand Reinhold, 1975, pp. 380–390.

11. Beran G. Ecology of dogs in the Central Philippines in relation to rabies control efforts. *Comparative immunology, microbiology and infectious diseases*, 1982, vol. 5, pp. 265–270.
12. Broom D. Welfare, stress and the evolution of feelings. *Advances in the Study of Behaviour*, 1998, vol. 27, pp. 371–403.
13. Broom D. *Sentience and Animal Welfare*. Wallingford: CABI Press, 2014., 28 p.
14. Carding A. The significance and dynamics of stray dog populations with special reference to the UK and Japan. *Journal of Small Animal Practice*, 1969, vol. 7, pp. 419–446.
15. Duncan I. Animal rights — animal welfare, a scientist's assessment. *Poultry Science*, 1981, vol. 60, pp. 489–499.
16. Fox M., Beck A., Blackman E. Behaviour and ecology of a small group of urban dogs.. *Applied Animal Ethology*, 1975, vol. 1, pp. 119–137.
17. Guseva V. Dog Ownership through the Eyes of stray Dog: Property Rights and the Stray Dog Population. 2013. Available at : <https://scholar.colorado.edu/downloads/pk02cb089> (дата обращения: 02.11.2022)
18. Tasker L. *Stray Animal Control Practices: Europe*. London: WSPA, pp. 1–54.



References

1. Beck A. (1973) The ecology of stray dogs: a study of free-ranging urban animals. Baltimore: York Press, pp. 1–98.
2. Beck A. (1975) The ecology of “feral” and free-roaming dogs in Baltimore. In: *The wild canids, their systematic, behavioral ecology and evolution*. M. Fox (ed.). New York.: Van Nostrand Reinhold, pp. 380–390.
3. Beran G. (1982). Ecology of dogs in the Central Philippines in relation to rabies control efforts. *Comparative immunology, microbiology and infectious diseases*, vol. 5, pp. 265–270.
4. Broom D. (1998) Welfare, stress and the evolution of feelings. *Advances in the Study of Behaviour*, vol. 27, pp. 371–403.
5. Broom D. (2014) *Sentience and animal welfare*. Wallingford: CABI, pp. 27–28.
6. Carding A. (1969) The significance and dynamics of stray dog populations with special reference to the UK and Japan. *Journal of Small Animal Practice*, vol. 7, pp. 419–446.
7. Dühring E. (2000) *The value of life*. Moscow: AST, 344 p. (in Russ.)
8. Duncan I. (1981) Animal rights — animal welfare, a scientist's assessment. *Poultry Science*, vol. 60, pp. 489–499.
9. Fox M., Beck A., Blackman E. (1975) Behavior and ecology of a small group of urban dogs (*Canis familiaris*). *Applied Animal Ethology*, vol. 1, pp. 119–137.
10. Guseva V. (2013) Dog ownership through the eyes of stray dog: property rights and the stray dog population. Available at: <https://scholar.colorado.edu/downloads/pk02cb089> (accessed: 24.08.2021)
11. Gorokhov D.B. (2020) Quality and efficiency of application of the Law on Responsible Treatment of Animals. *Zhurnal rossyiskogo prava=Journal of Russian Law*, no. 4, pp. 153–171 (in Russ.)
12. Gorokhov D.B., Gorokhova Yu.V. (2015) Legal regulation of relations on the content, use and protection of animals not related to objects of animal world. *Zakonodatelstvo i ekonomika=Legislation and Economics*, no. 3, pp. 22–41 (in Russ.)

13. Khorkov V.N., Alles M.V. (2019) Controversial issues of administrative regulation of animal keeping in the Federal Law On Responsible Treatment of Animals. *Administrativnoe pravo i protsess*=Administrative Law and Process, no. 10, pp. 75–79 (in Russ.)
14. Krasnov Yu.K., Nadvikova V.V., Shkatulla V.I. (2014) Legal technique. Moscow: Yustitsinform, 220 p. (in Russ.)
15. Mokhov A.A., Kopylov D.E. (2006) Canids as objects of civil rights. *Juridicheskiy mir*=World of Justice, no. 12, pp. 38–49 (in Russ.)
16. Okunev K. (2016) Pets as objects of civil rights. Available at: [/http://www.zooclub.ru/urist/16.shtml](http://www.zooclub.ru/urist/16.shtml) (accessed: 03.11.2022)
17. Sadikov O.N. et al. (2006) Civil law. Moscow: Norma, 493 p. (in Russ.)
18. Tasker L. (2007) Stray animal control practices: Europe. L.: WSPA, pp. 1–54.

Данные об авторе:

М.А. Шабалина — юрист.

Information about the author:

M.A. Shabalina — Lawyer.

Статья поступила в редакцию 11.09.2020; одобрена после рецензирования 29.01.2021; принята к публикации 25.06.2021.

The article was submitted to the editorial office 11.09.2020; approved after reviewing 29.01.2021; accepted for publication 25.06.2021.

Научная статья

УДК: 343.241

DOI: 10.17323/2072-8166.2022.5.228.250

Возникновение и генезис международных договоров в сфере признания иностранных банкротств



Александр Алексеевич Костин

Исследовательский центр частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации, Россия 103132, Москва, ул. Ильинка, 8/2, a.kostin@k-legal.ru, <https://orcid.org/0000-0001-7150-1652>



Аннотация

В статье анализируется история возникновения, а также генезис международных договоров, регулирующих признание иностранных банкротств. Автор обосновывает, что исторически вопрос о действии иностранной процедуры банкротства разрешался через призму теории статутов, согласно которой законы государства подразделялись на вещные и личные. В статье обращается внимание на значимые противоречия в отношении законодательства о банкротстве к числу вещных или личных статутов в доктрине XIX века. Так, ряд специалистов утверждал, что законодательство о банкротстве относится к числу вещных статутов, поскольку его основная цель состоит в распределении имущества несостоятельного должника. Из этого следовало, что законодательство о банкротстве обладает сугубо территориальным действием и в каждом отдельном государстве требовалось открытие отдельной процедуры банкротства. В противовес данной точке зрения иные ученые утверждали, что законодательство о банкротстве является личным статутом, поскольку его основная цель состоит в установлении управления над должником, неспособным обеспечить надлежащий порядок ведения дел. В целях устранения противоречий между указанными подходами государства в XIX веке заключали договоры о взаимном признании иностранных банкротств. Поскольку заключение международных договоров о взаимном признании банкротств рассматривалось в качестве акта доверия по отношению к иностранному государству, как правило, подобные международные договоры заключали близлежащие государства. В силу указанных причин заключение универсального или даже регионального многостороннего договора в области взаимного признания иностранных процедур в течение продолжительного времени оставалось невозможным. На текущий момент заключение подобных международных договоров является возможным именно в рам-

ках региональных и интеграционных объединений — например, Европейского союза. Также в силу указанных причин унификация законодательства в сфере регулирования трансграничного банкротства зачастую осуществляется на основании актов «мягкого права» — типового закона ЮНСИТРАЛ (1997).



Ключевые слова

трансграничное банкротство, международный договор, признание и исполнение, иностранные судебные решения, ЮНСИТРАЛ, Европейский союз.

Для цитирования: Костин А.А. Возникновение и генезис международных договоров в сфере признания иностранных банкротств // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 5. С. 228–250. DOI: 10.17323/2072-8166.2022.5.228.250

Law in the Modern World

Research article

Emergence and Genesis of International Treaties on Recognizing Foreign Bankruptcies



Alexander A. Kostin

Private Law Alekseev Research Centre under the President of the Russian Federation, 8 Ilyinka Str., Moscow 103132, Russia, a.kostin@k-legal.ru ORCID: 0000-0001-7150-1652



Abstract

The article analyzes the history of emergence, as well as the genesis of international treaties governing the recognition of foreign bankruptcies. The author argues that historically, the issue of legal effect of a foreign insolvency procedure was resolved through the prism of the theory of statutes, according to which the laws of the state were divided into real and personal. At the same time, the article draws attention to the existence of significant contradictions regarding the attribution of insolvency legislation to the number of real or personal statutes in doctrine XIX. Thus, several authors argued that insolvency legislation fell into the category of the real statutes, since its main purpose was to distribute the property of an insolvent debtor. It followed from the above that the insolvency legislation had a purely territorial effect and in each individual state it was required to open a separate bankruptcy procedure. In contrast to this view, other scholars have argued that bankruptcy law is a personal statute, since its main purpose is to establish control over a debtor who has been unable to ensure the proper conduct of affairs. In order to eliminate contradictions between these approaches, between the states in the 19th century agreements on mutual recognition of foreign bankruptcies were concluded. In light of the fact that the conclusion of international agreements on the mutual recognition of bankruptcies was considered as an act of confidence in relation to a foreign state, as a rule, such international agreements were concluded between neighboring states. For these reasons, the conclusion of a multilateral treaty (international document) in the

field of mutual recognition of foreign procedures remained impossible for a long time. In this regard, at the moment, the conclusion of such international treaties (international documents) is possible precisely within the framework of regional and integration associations like the European Union. Also, for these reasons, the unification of legislation in the field of regulation of cross-border bankruptcy is often carried out on the basis of “soft law” acts — the 1997 UNCITRAL Model Law.

Keywords

cross-border bankruptcy; international treaty; recognition and enforcement, foreign judgments, UNCITRAL, European Union.

For citation: Kostin A.A. (2022) Emergence and Genesis of International Treaties on Recognizing Foreign Bankruptcies. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no. 5, pp. 228–250 (in Russ.) DOI: 10.17323/2072-8166.2022.5.228.250

Введение

Один из основных постулатов международного частного права (далее — МЧП) состоит в том, что процедура банкротства сама по себе (*de plano*) не обладает действием за пределами государства своего открытия [Мартенс Ф.Ф., 1883: 346]; [Fletcher I., 1993: 431]. В основе данного подхода лежит принцип территориального верховенства (суверенитета), согласно которому действие законодательных и судебных актов ограничено территорией их принятия (вынесения) [Gillieron P.-R., 1992: 138–139].

В силу данного принципа распространение всей совокупности правовых последствий иностранного банкротства обеспечивается путем признания судебного акта об открытии соответствующей процедуры. В целях обеспечения взаимного признания процедур банкротства (отдельных правовых последствий банкротства) государствами начиная с XIX в. заключаются соответствующие международные соглашения. Они, среди прочего, регулировали: компетенцию судов договаривающихся государств в отношении инициирования процедуры банкротства; порядок признания иностранных судебных актов об открытии процедуры банкротства; объем полномочий конкурсного управляющего; иные аспекты.

Отечественному законодателю и правоприменителю анализ предпосылок заключения, а также содержания международных соглашений в области трансграничного банкротства особенно интересен в связи со следующим. Так, ст. 1 Договора об учреждении ЕАЭС предусматривает обеспечение свободы движения товаров, услуг, капитала и рабочей силы¹, что может под-

¹ Договор о Евразийском экономическом союзе» (Подписан в Астане 29.05.2014) (ред. от 01.10.2019) // СПС КонсультантПлюс.

разумевать необходимость отдельного международного соглашения, которое регулировало бы вопросы трансграничной несостоятельности в рамках указанного интеграционного объединения (по аналогии с Договором об учреждении Европейского сообщества)². В связи с тем, что Россия не участвует в международных соглашениях, непосредственно регулирующих вопросы банкротства, изучение опыта иностранных государств (включая проекты, разработанные Гаагской конференцией по МЧП) в данной сфере могло бы оказаться полезным в рамках унификации вопросов банкротства на уровне ЕАЭС.

Принимая во внимание значение темы статьи для отечественного правопорядка, обратимся к истории возникновения первых договоров о взаимном признании банкротств.

1. Теория статутов как исторически первое обоснование признания правовых последствий иностранного банкротства

Исторически признание правовых последствий банкротства как в аспекте распределения имущества должника, так и в аспекте полномочий арбитражного управляющего основывалось на так называемой «теории статутов». В основе данной теории, разработанной итальянскими учеными-постглюссаторами в XIV в., лежал тезис, что все законы неразрывно (т.е. физически) связаны с объектом своего правового регулирования [Ancel B., 2017., 130–138]. В связи с этим законы подразделялись на: личные статуты (т.е. законы, регулирующие правовой статус лица, включая дееспособность, вступление в брак и пр.); вещные статуты (законы, регулирующие положение недвижимого имущества),

Согласно теории статутов действие законов в пространстве было обусловлено способностью объектов их регулирования к перемещению. В рамках рассматриваемой теории утверждалось, что личные статуты неразрывно связаны с индивидом, в силу чего они следуют за данным лицом во все страны, где бы оно ни находилось (т.е. в данном случае подлежало применению законодательства домициля соответствующего лица, а не государства его временного местонахождения) [Fiore P., Antoine Ch., 1890: 44]. Из данного тезиса также следовало, что правовой режим движимого имущества относится к личным статутам, поскольку предполагалось, что движимые вещи также следуют за лицом во все государства (лат. *mobilia sequuntur personam*) [Rolin A., 1904: 171]. Применительно к вещным статутам обращалось внима-

² Treaty establishing the European Community (Consolidated version 2002) OJ C 325, 24.12.2002, pp. 33–184.

ние на то, что они не обладают экстерриториальным действием, поскольку неразрывно связаны с объектом своего правового регулирования (т.е. недвижимым имуществом).

Теория статутов в классическом изложении (XIII–XIV в.) непосредственно практически не затрагивала вопросов банкротства [Massé G., 1861: 343]. Вместе с тем, классификация (статутов) на вещные и личные продолжала применяться в доктрине и правоприменительной практике для объяснения различных правовых последствий банкротства, открытого в иностранном государстве [Jitta J., 1895: 9–10]. Сложность применения указанной классификации, однако, состояла в том, что в силу своего комплексного характера законодательство о банкротстве не могло быть отнесено к категории вещных или личных статутов. В связи с этим в доктрине XIX вв. развернулась дискуссия о правовой природе иностранного банкротства и правовых последствиях, которые оно порождает за пределами государства своего открытия.

Так, согласно одному из подходов, утверждалось, что законодательство о банкротстве относится к числу вещных статутов, из чего следовало, что процедура банкротства сама по себе не обладает действием за пределами государства своего открытия (территориальность банкротства) [Norsa C., 1876: 627–628]. В обоснование данного подхода французский ученый Рипер утверждал, что законодательство о банкротстве относится к числу вещных статутов, поскольку его основная цель состоит в распределении недвижимого имущества между кредиторами применительно к каждому конкретному государству. Подобный подход дал основание относить законодательство о банкротстве к законам, обладающим публично-правовой природой («законы, обеспечивающие благополучие и безопасность»), из чего следовало, что полномочия управляющего, касающиеся права совершать действия от имени должника, носят подчиненный характер по отношению к данной функции [Lyon-Caen Ch., Renault L., Brillat-Savarin J., 1889: 444]. Тем самым из данного подхода следовало, что распределение активов должника, находящихся в пределах государства по общему правилу могло иметь место при условии признания иностранного судебного решения об открытии процедуры банкротства или путем открытия самостоятельной процедуры банкротства должника в данном государстве [Travers M., 1894: 39].

В противовес рассматриваемому подходу иные ученые утверждали, что законодательство о банкротстве относится к числу личных статутов [Humblet H., 1880: 87–94]. Утверждалось, что основное назначение процедуры банкротства заключается в ограничении дееспособности должника, который оказался не в состоянии обеспечить своевременное погашение обязательств перед кредиторами [Weiss A., 1894: 5–16]. Основываясь на предположении, согласно которой должник не может быть ограничен в дееспособ-

ности в одном государстве (в данном случае в государстве открытия процедуры банкротства) и при этом сохранять дееспособность в остальных государствах, ученые XIX в. пришли к выводу о неделимости личного статуса (фр. *indivisibilité de l'état personnel*) [Renault R., 1903: 37]. Применительно к трансграничному банкротству тезис о неделимости личного статуса проявлялся в том, что только суды государства местонахождения должника приобретали компетенцию по открытию процедуры банкротства. Из данной предпосылки, в свою очередь, проистекала невозможность открытия территориальной процедуры банкротства в иных государствах [Surville F., Arthuys F., 1912: 623].

2. Предпосылки заключения первых двусторонних международных соглашений о взаимном признании банкротства

С середины XIX в. отдельные государства Европы разрабатывали законодательство, регулирующее различные аспекты трансграничного банкротства. Так, ст. 207 Германского уложения о банкротстве (1877) устанавливала, что «если должник, в рамках иностранной процедуры обладает имуществом на территории Германии, то допускается обращение взыскания на данное имущество. Исключения из данного правила могут быть установлены канцлером Империи с согласия федерального совета» [Kauffman Ch., 1885: 33–45]. Равным образом закон Швейцарии «О преследовании за долги и банкротство» 1889 г. определял компетенцию судов в отношении иностранного должника, а также иные вопросы трансграничного банкротства.

Национальное законодательство могло урегулировать исключительно последствия иностранного банкротства в пределах соответствующей юрисдикции, но не действие национальной процедуры банкротства в иностранных правовых системах. В связи с этим неизбежно вставал вопрос об обеспечении взаимности [Rolin A., 1904: 184], так как в иностранном законодательстве могли содержаться положения, дискриминирующие национальных кредиторов (в том числе ст. 1539 Коммерческого кодекса Уругвая в редакции XIX в.) [de Voeck Ch., 1913: 289–320]. Поэтому согласно доктрине XIX в. оптимальным способом урегулирования правовых последствий банкротства между государствами выступало заключение международного соглашения. Показательна точка зрения французских ученых Ш. Лион-Кана и Л. Рено, по мнению которых регулирование правовых последствий иностранного банкротства могло быть достигнуто исключительно путем заключения международного соглашения [Lyon-Caen Ch., Renault L., 1887: 895].

Первые договоры, касающиеся признания иностранного банкротства, начали заключать в XVII в. В качестве одного из первых примеров подоб-

ного международного договора принято выделять Утрехтское соглашение между провинциями Нидерландов (1679), которым предусматривалось, что управляющий, назначенный судом государства местонахождения должника (домициля), приобретает право распоряжения имуществом должника, находящимся в иных провинциях [Nadelmann K., 1944: 62]. Вместе с тем широкое распространение международные договоры, содержащие положения о взаимном признании банкротств, получили именно в XIX в. В частности, в доктрине обращается внимание на заключение следующих международных договоров, содержащих положения, касающиеся признания иностранных банкротств: это Договор между Великим герцогством Баден и Швейцарской конфедерацией о взаимности в области банкротства от 07.07.1808³; Конвенция между Швейцарской конфедерацией и Королевством Вюртемберг по вопросам банкротства, а также равенства, которое должно быть обеспечено между кредиторами при установлении очередности кредиторов, являющихся подданными одной или другой договаривающейся стороны от 13.05.1826⁴; Конвенция между Швейцарской Конфедерацией и Королевством Бавария о предоставлении равных прав кредиторам, подданным договаривающихся государств при ведении конкурса от 27.06.1834⁵; Конвенция между Швейцарской конфедерацией и Францией о компетенции и взаимном исполнении судебных решений от 15.06.1869⁶ (далее — Конвенция между Швейцарией и Францией); Конвенция между Французской Республикой и Королевством Бельгия о компетенции судебных органов, законной силе и исполнении судебных и арбитражных решений и нотариальных актов от 08.07.1898 (далее — Конвенция между Бельгией и Францией)⁷.

В свете того, что в литературе наиболее подробно рассматриваются Конвенция между Швейцарией и Францией и Конвенция между Бельгией и Францией, остановимся на анализе данных международных договоров.

Ст. 6 Конвенции между Швейцарией и Францией устанавливала, что в отношении французского гражданина, обладающего коммерческим предприятием (фр. *établissement de commerce*) в Швейцарии, процедура банкротства

³ Available at: https://bdlf.fr.ch/frontend/versions/6131/download_pdf_file?locale=fr (дата обращения: 09.12.2022)

⁴ Available at: https://bdlf.fr.ch/frontend/versions/6132/download_pdf_file?locale=fr (дата обращения: 09.12.2022)

⁵ Available at: https://bdlf.fr.ch/frontend/versions/6133/download_pdf_file?locale=fr (дата обращения: 09.12.2022)

⁶ Цит. по: Des Effets du Traite Franco-Suisse du 15 Juin 1869 en Matiere de Faillite, 9 J. DR. INT'L PRIVE & Juris. COMPAREE 369 (1882).

⁷ Цит. по: Droit International. La Convention Franco-Belge. Annales de Droit Commercial et Industriel Francais. Etranger et International 15. 1901. P. 52–53.

могла быть инициирована в суде государства его места жительства на территории Швейцарии [Bernard M., 1882: 369]. Равным образом в отношении швейцарского гражданина, обладающего коммерческим предприятием во Франции, процедура могла быть инициирована по месту его жительства во Франции.

В отношении полномочий конкурсного управляющего (фр. *syndic*) данная Конвенция устанавливала, что после признания исполнимости иностранного решения [об открытии процедуры банкротства] в порядке ст. 16 Конвенции возникает право требовать включения в конкурсную массу всего имущества, находящегося на территории договаривающего государства (т.е. при условии получения экзекватуры). В отношении условий признания ст. 17 Конвенции устанавливала, что в исполнении иностранного судебного решения об объявлении должника банкротом могло быть отказано в следующих случаях: если оно вынесено судом, не обладающим компетенцией; если оно вынесено без извещения сторон, интересы которых не были представлены в рамках иностранного разбирательства; если исполнение иностранного судебного решения по делу о банкротстве противоречило бы публично-правовым нормам или интересам публичного порядка.

Конвенция между Бельгией и Францией 1898 г. [Paere de P., 1906: 318–332]; в целом содержала сходные положения применительно к порядку признания и правовым последствиям иностранного банкротства. Так, по п. 1 ст. 8 Конвенции исключительной компетенцией по инициированию процедуры банкротства коммерсанта обладали суды государства его domicilio. Если у коммерсанта отсутствовало местонахождение в соответствующем договариваемом государстве, он тем не менее мог быть объявлен банкротом при наличии у него коммерческого предприятия в одном из договариваемых государств. В отношении юридических лиц действовало правило: исключительной компетенцией по инициированию процедуры банкротства обладают суды государства местонахождения соответствующего лица.

Отличительная особенность Конвенции между Бельгией и Францией состояла в том, что данный документ определял правовые последствия иностранного банкротства. Так, по ст. 2 Конвенции в случае инициирования процедуры банкротства компетентным судом ее правовые последствия распространяются на территорию договариваемого государства. Распространение правовых последствий иностранного банкротства заключалось в том, что иностранный управляющий приобретал право совершать действия по защите и управлению имуществом, входящим в конкурсную массу, находящимся в пределах соответствующего государства. Вместе с тем осуществление мер по обращению взыскания на имущество должника требовало экзекватуры со стороны национального суда [Travers M., 1909: 386–401].

3. Предпосылки заключения первых многосторонних международных соглашений о взаимном признании банкротства

На рубеже XIX–XX вв. государства в первую очередь заключали двусторонние договоры о взаимном признании банкротств [Fletcher I., 1993: 7–28]. Подобный подход к регламентации трансграничного банкротства был обусловлен следующими причинами. Во-первых, в XIX–XX вв. заключение международного договора о взаимном признании банкротств рассматривалось как жест доверия к соответствующему государству [Fletcher I., 1991–1992: 175]. Как отмечал немецкий ученый Л. фон Баром, международные договоры по вопросам банкротства надлежит заключать только с теми странами, судебная система которых вызывает доверие [Bar von L., 1892: 1052]. Подобное же доверие могло быть проявлено в первую очередь по отношению к сопредельным государствам в связи с тем, что суды данных государств чаще взаимодействовали друг с другом.

Во-вторых, в заключении двусторонних договоров о взаимном признании банкротств играли роль соображения практического характера. Так, в реалиях XIX в. внешнеэкономическая деятельность в ряде случаев осуществлялась коммерсантами и хозяйственными обществами, находящимися в сопредельных государствах. По этой причине именно в отношениях между сопредельными государствами зачастую вставал вопрос о порядке распределения имущества несостоятельного должника.

Несмотря на изложенное выше, государства с 1880-х гг. предпринимают попытки разработать многосторонний международный договор, регулирующий различные аспекты трансграничного банкротства. В частности, на II Международном конгрессе юристов в 1880 г. в Турине [Weiss A., 1888: 182–183], были приняты следующие резолюции по вопросам трансграничного банкротства:

Компетенцией по инициированию процедуры банкротства обладает суд государства местонахождения основного коммерческого предприятия лица (фр. *établissement principal*).

Решение о введении процедуры банкротства, а также иные акты, принятые в рамках данной процедуры, обладают той же законной силой, что и в государстве своего вынесения (фр. *autorité de la chose jugée*). Если на основании иностранного решения о банкротстве требуется совершение исполнительных действий, решение должно пройти процедуру экзекватуры (фр. *pareatis*). В выдаче экзекватуры в отношении иностранного решения об открытии процедуры банкротства могло быть отказано исключительно в следующих случаях, если: данное решение было принято судом, у которого

отсутствовала компетенция; данное решение не подлежит исполнению государстве своего вынесения⁸.

Ограничение дееспособности несостоятельного должника; назначение и полномочия конкурсных управляющих; допустимость заключения, порядок заключения и правовые последствия мирового соглашения (фр. *concordat*); порядок реализации и распределения конкурсной массы определяется законодательством открытия процедуры банкротства.

Вещные права, преимущественные права в связи с залогом и ипотекой, право виндикации, изъятия и удержания определяются законодательством государства местонахождения соответствующей вещи. При этом в указывалось, что в рамках международного договора надлежит определить компетентный суд по разрешению споров, вытекающих из данных прав.

В дальнейшем попытки разработки многосторонних международных соглашений в области трансграничного банкротства были предприняты на Конгрессе южноамериканских государств в Монтевидео (1889) и на Гаагских конференциях по МЧП (1894, 1900, 1904, 1925). Но если работа указанного Конгресса завершилась подписанием Договора о МЧП (1889)⁹, то I Гаагская конференция по МЧП к подобному результату не пришла. На причинах этого надлежит остановиться.

4. Деятельность Гаагской конференции по МЧП по разработке международного договора в области взаимного признания банкротства

Первая попытка разработать документ, регулирующий аспекты трансграничного банкротства, последовала на I Гаагской конференции (1894). Одним из итогов указанной Конференции стала разработка Правил (фр. *règlement*) трансграничного банкротства, которые по замыслу разработчиков могли служить основой дальнейшего обсуждения данного вопроса (далее — Правила). Указанные Правила основывались на документе, подготовленном голландским ученым Т. Ассером к сессии Института международного права 30.03.1894.¹⁰

Применительно к действию процедуры банкротства ст. 1 Правил гласила, что процедура банкротства, инициированная в одном из договаривающих-

⁸ Полный текст резолюции см.: *Actes de la Conference de la Haye chargee de reglementer diverses matieres de droit international privee*. Paris, 1894. P. 63–64.

⁹ *Droit International — Congres de Montevideo. Annales de Droit Commercial Francais, Etranger et International* 4.1890. P. 219–222.

¹⁰ *Annuaire de l'Institut de droit international. Bureau de la Revue de droit international*, 1894. P. 267–281.

ся государств, порождает правовые последствия в остальных договаривающихся государствах при условии соблюдения положений, содержащихся в иных статьях. В свою очередь, распространение правовых последствий иностранного банкротства было связано с получением экзекутуры в отношении иностранного судебного решения об открытии данной процедуры (ст. 2 Правил). Правом подачи ходатайства об экзекутуре иностранного судебного решения наделялся управляющий в рамках соответствующей процедуры банкротства (ст. 4). В рамках рассмотрения ходатайства об экзекутуре соответствующего судебного решения проверялось соблюдение следующих условий: а) наличие компетенции у суда государства вынесения решения; б) исполнимость иностранного решения в государства вынесения; с) действие иностранного судебного решения в отношении всего имущества должника.

Поскольку данные Правила предусматривали, что они могут выступать в качестве основы дальнейшего обсуждения вопроса, разработку многостороннего международного соглашения продолжили на III Гаагской конференции (1900). Ею был разработан проект международного договора, содержащий следующие положения (далее — Проект)¹¹.

Применительно к вопросам компетенции Проект устанавливал, что исключительной компетенцией объявления коммерсанта банкротом обладал суд государства местонахождения его основного предприятия. В отношении инициирования банкротства юридических лиц исключительной компетенцией обладал суд государства местонахождения юридического лица (фр. *siège social*).

В отношении порядка признания ст. 1 Проекта гласила, что процедура банкротства, инициированная учреждением, обладающим компетенцией согласно данному документу, подлежит признанию в договаривающихся государствах при условии соблюдения иных его положений. Ст. 6 устанавливала, что иностранный арбитражный управляющий вправе в отсутствие экзекутуры иностранного судебного решения об открытии процедуры банкротства принимать меры сохранения имущества, а также обращения в суд. Вместе с тем осуществление исполнительных действий в отношении имущества должника требовало экзекутуры государства местонахождения имущества должника. Экзекутура в отношении иностранного судебного решения могла быть получена при соблюдении следующих условий: а) учреждение, инициировавшее процедуру банкротства, обладало компетенцией в соответствии с национальным законодательством; б) решение о введении процедуры банкротства является исполнимым в государстве вынесения.

¹¹ Archives diplomatiques: recueil mensuel de diplomatie, d'histoire et de droit international. Paris, 1900. P. 213.

Разработку многостороннего договора в области трансграничного банкротства продолжили на IV Гаагской конференции (16.05.–07.06.1904) [Asser T., 1904: 516–579]. Т. Ассер не без иронии отмечал, что, несмотря на ряд неудач, участники конференции не оставляли попыток урегулировать вопросы трансграничного банкротства в рамках международного соглашения. Конференция завершилась разработкой проекта международного соглашения в области трансграничного банкротства (далее Проект IV). Документ в целом воспроизводил положения Проекта III, за исключением формулировки следующих статей.

Применительно к вопросам компетенции Проект IV Гаагской конференции предусматривал, что процедура банкротства юридического лица должна быть инициирована в государстве его местонахождения при условии, что данное место не является фиктивным или полученным мошенническим путем. Равным образом по п. 7 Проекта IV расширялся перечень оснований отказа в признании иностранной процедуры банкротства, к которым относились: а) наличие компетенции иностранного суда; б) исполнимость решения в государстве; в) подтверждение подлинности иностранного решения о введении процедуры; г) надлежащее уведомление иностранного должника. Наконец, Проект IV закреплял принцип равенства национальных и иностранных кредиторов (п. 5 Проекта).

Проект постигла та же судьба, что и иные проекты международных соглашений, разработанных данной организацией, поскольку государства XX в. не были готовы к его имплементации в рамках международных соглашений [Nolde B., 1930: 379]. Показателен комментарий французского ученого А. Ленэ, который в статье об итогах IV Гаагской конференции отмечал, что он не будет освещать вопросы, связанные с разработкой конвенции в области регулирования трансграничного банкротства, поскольку заключение международного соглашения общего характера по вопросам трансграничного банкротства не входило в планы правительства Франции [Lainé A., 1905: 803].

Очередная попытка разработать международное соглашение в области регулирования трансграничного банкротства была предпринята на V Гаагской конференции (1925). Государства-участники конференции рассчитывали, что после окончания «варварства Первой мировой войны (1914–1918)» удастся достичь заключения международных соглашений по различным аспектам международной торговли [Loder B., 1927: 1–17]. Конференция подготовила очередной проект модельного международного договора (далее — Проект V)¹².

¹² Bulletin Relatif aux Conventions de la Haye de 1902 et 1905 sur le Droit International Prive, Bulletin de l'Institut Intermediaire International 14 (1926). P. 225–228.

Применительно к Проекту V отметим, что одна из основных задач, стоявших перед договаривающимися государствами, состояла в определении суда, компетентного инициировать производство по делу о банкротстве. Так, в отношении физических лиц ст. 2 Проекта V устанавливала, что компетенцией по инициированию процедуры банкротства обладал суд государства нахождения коммерческого предприятия лица. Если законодательство данного государства не принимало во внимание местонахождения коммерческого предприятия физического лица, то компетенцией обладало государство domicilio физического лица. В отношении юридических лиц устанавливалось правило, что компетенцией обладает государство местонахождения юридического лица, за исключением случаев, когда данное местонахождение фиктивно или получено в результате мошенничества.

Подобно предшествующим проектам Проект V предусматривал, что решение об открытии процедуры банкротства, вынесенное органом, обладающим компетенцией в соответствии с Конвенцией, подлежит признанию во всех остальных государствах. Равным образом Проект разграничивал правовые последствия, требующие экзекватуры и возникающие без экзекватуры. Так, для совершения иностранным управляющим действий по реализации недвижимого имущества и действий по принудительному исполнению требовалась экзекватура со стороны суда нахождения имущества должника (ст. 5). Для реализации иностранным управляющим полномочий по управлению имуществом и принятию мер по его сохранению не требуется получения экзекватуры. Наконец, применительно к условиям выдачи экзекватуры ст. 5 Проекта устанавливала, что иностранное решение об открытии процедуры банкротства должно соответствовать следующим условиям: компетентность иностранного суда в силу ст. 2 Проекта; свойство исполнимости решения согласно законодательству его вынесения; подтверждение подлинности иностранного судебного решения; надлежащее уведомление должника; отсутствие нарушения публичного порядка; наличие у лица статуса коммерсанта (если государство сделало оговорку, что данное соглашение применяется только к банкротству коммерсантов).

На VI Гагской конференции (1928) положения Проекта V по существу не пересматривались. Только в его текст добавили переходные положения о порядке вступления данного соглашения в силу¹³.

Ни один из проектов международных соглашений, подготовленных в рамках Гагских конференций по МЧП, не был реализован в виде конвенции. Б.Э. Нольде обращал внимание на то, что причина подобного подхода состояла не в недостаточной проработке документа. По мнению ученого, Га-

¹³ Bulletin Relatif aux Conventions de la Haye sur le Droit International Prive, Bulletin de l'Institut Intermediaire International 18 (1928). P. 408–432.

агская конвенция изначально избрала не оправдавший себя путь подготовки модельного международного договора, а не международного соглашения, открытого к подписанию [Nolde B., 1936: 379].

5. Многосторонние договоры о взаимном признании процедур банкротства, заключенные государствами Европы

Заключение первого многостороннего международного соглашения в области взаимного признания процедур банкротства было достигнуто странами, обладающими сходной правовой культурой (страны Скандинавии). Между Данией, Финляндией, Исландией, Норвегией и Швецией была заключена Конвенция по вопросам банкротства 07.03.1933 (далее — Северная Конвенция)¹⁴.

Ст. 1 Северной Конвенции предусматривала, что процедура банкротства, введенная в одном из договаривающихся государств, распространяет действие на территорию иных договаривающихся государств. Равным образом ст. 1 установила, что законодательство государства открытия процедуры банкротства определяет пределы ограничения дееспособности лица, объявленного банкротом; порядок распоряжения имуществом данного лица; порядок распределения средств, вырученных в результате продажи имущества данного лица и иные вопросы. В отношении порядка признания ст. 2 Конвенции 1933 г. установила, что для введения в действие процедуры банкротства на территории договаривающегося государства требовалось опубликование сведений о данной процедуре в официальном вестнике (т.е. для признания иностранной процедуры банкротства не требовалась экзекатура) [Bogdan M., 1985: 49–86].

Новым стимулом разработки многостороннего соглашения в области взаимного признания процедур банкротства послужило принятие Римского договора от 25.03.1957 об учреждении Европейских сообществ, который, среди прочего, предусматривал устранение препятствий на пути движения труда, услуг и капитала (пп. “f” ст. 3 Римского договора)¹⁵. С учетом указанных положений Римского договора в рамках Европейских сообществ проводились подготовка и принятие международных соглашений как в области взаимного признания иностранных решений, так и процедур по делу банкротстве. Однако если в отношении признания и исполнения иностранных

¹⁴ Available at: https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/3-_nordic_treaties.pdf (дата обращения: 09.12.2022)

¹⁵ Available at: https://ec.europa.eu/romania/sites/default/files/tratatul_de_la_roma.pdf (дата обращения: 09.12.2022)

судебных решений в рамках Европейских сообществ была принята Брюссельская конвенция 1968 г.¹⁶, то в отношении признания процедур банкротства подготовленные документы оставались проектами. Остановимся подробнее на причинах.

Первые попытки разработать международное соглашение в области признания иностранных процедур банкротства в рамках ЕС предпринимаются в 1970-х гг. Работа над данным документом останавливалась и возобновлялась в связи с присоединением к ЕС новых государств [Hunter M., 1972: 682–698]. По итогам продолжительной работы комиссии под эгидой Европейских сообществ был разработан проект международного соглашения в области трансграничного банкротства, содержащий следующие положения (далее — Проект Конвенции Европейских сообществ)¹⁷.

Ст. 1 данного Проекта предусматривала, что данное международное соглашение касалось признания процедур банкротства, мировых соглашений, а также аналогичных процедур независимо от государственной принадлежности лица, в отношении которого вводится процедура банкротства. Применительно к порядку признания иностранных судебных решений ст. 2 Проекта Конвенции предусматривала, что процедура банкротства, инициированная в одном из договаривающихся государств, обладает действием во всех остальных государствах. Инициирование процедуры банкротства в одном из договаривающихся государств исключает возможность введения данной процедуры в иных государствах.

В отношении компетенции по инициированию процедуры банкротства ст. 3 Проекта устанавливала, что исключительной компетенцией обладает суд государства центра управления должника (англ. centre of administration of the debtor). Как следовало из п. 2 ст. 3 Проекта, под термином «центр управления должника» надлежит понимать государство, из которого должник по общему правилу управляет своими интересами (англ. administers his main interests). В отношении юридических лиц центром управления должника признавалось государство его регистрации (англ. registered office), если не будет установлено иное.

¹⁶ Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters. Available at: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:41968A0927\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:41968A0927(01)) (дата обращения: 09.12.2022). Решения о банкротстве исключены из сферы действия Брюссельской конвенции 1968 г., поскольку признание данной категории решений должно быть урегулировано отдельным соглашением. Подробнее см.: Rapport sur la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (signée à Bruxelles le 27 septembre 1968). Available at: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1979:059:FULL:FR:PDF> (дата обращения: 09.12.2022)

¹⁷ Draft Convention on bankruptcy, winding-up, arrangements, compositions and similar proceedings. Available at: <http://aei.pitt.edu/5480/1/5480.pdf> (дата обращения: 09.12.2022)

Также в силу ст. 56 Проекта решение о признании должника банкротом, как равным образом решения об утверждении мирового соглашения, подлежали признанию без какой-либо процедуры. В признании иностранного решения об открытии процедуры банкротства или об утверждении мирового соглашения могло быть отказано если: по независящим обстоятельствам должник не обладал сведениями об инициировании в отношении него процедуры банкротства; если решение об открытии процедуры банкротства противоречит публичному порядку государства, в котором оспаривается признание соответствующей процедуры (пп. «а» п. 1 ст. 62 Проекта). В п. 2 ст. 62 Проекта перечислялись случаи, когда нарушение публичного порядка не могло иметь места, включая отсутствие компетенции у суда государства открытия процедуры, судом по собственной инициативе вынесено заочное решение и пр.

Хотя рассматриваемый Проект разрабатывался в рамках Европейских сообществ как интеграционного объединения, он не был ратифицирован договаривающимися государствами. В литературе рассматриваемый Проект характеризуется как излишне амбициозный, поскольку в нем закреплена радикальная модель единого производства, исключавшая возможность инициирования территориальных производств [Fletcher I., 1993: 17]; [Stepanov V., 1999: 287–310]. В частности, британский эксперт Л. Хоффман отмечал, что государства-члены ЕС помимо всего прочего не могли согласиться с тем, что законодательство государства открытия процедуры банкротства будет определять очередность требований залоговых кредиторов соответствующих государств [Hoffmann L., 1996: 2507–2520].

В связи с тем, что Проект Конвенции Европейских сообществ не был ратифицирован, дальнейшая разработка многостороннего соглашения в области признания иностранных банкротств происходила как в рамках Совета Европы, так и Комиссии Европейских сообществ.

Итогом работы Совета Европы стала разработка Европейской конвенции 1990 г. о некоторых международных аспектах банкротства (Стамбульская конвенция)¹⁸. Основная цель разработки документа заключалась в корректировании подхода, ранее сформулированного в Проекте Конвенции Европейских сообществ, согласно которому процедура банкротства, открытая в иностранном государстве, подлежит признанию, если она инициирована судом государства центра управления должника. В связи с этим п. 1 ст. 4 Стамбульской конвенции предусматривал, что компетенцией по инициированию процедуры банкротства обладает государство центра основных

¹⁸ Available at: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007b3d0> (дата обращения: 09.12.2022). Перевод размещен в СПС Консультант Плюс.

интересов должника. В то же время согласно п. 2 ст. 4 Стамбульской конвенции процедура банкротства также могла быть инициирована в государстве местонахождения коммерческого предприятия должника даже в том случае, если у должника отсутствует центр основных интересов в данном государстве или в том случае если процедура банкротства не могла быть инициирована в государстве местонахождения основных интересов («вторичное банкротство»).

В отношении порядка признания иностранного банкротства ст. 16 Стамбульской конвенции устанавливала, что любой должник, объявленный судом или любым другим компетентным органом банкротом в соответствии с п. 1 ст. 4 (основное банкротство), может только на основании этого факта быть объявлен банкротом любой другой Стороной (вторичное банкротство), независимо от того, является ли он неплатежеспособным. в этой Стороне при условии, что решение о признании его банкротом было принято в соответствии со ст. 3, п. b и c, и что в этой Стороне еще не было возбуждено ни банкротство, ни производство по предотвращению банкротства.

Стамбульская конвенция не набрала необходимого количества ратификаций, в результате чего в силу она не вступила. В Евросоюзе была продолжена работа над проектом конвенции о признании иностранных банкротств. По результатам работы экспертов была принята Конвенция ЕС о процедурах банкротства от 23.11.1995 (далее — Конвенция ЕС)¹⁹.

Применительно к определению суда, обладающего компетенцией по инициированию дела о банкротстве, составители Конвенции ЕС придерживались подхода Стамбульской конвенции. Так, по п. 1 ст. Конвенции ЕС компетенцией по открытию процедуры банкротства обладает суд государства центра основных интересов кредитора. Вместе с тем кредиторы вправе также инициировать банкротство по месту нахождения коммерческого предприятия должника, однако в таком случае процедура банкротства охватывает только имущество, находящееся в государстве местонахождения коммерческого предприятия должника.

В отличие от Стамбульской конвенции Конвенция ЕС определила также и порядок признания иностранных банкротств. Так, согласно п. 1 ст. 16 Конвенции ЕС решение об открытии процедуры банкротства подлежит признанию во всех договаривающихся государствах с момента, когда оно вступает в законную силу в государстве вынесения. При этом признание иностранного решения об открытии процедуры банкротства не препятствует открытию вторичной процедуры в государстве местонахождения имущества должника, если данный суд обладает компетенцией в соответствии с п. 2 ст. 3 Конвенции.

¹⁹ European union. Convention on insolvency proceedings, International Insolvency Review 5, no. 2 1996. P. 171–180.

По п. 1 ст. 17 и п. 1 ст. 25 Конвенции ЕС решение об открытии процедуры банкротства, вынесенное судом, обладающим компетенцией в соответствии с п. 2 ст. 3, подлежит признанию всеми остальными договаривающимися государствами. В отношении признания иных решений, вынесенных судом государства открытия процедуры банкротства, устанавливалось, что они также подлежат признанию без дальнейшего производства. Порядок исполнения данных решений определяется ст. 31–56 Брюссельской конвенции 1968 г.²⁰

Конвенция ЕС не была ратифицирована Великобританией, в связи с чем она в силу не вступила. Основные ее положения были инкорпорированы в Регламент ЕС № 1348/2000²¹, который был заменен Регламентом ЕС № 848/2015²² (до сих пор в силу также не вступил).

Заключение

Распространение международных договоров в сфере взаимного признания иностранных банкротств относится к XIX в. Путем заключения международных соглашений государства стремились поставить сотрудничество в данной сфере на постоянную основу, а также решить вопрос о порядке распределения имущества несостоятельного должника, находившегося на территории иного государства. В рассматриваемую историческую эпоху заключение международного соглашения рассматривалось как жест доверия по отношению к соответствующему государству. По этой причине регулирование вопросов трансграничного банкротства на межгосударственном уровне, по большей части, достигалось путем заключения двусторонних, а не многосторонних соглашений.

Анализ международных соглашений свидетельствует, что основная задача, стоящая перед договаривающимися государствами, состоит в определении суда, компетентного инициировать процедуру банкротства. В рамках двусторонних соглашений, заключенных в XIX вв. (Конвенция между Швейцарией и Францией, Конвенция между Бельгией и Францией), а также проектов договоров исключительной компетенцией в отношении инициирования процедуры банкротства по общему правилу наделялся суд государства местонахождения коммерческого предприятия должника («единство про-

²⁰ Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A41968A0927%2801%29> (дата обращения: 09.12.2022)

²¹ Council regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings. O.J.L 160, 30/06/2000 P. 0001-0018. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32000R1346> (дата обращения: 09.12.2022)

²² Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings. O.J. L 141, 5.6.2015, pp. 19–72. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32015R0848> (дата обращения: 09.12.2022)

цедуры банкротства»). Вместе с тем на уровне многосторонних соглашений (в частности, Проекта конвенции Европейских сообществ) подобная модель регулирования трансграничной несостоятельности оказалась нежизнеспособной, в том числе ввиду неготовности договаривающихся государств отказать от возможности инициирования территориальных производств. Российскому законодателю целесообразно принять во внимание данную особенность правового регулирования при разработке соглашения в области признания трансграничного банкротства в рамках ЕАЭС.

Наконец, анализ международных соглашений (включая проекты, подготовленные Гаагской конференцией по МЧП) позволяет сделать вывод об эволюции подходов к порядку признания иностранных банкротств. Ст. 16 Конвенции между Швейцарией и Францией и ст. 2 Правил, разработанных II Гаагской конференцией (1894) возникновение правовых последствий иностранного банкротства связывали исключительно с получением экзекватуры в отношении иностранного судебного решения об открытии данной процедуры. Вместе с тем уже в Конвенции между Бельгией и Францией (ст. 2), а также в последующих проектах международных соглашений, подготовленных Гаагской конференцией, устанавливалось правило о том, что экзекватура в отношении иностранного решения об открытии процедуры банкротства требовалась для принудительного исполнения в отношении имущества должника. Действия по сохранению имущества должника, а также обращение с исками в суд экзекватуры не требовали. Последующие международные соглашения и документы (включая Северную конвенцию, Проект Конвенции Европейских сообществ, Регламент ЕС № 848/2015) устанавливали, что процедура банкротства, инициирования судом, обладающим компетенцией в соответствии с данным соглашением, подлежит признанию в остальных государствах в отсутствие экзекватуры. Подобный подход к регулированию процедуры признания иностранного банкротства также мог бы быть воспринят российским законодателем.



Список источников

1. Мартенс Ф.Ф. Современное международное право цивилизованных народов. Т. II. СПб.: А. Бенке, 1883, 563 с.
2. Никольский Д.П. Первая и вторая международные конференции в Гааге по вопросам частного международного права. Журнал юридического общества при Императорском С.-Петербургском университете. 1895. Кн. 1. С. 1–28; кн. 2. С. 47–68.
3. Ancel B. *Éléments d'histoire du droit international privé*. Paris: Éditions Panthéon-Assas, 2017, 624 p.
4. Asser T. *Codification du Droit International Prive*. Quatrieme Conference Tenue a la Haye, du 16 Mai au 7 Juin 1904. La Revue de Droit International et de Legislation Comparee, 1904, vol. 6 (2), pp. 516–579.

5. Bar L. von. *The Theory and Practice of Private International Law*. Edinburgh: W. Green & Sons, 1892, 1200 p.
6. Bernard M. *Des Effets du Traite Franco-Suisse du 15 Juin 1869 en Matiere de Faillite*. *Journal du Droit International Prive et de la Jurisprudence Comparee*, 1882, vol. 9, no. 7–8, pp. 369–380.
7. Boeck de Ch. *Conflits de Lois en Matiere de Droits Reels dans le Cas de Faillite*. *Revue de Droit International Prive*, 1913, vol. 9, pp. 289–320.
8. Bogdan M. *International Bankruptcy Law in Scandinavia*. *The International and Comparative Law Quarterly*, 1985, vol. 34, no. 1, pp. 49–86.
9. Fiore P., Antoine Ch. *Le droit international privé: ou Principes pour résoudre les conflits entre les lois civiles, commerciales, judiciaires, pénales des différents états*. Paris: Durand et Pedone-Lauriel, 1890, 757 p.
10. Fletcher I.F. *Cross-Border Cooperation in Cases of International Insolvency: Some Recent Trends Compared*. *Tulane Civil Law Forum*, 1991–1992, vol. 6, 175–379.
11. Fletcher I.F. *International Insolvency: The Way ahead*. *International Insolvency Review*, 1993, vol. 2, no. 1, pp. 7–28.
12. Gillieron P.-R. *Generalites sur la Faillite en Droit National et International Suisse*. *Swiss Review of International and European Law*, 1992, vol. 2, pp. 135–168.
13. Hoffmann L. *Cross-Border Insolvency: A British Perspective*. *Fordham Law Review*, 1996, vol. 64, no. 6, pp. 2507–2520.
14. Humblet L. *Des Effets de la Faillite Declaree a l'Etranger d'Apres la Jurisprudence Belge*. *Journal du Droit International Prive et de la Jurisprudence Comparee*, 1880, vol. 7, no. 1–2, pp. 87–94.
15. Hunter M. *The Draft Bankruptcy Convention of the European Economic Communities*. *International and Comparative Law Quarterly*, 1972, vol. 21, no. 4, pp. 682–698.
16. Kauffmann Ch. *Des Biens sis en Allemagne Appartenant a un Failli Etranger*. *Journal du Droit International Prive et de la Jurisprudence Comparee*, 1885, no. 1–2, pp. 33–45.
17. Lainé A. *Conference de la Haye Relative au Droit International Prive*. *Journal du Droit International Prive et de la Jurisprudence Comparee*, 1895, vol. 22, no. 7–10, pp. 734–751.
18. Lainé A. *Conference de la Haye Relative au Droit International Prive*. *Journal du Droit International Prive et de la Jurisprudence Comparee*, 1901, vol. 28, no. 1–2, pp. 5–35.
19. Loder B. *Cinquieme Conference de Droit International Prive*. *Grotius Annuaire International*, 1927, no. 3, pp. 1–17.
20. Lyon-Caen Ch., Renault L. *Manuel de droit commercial spécialement destiné aux étudiants des facultés de droit*. Paris: F. Pichon, 1887, 895 p.
21. Lyon-Caen Ch., Renault L., Brillat-Savarin J. *Traité de droit commercial*. Paris: F. Pichon, 1899, 812 p.
22. Massé G. *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*. Paris: Guillaumin, 1861, 784 p.
23. Nadelmann K. *Bankruptcy Treaties*. *University of Pennsylvania Law Review*, 1944, vol. 58, pp. 58–97.
24. Norsa C. *Revue de la Jurisprudence Italienne en Matiere de Droit International*. *Revue de Droit International et de Legislation Comparee*, 1876, vol. 6, pp. 247–284.
25. Paepe de P. *De l'Autorite et de l'Execution des Jugements, des Sentences Arbitrales et des Actes Judiciaires, Suivant la Convention Franco-Belge du 8 Juillet 1898*. *Journal*

- du Droit International Prive et de la Jurisprudence Comparee, 1898, vol. 33, no. 3–4, pp. 318–332.
26. Renault L. Les conventions de La Haye: 1896 et 1902. Paris: L. Larose, 1903, 90 p.
27. Rolin A. Etude sur la Faillite en Droit International Prive et Specialement sur le Traite Franco-Belge. Revue de Droit International et de Legislation Comparee, 1904, vol. 6, pp. 170–187.
28. Surville F., Arthuys F. Cours Elementaire de Droit International Prive Conforme au Programme des Facultes de Droit: Droit Civil, Procedure, Droit Commercial. Paris: Arthur Rousseau, 1912, 865 p.
29. Travers M. La faillite et la liquidation judiciaire dans les rapports internationaux. Paris: V. Giard & E. Brière, 1894, 338 p.
30. Travers M. Unite et l'Unversalite de la Faillite en Matiere Immobiliere, d'apres la Convention Franco-Belge du 8 Juillet 1899. Journal du Droit International Prive et de la Jurisprudence Comparee, 1909, vol. 36, no. 3–4, pp. 386–401.
31. Travers M. Projet de Traite Concernant la Faillite. Revue de Droit International Prive, 1926, vol. 21, pp. 220–243.
32. Weiss A. Du Conflit des Lois et de la Legislation Internationale en Mariere de Fallites: Rapport Presente a L'Institut de Droit International. Revue de Droit International et de Legislation Comparee, 1892, no. 1, pp. 5–16.



References

1. Ancel B. (2017) *Éléments D'Histoire du Droit International Privé*. Paris: Panthéon-Assas, 624 p.
2. Asser T. (1904) Codification du Droit International Prive. Quatrieme Conference Tenue a la Haye, du 16 Mai au 7 Juin 1904. *La Revue de Droit International et de Legislation Comparee*, vol. 6, pp. 516–579.
3. Bar L. von (1892) *Theory and Practice of Private International Law*. Edinburgh: W. Green & Sons, 1200 p.
4. Boeck de Ch. (1913) Conflits de Lois en Matiere de Droits Reels dans le Cas de Faillite. *Revue de Droit International Prive*, vol. 9, pp. 289–320.
5. Bogdan M. (1985) International Bankruptcy Law in Scandinavia. *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 34, no. 1, pp. 49–86.
6. Fiore P. (1890) *Le Droit International Privé: ou Principes pour Résoudre les Conflits entre les Lois Civiles, Commerciales, Judiciaires, Pénales des Différents Etats*. Paris: Durand et Pedone-Lauriel, 757 p.
7. Fletcher I. (1991–1992) Cross-Border Cooperation in Cases of International Insolvency: Some Recent Trends Compared. *Tulane Civil Law Forum*, vol. 6, pp. 175–379.
8. Fletcher I. (1993) International Insolvency: A Case for Study and Treatment. *The International Lawyer*, vol. 27, no. 2, pp. 429–443.
9. Fletcher I. (2005) *Insolvency in Private International Law: National and International Approach*. Oxford: University Press, 716 p.
10. Gillieron P.-R. (1992) Generalites sur la Faillite en Droit National et International Suisse. *Swiss Review of International and European Law*, vol. 2, pp. 135–168.
11. Hoffmann L. (1996) Cross-Border Insolvency: A British Perspective. *Fordham Law Review*, vol. 64, no. 6, pp. 2507–2520.

12. Humblet L. (1880) Des Effets de la Faillite Declaree a l'Etranger d'Apres la Jurisprudence Belge. *Journal du Droit International Prive et de la Jurisprudence Comparee*, vol. 7, no. 1–2, pp. 87–94.
13. Hunter M. (1972) The Draft Bankruptcy Convention of the European Economic Communities, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 21, no. 4, pp. 682–698.
14. Kauffmann Ch. (1885) Des Biens sis en Allemagne Appartenant a un Failli Etranger, *Journal du Droit International Prive et de la Jurisprudence Comparee*, no. 1–2, pp. 33–45.
15. Lainé A. (1895) Conference de la Haye Relative au Droit International Prive. *Journal du Droit International Prive et de la Jurisprudence Comparee*, vol. 22, no. 7–10, pp. 734–751.
16. Lainé A. (1901) Conference de la Haye Relative au Droit International Prive. *Journal du Droit International Prive et de la Jurisprudence Comparee*, vol. 28, no. 1–2, pp. 5–35.
17. Loder B. (1927) Cinquieme Conference de Droit International Prive. *Grotius Annuaire International*, no. 3, pp. 1–17.
18. Lyon-Caen Ch., Renault L. (1887) Manuel de Droit Commercial Spécialement Destiné aux Etudiants des Facultés de Droit. Paris: F. Pichon, p. 895.
19. Lyon-Caen Ch., Renault L., Brillat-Savarin J. (1899) *Traité De Droit Commercial*. Paris: F. Pichon, 812 p.
20. Massé G. (1861) *Le Droit Commercial Dans ses Rapports avec le Droit des Gens et le Droit Civil*. Paris: Guillaumin, 784 p.
21. Martens F. F. (1883) *Modern International Law of Civilized Peoples*. Vol. II. Saint Petersburg: A. Benke, 563 p. (in Russ.)
22. Nadelmann K. (1944) Bankruptcy Treaties. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 58, pp. 58–97.
23. Nikolsky D.P. (1895) The First and Second International Conferences in The Hague on Private International Law. *Journal of the Law Society at the Imperial St. Petersburg University*, issue 1, pp. 1–28; issue 2, pp. 47–68 (in Russ.)
24. Norsa C. (1876) Revue de la Jurisprudence Italienne en Matiere de Droit International. *Revue de Droit International et de Legislation Comparee*, vol. 6, pp. 247–284.
25. Paepe de P. (1898) De l'Autorite et de l'Execution des Jugements, des Sentences Arbitrales et des Actes Judiciaires, Suivant la Convention Franco-Belge du 8 Juillet. *Journal du Droit International Prive et de la Jurisprudence Comparee*, vol. 33, no. 3–4, pp. 318–332.
26. Renault L. (1903) Les Conventions de La Haye: 1896 et 1902. Paris: L. Larose, 90 p.
27. Rolin A. (1904) Etude sur la Faillite en Droit International Prive et Specialement sur le Traite Franco-Belge. *Revue de Droit International et de Legislation Comparee*, vol. 6, pp. 170–187.
28. Stepanov V.V. (1999) Systems of Legal Regulation of Cross-Border Insolvency: Discussion of a Draft Agreement on International Bankruptcy Procedures in the CIS. *Review of Central and East European Law*, no. 1–2, pp. 287–310.
29. Surville F., Arthuys F. (1912) Cours Elementaire de Droit International Prive Conforme au Programme des Facultes de Droit: Droit Civil, Procedure, Paris, Droit Commercial. Paris: Arthur Rousseau, 865 p.
30. Travers M. (1894) *La faillite et la liquidation judiciaire dans les rapports internationaux*. Paris: V. Giard & E. Brière, 338 p.
31. Travers M. (1909) Unite et l'Unversalite de la Faillite en Matiere Immobiliere, d'apres la Convention Franco-Belge du 8 Juillet, *Journal du Droit International Prive et de la Jurisprudence Comparee*, vol. 36, no. 3–4, pp. 386–401.

32. Weiss A. (1892) Du Conflit des Lois et de la Legislation Internationale en Mariere de Fallites. *Revue de Droit International et de Legislation Comparee*, vol. 1, pp. 5–16.

Информация об авторе:

А.А.Костин — кандидат юридических наук, доцент.

Information about the author:

A.A. Kostin — Candidate of Sciences (Law), Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 02.09.2021; одобрена после рецензирования 24.01.2022; принята к публикации 17.05.2022.

The article was submitted to the editorial office 02.09.2021; approved after reviewing 24.01.2022; accepted for publication 17.05.2022.

Научная статья

УДК 341.171

DOI: 10.17323/2072-8166.2022.5.251.277

Принцип автономности права Евросоюза, его внешнее измерение и роль в процессе конституционализации ЕС



Алексей Станиславович Исполинов

Юридическая фирма «Лекс-инвест», Россия, 119136, Москва, 2-й Сетуньский проезд, 13/2, Москва, Россия, ispolinov@inbox.ru, <https://orcid.org/0000-0001-9717-7176>



Аннотация

Вызывающий жаркие дебаты принцип автономности права Европейского союза (ЕС) играет решающую роль в процессе трансформации Союза в своего рода квази-федерацию в развитии, в которой процесс секторальной передачи суверенитета стран-членов на уровень этой квази-федерации обеспечивает Суд ЕС. Практика применения данным Судом внешнего измерения принципа автономности, т.е. артикулированного отличия права Евросоюза от международного права, показывает: Суд намерен самостоятельно определять порядок действия и применения норм международного права в правовом порядке Евросоюза, а также ставить под свой контроль соответствие праву ЕС международных договоров стран-членов как субъектов этой квази-федерации, так и Союза в целом. Близость применяемой при этом Судом аргументации с доводами, использованными рядом конституционных судов государств Европы при решении ими вопросов взаимодействия национального и международного права, дает основания предположить, что Суд Союза в указанных вопросах выступает как конституционный суд создаваемой квази-федерации, защищая и обеспечивая постепенное секторальное перетекание суверенитета стран-членов ЕС на уровень Евросоюза. Однако ни в коем случае речь не идет о правовой автаркии ЕС или о возведении его Судом непреодолимой стены между правом Союза и международным правом. Это лишь означает, что Суду Евросоюза надлежит в каждом случае определять, насколько то или иное международное соглашение ЕС или стран-членов способно нанести ущерб автономному характеру права Союза. С этой точки зрения автор делает вывод, что раздающиеся упреки в адрес указанного Суда, что он своими решениями будто бы способствует дальнейшей фрагментации международного права, не имеют оснований, так как для данного Суда право Евросоюза является правом создаваемой квази-федерации, а не частью международного права.



Ключевые слова

автономность, право ЕС, Суд ЕС, конституционализация, фрагментация, международные договоры, Kadi-1, Заключение № 2/13.

Благодарности: автор выражает благодарность Софье Пименовой за поиски материалов и проверку источников, а также Ольге Кадышевой за комментарии к проекту статьи.

Для цитирования: Исполинов А.С. Принцип автономности права Евросоюза, его внешнее измерение и роль в процессе конституционализации ЕС // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 5. С. 251–277. DOI: 10.17323/2072-8166.2022.5.251.277

Research article

Autonomy of the European Union Law: External Dimension and Role in Process of the EU Constitutionalization



Alexei S. Ispolinov

Leks-invest, 13/2 Setun Drive, Moscow, 119136, Russia, ispolinov@inbox.ru, <https://orcid.org/0000-0002-2515-1011>



Abstract

The principle of autonomy of the European Union law which sparked intensive debates after Kadi-1 judgment of the European Court of Justice and its Opinion No 2/13, is widely recognized as one of the key general principles of the Union law. The article suggests that the principle of autonomy plays a crucial role in the ongoing transformation of the European Union into a sort of quasi-federation in dynamics where the Court of Justice aims to arrange a sectoral transfer of sovereign powers from the EU member-states states on the level of that quasi-federation. The results of the practical application by the Court of Justice of the EU of “external dimension” of the principal of autonomy (articulating that EU law is not a part of international law) reveals intentions of the Court of Justice independently and according to its own rules decide the issues of validity and applicability of the norms of international law in the legal order of the European Union. The same must be said about the control from the side of the EU Court of Justice of international treaties concluded by the EU member-states as subjects of such quasi-federation and by the Union itself. A remarkable similarity between arguments used by the Court of Justice of the EU in such issues and reasoning of national constitutional courts of some European countries provides feasible grounds for an assumption to consider the EU Court of Justice as a sort of constitutional court of emerging quasi-federation which protect and secure a gradual sectoral transfer of sovereignty from the EU member states on the Union level. But it should not be taken as a legal autarchy from the side of the EU or a construction of insurmountable wall between EU law and international law. It is better to be views as a right of the Court of Justice of the EU to determine how international legal obligation of the EU or its member- states may affect autonomy of the EU legal order. From this point of view any accusations addressed to the Court of Justice of the EU in adding further fragmentation of international law look as missing a point because the Court of Justice takes European Union law as law of emerging quasi-federation, not as international law.



Keywords

autonomy, EU law, Court of Justice of the EU, constitutionalisation, fragmentation, international treaties, Kadi-1 judgment, Opinion 2/13.

Acknowledgments: The author is particularly grateful to Sofya Pimenova for research assistance and tracking down sources as well as to Olga Kadysheva for comments on an earlier draft.

For citation: Ispolinov A.S. (2022) Autonomy of European Union Law: External Dimension and Role in Process of the EU Constitutionalization. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no. 5, pp. 251–277 (in Russ.) DOI: 10.17323/2072-8166.2022.5.251.277

Введение

Вынесенное в 2008 г. и вызвавшее доктринальные дискуссии решение Суда Евросоюза по делу *Kadi-I*¹ оказалось первым шагом в формировании указанным Судом нового подхода к вопросам взаимодействия права ЕС и международного права. В основе этого подхода лежат принцип автономности права Союза и приоритет его права над международными обязательствами как самого Союза, так и его государств-членов. В этом решении данный Суд аннулировал принятые во исполнение резолюций Совета Безопасности ООН решения Комиссии и Совета ЕС о включении Я. Кади в санкционный список. При этом Суд, сославшись на автономный характер правопорядка Евросоюза, отказался принимать во внимание ст. 103 Устава ООН о приоритете обязательств государств по Уставу ООН перед их обязательствами по другим международным договорам.

В дальнейшем этот подход получил развитие в Заключении Суда ЕС № 2/13², в котором Суд признал проект соглашения о присоединении ЕС к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (1950; далее — Конвенция о правах человека) не соответствующим праву Евросоюза, в том числе и потому, что он угрожает автономному характеру правопорядка ЕС. Принятое в 2018 г. решение Суда ЕС по делу *Achmea*³ также не стало сюрпризом для специалистов по праву ЕС [Eckes С., 2019: 80], оказавшись продолжением уже начатой линии на подчеркнутое артикулирование автономности права ЕС. На этот раз подход указанного Суда был применен в конфликте с инвестиционными арбитражами для решения вопроса, кто и

¹ ECJ. Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P, Kadi-I. [2008] ECR I-0635. §305–306.

² CJEU Opinion 2/13 on the draft agreement providing for the accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 18.12.2014.

³ CJEU, Case C-284/16, Slovak Republic v. Achmea BV, ECR. [2018]158.

на основе каких норм (права Союза или международного права) будет рассматривать инвестиционные споры между инвесторами из одной страны-члена ЕС с государством, которое также является членом Союза.

При этом становится очевидным, что причиной разгоревшихся дебатов вокруг автономного характера права ЕС лежит не столько его применение упомянутым Судом, сколько различные доктринальные представления об автономности права ЕС, берущие начало в двух концепциях конституционализма — международной и европейской. В статье предполагается показать генезис этих концепций, их различные подходы к автономности, а также особенности применения Судом ЕС принципа автономности к различным международным договорам как с участием стран-членов Союза, так и самого ЕС. Для указанного Суда принцип автономности правопорядка Союза является одним из основных принципов права ЕС, внесшим решающий вклад в процесс конституционализации Евросоюза.

Специфика его применения указанным Судом к нормам международного права, а также сходство использованной при этом аргументации с подходом конституционных судов стран Европы к международному праву дают основания предположить, что Суд действует в этом отношении как конституционный суд, для которого Европейский союз является «квази-федерацией в развитии», в которой происходит секторальное перетекание суверенитета государств-членов к Союзу. С этой точки зрения упреки в адрес Суда в том, что он своими решениями способствует дальнейшей фрагментации международного права, не имеют оснований, так как для Суда ЕС право ЕС является правом создаваемой квази-федерации, а не частью международного права.

1. Две концепции конституционализма и автономности права ЕС

Проблематике автономного характера права Союза, а также эволюции подхода Суда ЕС к действию норм международного права в правопорядке ЕС посвящены многочисленные публикации иностранных специалистов, оценки которых варьируются в зависимости от избранного ими ракурса исследования. Для специалистов по международному праву право Европейского союза остается пусть особым и самодостаточным правопорядком (self-contained regime), но все же существующим в рамках международного права как «подсистема международного права» в силу того, что ЕС создан на основе международных договоров [Simma B., Pulkowski D., 2000: 402]; как заметил один из сторонников такого подхода, «правопорядок ЕС все еще остается под влиянием духа международного права» [De Witte B., 1994: 299]. С этой точки зрения право ЕС выглядит примером набора норм международного права и частью международного права в целом, в которой процессы

нормотворчества и принуждения вышли на новый уровень [Ziegler K., 2001: 273], а право ЕС получило название «европейской системы международного публичного права» [de Witte B., 2008: 39]. Этой же позиции придерживается и Комиссия международного права (далее — КМП), чей широко известный доклад о фрагментации международного права был во многом вызван необходимостью выразить собственный подход к особенностям права ЕС, сформулированным в решениях Суда ЕС⁴.

Исходя из этих доктринальных установок, исследователи международного права подвергли резкой критике указанное выше решение Суда ЕС по делу *Kadi-1*, обвиняя Суд в подрыве целостности международного права [Tomuschat C., 2009: 657]. Не меньшую критику юристов-международников вызвало Заключение Суда ЕС №2/13, общий настрой комментаторов к которому характеризуют как «комбинацию шока, неверия и протеста» [Scheinin M., 2014].

С точки зрения специалистов по праву ЕС правопорядок Евросоюза — система, существующая принципиально отдельно (автономно) как от национального, так и от международного права. Эта группа авторов приветствует упомянутое решение Суда, считая, что тем самым Суд отстоял автономность правопорядка ЕС [Lavranos N., 2010: 274], и старается объяснить причины принятия Заключения № 2/13 [Halberstam D., 2015: 105].

Ситуация еще больше запутывается, если принимать во внимание, что что русский перевод доклада КМП о фрагментации международного права также использует термин «автономный режим» в качестве не совсем корректного перевода термина «self-contained regime»⁵. КМП относит к таким режимам не только право ЕС, но и, например, право ВТО или инвестиционное право, но при этом (в отличие от Суда ЕС) вкладывает в этот термин совершенно другое содержание [Лифшиц И.М., 2020: 129–144]. Если КМП под термином «автономный» понимает пусть и особенную, но все же часть общего целого, будь то государство или международное право в целом, то для Суда ЕС автономность означает полную обособленность и независимость права ЕС от национального и международного права. При этом в доктрине права международных организаций уже сложилось мнение, что понимаемая именно в этом смысле автономность присуща не только ЕС, но и всем международным организациям (по мнению ряда авторов, «автономные организации стали фактом международной жизни», однако уровень такой автономности отличается от организации к организации [Collins R., White N.,

⁴ Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением сферы охвата международного права. Доклад исследовательской группы Комиссии международного права. A/CN.4/L.682 13 April 2006.

⁵ Английская версия Доклада КМП о фрагментации международного права использует термин «self-contained regime», а не “autonomous”. На наш взгляд, наиболее близок по смыслу перевод «самостоятельный» или «самодостаточный».

2011: 7–8, 17]. Из вышеизложенного видно, что юристы-международники и специалисты по праву ЕС придерживаются различных концепций автономности, противостоящих друг другу.

В более широком плане две полярные точки зрения являются отражением конкуренции концепций конституционализма — международно-правового и европейского [D'Aspremont J., Dopagne F., 2008: 941]. Обе концепции объединяет то, что они отходят от одного из классических условий любой конституции, а именно — неразрывной связи конституции с государственностью и населением [de Wet E., 2006: 52]. Сторонники международно-правового конституционализма делают акцент на системном единстве международного права, обладающего согласованным набором неотъемлемых основных принципов и некоей иерархичностью, т.е. наличием правил высшего порядка, к которым относятся в первую очередь императивные нормы международного права (*jus cogens*). В этом международном правопорядке особая роль отводится Уставу ООН, который имеет конституционный характер, так как он отражает ценности международного сообщества и в силу ст. 103 Устава, говорящей о приоритете обязательств членов ООН по Уставу перед их обязательствами по другим международным договорам [Fassbender B., 1998: 590].

Кроме этого, цементирующая роль в этом правопорядке отводится обязательствам *erga omnes* — обязательствам государств перед всем международным сообществом. В свою очередь императивные нормы международного права имеют системообразующий эффект, а нормы всех возможных подсистем международного права, будь то право ВТО, нормы о защите прав человека или право ЕС, должны соответствовать Уставу ООН и не противоречить императивным нормам. Иными словами, международно-правовой конституционализм исходит из того, что действительность норм права ЕС должна оцениваться на предмет их соответствия вышестоящим нормам международного права. Такой ход рассуждений в итоге ставит под вопрос существование автономности правопорядка ЕС в том виде, в котором она сформулирована Судом ЕС [D'Aspremont J., Dopagne F., 2008: 951].

В свою очередь, появившийся исторически первым европейский конституционализм основан на широко известном тезисе: в Евросоюзе создан автономный правопорядок, отличный как от национального, так и от международного права. Термин «конституционализация», впервые использованный Э. Стейном в его ставшей эпохальной статье о Суде ЕС [Stein E., 1981: 1–27], был им применен к серии решений Суда, начиная с решений по делам *Van Gend en Loos*⁶ и *Costa/Enel*⁷, в которых были заложены доктринальные основы

⁶ ECJ, Case 26/62 *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen* [1963] ECR 1.

⁷ ECJ, Case 6/64 (*Costa v. E.N.E.L*) [1964] ECR 585.

нынешнего правопорядка ЕС и провозглашены принцип его автономности от национального и международного права и принцип его приоритета перед нормами как национального, так и международного права. В результате этих решений ЕС трансформировался из традиционной международной организации, действующей на основе норм международного права, в особое (*sui generis*) образование, которое имеет конституционные принципы и регулируется договором, носящим характер конституции (в решении по делу *Les Verts* Суд заявил о Договоре о ЕС как о «конституционной хартии Сообщества»⁸).

Европейский конституционализм полностью исключает подчиненность права ЕС международному правопорядку и Уставу ООН и не признает роли императивных норм международного права. Суд ЕС в деле *Kadi-1* предпочел не касаться существования и действия императивных норм международного права в правопорядке ЕС, осознавая, что любое признание с его стороны не только роли норм *jus cogens* в праве ЕС, но даже их существования фундаментальным образом изменит отношение к автономности права ЕС.

За различными подходами к конституционализму ЕС и автономности права ЕС скрывается серьезная практическая проблема нормативного характера — при конфликте норм международного права и права ЕС международно-правовой подход к праву Союза приводит к совершенно иному результату, чем подход, в основе которого лежат принципы автономности ЕС [Moreno-Lax V., Gragl P., 2016: 458].

2. Автономный характер права ЕС и его «внешнее» измерение

Являясь одним из основных принципов, если не принципом принципов [Fanou M., 2020: 106] права ЕС и частью ключевых основ правопорядка ЕС [Molnár T., 2016: 343–435], принцип автономности права ЕС тем не менее создает значительные трудности с его значением и последствиями [Koutrakos P., 2019: 64]. При многочисленных публикациях западных авторов по теме автономности права ЕС в отечественной доктрине ЕС диалектичность развития принципа автономности права ЕС в решениях Суда ЕС обходятся стороной; отрадным исключением является недавние работы И.М. Лифшица [Лифшиц И.М., 2020: 226–245]; [Лифшиц И.М., 2019: 84–85]. Особенно удивительно это на фоне призывов, адресованных Суду ЕАЭС, признать по аналогии с правом ЕС складывающийся правопорядок ЕАЭС как имеющий автономный характер [Дьяченко Е.Б., Энтин К., 2018: 132–133]. На наш взгляд, использование этого принципа в праве ЕАЭС без понимания как доктринального, так и нормативного значения принципа автономности

⁸ ECJ, Case 294/83 *Les Verts v European Parliament* (1986) ECR 1339.

в праве ЕС было бы преждевременно с точки зрения возможной негативной реакции государств-членов ЕАЭС.

Как пишет Дж. Одерматт, автономность означает самоуправление, при котором обладающий автономностью субъект имеет возможность выбирать путь своего развития самостоятельно, без контроля, указаний или влияния других [Odermatt J., 2016: 1]. Именно такое понимание автономности было воспринято Судом ЕС, хотя этот термин никогда не фигурировал в учредительных договорах о создании сначала Европейских сообществ, а потом и Евросоюза. Принцип автономности Суд разработал в целом ряде решений и заключений⁹, являясь очевидным и красноречивым продуктом судебного нормотворчества, и до сих пор находится в процессе развития.

Первым и наиболее известным шагом Суда ЕС в направлении признания автономности правопорядка ЕС стало вынесенное в 1963 г. знаменитое решение по делу *Van Gend en Loos*¹⁰, в котором Суд впервые заявил о существовании в международном праве нового правопорядка ЕС (a new legal order of international law), субъектами которого являются не только государства, но и частные лица. Однако уже через год Суд ЕС заговорил только о «новом правопорядке»¹¹, опуская слова о международном праве, и в последующих решениях постоянно подчеркивал автономность этого правопорядка и его отличия как от национального, так и международного права. В не менее известном решении по делу *Costa/Enel* Суд ЕС не только провозгласил приоритет права ЕС над любыми нормами внутреннего права, но и использовал во французской версии текста этого решения слова *une source autonome* (в англоязычной версии этих слов нет), говоря, что Договор о ЕЭС создал собственную правовую систему¹². Сам же термин «автономность» правопорядка ЕС (autonomy of the Community legal order) впервые был использован Судом ЕС только в 1991 г., т.е. через 33 года после создания Суда (если брать за отправную точку создание Суда Европейских сообществ в 1958 г.).

Самое последнее на сегодня понимание принципа автономности правопорядка ЕС предложено Судом ЕС в недавнем Заключении № 1/17: «...авто-

⁹ ECJ Opinion 1/91 on the draft of an agreement between the Community on the one hand and the countries of the European Free Trade Association on the other hand about the establishment of the Economic Area; [1991] ECR. I-6079; ECJ Opinion 1/00 on the draft of a convention between the European Community and third countries about the establishment of a European Common Aviation Area [2002] ECR I-3493; CJEU Opinion 1/09 on a draft agreement on the creation of a unified patent litigation system European and Community Patents Court, [2011] ECR I-1 137; CJEU Opinion 2/13 on a draft of an agreement on accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

¹⁰ ECJ. Case 26/62 (*Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen*) [1963] ECR I.

¹¹ ECJ. Joined Cases 90–63 and 91–63, *Commission of the European Economic Community v. Grand Duchy of Luxembourg and Kingdom of Belgium* [1964] ECR 625.

¹² ECJ. C-6/64 (*Costa v. E.N.E.L.*) [1964] ECR 585, p. 12.

номность, которая существует как по отношению к национальному праву государств-членов, так по отношению к международному праву, вытекает из сущностных характеристик Европейского союза и его права. Право ЕС характеризуется тем, что оно основано на независимом источнике, а именно Договорах (о создании ЕС. — А.И.), приоритете в отношении норм права государств-членов и прямом эффекте целого комплекса норм, которые применяются как частными лицами стран-членов Союза, так и самими государствами-членами ЕС... Эта автономность основана на том, что Союз обладает конституционной основой, присущей только ему»¹³.

В первые десятилетия Союза Суд применял принцип автономности в его «внутреннем» измерении, т.е. как автономность от национального права стран-членов ЕС, делая это для того, чтобы обеспечить приоритет права ЕС над национальными нормами [Koutrakos P., 2019: 43]. Заявлениями о том, что право ЕС не является международным правом, Суд ЕС в известной степени обезоруживал государства-члены ЕС и их высшие и конституционные суды, лишая их оснований для использования существующих внутренних процедур, разработанных для решения вопросов о действии норм именно международного права в их национальном правовом порядке [Molnár T., 2016: 437]. Начиная с 1990-х годов по мере того, как ЕС стал постепенно получать «внешние» полномочия (в первую очередь в вопросах международной торговли) и активно участвовать в создании норм международного права в различных международных договорах, этот принцип стал приобретать «внешнее измерение». Оно впервые появилось в Заключении Суда ЕС № 1/91, в котором открыто было сказано, что Соглашение о Едином экономическом пространстве представляет собой «угрозу автономности правового порядка Сообщества»¹⁴ и заключается в защите автономности правового порядка ЕС от внешних вызовов, т.е. применяется в отношениях с другими государствами и международными организациями, а также с международным правом в целом. Дж. Одерматт говорит о «внешнем измерении» принципа автономности в узком и широком значениях, понимая под первым необходимость сохранять монополию Суда ЕС на толкование права ЕС, а под вторым — необходимость обеспечивать целостность правового порядка ЕС, которая не может быть нарушена международными обязательствами Союза или его государств-членов [Odermatt J., 2016: 1].

«Внешнее» измерение принципа автономности стало заметно усиливаться начиная с решения по делу *Kadi-1*, когда Суд ЕС, по мнению Г. де Бурка, впервые послал ясный сигнал о своем новом видении взаимоотношений международного права (в первую очередь Устава ООН) и права ЕС, а также об автономности правового порядка ЕС [de Burka G., 2010: 5]. Этот тренд можно

¹³ CJEU. Opinion 1/17 para 109–110.

¹⁴ ECJ, Opinion 1/91 para 35.

увязать с резким количественным и качественным ростом самых разнообразных международных судов и трибуналов, которые в силу своей обязательной юрисдикции не только получали возможность толковать и применять право ЕС при разрешении споров, но и находились вне судебной системы Союза. Согласно исследованию М. Периша, перечень международных судов, которые сталкивались с вопросами права ЕС, включает Международный суд ООН, Европейский суд по правам человека (далее — ЕСПЧ), Орган по рассмотрению споров ВТО, многочисленные инвестиционные трибуналы и даже Административный трибунал МОТ. С точки зрения Суда ЕС международные суды могли истолковать право ЕС по-своему и ошибочно, что могло привести к конфликтам между обязательствами государств исполнять решения этих судов и их обязательствами по праву ЕС, тем самым поставив под угрозу целостность правопорядка ЕС (если член ЕС все же решит исполнить решение международного суда). Однако главное состояло в том, что международные суды и трибуналы не всегда признавали автономность правопорядка ЕС, рассматривая Евросоюз как совокупность суверенных государств, создавших международно-правовой режим, который также подчиняется более общим принципам и нормам международного права. Можно согласиться с мнением, что такая перспектива была расценена Судом ЕС как очевидная угроза, которая и вынудила его к ответным (иной раз превентивным) действиям [Parish M., 2013: 142, 143].

Поэтому «внешнее измерение» принципа автономности права ЕС исходит, во-первых, из того, что вопросы взаимоотношения права ЕС и международного права, а также порядок действия норм международного права в правопорядке ЕС должны регулироваться только правилами самого ЕС [Odermatt J., 2016: 11], а, во-вторых, из исключительного права Суда ЕС толковать и определять действительность норм права Союза независимо от концепций, используемых как в международном праве, так и в различных правовых системах государств-членов ЕС [Eckes C., 2020: 4]. Это означает, что данному Суду надлежит в каждом случае определять, насколько то или иное международное соглашение ЕС или стран-членов способно нанести ущерб автономному характеру права ЕС. Противоречащее таким требованиям международное соглашение полностью или частично не подлежит применению в правопорядке ЕС.

3. Принцип автономности и действие международных договоров в правопорядке ЕС

Учредительные договоры Союза не содержат четких положений о порядке действия и применения норм международного права в правопорядке ЕС. С одной стороны, ст. 3 Договора о ЕС провозглашает, что ЕС должен

вносить вклад в полное соблюдение и развитие норм международного права. Согласно ст. 216 (2) ДФЕС, заключенные ЕС международные договоры имеют обязательную силу для институтов Союза и для его государств-членов. В решении по делу *C-366/10 Air Transport Association of America* Суд ЕС истолковал ст. 3 Договора о ЕС как означающую, что Союз, принимая нормативные акты, должен соблюдать международное право полностью, включая нормы международного обычного права¹⁵. По оценкам ряда авторов, учредительные договоры ЕС определяют Союз как участника международных отношений, серьезным образом относящегося к международному праву [Wouters J., Odermatt J., Ramopoulos T., 2014: 249].

С другой стороны, эти общие положения оставляют за Судом право определять, как и на каких условиях те или иные нормы международного права будут действовать в правовом порядке ЕС. Эта задача постепенно решается Судом исходя из специфики той или иной нормы международного права и по мере того, как ЕС становится стороной все новых международных договоров и участником разнообразных международных организаций, а также получает новые «внешние» компетенции. В качестве отправной точки Суд активно использует принцип автономности права ЕС в сочетании с принципом приоритета права ЕС, который со временем трансформировался в приоритет права ЕС над международными договорами, заключенными самим Союзом, а так же над всеми международными договорами государств-членов, заключенных как до, так и после их вхождения в ЕС¹⁶.

С процессуальной точки зрения для уточнения своего отношения к действию норм международного права в правовом порядке ЕС Суд ЕС активно использует полномочия по ст. 218 ДФЕС. Эта статья разрешает институтам ЕС или государствам-членам запрашивать заключение Суда о совместимости проекта международного договора с правом ЕС. При отрицательном ответе Суда международный договор не может быть заключен на основе направленного в Суд проекта. Как показывает практика, Суд ЕС старается максимально использовать такие заключения, чтобы уточнить и конкретизировать

¹⁵ CJEU. *C-366/10, Air Transport Association of America and Others v Secretary of State for Energy and Climate Change* [2011] ECR I-13755 para 101; см также: ECJ, *C-286/90, Poulsen and Diva Navigation*, [1992] ECR I-6019, para 9–10; *C-162/96, Racke*, [1998] ECR I-3655, para 45–46.

¹⁶ Как известно, в решении по делу *Simmenthal* Суд ЕС заявил, что в соответствии с принципом приоритета права ЕС норма права ЕС делает автоматически неприменяемой любое противоречащее ей положение национального права. Это не означает автоматической недействительности внутренней нормы, она по-прежнему действует и применяется в тех случаях, когда не вступает в противоречие с нормами ЕС. Однако в случае конфликта национальные суды должны руководствоваться нормой права ЕС, оставляя в стороне норму национального законодательства. *Case 106/77 Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA (Simmenthal II)* [1978] ECR 629, para 17.

свой подход к нормам международного права в зависимости от содержания этих норм, а не от их общей принадлежности к международному праву.

Однако предварительный контроль Суда над соответствием заключаемых международных договоров праву ЕС возможен только при получении им запроса. В реальности это происходит далеко не в каждом случае. Поэтому Суд выработал технику последующего контроля над уже заключенными международными договорами с участием ЕС. Начиная с решения по делу *Haegman* Суд признает заключенные Союзом международные договоры нормативными актами, принятыми институтами ЕС¹⁷. Суду это позволяет рассматривать соответствие таких договоров праву ЕС как в рамках процедуры аннулирования нормативных актов институтов ЕС, так и в рамках предоставления Судом ЕС преюдициальных заключений в ответ на запросы национальных судов государств-членов ЕС¹⁸.

3.1. Международные договоры, заключаемые государствами-членами ЕС с третьими странами

Впервые проблема соответствия международных договоров праву Евросоюза встала в практике Суда ЕС применительно к договорам, заключенным государствами-членами с третьими странами уже после вступления первых в Союз. Так, начиная с решения по делу *EART* и до сих пор Суд исходит из того, что члены ЕС могут быть признаны нарушившими свои обязательства по праву ЕС, если положения международных договоров, заключаемых ими с третьими странами, входят в противоречие с правовыми нормами Союза¹⁹.

Применение Судом ЕС «внешнего» измерения принципа автономности к договорам, заключаемым странами-членами, оказалось особенно показательным в решении по делу *MOX Plant*²⁰. В этом деле Суд в рамках спора между Великобританией и Ирландией оказался в состоянии конкуренции по вопросам толкования и применения права ЕС сразу с двумя международными арбитражами, созданными соответственно на основании Конвенции о защите морской окружающей среды в Северо-Восточной Атлантике (1992; Конвенция OSPAR) и Конвенции ООН по морскому праву (1982), в которых также участвовали оба государства-участника спора. Повторив в своем решении еще раз, что международное соглашение не может затронуть уста-

¹⁷ ECJ. Case 181/73, R. &V. Haegman v. Belgian State. ECR, 1974-00449, par. 1-6; C-162/96, A. Racke GmbH. & Co. v. Hauptzollamt Mainz, [1998] ECR. I-3655, para 41; C-386/08, Firma Brita GmbH v Hauptzollamt Hamburg-Hafen case, [2010] ECR I-1289, para 39.

¹⁸ CJEU. Western Sahara Campaign UK case C-266/16, para 45-48.

¹⁹ ECJ. C-22/70 Commission v. Council (EART), [1971] ECR 263.

²⁰ ECJ. Case C-459/03 MOX Plant [2006] ECR I-4635.

новленные учредительными договорами распределение полномочий между институтами ЕС и, соответственно, автономность правопорядка ЕС, Суд также заявил, что никакое международное соглашение не должно затрагивать исключительной компетенции Суда ЕС по рассмотрению споров между странами-членами по вопросам толкования и применения права Союза²¹.

Более активным оказалось применение Судом принципа автономности при рассмотрении им действия в правопорядке ЕС международных договоров, заключенных государствами-членами с третьими странами до вхождения в ЕС. Правовой статус этих договоров установлен ст. 351 ДФЕС (бывшая ст. 307 Договора о ЕС), разрешающей членам ЕС не применять нормы права Союза, если они противоречат международным договорам, заключенным государством до вступления в ЕС. Одновременно эта же статья предписывала государствам-членам принять все возможные меры к устранению выявленных противоречий. Это положение учредительных договоров появилось в 1957 г.: при создании Европейского экономического сообщества было сочтено излишним обязывать государства немедленно расторгнуть уже заключенные ими договоры с третьими странами в случае их противоречия обязательствам по Договору о создании ЕЭС.

Однако в своей практике Суд сделал упор именно на обязанности членов ЕС устранять противоречия таких договоров праву ЕС. Это означало, что такие соглашения, равно как и принцип международного права *pacta sunt servanda* должны уважаться, но не за счет целостности и единообразия правопорядка ЕС [Lavranos N., 2010: 281]. Как отметил бывший член Суда ЕС А. Росас, такой жесткий подход означает цену, которую члены ЕС согласились заплатить за его наднациональный характер, представляющий собой больше конституционный правопорядок, чем международный правопорядок в его классическом понимании [Rosas A., 2011: 1315].

Неожиданно для многих ст. 351 ДФЕС была проанализирована Судом ЕС в контексте выполнения членами ЕС их обязательств, взятых по Уставу ООН. В упомянутом деле *Kadi-1* ряд членов ЕС пытался обосновать приоритет своих обязательств по Уставу ООН перед их обязательствами по праву ЕС ссылкой не только на ст. 103 Устава ООН, но и на ст. 351 ДФЕС, которая, по их мнению, полностью применима к Уставу ООН как к договору, заключенному до вступления этих стран в ЕС. Отвечая на этот аргумент, Суд заявил, что, во-первых, ст. 351 ДФЕС не дает членам ЕС права отходить от принципов свободы, демократии и уважения прав человека, закрепленных в ст. 6(1) Договора о ЕС²². Во-вторых, Суд отметил, что ни при каких обстоятельствах ст. 351 не может быть истолкована как разрешающая членам ЕС

²¹ ECJ. MOX Plant para 123, 132.

²² ECJ. Kadi-1, para 303.

отходить от принципов, образующих «ключевые основы» правопорядка Союза²³. Это требование относится ко всем международным договорам, заключенным странами-членами до их вступления в Союз, включая Устав ООН.

Рассуждения об автономности права ЕС также принимаются во внимание, когда Суд ЕС решает вопрос о действии в правопорядке ЕС международных договоров, в которых участвуют все страны-члены, но не сам Союз. В этих делах Суд ЕС решал вопрос о применимости разработанной им концепции «функционального правопреемства» (functional succession), согласно которой такие договоры могут порождать обязательства и для Союза в целом, но при условии полного перехода соответствующих полномочий государств-членов на уровень Союза. Разработанная Судом без опоры или ссылки на международное право [Wouters J., Odermatt J., Ramopoulos T., 2014: 13], эта доктрина была впервые применена в деле *International Fruit Company*, в котором Суд заявил, что в силу передачи странами-членами Союзу всех полномочий в сфере ГАТТ этот международный договор порождает обязательства ЕС в целом²⁴. Однако эта доктрина применяется Судом ЕС очень редко и при условии выполнения жестких условий, главным из которых является полная передача соответствующих полномочий Союзу. Сохранение за государствами-членами даже остаточных полномочий в сфере действия того или иного международного договора является основанием отказа Суда ЕС признать функциональное правопреемство Союза по такому договору, как это было с Конвенцией о предотвращении загрязнения с судов²⁵ и Чикагской конвенцией о международной гражданской авиации²⁶.

3.2. Международные договоры между странами-членами ЕС

В отношении таких международных договоров Суд ЕС строит логику своих рассуждений следующим образом. Такие договоры входят в национальный правопорядок стран-членов ЕС и поэтому, следуя принципу приоритета права Союза, любые нормы его права, будь то первичное право Союза, международные договоры, заключаемые самим ЕС или акты вторичного права, будут иметь приоритет над международными договорами, заключаемыми государствами-членами [Rosas A., 2011: 1314]. Как показывает

²³ Ibid. Para. 304.

²⁴ ECJ. Joined Cases 21 to 25/72 *International Fruit Company and Others v Produktschap voor Groenten en Fruit*, [1972] ECR 1219, para 18.

²⁵ ECJ. C-308/06, *Intertanko and Others* [2008] ECR I-4057.

²⁶ CJEU. C-366/10, *Air Transport Association of America and Others v Secretary of State for Energy and Climate Change* [2011] ECR I-13755, para 69 and 71.

практика Суда начиная с решения по делу *van Gend den Loos*²⁷, любое международное соглашение, заключаемое двумя или более странами ЕС между собой, не может быть использовано в качестве оправдания неисполнения государством их обязательств по праву Союза и отхода от принципа приоритета права последнего²⁸. В упомянутом Заключении № 2/13 Суд ЕС еще раз подтвердил, что право ЕС в силу своей природы требует, чтобы отношения между странами ЕС регулировались только применимыми нормами права ЕС даже ценой исключения, если это требуется, применения любых иных правовых норм²⁹.

Очень важным штрихом в формировании позиции Суда по отношению к международным договорам, заключенным странами-членами между собой, стало вызвавшие бурные дискуссии упомянутое решение по делу *Achmea*. В этом деле Суд рассматривал соответствие праву ЕС арбитражной оговорки в ст. 8 двустороннего договора о защите иностранных инвестиций, подписанного в 1991 г. Нидерландами и тогда еще единой Чехословакией. В 1990-х гг. было заключено около 190 таких договоров между странами Западной Европы, с одной стороны, и переходившими к рыночной экономике государствами Восточной Европы, с другой. Эти договоры содержали арбитражную оговорку, по которой все споры между инвестором и принимающим государством должны рассматриваться не в национальных судах этого государства, а в специально создаваемом для этих целей арбитраже. Словакия вступила в Союз в 2004 г., после чего это соглашение стало международным договором, заключенным уже между двумя странами-членами ЕС.

Суд тогда пришел к выводу, что страны ЕС, заключив межгосударственный договор с такой арбитражной оговоркой, создали тем самым механизм разрешения споров между инвестором и принимающим государством, который не является частью судебной системы Союза и не обеспечивает полной эффективности права ЕС, угрожая тем самым его автономности. В силу этого соответствующая статья договора между Нидерландами и Словакией была признана Судом ЕС не соответствующей праву Союза и не подлежащей применению.

²⁷ Напомним, что в упомянутом деле *van Gend en Loos* спор возник о соотношении обязательств, вытекающих, с одной стороны, из Договора о создании ЕЭС 1957 г., и, с другой стороны, из заключенного в 1958 г. Бельгией, Нидерландами и Люксембургом соглашения об изменении ряда импортных пошлин. Исходя из принципа автономности права ЕС, Суд решил спор на основе приоритета Договора о ЕЭС, отказавшись следовать международно-правовому правилу о применении нормы *lex posteriori derogate legi priori*.

²⁸ В деле C-546/07 *Commission v. Germany* Суд ЕС запретил Германии ссылаться на двустороннее соглашение между ней и Польшей для оправдания льгот, данных немецким предпринятиям. ECJ. Case C-546/07, *Commission and Poland v. Germany* [2010] ECR I-00439 75.

²⁹ Opinion 2/13, para 212.

3.3. Международные договоры с участием ЕС

Несколько по-другому решался вопрос о соотношении права ЕС и международного права применительно к международным договорам, заключаемым самим Союзом. Важность этой проблемы объясняется тем, что на сегодня Европейский союз является участником уже более чем 1 000 международных договоров, причем значительную их часть составляют так называемые смешанные соглашения, в которых одной из сторон является как сам Союз, так и все входящие в него государства [Eckes С., 2010: 10].

С точки зрения Суда такие международные договоры входят в систему права Евросоюза, образуя составную часть его права (*integral part of Community law*)³⁰. В ряде решений Суд ЕС также утверждал, что такие международные договоры располагаются в иерархии источников права ЕС между первичным и вторичным правом ЕС³¹. Это утверждение требует пояснений. Во-первых, это означает, что ни один международный договор (даже Устав ООН, как отметил Суд ЕС в решении по делу *Kadi-I*³²) не может иметь приоритета над положениями первичного права ЕС, т.е. нормами учредительных договоров и Хартии основных права ЕС. Во-вторых, это нельзя воспринимать как безусловный приоритет норм таких международных договоров над нормами вторичного права ЕС, т.е. над актами и решениями институтов Евросоюза, и не означает, что в случае нормативного конфликта должны применяться нормы международного договора. Как отметил Суд в другом решении, «приоритет заключенных ЕС международных соглашений над нормами вторичного права ЕС означает, что эти нормы должны толковаться, насколько возможно, в соответствии с этими международными соглашениями»³³. Слова «насколько возможно» (*so far as possible*) позволили комментатором сделать вывод, что действие норм международных договоров в правопорядке ЕС не ведет автоматически к их приоритетному применению в ситуации конфликта с нормами вторичного права [Wessel R., 2011: 11].

При использовании Судом принципа автономности для оценки действия международных договоров с участием ЕС Суд вынужден искать баланс между, с одной стороны, сохранением автономности права ЕС, и активным участием ЕС в международных отношениях и в создании норм международного права, с другой. Так же как в случае с государствами, принятие для ЕС обязательств по международному договору неизбежно означает некоторое

³⁰ ECJ. Case 181/73 *Haegeman v. Belgium* [1974] ECR 449.

³¹ ECJ. Case C-179/97 *Spain v. Commission* [1999] ECR I-1251; ECJ, Case C-162/96 *Racke GmbH & Co. v. Hauptzollamt Mainz* [1998] ECR I-3655, para 45.

³² ECJ. *Kadi-I*, para 307.

³³ ECJ. Case C-61/94 *Commission v. Germany* [1996] ECR I-3989, para 52.

добровольное ограничение полномочий институтов Союза, в том числе и в виде создания в рамках международного договора контрольных механизмов (международных судов или квази-судебных органов). В этих условиях Суд ЕС был вынужден адаптировать требования сохранения автономности к активной внешнеполитической роли ЕС.

Ныне эти требования выглядят следующим образом: во-первых, международный договор не должен изменять существенных характеристик полномочий Союза и его институтов³⁴, во-вторых, предусмотренные международным договором процедуры контроля над его единообразным толкованием и применением, а также разрешения споров не должны приводить к появлению у контрольных органов толкования норм права ЕС, которое имело бы обязательную силу для Союза и его институтов³⁵. Именно по этим основаниям Суд запретил Союзу участвовать в создании двух международных судов — Суда Единого экономического пространства (Заключение № 1/91³⁶) и Европейского патентного суда (Заключение № 1/00³⁷), признав соответствующие положения данных международных договоров не соответствующими праву ЕС, а также наложил вето на процесс присоединения ЕС к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод (Заключение № 2/13³⁸).

Такой подход к созданию или участию ЕС в международных судах породил опасения, что Суд будет возражать против участия ЕС в деятельности любого международного суда с обязательной юрисдикцией. Однако в недавнем Заключении № 1/17 Суд указал, что не является принципиальным противником создания международных судов на основе международного договора с участием Евросоюза. В этом Заключении Суд ЕС признал соответствующим праву ЕС включенный в соглашение между ЕС и Канадой (СЕТА) новый механизм разрешения инвестиционных споров в виде создания системы инвестиционных судов; см.: [Пименова С.Д., 2018: 113–125]. Но с точки зрения Суда такое соответствие возможно лишь при соблюдении нескольких условий. Во-первых, создание суда не должно ущемлять каким-либо образом автономного характера права ЕС. При этом факт создания судов вне судебной системы ЕС не будет угрожать автономности, если такие

³⁴ ECJ. Opinion 1/00 para 12, ECJ, Opinion 1/91, para 61–65.

³⁵ ECJ. Opinion 1/00 para 13.

³⁶ ECJ. Opinion delivered pursuant to the second subparagraph of Article 228(1) of the Treaty; Opinion No.1/91 of 14 December [1991] ECR I-06079.

³⁷ CJEU. Opinion pursuant to Article 218(11) TFEU; Opinion No.1/09 of 8 March 2011 // OJ. C 211. 16.07.2011. P. 2–3.

³⁸ «Присоединение ЕС к Конвенции в том виде, как это предусмотрено проектом Соглашения о присоединении, окажет негативное влияние на специфические черты права ЕС и на его автономность». CJEU. Opinion 2/13, para 200.

суды будут заниматься толкованием положений только этого договора, т.е. действовать исключительно в парадигме международного права.

В том, что касается права ЕС, обязательным условием является: такие суды должны воспринимать нормы права ЕС как вопрос факта, а не права³⁹, т.е. не заниматься их толкованием. Во-вторых, решения таких органов по рассмотрению споров не должны приводить к необходимости для ЕС изменять или отменять нормативные акты, принятые его институтами, понижая тем самым существующий в ЕС уровень правовой защиты⁴⁰. В-третьих, создаваемые международные суды должны соответствовать ст. 47 Хартии основных прав ЕС в части их независимости и доступности. Для Суда ЕС независимый суд — это только постоянно действующий суд с назначаемыми на длительный срок судьями и процессуальными гарантиями их беспристрастности и независимости. Эти условия на сегодня комментаторами рассматриваются как тест, сформулированный Судом ЕС для целей определения соответствия сторонних механизмов разрешения споров принципу автономности [Fanou M., 2020: 128].

4. Доктринальные оценки «внешнего измерения» принципа автономности права ЕС

Оценивая данный принцип, многие ученые сходятся во мнении, что он является воротами во внешний мир, у которых Суд ЕС выступает в роли стража, определяющего правила взаимодействия права ЕС с внешними правовыми системами и нормами [Kassoti E., Odermatt J., 2020: 7]. Ряд ученых отмечает аморфную и плохо сформулированную природу этого принципа, применение которого, по их мнению, неразрывно связано с дальнейшим расширением полномочий Суда ЕС [Koutrakos P., 2019: 49], но за счет значительной неопределенности значения и границ этого принципа. Это уже не раз приводило к неожиданным для государств-членов и для остальных институтов ЕС результатам, как, например, в деле *Kadi-1* или в Заключении № 2/13. Эти решения Суда расцениваются как возведение барьера между международным правом и правом ЕС, что привело к «неоправданной и неправомерной правовой автаркии» исключительно с целью защиты и сохранения собственных прерогатив Суда ЕС [Beckhout P., 2015: 955], а подход Суда к международному праву теперь характеризуется как «недружественный» [Klabbers J., 2012: 112] по контрасту с его ранними решениями.

Однако, на наш взгляд, активное применение Судом ЕС «внешнего» изменения принципа автономности ни в коем случае не означает его враждебно-

³⁹ CJEU. Opinion 1/17, para 120–136.

⁴⁰ CJEU. Opinion 1/17, para 150.

го отношения к международному праву и не ведет к изоляции правопорядка ЕС от международного права. Также было бы упрощением объяснять решение по делу *Kadi-1* и Заключение № 2/13 лишь стремлением Суда ЕС любой ценой сохранить его исключительные полномочия. Принцип автономности в его широком понимании призван сохранять целостность и единообразие правопорядка ЕС. Активное отстаивание Судом ЕС принципа автономности именно во внешних отношениях можно объяснить тем, что Суд все больше рассматривает Союз как «квази-федерацию в развитии» [Dautricourt С., 2010: 18–19], а не как совокупность 27 суверенных государств. Эта квази-федерация с конституцией в виде учредительных договоров и Хартии основных прав ЕС все активнее участвует во внешних отношениях, при этом, как и подобает настоящей федерации, ограничивая соответствующие полномочия государств-членов. Поэтому Судом ЕС поставлены под контроль все международные договоры, заключенные государствами-членами ЕС как до их вступления в Союз, так и после.

Как показывает практика Суда ЕС, для него международные обязательства государств-членов квази-федерации не должны подвергаться опасности как полномочия, переданные на уровень Союза (затрагивать достигнутый уровень федерализации), так и компетенцию институтов Союза (квази-федеральных органов). Кроме того, чтобы избежать разрыва целостности и единства правопорядка Союза, эти международные обязательства не могут иметь приоритета перед обязательствами членов квази-федерации по праву ЕС. С данной точки зрения вполне естественно упомянутое требование Суда, чтобы споры между странами-членами по вопросам права ЕС рассматривались бы исключительно в Суде ЕС, т.е. внутри квази-федерации, а не в иных международных судах или арбитражах.

В этом отношении решение Суда ЕС по делу *Kadi-1* и Заключение Суда ЕС № 2/13 о присоединении ЕС к Европейской конвенции о правах человека становятся понятными и объяснимыми. Совет Безопасности ООН и тем более ЕСПЧ по-прежнему рассматривают Союз как совокупность суверенных государств, чьи обязательства по Уставу ООН и по Европейской конвенции должны иметь первостепенное значение для успешного функционирования соответствующих правопорядков.

Все это кардинально расходится с практикой и подходами Суда ЕС, согласно которым любой международный договор (даже если речь идет об Уставе ООН или о Европейской конвенции о правах человека) становится частью правопорядка ЕС. Это означает не только приоритетность учредительных договоров и Хартии основных прав ЕС над такими международными договорами, но и исключительную юрисдикцию Суда ЕС в толковании всех норм, входящих в правопорядок. Иными словами, толкование Суда ЕС

различных положений Хартии будет всегда иметь приоритет перед толкованием положений Конвенции, данным ЕСПЧ.

Такой подход Суда ЕС к международному праву и использованные им при этом аргументы парадоксальным образом оказываются созвучны позициям, выработанным конституционными судами ряда европейских стран (в первую очередь Германии и особенно Италии) в этих же вопросах⁴¹. Так же как и Суд ЕС, они позиционируют себя единственной инстанцией, уполномоченной рассматривать конституционность норм международного права при их имплементации (транспозиции) в национальный правопорядок. Если для Суда ЕС фильтром на пути реализации норм международного права в праве Союза являются существенные характеристики права ЕС и его автономность, то для конституционных судов ту же роль играют основные принципы конституционного строя, включая неотъемлемые права человека., гарантированные национальными конституциями. Нормы международного права и решения международных судов не применяются, если по мнению Суда ЕС они противоречат положениям учредительных договоров и Хартии основных прав ЕС, а по мнению конституционных судов — основным положениям (принципам) национальных конституций. Для специалистов по конституционному праву России рассуждения Суда ЕС о взаимодействии международного права и права ЕС также покажутся очень созвучными аргументам, использованным Конституционным Судом Российской Федерации в ряде его последних решений, которые касаются вопросов действия решений ЕСПЧ в российской правовой системе.

Совпадение аргументации конституционных судов и Суда ЕС в этих вопросах кажется парадоксальным только на первый взгляд. Все встает на свои места, если принять уже приведенную точку зрения: Евросоюз является квази-федерацией в развитии, а Суд ЕС действует как верховный суд этой федерации, который выполняет и функции конституционного правосудия [Vesterdorf B., 2006: 610]. Тогда подчеркнутое отстаивание Судом ЕС внешнего измерения принципа автономности права является выражением юрисдикционного суверенитета Европейского союза как квази-федерации. Этот юрисдикционный суверенитет характерен для каждого независимого государства, которое полностью свободно в решении вопросов действия норм международного права в национальном правопорядке и их применения национальными судами [Eckes C., 2020: 8]. На наш взгляд, в ЕС мы имеем дело

⁴¹ См. решение КС Италии № 238/2014, в котором он признал неконституционность внутреннего закона, принятого во исполнение решения МС ООН по делу об юрисдикционных иммунитетах, а также неконституционность обычной нормы международного права (т.е. обычая) о судебном иммунитете иностранного государства как нарушающую конституционное право на доступ к правосудию.

с постепенным секторальным перетеканием суверенитета государств на уровень Союза как квази-федерации.

Однако процесс секторальной федерализации в ЕС весьма уязвим и требует если не исключения, то минимизации вмешательства внешних сил, в том числе по-своему авторитетного ЕСПЧ. На наш взгляд, именно это стало основной причиной отрицательного заключения Суда ЕС на проект Соглашения о присоединении Союза к Европейской конвенции о защите прав человека. Для Суда ЕС максимально жесткий отрицательный ответ оказался безусловно предпочтительнее присоединения, которое неизбежно бы вылилось в открытый и ненужный конфликт Суда ЕС и ЕСПЧ, подрывающий как авторитет и легитимность обоих судов, так и процесс секторальной передачи суверенитета на уровень ЕС как квази-федерации.

Заключение

Сформулированный Судом ЕС в ряде решений и заключений принцип автономности прочно занял место одного из принципов права ЕС, сыграв ключевую роль в конституционализации сначала Европейских сообществ и затем Евросоюза. Дискуссионность вопроса вызвана во многом доктринальным конфликтом двух концепций автономности — международно-правовой концепции, которой придерживается КМП и МС ООН, и концепции, созданной Судом ЕС. Их-за непримиримости этих концепций любое решение Суда ЕС, развивающее его понимание принципа автономности, будет встречено в штыки сторонниками международно-правовой концепции автономности.

Постоянно подчеркивая, что правопорядок ЕС отличен как от национального, так и международного права, Суд предопределил развитие внутреннего и внешнего измерений принципа автономности. Внутреннее измерение данного принципа использовалось Судом в первые годы ЕС в целях упрочения приоритета права ЕС над национальным правом стран-членов. Внешнее измерение принципа получило развитие с начала 1990-х годов и связано, с одной стороны с передачей членами ЕС Евросоюзу новых внешних полномочий (в первую очередь в вопросах международной торговли) и активным участием ЕС в создании норм международного права. С другой стороны, этот тренд можно увязать с количественным и качественным развитием самих международных судов и трибуналов, которые при разрешении споров стали толковать и применять право Союза, однако отказываясь следовать доктринам Суда ЕС.

Суть внешнего измерения принципа автономности заключается в защите правопорядка ЕС от вызовов как норм международного права, так и других государств и международных организаций. Эти цели достигаются за счет

того, что все вопросы взаимоотношения права Союза и международного права, а также порядок действия норм международного права в правопорядке ЕС должны регулироваться только правилами самого Союза. Однако ни в коем случае речь не идет о правовой автаркии ЕС или о возведении Судом ЕС непреодолимой стены между правом Союза и международным правом. Это лишь означает, что Суду ЕС надлежит в каждом случае определять, насколько международное соглашение Союза или стран-членов способно нанести ущерб автономному характеру права ЕС. Противоречащая принципу автономности норма международного права не подлежит применению в правопорядке Европейского союза.

Комментируя упреки критиков в том, что принцип автономности имеет аморфную и плохо сформулированную природу и создает значительную неопределенность со значением и границами этого принципа, можно привести сравнение с тем, как вопросы взаимодействия международного и национального права регулируются на национальном уровне. Законодательное решение вопроса о соотношении международного и внутреннего права в государстве при очевидных достоинствах не может охватить всего разнообразия международно-правовой практики и отразить внешне- и внутривнутриполитические приоритеты страны на данный отрезок времени. Напротив, судебное толкование, даваемое в этих вопросах высшими (конституционными) национальными судами, априори исходит из необходимости адаптировать общий подход применительно к каждому случаю, принимая во внимание все возможные факторы, и в силу этого представляет более гибкий вариант решения проблемы. Именно поэтому в руках Суда принцип автономности является пластичным и его применение в различных ситуациях может приводить и приводит к различным результатам.

Это также объясняет отмеченное выше сходство аргументации конституционных судов и Суда ЕС в вопросах взаимодействия соответствующих правопорядков с международным правом, если исходить из того, что Союз является квази-федерацией, а Суд ЕС действует как ее верховный суд, выполняя в том числе и функции конституционного правосудия. Именно это фактор красноречиво объясняет приведенный выше подход Суда ЕС к международным договорам, заключенными как самим ЕС в качестве секторальной квази-федерации, так и членами ЕС как субъектами этого образования.



Список источников

1. Дьяченко Е.Б., Энтин К.В. Свойства права Евразийского экономического союза сквозь призму практики Суда ЕАЭС // Журнал российского права. 2018. № 10. С. 123–133.
2. Лифшиц И.М. Международное финансовое право и право Европейского союза: взаимодействие и взаимовлияние. М.: Юстицинформ, 2020. 548 с.

3. Лифшиц И.М. Международные договоры государств–членов Европейского Союза с третьими странами в практике Суда ЕС // *Международное правосудие*. 2019. № 3. С. 84–101.
4. Пименова С.Д. Реформа инвестиционного арбитража глазами Европейского союза: проблемы и перспективы // *Международное правосудие*. 2018. № 4. С. 113–125.
5. De Burka G. The European Court of Justice and the international legal Order. *Harvard International Law Review*, 2010, vol. 51, no. 1, pp. 1–52.
6. Collins R., White N. International organizations and the idea of autonomy: Introduction and overview. In: *International Organizations and the Idea of Autonomy Institutional Independence in the International Legal Order*. Collins R., White N. (eds.). New York: Routledge, 2011, pp. 1–20.
7. D'Aspremont J., Dopagne F. Two constitutionalisms in Europe: pursuing an articulation of the European and international legal order. *Heidelberg Journal of International Law*, 2008, vol. 68, pp. 939–977.
8. Dautricourt C. A Strasbourg perspective on the autonomous development of fundamental rights in EU Law: trends and implications. *Jean Monnet Working Paper*, 2010, no. 10, pp. 1–70.
9. Eckes C. International law as law of the EU: The role of the Court of Justice. *CLEER Working papers*, 2010, no. 6, 24 p.
10. Eckes C. Protecting Supremacy from External Influences: A Precondition for a European Constitutional Legal Order? *European Law Journal*, 2012, vol. 18, pp. 230–250.
11. Eckes C. Some Reflections on Achmea's Broader Consequences for Investment Arbitration. *European Papers*, 2019, vol. 4, no. 1, pp. 79–97.
12. Eckes C. The autonomy of the EU legal order. *Europe and the World. A Law Review*, 2020, vol. 4, no. 1, pp. 1–19.
13. Eeckhout P. Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky. *Fordham International Law Journal*, 2015, vol. 38, no. 4, pp. 955–992.
14. Fanou M. The CETA ICS and Autonomy of the EU Legal Order in Opinion 1/17. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2020, vol. 22, pp. 106–113.
15. Fassbender B. UN Charter as constitution of the international community. *Columbia Journal of Transnational Law*, 1998, vol. 36, no. 3, pp. 529–619.
16. Halberstam D. "It's the autonomy, stupid!" A modest defense of opinion 2/13 on EU accession to the ECHR, and the way forward. *German Law Journal*, 2015, vol. 16, no. 1, pp. 105–146.
17. Kassoti E., Odermatt J. The principle of autonomy and international investment arbitration: Reflections on Opinion 1/17. *Questions of International Law*, 2020, vol. 73, pp. 5–20.
18. Klabbers J. The Validity of EU Norms Conflicting with International Obligations. In: *International Law as Law of the European Union*. E. Cannizzaro et al. (eds.) Leiden: Martinus Nijhoff, 2012, pp. 111–131.
19. Koutrakos P. Autonomy of EU Law and International Investment Arbitration. *Nordic Journal of international Law*, 2019, vol. 88, no. 1, pp. 41–64.
20. Lavranos N. Protecting European law from International Law. *European Foreign Policy Review*, 2020, vol. 5, no. 2, pp. 265–228.
21. Molnár T. Concept of Autonomy of EU Law from the Comparative Perspective of International Law and the Legal Systems of Member States. *Hungarian Yearbook of*

International Law and European Law. The Hague: Eleven International Publishing, 2015, pp. 433–459.

22. Moreno-Lax V. The Axiological Emancipation of a (Non-)Principle: Autonomy, International Law and the EU Legal Order. In: *The Interface Between EU and International Law: Contemporary Reflections*. I. Govaere, S. Garben (eds.) Chicago: Hart Publishing, 2019, pp. 45–71.

23. Moreno-Lax V., Gragl P. Beyond Monism, Dualism, Pluralism: The Quest for a (Fully-Fledged) Theoretical Framework: Co-Implication, Embeddedness, and Interdependency between Public International Law and EU Law. *Yearbook of European Law*, 2016, vol. 35, pp. 455–470.

24. Odermatt J. When a Fence Becomes a Cage: The Principle of Autonomy in EU External Relations Law. *EUI Working Papers*, 2016, no. 7, pp. 1–19.

25. Parish M. International Courts and the European Legal Order. *European Journal of International Law*, 2012, vol. 23, no. 1, pp. 141–153.

26. Rosas A. Status in EU Law of International Agreements Concluded by EU Member States. *Fordham International Law Journal*, 2011, no. 5, pp. 1304–1345.

27. Simma B., Pulkowski D. Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law. *European Journal of International Law*, 2006, vol. 17, no. 3, pp. 483–529.

28. Scheinin M. CJEU Opinion 2/13: Three Mitigating Circumstances. 2014. Available at: <http://www.verfassungsblog.de/cjeu-opinion-213-three-mitigating-circumstances> (дата обращения: 19.06.2021)

29. Stein E. Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution. *American Journal of International Law*, 1981, vol. 75, no. 1, p. 1–27.

30. Tomuschat C. The Kadi case: what relationship is there between the universal legal order under the auspices of the United Nations and the EU legal order? In: *British Yearbook of European law*, 2009, vol. 28, no. 1, p. 654–663.

31. Vesterdorf B. Constitutional court for the EU? *International Journal of Constitutional Law*, 2006, vol. 4, no. 4, p. 607–617.

32. Wessel R. Reconsidering the Relationship between International and EU Law: Towards a Content-Based Approach? In: *International Law as Law of the European Union*. E. Cannizzaro et al. (eds.) Leiden: Martinus Nijhoff, 2011, pp. 5–33.

33. de Wet E. The international constitutional order. *The International and Comparative Law Quarterly*, 2006, vol. 55, no. 1, p. 51–76.

34. de Witte B. Rules of Change in International Law: How Special is the European Community? *Netherlands Yearbook of International Law*, 1994, vol. 25, pp. 299–331.

35. de Witte B. The Emergence of a European System of Public International Law: The EU and its Member States as Strange Subjects. *The Europeanisation of International Law: The Status of International Law in the EU and its Member States*. J. Wouters et al. (eds.). The Hague: Asser Press, 2008, pp. 39–54.

36. Wouters J., Odermatt J., Ramopoulos T. Worlds Apart? Comparing the Approaches of the European Court of Justice and the EU Legislature to International Law. In: *The European Court of Justice and External Relations Law: Constitutional Challenges*. M. Cremona, A. Thies (eds.) Oxford: University Press, 2014, pp. 249–279.

37. Ziegler K. Autonomy: From Myth to Reality — or Hubris on a Tightrope? *EU Law, Human Rights and International Law*. In: *Research Handbook on EU Human Rights Law*. S. Douglas-Scott S. et al. (eds.) Cheltenham: Edward Elgar, 2017, pp. 267–307.



References

1. Collins R., White N. (2011) International organizations and the idea of autonomy: introduction and overview. In: *International Organizations and the Idea of Autonomy Institutional Independence in the International Legal Order*. R. Collins, N. White (eds.). N.Y.: Routledge, pp. 1–20.
2. D'Aspremont J., Dopagne F. (2008) Two constitutionalisms in Europe: pursuing an articulation of the European and international legal order. *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 68, pp. 939–977.
3. Dautricourt C. (2010) A Strasbourg perspective on the autonomous development of fundamental rights in EU Law: trends and implications. *Jean Monnet Working Paper*, no. 10, pp. 1–70.
4. De Burka G. (2010) The European Court of Justice and the international legal order. *Harvard International Law Review*, vol. 51, no. 1, pp. 1–52.
5. De Wet E. (2006) The international constitutional order. *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, no. 1, pp. 51–76.
6. De Witte B. (1994) Rules of change in international law: how special is the European Community? *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 25, pp. 299–331.
7. De Witte B. (2008) The emergence of a European System of public international law: The EU and its member states as strange subjects. In: *The Europeanisation of International Law: The Status of International Law in the EU and its Member States*. J. Wouters et al. (eds.). The Hague: Asser Press, pp. 39–54.
8. D'yachenko E.B., Entin K.V. (2018) The law of Euroasian Economic Union and practice of its Court. *Zhurnal rossiyskogo prava=Journal of Russian law*, no. 10, pp. 123–133 (in Russ.)
9. Eckes C. (2010) International law as law of the EU: The role of the Court of Justice. *CLEER Working papers*, no. 6.
10. Eckes C. (2012) Protecting supremacy from external influences: A precondition for a European constitutional legal order? *European Law Journal*, vol. 18, pp. 230–250.
11. Eckes C. (2019) Some reflections on Achmea's broader consequences for investment arbitration. *European Papers*, vol. 4, no. 1, pp. 79–97.
12. Eckes C. (2020) The autonomy of the EU legal order. *Europe and the World: A Law Review*, vol. 4, no. 1, pp. 1–19.
13. Eeckhout P. (2015) Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR and judicial dialogue: autonomy or autarky. *Fordham International Law Journal*, vol. 38, no. 4, pp. 955–992.
14. Fanou M. (2020) CETA ICS and autonomy of the EU legal order in Opinion 1/17. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 22, pp. 106–113.
15. Fassbender B. (1998) UN Charter as constitution of the international community. *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36, no. 3, pp. 529–619.
16. Halberstam D. (2015) "It's the autonomy, stupid!" A modest defense of opinion 2/13 on EU accession to the ECHR, and the way forward. *German Law Journal*, vol. 16, no. 1, pp. 105–146.
17. Kassoti E., Odermatt J. (2020) The principle of autonomy and international investment arbitration: reflections on Opinion 1/17. *Questions of International Law*, vol. 73, pp. 5–20.
18. Klabbers J. (2012) Validity of EU norms conflicting with international obligations. In: *International Law as Law of the European Union*. E. Cannizzaro et al. (eds.). Leiden: Martinus Nijhoff, pp. 111–131.

19. Koutrakos P. (2019) The autonomy of EU law and international investment arbitration. *Nordic Journal of International Law*, vol. 88, no. 1, pp. 41–64.
20. Lavranos N. (2010) Protecting European law from international law. *European Foreign Policy Review*, vol. 5, no. 2, pp. 265–228.
21. Lifshits I.M. (2020) *International finance law and law of EU: interaction and mutual influence*. Moscow: Yustitsinform, 548 p. (in Russ.)
22. Lifshits I.M. (2019) EU member states international treaties with third sides in EU Court practice. *Mezhdunarodnoe pravosudie=International Justice*, no. 3, pp. 84–101 (in Russ.)
23. Molnár T. (2015) Concept of EU Law autonomy from the comparative perspective of international law and the legal systems of member states. *Hungarian Yearbook of International Law and European Law*. The Hague: Eleven International Publishing, pp. 433–459.
24. Moreno-Lax V., Gragl P. (2016) Beyond monism, dualism, pluralism: the quest for a (fully-fledged) theoretical framework: co-implication, embeddedness, and interdependency between public international law and EU law. *Yearbook of European Law*, vol. 35, pp. 455–470.
25. Moreno-Lax V. (2019) The axiological emancipation of a (non-) principle: autonomy, international law and the EU legal order. In: *The Interface Between EU and International Law. Contemporary Reflections*. I. Govaere, S. Garben (eds.). Chicago: Hart Publishing, pp. 45–71.
26. Odermatt J. (2016) When a fence becomes a cage: the principle of autonomy in EU external relations law. *EUI Working Papers 2016/07*, pp. 1–19.
27. Parish M. (2012) International courts and the European legal order. *European Journal of International Law*, vol. 23, no. 1, pp. 141–153.
28. Pimenova S.D. (2018) Reform of investments arbitrage from position of EU: issues and prospects. *Mezhdunarodnoe pravosudie=International Justice*, no. 4, pp. 113–125 (in Russ.)
29. Rosas A. (2011) The status in EU Law of international agreements concluded by EU member states. *Fordham International Law Journal*, vol. 34, no. 5, pp. 1304–1345.
30. Simma B., Pulkowski D. (2006) Of planets and the universe: self-contained regimes in international law. *European Journal of International Law*, vol. 17, no. 3, pp. 483–529.
31. Scheinin M. (2014) CJEU Opinion 2/13. Three mitigating circumstances. Available at: <http://www.verfassungsblog.de/cjeu-opinion-213-three-mitigating-circumstances> (accessed: 19.06. 2021)
32. Stein E. (1981) Lawyers, judges and the making of a transnational constitution. *American Journal of International Law*, vol. 75, no. 1, pp. 1–27.
33. Tomuschat C. (2009) The Kadi case: what relationship is there between the universal legal order under the auspices of the United Nations and the EU legal order? *British Yearbook of European Law*, vol. 28, no. 1, pp. 654–663.
34. Vesterdorf B. (2006) Constitutional court for the EU? *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, no. 4, pp. 607–617.
35. Wessel R. (2011) Reconsidering the relationship between International and EU law: towards a content-based approach? In: *International Law as Law of the European Union*. E. Cannizzaro et al. (eds.). Leiden: Martinus Nijhoff, pp. 5–33.
36. Wouters J., Odermatt J, Ramopoulos T. (2014) Worlds apart? Comparing the approaches of the European Court of Justice and the EU Legislature to international law.

In: The European Court of Justice and External Relations Law: Constitutional Challenges. M. Cremona, A.Thies (eds.). Oxford: University Press, pp. 249–279.

37. Ziegler K. (2017) Autonomy: from myth to reality — or Hubris on a tightrope? EU law, human rights and international law. In: Research Handbook on EU Human Rights Law. S. Douglas-Scott et al. (eds.). Cheltenham: Edward Elgar, pp. 267–307.

Информация об авторе:

А.С. Исполинов — доктор юридических наук, доцент.

Information about the author:

A.S. Ispolinov — Doctor of Sciences (Law), Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 28.05.2021; одобрена после рецензирования 14.10.2021; принята к публикации 05.04.2022.

The article was submitted to the editorial office 28.05.2021; approved after reviewing 14.10.2021; accepted for publication 05.04.2022.

Рецензия

Рецензия

УДК 342

DOI: 10.17323/2072-8166.2022.5.278.285

Институт публично-правового представительства интересов в Российской Федерации:

рецензия на монографию С.А. Авакьяна «Представительство
в конституционном праве: вопросы теории и практики»
(М.: Юстицинформ, 2022, 484 с.)



Светлана Викторовна Масленникова

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Россия 101000, Москва, Мясницкая ул., 20, svasilieva@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0002-5727-7348>



Аннотация

В рецензии анализируется содержание монографии С.А. Авакьяна «Представительство в конституционном праве: вопросы теории и практики». В рецензируемой работе исследованы публично-правовые отношения представительства интересов различных субъектов: граждан, президента, территорий. Содержательные акценты представительства раскрываются, преимущественно на примере конституционного права. На основании анализа разнообразного теоретического и эмпирического материала автор определил юридическое содержание института представительства, выявил важные закономерности реализации публично-правового представительства интересов в Российской Федерации. Комплексный подход, примененный автором, изучение им различных факторов при характеристике публично-правового представительства интересов делают рецензируемую монографию интересной и полезной широкому кругу читателей.



Ключевые слова

представительство, публичное право, конституционное право, избиратели, представительные органы, институт президента, народное представительство, депутат, территория.

Для цитирования: Масленникова С.В. Институт публично-правового представительства в Российской Федерации // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 5. С. 278–285. DOI: 10.17323/2072-8166.2022.5.278.285

Благодарности: В статье использованы источники, размещенные в СПС КонсультантПлюс.

Book Review

Book review

Institute of Public Legal Representation in the Russian Federation



Svetlana V. Maslennikova

National Research University Higher School of Economics, 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia, masslo@yandex.ru, svasilieva@hse.ru, [https://orcid.org / 0000-0002-5727-7348](https://orcid.org/0000-0002-5727-7348)



Abstract

The review analyzes the content of the monograph “Representation in constitutional Law: issues of theory and practice” (Moscow: Justicinform, 2022, 484 p.) by S.A. Avakian. In the reviewed work the public legal relations of representation of the interests of various subjects are investigated: citizens, the president, territories. The substantive accents of representation are revealed mainly on the example of constitutional law. Based on the analysis of a variety of theoretical and empirical material, the author determined the legal content of the institution of representation, presented important patterns of implementation of public legal representation of interests in the Russian Federation. The comprehensive approach applied by the author, his study of various factors in the characterization of public legal representation of interests make the reviewed monograph interesting and useful to a wide range of readers.



Keywords

representation; public law; constitutional law; voters; representative bodies; institute of the President; people; deputy; territory.

Acknowledgements: In the article were used resources of Consultant Plus reference and information system.

For citation: Maslennikova S.V. (2022) Institute of Public Legal Representation in the Russian Federation. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no. 5, pp. 278–285 (in Russ.) DOI: 10.17323/2072-8166.2022.5.278.295

В 2022 году издательство «Юстицинформ» опубликовало монографию «Представительство в конституционном праве: вопросы теории и практики». Автор данной работы — доктор юридических наук, профессор Сурен Адibeкович Авакьян.

В монографии институт представительства рассматривается на примере конституционно-правовых отношений с учетом его междисциплинарного содержания. Автор фиксирует предметную область исследуемых отношений: «представительство в сфере общественных, и особенно политических отношений, публичной власти во всех ее проявлениях (государственная власть, общественная власть, местное самоуправление — муниципальная власть)» (с. 12). Отмечается, что институт представительства регулируется гражданским, семейным, трудовым правом, определяется в сфере судебного процесса.

Разбирая содержание института гражданско-правового представительства, автор подчеркивает, что в публичном праве цивилистическое его содержание сложно реализовать (с. 28, 47). В конституционном праве представительство интересов народа, граждан, президента, территорий следует рассматривать через содержание статуса соответствующих участников, реализацию их прав и полномочий, самопредставительство, поручение их функций определенным субъектам. Область публично-властных отношений такова, что здесь вообще нельзя обойтись без начал представительства (с. 47).

Поскольку концептуальному описанию института публично-правового представительства посвящено не так много исследований, раскрытие его юридического содержания, признаков, особенностей реализации в работе С.А. Авакьяна является актуальным и назревшим. Обладая богатым профессиональным и жизненным опытом, автор приводит много примеров по теме исследования из советского периода, а также из практики зарубежных стран. В ряде случаев прослеживается развитие и эволюция публично-правовых категорий и институтов: депутатского мандата, содержания форм непосредственной и представительной демократий, статуса политических партий. Обширная источниковедческая основа делает рецензируемое исследование вдвойне полезным и познавательным.

Понятие представительства рассматривается в следующих сферах общественных отношений: на выборах, в процессе деятельности представительного органа власти, в рамках реализации полномочий Президента Российской Федерации, в формате представительства территорий в федеративном государстве, при функционировании институтов гражданского общества (прежде всего политических партий и коммерческих и некоммерческих организаций). Во всех этих случаях юридическое содержание представительства резонно исследуется с учетом его публично-правовых характеристик: персоналистских начал в деятельности лиц, пригодности, предрасположенности, возраста, здоровья, дееспособности субъекта, образования и грамотности, знания народа,

его психологии, языка, обычаев, патриотизма участников, верности стране и ее Конституции, морально-этических данных и др. (с. 110–137).

Все же автор упускает из внимания важную для понимания института публично-правового представительства категорию — категорию «интереса». В описании того, что представляется уполномоченным(ыми) лицом(ами), используются различные понятия, каждый раз в рамках рассматриваемого контекста: представляются «интересы», «пожелания», «воля» участников, депутаты на выборах получают «наказы» избирателей (с. 162, 214, 219, 295 и др.). Однако содержательному наполнению указанных понятий в их соотношении достаточного внимания не уделено. В связи с этим без ответа остается значимый для понимания публично-правового представительства вопрос: допустимо ли продвижение при принятии решений органами власти частных, узкокорпоративных интересов, например, интересов корпораций? В монографии на этот счет есть верное рассуждение о наказах депутатам: «Наказы не должны противопоставить интересам одной части избирателей округа интересам остальных избирателей, тем более интересы избирателей одного округа — интересам всей территории представительного органа власти. За представительным органом власти остается окончательное право принять или не принять наказ» (с. 219), но не более того.

Очевидно, что под интересом в отношениях публично-правового представительства стоило бы понимать не только осознанный государством и урегулированный правом публичный интерес, как его определяет Ю.А. Тихомиров [Тихомиров Ю.А., 2001: 6]. Частные интересы в публично-правовом представительстве также признаваемы и продвигаемы. Они проявляются, например, в лоббизме. В рецензируемой монографии, к сожалению, лоббизму уделено недостаточно внимания. Лоббизм рассмотрен только в рамках теневого представительства и только в качестве клановых начал, обязательств перед теми, кто финансировал избирательную компанию, действий в ответ на обещание должностей, использования положений представителя в интересах криминального сообщества (с. 106).

Понять автора, не рассмотревшего лоббизм в системе публично-правового представительства, можно, поскольку такая форма продвижения частных интересов в России не урегулирована. Тем более, что принцип народного суверенитета (власть принадлежит народу и осуществляется народом), установленный в ст. 3 Конституции, не допускает представительства узкокорпоративных интересов в публично-властных решениях, что также препятствует положительному восприятию лоббизма в общественном сознании. Возможно, автор исходил и из того, что интересы групп граждан могут реализовываться в рамках уже установленных форм представительства, таких, как право на обращение, деятельность экспертных советов и рабочих групп, оценка регулирующего воздействия и др.

Структурно монография состоит из девяти глав. В первой главе рассматривается теоретико-методологические основы категории представительства как в частном (в гражданском, семейном, процессуальном), так и в публичном праве (преимущественно на примере конституционного права). Автор анализирует основное содержание концепции конституционно-правового представительства, которая основывается на подходах к пониманию социального, территориального, политического представительства (с. 70–106). В монографии описываются начала представительства в различных областях права и делается вывод, что отраслевое законодательство имеет важное значение для понимания представительства в сфере публично-властных отношений (с. 24). Таким образом, использование междисциплинарного подхода к исследованию позволило автору выделить содержание института публично-правового представительства на примере конституционного права (в части отношений народа и органов власти) и административного права (в части отношений субъектов в системе исполнительной власти)

Во второй главе автор выделяет условия формирования представительства в публично-властных отношениях. К таким условиям справедливо отнесены признание, пригодность, предрасположенность представителя, знание народа, его психологии, языка, обычаев, патриотизм, верность стране и Конституции, морально-этические данные. Учитывая опыт российской истории, опыт других государств и геополитический контекст, с уважением стоит оценивать осторожное отношение автора к идее национального представительства. Тем не менее он полагает, что «принцип учета национального состава населения стоило бы продумать для гарантирования представительства соответствующих интересов при избрании депутатов, а в некоторых случаях и при предоставлении льгот... В частности, человек может заявлять о своей принадлежности к нации по своему происхождению, не зная местного языка. Или индивид может быть иной национальности, но проживает на данной территории, знает местный язык и обычаи, отсюда ему трудно отказать в выдвижении в депутаты» (с. 98).

В третьей главе монографии подробно характеризуются отношения народного представительства, реализуемые в работе представительного органа власти и его депутата. Автор, опираясь на теорию народного представительства, разработанную в дореволюционный период [Чичерин Б.Н., 1899: 1–95], справедливо подчеркивает, что представительные органы власти являются ключевыми субъектами, способными представлять избирателей в силу коллективного характера их деятельности и своей социально-политической предназначенности (с. 142–147). Характеризуя деятельность депутатов по выражению ими воли избирателей, автор ставит актуальные вопросы о качестве реализации народного представительства в нынешней России. Также описываются различные модели работы депутата, правовое регулирование и

практика, влияющие на регулярность выполнения функций представительства, численность и структуру представительных органов власти, порядок их формирования, виды и процедуры их деятельности (с. 153–199).

До выхода в свет рецензируемой монографии вопросы представительства в конституционном праве фокусировались преимущественно на представительской функции парламента, на отношениях между депутатом и избирателем, отчетах депутата перед гражданами, отзыве депутата, не выполнившего наказы избирателей [Фадеев В.И., Варлен М.В., 2008: 41–138;] [Нудненко Л.А., 2004: 45–94]. С.А. Авакьян в своей монографии расширил горизонты понимания представительства в конституционном праве, в частности, и в публичном праве, в целом. Главы четвертая и пятая книги посвящены статусу Президента России как представителя государства, важного звена в системе народного представительства, отражающего интересы разных групп населения. Отдельное внимание автор уделяет характеристике органов и должностных лиц, выступающих от имени и по поручению Президента: это — полномочные представители в федеральных округах, в палатах Федерального Собрания, в Конституционном Суде Российской Федерации, специальные постоянные или временные представители (с. 254–289). Ранее уже были исследования, в которых Президент как глава государства относился к народному представительству наряду с парламентом [Автономов А.С., 1998: 19], но в рецензируемой монографии объем и глубина исследовательской гипотезы, рассуждения и выводы позволяют обоснованно рассматривать статус всенародно избранного должностного лица в связи с его представительской функцией в составе концепции публично-правового представительства интересов.

Невозможно недооценить вклад автора в юридическое наполнение идеи представительства территорий в федеративном государстве, о котором говорится в пятой главе книги. Характеризуется представительство региональных органов в федеральных структурах, описан статус территориальных структур президентской власти. Уделено внимание мерам конституционно-правовой ответственности региональных и муниципальных органов перед центром, влияния федеральной власти на власть субъектов федерации и местного самоуправления. Не упускает автор из виду и вопросов представительства, касающихся статуса уполномоченных по защите прав человека, ребенка, предпринимателей. В монографии верно отмечено, что уполномоченные отражают миссию, ради которой данный институт появился в ряде государств — это представительство общего должностного предназначения по защите прав, «поскольку уполномоченный выступает от имени государства, субъекта РФ, его лишь условно можно назвать представителем того, кто его назначил» (с. 329).

В главах шестой и седьмой автор рассматривает вопросы представительства в системе непосредственной демократии и иных форм участия граждан

в управлении делами государства. При этом в отношении представительства включен широкий диапазон возможностей и институтов: выборы, референдум, опросы, самопредставительство народа, всенародные обсуждения, публичные слушания, петиции, народная законотворческая инициатива, общественная инициатива с использованием Интернета и др. (с. 340–373). В описании этой сферы публично-правового представительства исследователь анализирует как конституционные права и свободы по участию граждан в управлении делами государства, так и статусные характеристики субъектов гражданского общества, таковы политические партии, общественные объединения, объединения в сфере приложения экономического потенциала граждан, религиозные организации, общественные палаты (с. 389–407).

Вместе с тем рассмотрение референдума, выборов и сходов граждан в составе отношений представительств приходится считать дискуссионным. Обоснование представительного характера этих институтов с помощью категории самопредставительства (с. 354) недостаточно убедительно, поскольку не отвечает на вопрос, кто (какой субъект) в таких отношениях является представителем, а кто (какой субъект) представляемый? Если представитель и представляемый при непосредственной демократии и есть народ, т.е. он одновременно и представитель, и представляемый, то зачем применять к характеристике соответствующих отношений категорию представительства? Согласно ч. 2 ст. 3 российской Конституции народ осуществляет свою власть непосредственно, а также через органы государственной власти и органы местного самоуправления. Непосредственное осуществление власти не требует представительства: народ, граждане сами принимают публично-властные решения. Иначе чем бы непосредственная демократия отличалась от представительной, только при которой требуется «уполномоченный» на принятие публично-властных решений? В определенном контексте допустимо лишь рассмотрение в рамках отношений представительства возможностей граждан на участие в управлении делами государства, реализация которых не приводит к прямому принятию публично-властных решений, что и делает автор монографии.

В восьмой главе исследователь отмечает возросшую значимость отношений публично-правового представительства в процессе реформирования Конституции России (с. 426). Вопросы представительства в содержании конституционно-правовой ответственности продемонстрированы в заключительной, девятой главе книги (с. 429).

Рецензируемая монография написана на важную и актуальную тему, до сих пор мало изученную в литературе. На основе анализа массива теоретического и практического материала, отечественного и зарубежного опыта автором разработана концепция представительства в конституционном праве в русле более широкого контекста общественных отношений — отношений публично-правового характера. Рассуждения и выводы автора могут быть

использованы в преподавании конституционного и административного права, теории государства и права и иных публично-правовых дисциплин. Монография может стать теоретической основой научных работ, посвященных публично-правовому представительству, а также основой правотворческих решений в рассматриваемой области общественных отношений.



Список источников

1. Автономов А.С. О категории представительства в конституционном праве: проблемы народного представительства в Российской Федерации. М.: Изд-во МГУ, 1998. 180 с.
2. Нудненко Л.В. Конституционно-правовой статус депутата законодательного органа государственной власти субъекта в Российской Федерации. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. 475 с.
3. Тихомиров Ю.А. Теория компетенции. М.: Юрайт, 2001. 355 с.
4. Фадеев В.И., Варлен М.В. Депутатский мандат в Российской Федерации: конституционно-правовые основы. М.: Норма, 2008. 448 с.
5. Чичерин Б.Н. О народном представительстве. М.: Типография товарищества И.Д. Сытина, 1899. 810 с.



References

1. Avtonomov A.S. (1998) On the category of representation in constitutional law. Issues of people's representation in the Russian Federation. Moscow: University Press, 180 p. (in Russ.)
 2. Chicherin B.N. (1899) *About the people's representation*. Moscow: Sytin Printing House, 810 p. (in Russ.)
 3. Fadeev V.I. (2008) Deputy mandate in the Russian Federation: constitutional foundations. Textbook. Moscow: Norma, 448 p. (in Russ.)
 4. Nudnenko L.V. (2004) *Deputy of legislative body in the Russian Federation subject: constitutional status*. Saint Petersburg: Juridical Center Press, 475 p. (in Russ.)
 5. Tikhomirov Yu. A. (2001) *Theory of competence*. Moscow: Jurait, 355 p. (in Russ.)
-

Информация об авторе:

С.В. Масленникова — доцент, кандидат юридических наук.

Information about the author:

S.V. Maslennikova — Candidate of Sciences (Law), Assistant Professor.

Рецензия поступила в редакцию 22.11.2022; одобрена после рецензирования 09.12.2022; принята к публикации 09.12.2022.

The article was submitted to the editorial office 22.11.2022; approved after reviewing 09.12.2022; accepted for publication 09.12.2022.

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.

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. Калашиников*

Подписано в печать 17.12.2022. Формат 70×100/16
Усл. печ. л. 18,0. Тираж 250 экз. Заказ №

Отпечатано ООО «Фотоэксперт»,
109316, Москва, Волгоградский проспект, д.42