

Право

Учредитель

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

Редакционная коллегия

Дж. Айани (Туринский университет, Италия)
Ю. Базедов (Институт Макса Планка, Федеративная Республика Германия)
Н.А. Богданова (МГУ имени М.В. Ломоносова, Российская Федерация)
Г.А. Гаджиев (Конституционный Суд Российской Федерации)
С.Ф. Дикин (Кембриджский университет, Великобритания)
Г.Б. Динвуди (Оксфордский университет, Великобритания)
Н.Ю. Ерпылева (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
А.А. Иванов (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
В.Б. Исаков (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
Т.Г. Морщакова (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
Г.И. Муромцев (РУДН, Российская Федерация)
В.Д. Перевалов (Уральский государственный юридический университет, Российская Федерация)
В.А. Сивицкий (Конституционный Суд Российской Федерации)
Ю.А. Тихомиров (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
Т. Эндикотт (Оксфордский университет, Великобритания)

Главный редактор

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

Адрес редакции

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

Адрес издателя и распространителя

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

© НИУ ВШЭ, 2021

ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

5/2021



ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

Российское право:

состояние, перспективы, комментарии

О.А. Степанов, Д.А. Печегин, М.О. Дьяконова

К вопросу о цифровизации судебной деятельности 4

С.В. Масленникова

Идеология конституционных поправок 2020 г.

в сфере социального и экономического развития 24

А.С. Емельянов

Публичный интерес и генезис административного права 48

А.Н. Петрунева

Принудительное исполнение решения третейского суда

как «публичный» элемент процессуальной формы арбитража. 77

В.А. Виноградов, Л.В. Солдатов

О значении принципов в экологическом праве и их применении 99

Ф.Ф. Мамедова, К.А. Барышева

Уголовно-правовой запрет на несообщение о преступлении

(правовые и нравственные аспекты). 122

А.С. Корниенко, Н.А. Самохвалов

COVID-19: правовое регулирование всеобщей вакцинации 148

Л.К. Терещенко, Ю.В. Трунцевский, Ф.А. Лещенков

Правовое регулирование информационных систем

автотранспортной телематики в России и за рубежом 167

Н.В. Бузова

Договорные отношения с участием исполнителей,

изготовителей фонограмм и организаций вещания. 192

Право в современном мире

П.П. Кремнев

Формы и правовые последствия начала и окончания

вооруженных конфликтов 215

К.К. Клевцов

Электронная информация по уголовным делам в рамках

международного сотрудничества (правовая природа

и классификация). 236

В.С. Маличенко

Международно-правовые механизмы регулирования доступа

к технологиям здравоохранения 256

Ж. Дюмортье, И.Ю. Богдановская, Н. Вандезанде

Международно-правовые и национально-правовые аспекты

регулирования радиочастотного спектра. 286

Law

JOURNAL

OF THE HIGHER SCHOOL

OF ECONOMICS

Publisher

National Research
University Higher School
of Economics



ISSUED QUARTERLY

Editorial Board

G. Ajani (University of Torino, Italy)
J. Basedow (Max-Planck Institute, Federal Republic of Germany)
N.A. Bogdanova (Moscow State University, Russian Federation)
S.F. Deakin (University of Cambridge, Great Britain)
G.B. Dinwoodie (Oxford University, Great Britain)
T. Endicott (Oxford University, Great Britain)
G.A. Gadzhiev (Constitutional Court of Russian Federation)
A.A. Ivanov (HSE, Russian Federation)
V.B. Isakov (HSE, Russian Federation)
T.G. Morschakova (HSE, Russian Federation)
G.I. Muromtsev (Russian University of Peoples' Friendship, Russian Federation)
V.D. Perevalov (Ural State Law University, Russian Federation)
V.A. Sivitsky (Constitutional Court of Russian Federation)
Yu.A. Tikhomirov (HSE, Russian Federation)
N.Yu. Yerpilyova (HSE, Russian Federation)

Chief Editor

I.Yu. Bogdanovskaya
(HSE, Russian Federation)

Address:

3 Bolshoy Triokhsviatitelsky Per.,
Moscow 109028, Russia

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

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

O.A. Stepanov, D.A. Pechegin, M.O. Diakonova

Towards the Issue of Digitalization of Judicial Activities 4

S.V. Maslennikova

Ideology of Constitutional Amendments of 2020 in the Sphere
of Social and Economic Development 24

A.S. Emelyanov

Public Interest and Genesis of Administrative Law 48

A.N. Petruneva

Compulsory Enforcement of Arbitrary Award as a «Public» Element of
Procedural Form of Arbitration 77

V.A. Vinogradov, L.V. Soldatova

On the Meaning of Principles in Environmental Law and Their Application . . 99

F.F. Mamedova, K.A. Barysheva

Criminal Prohibition on Failure to Report a Crime
(Legal and Moral Aspects) 122

A.S. Kornienko, N.A. Samokhvalov

COVID-19: Legal Regulation of Universal Vaccination 148

L.K. Tereschenko, Yu.V. Truntsevskiy, F.A. Leschenkov

Legal Regulation of Information Systems of Road Transport
Telematics (Comparative Legal Research) 167

N.V. Buzova

Contractual Relations with Participation of Performers, Producers
of Phonograms and Broadcasting Organizations 192

Law in the Modern World

P.P. Kremnev

Forms and Legal Consequences of Beginning
and End of Armed Conflicts 215

K.K. Klevtsov

General Description of Electronic Information on Criminal Cases
in the Framework Of International Cooperation 236

V.S. Malichenko

International Law Regulation of Access to Health Technologies 256

J. Dumortier, I.Yu. Bogdanovskaya, N. Vandezande

International and National Law Aspects of Radio Frequency
Spectrum Regulation 286

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

The objectives of the journal include:

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

The following key issues are addressed:

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

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

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

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

Научная статья

УДК: 347.91/.95+343.131

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.5.4.23

К вопросу о цифровизации судебной деятельности



Олег Анатольевич Степанов¹,



Денис Андреевич Печегин²,



Мария Олеговна Дьяконова³

^{1, 2, 3} Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, Москва, Россия

¹ crim@izak.ru, <https://orcid.org/0000-0002-6154-3688>

² crim5@izak.ru, <https://orcid.org/0000-0001-6499-9966>

³ civil@izak.ru, <https://orcid.org/0000-0001-7528-0981>



Аннотация

В статье рассматривается проблема цифровизации судебной деятельности в Российской Федерации и за рубежом. С учетом того, что в современном мире все более широкое внедрение получают элементы электронного правосудия, в статье дан анализ его фундаментальных начал и проведено разграничение электронных методов обеспечения не только процессуальной деятельности, но и цифровизации правосудия как самостоятельного направления трансформации общественных отношений на современном этапе. В качестве реализации первого направления в статье приводятся опыт зарубежных стран, российские законодательные подходы и разрабатываемые в настоящее время законодательные инициативы в части совершенствования взаимодействия участников процесса путем использования информационных технологий. Авторы приходят к выводу, что реализованные подходы и предлагаемые нововведения призваны лишь модернизировать форму отправления правосудия новыми возможностями осуществления тех же действий (идентификации лиц, участвующих в деле, извещения, участия в судебном заседании и др.) не меняя сущностных характеристик судопроизводства. Второе направление, связанное с цифровизацией правосудия как такового, освещается с точки зрения перспектив и рисков применения технологий искусственного интеллекта для принятия юридически значимых решений по существу. Авторы считают, что цифровизация правосудия требует разработки и внедрения в ма-

шиночитаемое право категории справедливости, а также мер безопасности как технологического, так и правового характера. Внедрение данных технологий в контекст судебного процесса должно сопровождаться мерами безопасности как технологического, так и правового характера, в частности созданием надлежащей правовой основы для определения границ автоматизированной обработки информации с сохранением возможности пересмотра принятого судьей решения, в том числе определения оснований для отказа в его исполнении. Именно человек в данных процессах должен оказываться в центре внимания правоприменителя, а цифровые технологии для достижения целей правосудия — быть инструментом, который максимально способствует исключению возможности принятия формального решения.



Ключевые слова

цифровизация, судебная деятельность, правосудие, зарубежный опыт, искусственный интеллект, справедливость

Для цитирования: Степанов О.А., Печегин Д.А., Дьяконова М.О. К вопросу о цифровизации судебной деятельности // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 5. С. 4–23. DOI: 10.17323/2072-8166.2021.5.4.23.

Russian Law: condition, perspectives, comments

Research article

Towards the Issue of Digitalization of Judicial Activities



Oleg A. Stepanov¹,



Denis A. Pechegin²,



Maria O. Diakonova³

^{1, 2, 3} Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Moscow, Russia

¹ crim@izak.ru, <https://orcid.org/0000-0002-6154-3688>

² crim5@izak.ru, <https://orcid.org/0000-0001-6499-9966>

³ civil@izak.ru, <https://orcid.org/0000-0001-7528-0981>



Abstract

The article considers the problem of digitalization of judicial activities in the Russian Federation and abroad. Given the fact that in the modern world elements of digital (electronic) justice are gaining widespread adoption, the article presents an analysis of its fundamental principles and distinguishes between electronic methods of ensuring procedural activity and digitalization of justice as an independent direction of transformation of public relations at the present stage. As a demonstration of the implementation of the first direction, the article

presents the experience of foreign countries, Russian legislative approaches and currently being developed legislative initiatives in terms of improving the interaction of participants in the procedure through the use of information technologies. The authors come to the conclusion that the implemented approaches and proposed amendments are intended only to modernize the form of administration of justice with new opportunities to carry out the same actions (identification of persons participating in the case, notification, participation in the court session, etc.) without changing the essential characteristics of the proceedings. The second direction, related to electronic (digital) justice, is highlighted from the point of view of the prospects and risks of using artificial intelligence technologies to make legally significant decisions on the merits. At the same time, the authors argue that the digitalization of justice requires the development and implementation of the category of justice in machine-readable law, as well as special security measures of both technological and legal nature. The introduction of these technologies into the context of the judicial process should be accompanied by special security measures of both technological and legal nature, in particular by creating an appropriate legal basis for determining the boundaries of automated information processing while preserving the possibility of reviewing the decision made by the judge, including determining the grounds for refusal to execute it. It is the person in these processes who should be the focus of the law enforcement officer's attention, and digital technologies should be a tool for achieving the goals of justice, which maximally contributes to the exclusion of the possibility of making a formal decision.

Keywords

digitalization, judicial activity, justice, foreign experience, artificial intelligence

For citation: Stepanov O.A., Pechegin D.A., Diakonova M.O. Towards the Issue of Digitalization of Judicial Activities. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, 2021, no. 5. pp. 4–23. (In Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2021.5.4.23.

Введение

Согласно Указу Президента Российской Федерации от 07.05.2018 № 204 «О национальных целях и стратегических задачах развития Российской Федерации на период до 2024 года» процесс цифровизации общественной практики носит стратегический характер¹. Программа «Цифровая экономика Российской Федерации» предусматривает задачу формирования правовых условий в сфере судопроизводства и нотариата в связи с развитием цифровой экономики².

Такая тенденция характерна для большинства стран. Так, в соответствии с Рекомендациями Комитета министров Совета Европы CM/Rec(2009)1 государствам-участникам Совета Европы по электронной демократии (при-

¹ СЗ РФ. 14.05.2018. № 20. Ст. 2817.

² Паспорт национального проекта «Национальная программа «Цифровая экономика Российской Федерации»». Утв. президиумом Совета при Президенте Российской Федерации по стратегическому развитию и национальным проектам, протокол от 04.06.2019 № 7.

няты Комитетом министров 18.02.2009 на собрании заместителей министров), электронное правосудие призвано повысить качество деятельности государственных служб за счет электронного общения и обмена данными, а также доступа к информации судебного характера³.

Новые технологии, с одной стороны, призваны улучшить жизнь общества посредством ускорения и упрощения доступа к тем или иным услугам, повысить эффективность и качество форм участия в гражданском обороте, укрепить экономические связи между субъектами [Хабриева Т.Я., Черногор Н.Н., 2018: 85–102]. В то же время они в силу техничности собственной природы не лишены недостатков, на что не перестают обращать внимание современные исследователи [Кучеров И.И., 2017: 69–79]. Тем не менее перспективы активного внедрения искусственного интеллекта и других цифровых технологий обуславливают необходимость осмысления правового регулирования этих процессов [Медведев Р.Ф., 2018: 14]. В этом отношении не являются исключением судебные органы, деятельность которых составляет стержневую основу правовой защиты и правопорядка в государстве в целом.

Диапазон «глубины» цифровизации процессуальной формы варьируется [Поветкина Н.А., Леднева Ю.В., 2018: 46–67] от использования электронных средств коммуникации только как способа упрощения и ускорения процесса разрешения дела до применения возможностей искусственного интеллекта в качестве способа разрешения самого спора по существу. В связи с этим в юридической науке проводится различие между терминами «электронное обеспечение правосудия» и «электронное правосудие» [Решетняк В.И., Смагина Е.С., 2017: 16–19].

Первое заключается в использовании информационных технологий в качестве «подсобного средства» и является синонимом информатизации деятельности суда. В данном случае речь идет не о полной замене традиционных подходов новыми, предполагающими электронный обмен и анализ информации, а о дополнении действующих механизмов вспомогательными — такими, как подача процессуальных документов и доказательств в суд в электронной форме, электронное извещение, участие в судебных заседаниях посредством веб-конференции (без фактической явки в здание суда), применяемыми исключительно при добровольном волеизъявлении стороны спора.

Электронное (цифровое) правосудие, напротив, не ограничивается использованием информационных технологий как средства упрощения и ускорения процесса, а предполагает цифровизацию деятельности по отправлению правосудия с содержательной точки зрения (в том числе посредством изменения субъектов оценки доказательств и принятия решений по делу). Поскольку процесс — это совокупность совершенно определенных норм,

³ Available at: <http://cikrf.ru/international/recommend.doc> (дата обращения: 29.11.2021)

правил и процедур, регламентирующих производство по делу, то, имея в своем распоряжении необходимые данные, вполне возможно прогнозировать исход какого-либо действия того или иного участника правоприменительного процесса. Учет данного обстоятельства допускает техническое упрощение и совершенствование доступа граждан к правосудию, в том числе и на досудебных этапах производства дела [Лебедев В.М., Хабриева Т.Я., 2019: 12]. В данном случае принятие юридически значимых решений делегируется технологиям искусственного интеллекта: например, оценка компьютером поступающих в суд документов и доказательств, решение вопроса об их принятии, вынесение итоговых судебных актов.

Электронное обеспечение судебной деятельности, в отличие от электронного (цифрового) правосудия, предполагает совершенствование лишь формы судопроизводства, не затрагивая его содержательную часть. Поскольку стремительное развитие электронного обеспечения правосудия в отечественном и зарубежном законодательстве не может быть в полном смысле слова идентифицировано с электронным (цифровым) правосудием, требующем самостоятельной модели правовой реализации, то необходимо рассмотреть соотношение электронного обеспечения правосудия и электронного (цифрового) правосудия подробнее.

1. Электронное обеспечение деятельности по отправлению правосудия

Как зарубежное, так и российское законодательство развивается в сторону совершенствования электронной формы судопроизводства и электронного обеспечения деятельности судов, что предполагает реализацию следующих основных направлений.

1.1. Информационная открытость деятельности судов

Информационная открытость деятельности судов обеспечивается путем размещения в Интернете интерактивной поисковой системы, посредством которой можно получить информацию о структуре судебной системы, организации работы судов, штате судей, правовых основах деятельности судов, о находящихся в производстве делах и др. Такая система может предусматривать различный уровень доступа в зависимости от статуса лица: неучастник процесса, участник процесса, работник суда.

Так, в США функционирует электронная служба публичного доступа «Public Access to Court Electronic Records» (PACER), которая позволяет пользователям получать информацию о судебных делах в режиме онлайн из федеральных апелляционных, районных и арбитражных судов. PACER пре-

доставляет доступ для зарегистрированных пользователей к сведениям о судебных делах, пользование указанной системой является платным (\$0,10 за страницу документа). В рамках самой федеральной судебной системы действует система управления делами «Case management / electronic case files» (СМ/ЕСС), PACER является интерфейсом к этой системе для доступа общественности. Система децентрализована, каждый суд имеет собственные серверы и собственную копию программного обеспечения. Каждый суд имеет действующий сервер и отдельные обучающие и тестовые серверы. Тестовый сервер используется для внесения изменений и установки новых версий перед началом работы. Учебный сервер позволяет пользователям узнать, как использовать СМ / ЕСС, не затрагивая реальные дела.

В Сингапуре с 1997 года сначала в рамках пилотного проекта, а затем повсеместно внедрена платформа для подачи документов в суды в электронном виде через Интернет — Electronic Filing System⁴. Платформа обеспечивает электронный реестр и всю систему документооборота Верховного суда и подчиненных судов. Кроме того, с ее помощью все документы, поступающие в суд, подвергаются автоматической проверке на предмет соответствия предъявляемым к такому типу документов требованиям без использования человеческого фактора. Дальнейшая маршрутизация документа разрабатывается также автоматически.

В России отсутствует единая система, через которую обеспечивался бы доступ к информации о судебной деятельности: для судов общей юрисдикции функционирует интернет-портал ГАС «Правосудие» (www.sudrf.ru), для арбитражных судов — информационной система «kad.arbitr.ru». Дальнейшее развитие технического обеспечения судопроизводства предполагает формирование единого судебного портала, включающего картотеку электронных судебных дел и обеспечивающего интеграционное взаимодействие с иными государственными информационными системами, в том числе с федеральной государственной информационной системой «Единый портал государственных и муниципальных услуг (функций)».

1.2. Оптимизация уведомления участников судебного процесса

Оптимизация уведомления заинтересованных лиц о возбуждении и ходе судопроизводства, а также порядка информационного обмена между участниками процесса посредством использования электронных средств связи. Уязвимым элементом судопроизводства остается извещение лиц, участвующих в деле, о возбуждении производства, проведении судебных заседаний

⁴ Available at: <https://www.sicc.gov.sg/forms-and-services/electronic-filing-service> (дата обращения: 29.11.2021)

и совершении процессуальных действий, осуществляемых в ходе судебного разбирательства. Преимущества информирования участников процесса с помощью Интернета, заключающиеся в ускорении и упрощении процесса уведомления, снижении людских и материальных затрат, в полной мере осознается правительствами, продолжающими внедрять информационные технологии в судопроизводство.

Как правило, на законодательном уровне предусматривается возможность подачи любых документов в суд в электронной форме, а также электронный обмен документами между сторонами, судом. Практически везде для электронного взаимодействия требуется отдельное согласие стороны.

В Германии электронный документ может быть отправлен сторонам разбирательства, если они прямо дали согласие на передачу документов электронным способом (п. (3) пар. 174 Гражданского процессуального уложения ФРГ). Полностью электронное взаимодействие установлено между судами и государственными органами и учреждениями. Установлены каналы передачи документов, признаваемые безопасными: через электронную почту; посредством электронного почтового ящика адвоката; через почту органа власти или юридического лица публичного права; посредством других общенациональных каналов передачи, которые гарантируют подлинность и целостность данных.

Правила гражданского судопроизводства Англии также устанавливают возможность направления судебных документов с помощью электронных средств связи (6.23 (5), 6.23 (6)). Детализирующая эти Правила инструкция 6А (пар. 4.1–4.3) уточняет, что документ может быть отправлен по факсу или другим электронным способом, когда: сторона (ее представитель) предварительно сообщила в письменной форме о готовности принимать извещения по факсу или другими электронным средствам и сообщила адрес электронной почты или другую электронную идентификацию; на официальных документах, направленных стороной (ее представителем), указан номер факса или адрес электронной почты. Если сторона намеревается вручить документ с помощью электронных средств (кроме факсимильной связи), следует сначала спросить другую сторону: существуют ли какие-либо ограничения в согласии получателя принимать документы такими средствами.

Следует отметить, что законодательство государств постсоветского пространства — Грузии, Республики Казахстан, Республики Молдова, Украины, Эстонии и др. — также содержит ряд норм, связанных с цифровизацией судопроизводства.

В условиях диспозитивности правоприменительного процесса наблюдается активное использование информационного обмена между сторонами путем электронной связи, что объясняется их равной заинтересованностью в скорейшем устранении правовой неопределенности в правоотношениях.

Подход, при котором электронные каналы связи избираются сторонами добровольно, является более востребованным, нежели навязывание цифровых технологий государственной властью.

Практика судопроизводства в электронном формате распространена в рамках судебных систем таких зарубежных стран, как Австрия, Дания, Италия, Канада, Нидерланды, Саудовская Аравия, Сингапур, США, Швеция, Южная Корея и др. В этих государствах, как правило, на законодательном уровне предусматривается подача любых документов в суд в электронной форме, а также обмен документами между сторонами в электронной форме. Практически везде, за исключением Сингапура, для электронного взаимодействия требуется отдельное согласие стороны.

Согласно российскому законодательству, заявления, жалобы и иные документы также могут быть поданы в суд в форме электронного документа, подписанного электронной подписью или посредством заполнения формы, размещенной на официальном сайте суда в Интернете. Все более широкое распространение получают электронные способы извещения участников процесса: например, в арбитражном процессе после получения первичного извещения в традиционной форме последующее уведомление не производится — соответствующие акты выкладываются на портале, и стороны самостоятельно могут с ними ознакомиться. В гражданском процессе такое правило пока действует только в отношении государственных органов и организаций, но в разрабатываемых ныне законопроектах предлагается распространить такое регулирование и на граждан⁵.

1.3. Внедрение информационных технологий в организацию разбирательства дела по существу

В настоящее время в зарубежных правовых системах компьютерная техника и электронная связь используются для наилучшей организации работы судов, ускорения и упрощения процессуальных действий. В этих целях в государственные суды внедряется система электронного управления делами, обеспечивающая управление информационными потоками: электронную регистрацию дела, определение информации о сторонах, учет входящих и

⁵ Проект федерального закона «О внесении изменений в Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации, Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации, Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации и иные законодательные акты Российской Федерации» в части обеспечения возможности подачи документов в суд и судебного извещения посредством федеральной государственной информационной системы «Единый портал государственных и муниципальных услуг (функций)», участия в судебных заседаниях с использованием систем веб-конференции. Available at: URL: <https://regulation.gov.ru/projects#npa=109498> (дата обращения: 29.11.2021)

исходящих документов, маршрутизацию прохождения дела и контроль за процессуальными сроками, подготовку судебной статистики, обеспечение связи со всеми участниками процесса. Такая платформа позволяет обрабатывать и хранить документы с их регистрацией, оптимизируя процесс судопроизводства в целом. В США, как указано выше, это система «Case management / Electronic case files» — «Управление делами / Электронный архив дел», которая с 2004 года работает во всех федеральных судах.

В настоящее время происходит и автоматизация отдельных видов производств, в рамках которых разрешаются наиболее простые, бесспорные требования по взысканию небольших денежных сумм. Вероятно, автоматизация процесса принятия юридически значимого решения возможна по тем категориям дел, где заранее определены предмет доказывания и доказательства, подтверждающие имеющие значение для дела факты, а функция суда, по сути, сводится к подтверждению и удостоверению. К таким делам в первую очередь относятся дела приказного производства (некоторые ученые производство по вынесению судебного приказа правосудием не считают вовсе, поскольку отсутствует состязательная процессуальная форма, как таковое свободное усмотрение судьи, предусмотрен легкий порядок отмены выданного судебного приказа). При условии заполнения формуляра на сайте суда, приложения к нему необходимых доказательств решение о выдаче приказа может быть принято программой.

Например, в Германии функционирует электронное приказное производство, введение которого стало возможным в условиях сохранения только формальной проверки ходатайства о вынесении судебного приказа на предмет приемлемости предъявляемых к взысканию требований. Заявление о выдаче судебного приказа, содержащее все необходимые условия и требования, заполняется в электронной форме, размещенной в Интернете, при этом допускается возможность исправления ошибок. Повторная проверка заявления на предмет его приемлемости не требуется.

Вместе с тем любые попытки внедрения системы искусственного интеллекта путем полной замены работы судьи по рассмотрению и разрешению споров и конфликтов, оценки доказательств, предъявленных сторонами, едва ли могут быть поддержаны

Использование видеоконференцсвязи в судебных заседаниях — общепризнанная практика в иностранных юрисдикциях. Вместе с тем в странах общего права, где традиционным является суд присяжных, видеоконференцсвязь является исключительным способом участия в судебном заседании, поскольку ее использование не позволяет установить личный контакт с участником процесса.

Примечательно, что организационный по своей сути вопрос о форме участия в судебном заседании оказывает влияние на трансформацию процесса

доказывания, что видно на следующем примере. По общему правилу, при производстве по уголовным делам в Международном уголовном суде (далее — МУС) показания даются свидетелями в судебном заседании лично⁶. Это открывает сторонам возможность гласно и открыто допросить свидетелей, выяснить их ответы на вопросы, предъявить суду оценку надежности показаний свидетеля и т.п., что в целом подкрепляет состязательные начала уголовного судопроизводства в МУС, а также корреспондирует установленным ст. 67(1)(е) Римского статута правам обвиняемого.

Вместе с тем на основании ст. 69 (2) Статута и Правил процедуры и доказывания Судебная палата МУС может распорядиться о воспроизведении показаний свидетеля в той или иной форме, которые были зафиксированы ранее в ходе расследования уголовного дела или в рамках судебного производства. Такое решение может быть принято, например, когда свидетель не в состоянии давать показания по причине болезни, смерти, увечья, возраста и в иных подобных случаях, таких, как уникальная возможность для расследования, предусмотренная ст. 56 Статута. Либо если вопрос касается безопасности участников уголовного судопроизводства в соответствии со ст. 68 Статута.

В частности, исходя из требований ст. 67 Статута, необходимый уровень безопасности может быть достигнут при допросе свидетеля посредством видеоконференцсвязи с использованием технологий изменения голоса свидетеля и демонстрации лишь его силуэта. Более того, при определенных обстоятельствах допрос свидетеля может быть начат в условиях *in camera* и *ex parte*, на что указывает правило 88 Правил процедуры и доказывания. Например, чтобы установить его личность в судебном заседании, но предотвратить возможность обладания информацией о его (ее) личности кем-либо из участников процесса.

Однако разработчики Римского статута также предусмотрели возложение на Судебную палату МУС обязанности в каждом случае принимать решение о воспроизведении показаний свидетеля в его отсутствие либо в связи с принятием мер безопасности участников уголовного судопроизводства, либо учитывая потенциальные риски нарушения прав обвиняемого этим решением, в том числе при соблюдении требований процессуальной экономии. Таким образом, мы наблюдаем стремление разработчиков Статута заложить в качестве его основы требование соблюдения баланса интересов различных участников производства по уголовному делу, а равно сторон (в том числе потерпевшей стороны) независимо от формы организа-

⁶ Prosecutor v. Lubanga. ICC Trial Chamber Decision on the Prosecution's application for admission of four documents from the bar table pursuant to Article 64(9). 20 January 2011. ICC-01/04-01/06-2662. Para 13.

ции разбирательства дела. В любом случае подсудимый приобретает право в каждой подобной ситуации высказать суду свое отношение к изложенным показаниям, а также привести контрдоводы в пользу своей интерпретации событий. Необходимо также иметь в виду положения ст. 64(6)(b) Статута, которая раскрывает полномочие МУС обращаться за помощью к конкретному государству с целью обеспечения явки лица в судебное заседание⁷, в том числе посредством видеоконференцсвязи⁸ на основании ст. 93(1)(b) Статута [Broomhall B., 2003: 158], если того требуют интересы безопасности и комфорта свидетеля⁹.

Применительно ко всем описанным выше способам представления в МУС сведений весьма интересен опыт его предшественника в лице Международного трибунала по бывшей Югославии (МТБЮ) [Dutton Y., 2012: 1293–1294], который первым внес градацию доказательств по их силе в зависимости от формы представления, что явилось отражением инквизиционной модели построения процесса доказывания на современном этапе. Так, по делу *Prosecutor v. Tadić* было установлено, что доказательственная ценность показаний, предъявленных по видеоконференцсвязи, хотя и является более весомой, чем показания, полученные в результате подачи письменных документов, т.е. в отсутствие лица, но не может быть столь же весомой, как показания, представленные в зале судебного заседания лично¹⁰. Эта градация воспринята и в рамках регламентации процесса доказывания в МУС как наследника международных трибуналов.

В соответствии с установленной градацией указанные выше доказательства будут по-разному оцениваться в процессе рассмотрения дела в МУС по существу. Другими словами, МУС при разрешении дела, скорее всего, отдаст предпочтение показаниям, которые были даны непосредственно в рамках судебного заседания, и, напротив, при наличии «лучшего» доказательства, не станет обосновывать решение, скажем, письменными показаниями, не подтвержденными лично тем или иным лицом.

⁷ *Prosecutor v. Ruto et al.* ICC Trial Chamber Decision on Prosecutor's Application for Witness Summonses and resulting Request for State Party Cooperation. 17 April 2014. ICC-01/09-01/11-1274-Corr2. Para 100, 193.

⁸ *Prosecutor v. Ruto et al.* ICC Appeal Chamber Judgment on the appeals of William Samoei Ruto and Mr Joshua Arap Sang against the decision of Trial Chamber V (A) of 17 April 2014 entitled 'Decision on Prosecutor's Application for Witness Summonses and resulting Request for State Party Cooperation'. 9 October 2014. ICC-01/09-01/11-1598.

⁹ *Prosecutor v. Bemba.* ICC Trial Chamber Public redacted decision on the 'Prosecution request to hear Witness CAR-OTP-PPPP-0036's testimony via video-link'. 3 February 2012. ICC-01/05-01/08-2101-Red2. Para 7.

¹⁰ *Prosecutor v. Tadić.* ICTY Trial Chamber II Decision on the Defence Motions to Summon and Protect Defence Witnesses and on the Giving of Evidence via Video-link. 25 June 1996. Case No. IT -94-1. Para. 21.

В данном преломлении структуры доказывания по существу можно вести речь о возрождении на современном этапе идеи классификации доказательств по их силе, которая была присуща инквизиционной форме уголовного судопроизводства. Такое регулирование не противоречит международно-признанным стандартам в области производства уголовных дел, равно как и требованиям состязательности. Напротив, вышесказанное свидетельствует в пользу реальной возможности сочетания состязательных и следственных начал, причем на более высоком уровне — в рамках модели построения цифрового процесса доказывания и организации судебной деятельности.

Качественно новым этапом в информатизации процесса отправления правосудия является создание и функционирование полностью электронных судов. Так, официально созданный в августе 2017 года Интернет-суд города Ханчжоу в Китае — один из первых судов в Китае, который рассматривает дела исключительно через Интернет, к его компетенции относятся споры по поводу интеллектуальной собственности в Интернете¹¹.

На более широкое применение новейших технологий в отечественном судопроизводстве направлены разрабатываемые в настоящее время законодательные инициативы в части совершенствования взаимодействия участников процесса путем использования информационных технологий по следующим основным направлениям: дистанционное обращение в электронной форме в суд через личный кабинет участника судебного процесса; дистанционное получение судебных повесток и иных судебных извещений в личном кабинете участника процесса; дистанционное получение там же судебных актов и их копий в электронном виде; внедрение в работу судов допуска лиц к участию в судебных заседаниях через веб-конференцию, позволяющую дистанционно участвовать в судебном заседании в режиме реального времени без необходимости явки в суд посредством аутентификации гражданина по его биометрическим персональным данным)¹².

В целом ныне в России наиболее активно электронные технологии используются в арбитражном процессе, в меньшей степени — в гражданском, административном и уголовном, что во многом обусловлено различием в техническом обеспечении судов общей юрисдикции и арбитражных судов, а

¹¹ Available at: URL: <https://www.netcourt.gov.cn/?lang=En> (дата обращения: 29.11.2021)

¹² Проект федерального закона «О внесении изменений в Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации, Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации, Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации и иные законодательные акты Российской Федерации» в части обеспечения возможности подачи документов в суд и судебного извещения посредством федеральной государственной информационной системы «Единый портал государственных и муниципальных услуг (функций)», участия в судебных заседаниях с использованием систем веб-конференции. Available at: URL: <https://regulation.gov.ru/projects#npa=109498> (дата обращения: 29.11.2021)

также спецификой субъектных составов дел, рассматриваемых в указанных процессуальных порядках. В связи с этим перспективна смена акцентов в правовом регулировании — использование традиционных средств только в случаях отсутствия технических возможностей доступа к электронным средствам коммуникации при условии добровольно выраженного согласия заинтересованных лиц на электронные способы взаимодействия.

Указанные реализованные подходы и предлагаемые нововведения призваны лишь модернизировать форму отправления правосудия новыми возможностями осуществления тех же действий (идентификации лиц, участвующих в деле, извещения, участия в судебном заседании и др.), не меняя сущностных характеристик судопроизводства.

Сегодня формируется новая цифровая сфера общественных отношений, требующая не только новеллизации материального законодательства, но и адаптации судебной системы к меняющимся реалиям. Электронное (цифровое) правосудие сущностно отличается от использования информационных технологий для совершенствования формы судопроизводства. Отметим, что словосочетание «цифровое правосудие» в большей степени соответствует вектору развития государства и общества. Содержательное отличие цифрового правосудия заключается в том, что оно влияет не только на процесс модификации формы судопроизводства, но и на состав субъектов доказывания, правила оценки доказательств и прочее. При этом в рамках данных преобразований надлежит в первую очередь определить соотношение понятий «цифровое правосудие» и «справедливость».

2. Проблемы обеспечения справедливости и безопасности электронного (цифрового) правосудия

Деятельность государства, связанная с рассмотрением дела о правонарушении или с правовым спором, в том числе с принятием решения по нему, определяет содержание юрисдикционной сферы деятельности органов государственной власти, поскольку правосудие как основное направление деятельности судебной власти является наиболее совершенным средством правовой охраны интересов государства и человека [Кузурманова И.В., 2011: 37–40]; [Максютин М.Н., 2008: 63].

Исходя из того, что основная функция судебной власти связана с осуществлением правосудия и суд призван восстанавливать право при нарушении закона, такую власть важно рассматривать не только как отдельную часть государственного механизма, а как власть, подтверждающую справедливость государственной организации общества.

Этому, в частности, призвана способствовать цифровая трансформация юрисдикционной сферы, направленная на обеспечение доверия к цифро-

вым записям, а также на установление соответствующего режима сбора и хранения цифровых доказательств программами. Такие программные решения должны учитывать особенности регулирования цифровых правоотношений в материальном законодательстве и фиксации юридических фактов, что, среди прочего, потребует разработки специальных правил процессуального доказывания.

Цифровизация материальных правоотношений закладывает основу для трансформации институтов доказательственного права, например, в части механизмов определения достоверности, допустимости и юридической силы цифровых доказательств, методов их исследования и оценки судом, но достижения в сфере развития электронных форм судебного производства, как представляется, пока не смогут решить проблемы цифрового доказывания в силу их привязанности к традиционным формам (электронная подпись — собственноручная подпись, протокол в письменной форме — аудио- и видеопротokolирование и пр.). Данное обстоятельство имеет ключевое значение для надлежащего качества «правосудия будущего», которое должно быть связано с возрастающей ролью суда в поддержании баланса между человеком, обществом и государством. При этом повышение качества судебных актов за счет использования цифровых технологий должно рассматриваться как фактор, определяющий формирование этого баланса. Исходя из этого на данном этапе важно определить в качестве основы цифрового правосудия его фундаментального начала достижение «цифровой» справедливости.

Справедливость — основополагающая составляющая «естественного права», которое принадлежит человеку от рождения. Она определяет сущность права и является его основой [Саксонов А.В., 2016: 37]. Способность права быть выразителем идеи справедливости (право — нормативно закрепленная и реализованная справедливость [Лившиц Р.З., 1994: 69]) самым тесным образом связана с самой идеей правосудия. А.Ф. Кони уже более ста лет назад указывал на то, что правосудие не может быть отрешено от справедливости [Исаев И.А., 1994: 51], т.е. входить в противоречие с этим фундаментальным положением.

Существенное влияние на снижение потенциала такого противоречия может оказать использование цифровых технологий, призванных минимизировать влияние человеческого фактора в процессе принятия правовых решений. Важно, чтобы любая современная цифровая технология, предлагающая решение по существу дела, была способна тестировать весь массив ранее принятых юридически значимых решений с учетом того, что заложенная в них модель соответствует ценностным основам правосудия.

Уже сегодня технологии наиболее точным образом предсказывают исход большинства дел, рассматриваемых судами. Так, интересен опыт иностранных частных компаний, в рамках которых начинает реализовываться потенциал новейших технологий и даже искусственного интеллекта. Ярким

примером тому может служить платформа LexMachina, которая принадлежит компании LexisNexis, позволяющая предсказывать исход судебного разбирательства, а также платформа Westlaw Edge компании Thomson Reuters. Делается это путем автоматического сбора и анализа размещенной в Интернете информации о судебных разбирательствах, судьях, адвокатах, сторонах и самих делах.

Известны поражающие примеры программ по использованию искусственного интеллекта, построенного по технологии deep learning (глубокое обучение) с целью предсказать результаты решений Европейского суда по правам человека¹³. Получив доступ к доказательствам в рамках того или иного дела, технологии оценивали их в соответствии с заданными параметрами с точностью вердиктов порядка 79% из 584 рассмотренных дел [Aletras N., Tsarapatsanis D., Preotiuc-Pietro D., Lampos V., 2016: 93].

В результате аналогичного американского эксперимента исследователи разработали «умную» программу, которой было дано задание посредством алгоритмов проанализировать судебные решения Верховного Суда США за период с 1816 по 2015 гг. Данная программа обнаружила связь между обстоятельствами дел и принятыми по ним решениями и точно предсказала исход более 70% из 28 000 рассмотренных дел¹⁴.

Во Франции возможность использования роботов-программ в правосудии была включена в повестку реформирования национальной судебной системы. На первом этапе это затронет более 2,5 млн. дел¹⁵. Внедрение цифровых технологий сопровождается мерами безопасности как технологического, так и правового характера. Например, введена уголовная ответственность за использование результатов анализа судебной практики, позволяющего спрогнозировать, какое решение по делу может вынести судья. В отличие от США и Великобритании, где судьи приняли как свершившийся факт, что юридические компании, занимающиеся искусственным интеллектом, анализируют их решения до мельчайших деталей, а затем создают модели поведения в будущем, во Франции решили это искоренить¹⁶. Новая ст. 33 Закона № 2019-222 от 23.03.2019 о программировании и реформе правосудия на 2018–2022 годы гласит: никакие данные, касающиеся судей или судебных

¹³ Available at: <https://www.independent.co.uk/life-style/gadgets-and-tech/news/ai-judge-robot-european-court-of-human-rights-law-verdicts-artificial-intelligence-a7377351.html> (дата обращения: 29.11.2021)

¹⁴ Available at: <http://www.sciencemag.org/news/2017/05/artificial-intelligence-prevails-predicting-supreme-court-decisions> (дата обращения: 29.11.2021)

¹⁵ Available at: <https://www.humanite.fr/reforme-belloubet-des-logiciels-la-place-des-juges-mirage-de-la-justice-predictive-654139> (дата обращения: 29.11.2021)

¹⁶ Available at: <https://www.artificiallawyer.com/2019/06/04/france-bans-judge-analytics-5-years-in-prison-for-rule-breakers/> (дата обращения: 29.11.2021)

секретарей, не могут быть подвергнуты повторному использованию с целью или в результате оценки, анализа или прогнозирования их фактической или предполагаемой профессиональной практики¹⁷.

Также по мере внедрения цифровых технологий периодически возникают вопросы о возможной фальсификации той либо иной информации в ходе расследования и судебного разбирательства дела. При недобросовестности следователя или судьи необходимо исключить возможность внесения в электронный документ изменений и дополнений [Вехов В.Б., 2008: 298–299] как путем установления запрета на изменение электронной информации, используемой в доказывании по делу, так и надежной защиты цифровых документов от возможной модификации.

Философия обеспечения положительного баланса в части внедрения указанных технологий и возможных издержек данного процесса должна строиться на основе минимизации риска подмены электронных данных. Это обстоятельство может рассматриваться в качестве залога обеспечения справедливости в правоприменительной деятельности в России, поскольку развитие технологий значительно опережает осмысление духовно-нравственных и социальных последствий их применения. Поэтому одной из главных задач для современных юристов станет решение проблемы внедрения в новые системы машиночитаемого права таких алгоритмов, которые способны оценивать наличие в тексте нормативного акта «духа права» (т.е. идей, отражающих справедливость).

Например, в 2018 г. Европейская Комиссия по эффективности правосудия (СЕПЕJ) Совета Европы впервые приняла документ «European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment» (далее — Хартия), устанавливающий этические принципы использования искусственного интеллекта в судебных системах и при урегулировании споров: принцип уважения основных прав; принцип недискриминации; принцип качества и безопасности; принцип прозрачности, беспристрастности и справедливости; принцип «под контролем пользователя»¹⁸.

Создание надлежащей правовой основы использования искусственного интеллекта и определение границ автоматизированной обработки информации с сохранением подконтрольности решения судье, в том числе определение оснований для отказа в его исполнении по причине неисправностей,

¹⁷ Available at: https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2019/3/23/2019-222/jo/article_33 (дата обращения: 29.11.2021)

¹⁸ European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment was adopted at the 31st plenary meeting of the CEPEJ (Strasbourg, 3-4 December 2018). Available at: <https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/196205/COUNCIL%20OF%20EUROPE%20-%20European%20Ethical%20Charter%20on%20the%20use%20of%20AI%20in%20judicial%20systems.pdf> (дата обращения: 29.11.2021)

несанкционированного внешнего воздействия и др., являются необходимыми условиями, позволяющими обеспечить соблюдение прав человека в условиях делегирования функции разрешения споров искусственному интеллекту.

Это означает, что уже на этапе разработки программного обеспечения должны быть полностью интегрированы нормы, запрещающие прямые или косвенные нарушения основополагающих ценностей, охраняемых правом национального и международного уровней, в том числе Конституцией Российской Федерации, Конвенцией о защите прав человека и основных свобод (1950) и иными международными договорами, внутренним законодательством. Учитывая способность информационных технологий выявлять существующие различия путем группировки или классификации данных, относящихся к отдельным лицам или группам лиц, следует предотвратить риски воспроизведения и усугубления такой дискриминации.

Так, ст. 2 Хартии гласит, что дискриминация может включать предполагаемое расовое или этническое происхождение, социально-экономическое происхождение, политические взгляды, религиозные или философские убеждения, членство в профсоюзах, генетические данные, биометрические данные, данные о здоровье или о сексуальной жизни или сексуальной ориентации. При выявлении такой дискриминации необходимо рассмотреть вопрос о корректирующих мерах по ограничению или, по возможности, нейтрализации этих рисков, а также о повышении осведомленности заинтересованных сторон¹⁹.

Сторона должна быть информирована, что итоговое решение обязательно для исполнения при одновременном сохранении права на доступ к правосудию с тем, чтобы дело могло быть рассмотрено непосредственно судьей по смыслу ст. 6 Европейской конвенции.

В связи с этим особенно важны требования сохранения контроля со стороны судьи, создание возможности пересматривать автоматизированные решения и обеспечение доступа к массиву данных, используемого для автоматизированного разрешения дела.

Заключение

Будущее правового регулирования, связанного с осуществлением судебной деятельности в условиях цифровизации, предполагает развитие двух направлений, требующих самостоятельной оценки. Первое, активно развивающееся в настоящее время, являет собой разработку механизмов и способов упрощения, ускорения судебного разбирательства с помощью при-

¹⁹ Ibid.

менения информационных технологий как аналога традиционных средств осуществления процессуальных действий, таких как электронное судебное извещение, электронная форма доказательств, электронное судебное дело, дистанционное участие в судебных заседаниях и др.

Второе направление развития правосудия в цифровую эпоху, обладая значительным потенциалом, на современном этапе требует решения целого спектра задач, в первую очередь связанных с обеспечением справедливости и безопасности. Цифровое правосудие не тождественно понятию электронного обеспечения судебной деятельности, так как предполагает не простую смену формы процесса, но также меняет его в сущностном отношении, делегируя функцию по отправлению правосудия цифровым технологиям. Данное обстоятельство, с одной стороны, требует разработки и внедрения в машиночитаемое право категории справедливости, что предполагает создание специальных информационно-аналитических программных систем, учитывающих базовые ценности национального и международного права.

С другой стороны, внедрение данных технологий должно сопровождаться дополнительными мерами безопасности как технологического, так и правового характера, в частности, путем создания надлежащей правовой основы определения границ автоматизированной обработки информации с сохранением возможности пересмотра принятого решения судьей, в том числе определение оснований для отказа в его исполнении по причине технических неисправностей, несанкционированного внешнего воздействия и др.

Другими словами, независимо от формы и возможных программных решений, человек должен оказываться в центре внимания правоприменителя. Использование цифровых технологий должно рассматриваться в качестве инструмента достижения целей правосудия, который максимально способствует исключению возможности принятия противоправного (неправосудного) решения по делу под «прикрытием» соблюдения юридической формы.

Таким образом, цифровизация правосудия призвана способствовать дальнейшему развитию признанных международным сообществом принципов равноправия и состязательности процесса, облегчать доступ к правосудию, обеспечивать его справедливость и эффективность.



Список источников

1. Вехов В.Б. Основы криминалистического учения об исследовании и использовании компьютерной информации и средств ее обработки. Волгоград: Академия МВД России, 2008. 404 с.
2. Исаев И.А. История государства и права России. М.: Юрист, 1994. 432 с.
3. Колоколов Н.А. (ред.) Теория уголовного процесса: состязательность. М.: Юрлитинформ, 2013. Ч. I. 368 с.

4. Кузурманова И.В. Административно-юрисдикционная деятельность: системная декомпозиция // Административное право и процесс. 2011. № 1. С. 37–40.
5. Кучеров И.И. Слагаемые финансовой безопасности и ее правовое обеспечение // Журнал российского права. 2017. № 6. С. 69–79.
6. Лившиц Р.З. Теория права. М.: БЕК, 1994. 224 с.
7. Максютин М.Н. Теория юрисдикционного процесса. Кн. 1. М.: Изд-во Московского психолого-социального института, 2008. 224 с.
8. Медведев Р.Ф. Проблемы правового регулирования цифровизации в современных условиях // Законность. 2018. № 9. С. 14–15.
9. Поветкина Н.А., Леднева Ю.В. «Финтех» и «регтех»: границы правового регулирования // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 2. С. 46–67.
10. Решетняк В.И., Смагина Е.С. Информационные технологии в гражданском судопроизводстве (российский и зарубежный опыт). М.: Городец, 2017. 304 с.
11. Саксонов А.В. Право — искусство добра и справедливости // Вопросы студенческой науки. 2016. № 1. С. 36–38.
12. Хабриева Т.Я., Черногор Н.Н. Право в условиях цифровой реальности // Журнал российского права. 2018. № 1. С. 85–102.
13. Хажипов Р.Х. Роль права и нравственности в реализации сущностных сил человека: дис. к.ф.н. Уфа, 1990. 186 с.
14. Aletras N., Tsarapatsanis D., Preoțiuc-Pietro D., Lampos V. Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective. *Peer Journal Computer Science*, 2016, no. 2, pp. 93–97.
15. Broomhall B. *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*. Oxford: Oxford Univ. Press, 2003, 215 p.
16. Dutton Y. Virtual Witness Confrontation in Criminal Cases: A Proposal to Use Videoconferencing Technology in Maritime Piracy Trials. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2012, no. 5, pp. 1283–1340.
17. Khabrieva T.Y., Lebedev V.M. *Justice in modern world*. Moscow: Statut, 2019, 688 p.



References

1. Aletras N., Tsarapatsanis D. et al. (2016) Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a natural language processing perspective. *Peer Journal Computer Science*, no. 2, pp. 93–97.
2. Broomhall B. (2003) *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*. Oxford: Univ. Press, 215 p.
3. Dutton Y. (2012) Virtual Witness Confrontation in Criminal Cases: A Proposal to Use Videoconferencing Technology in Maritime Piracy Trials. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, no. 5, pp. 1283–1340.
4. Isaev I.A. (1994) *History of State and Law of Russia*. Moscow: Yurist, 432 p. (In Russ.).
5. Khabrieva T.Y., Chernogor N.N. (2018) The law in digital reality. *Zhurnal rossiyskogo prava* = Journal of Russian Law, no. 1, pp. 85–102. (In Russ.).
6. Khabrieva T.Y., Lebedev V.M. (2019) *Justice in modern world*. Moscow: Statut, 688 p.
7. Khazhipov R.H. (1990) The role of law and morality in the implementation of the essential forces of man. Candidate of Philosophical Sciences Thesis. Ufa, 1990. 186 p. (In Russ.).

8. Kolokolov N.A. (2013) *Theory of Criminal Procedure: Competitiveness. Part I*. Moscow: Urlitinform, 368 p. (In Russ.).
 9. Kuchеров I.I. (2017) Elements of the Financial Security and its Legal Support. *Zhurnal rossiyskogo prava* = Journal of Russian Law, no. 6, pp. 69–79. (In Russ.).
 10. Kuzurmanova I.V. (2011) Administrative activities: system decomposition. *Administrativnoe pravo i process* = Administrative Law and Process, no. 1, pp. 37–40. (In Russ.).
 11. Livshits R.Z. (1994) *Theory of Law*. Moscow: BEK, 224 p. (In Russ.).
 12. Maksyutin M.N. (2008) *Theory of the jurisdictional process*. Moscow: MPSI, 224 p. (In Russ.).
 13. Medvedev R.F. (2018) Legal regulation of digitalization under modern conditions. *Zakonnost'* = Legality, no. 9, pp. 14–15. (In Russ.).
 14. Povetkina N.A., Ledneva Y.V. (2018) Fintekh and Redtekh: Boundaries of Legal Regulation. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki* = Law. Journal of the Higher School of Economics, no. 2, pp. 46–67. (In Russ.).
 15. Reshetnyak V.I., Smagina E.S. (2017) *Information technologies in civil proceedings (Russian and foreign experience)*. Moscow: Gorodets, 304 p. (In Russ.).
 16. Saksonov A.V. (2016) Right, the art of goodness and justice. *Voprosy studentcheskoi nauki* = Issues of Student Studies, no. 1, pp. 36–38. (In Russ.).
 17. Vekhov V.B. (2008) *Fundamentals of forensic doctrine of the study and use of computer information and means of its processing*. Volgograd: MVD, 404 p. (In Russ.).
-

Информация об авторах:

О.А. Степанов — доктор юридических наук, главный научный сотрудник, профессор.

Д.А. Печегин — кандидат юридических наук, старший научный сотрудник.

М.О. Дьяконова — кандидат юридических наук, старший научный сотрудник.

Information about the authors :

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

D.A. Pechegin — Candidate of Science (Law), Senior Researcher.

M.O. Diakonova — Candidate of Science (Law), Senior Researcher.

Статья поступила в редакцию 09.07.2020; одобрена после рецензирования 20.05.2021; принята к публикации 16.09.2021.

The article was submitted 09.07.2020; approved after reviewing 20.05.2021; accepted for publication 16.09.2021.

Научная статья

УДК: 342.4

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.5.24.47

Идеология конституционных поправок 2020 г. в сфере социального и экономического развития



Светлана Викторовна Масленникова

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Москва, Россия, masslo@yandex.ru, svasilieva@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0002-5727-7348>



Аннотация

В статье исследуется содержание понятий «идеология», «идеологическая функция Конституции», «конституционные ценности», «традиции». Автор отмечает, что идеология в Конституции Российской Федерации выражается в регулирующем потенциале ее идеологической функции, а также отражается в конституционном тексте в виде ценностей, мировоззренческих ориентиров, политико-правовой философии устройства государства и общества. Конституционные ценности могут расцениваться как общезначимые, универсальные ориентиры, а могут интерпретироваться с учетом конституционной идентичности, самобытности. Одним из свойств конституционных ценностей является их традиционность. Традиция как устойчивый концепт или парадигма развития государства и общества определяет объем и содержание конституционных ценностей, задает значение наполнению конституционного текста. Конституционные поправки 2020 года в сфере социального и экономического развития насыщают идеологическую основу устройства государства и общества, показывают мировоззренческие ориентиры для текущего правового регулирования и правоприменения. При интерпретации положений о поддержании гражданского мира и согласия, гарантировании взаимного доверия государства и общества, формировании социальной справедливости и партнерства, об обеспечении экономической, политической и социальной солидарности, создании условий для устойчивого экономического роста, повышении благосостояния граждан, уважении человека труда автор ориентировался на указание в самой Конституции Российской Федерации на приверженность традициям и сохранение памяти предков. В статье сделан вывод, что полное отрицание идей советского социалистического устройства и их неприятие Конституцией Российской Федерации 1993 г. не могло не привести через определенное время к желанию вновь вернуться к идеологическим

смыслам некоторых правовых институтов и категорий, важность которых для будущего развития государства и общества, очевидно, была недооценена на начальном этапе в постсоветской России. При использовании социально-политического, грамматического и историко-политического толкования норм в статье рассмотрены современные интерпретации конституционных положений о социальном и экономическом развитии государства и общества с учетом советской традиции.



Ключевые слова

конституция, идеология, традиция, поправки, идеологическая функция конституции, социальное развитие, экономическое развитие

Благодарности: статья подготовлена при работе над проектом «Партнерские и конкурентные правоотношения между предпринимателями и органами власти: анализ и моделирование», поддержанным факультетом права Национального исследовательского университета «Высшей школы экономики» в 2021 г. В статье использованы источники, размещенные в СПС «Консультант Плюс».

Для цитирования: Масленникова С.В. Идеология конституционных поправок 2020 г. в сфере социального и экономического развития // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 5. С. 24–47. DOI: 10.17323/2072-8166.2021.5.24.47.

Research article

Ideology of Constitutional Amendments of 2020 in the Sphere of Social And Economic Development



Svetlana V. Maslennikova

HSE University, Moscow, Russia, masslo@yandex.ru, svasilieva@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0002-5727-7348>



Abstract

The article explores the content of the concepts: “ideology”, “ideological function of the Constitution”, “constitutional values”, “traditions”. The author notes that ideology in the Constitution is expressed in the regulatory potential of its ideological function, and is also reflected in the constitutional text in the form of values, ideological guidelines, a certain political and legal philosophy of the structure of the state and society. Constitutional values can be regarded as universally valid, universal guidelines, and can be interpreted taking into account constitutional identity, national feature. One of the properties of constitutional values is their traditionality. Tradition as a stable concept or paradigm of the development of the state and society determines the scope and content of constitutional values, sets the meaning of the content of the constitutional text. The 2020 constitutional amendments in the sphere of social and economic development saturate the ideological basis of the structure of the state and society, they show ideological guidelines for current legal regulation and law enforcement. When interpreting the provisions on maintaining civil peace and

harmony, guaranteeing mutual trust between the state and society, forming social justice and partnership, ensuring economic, political and social solidarity, creating conditions for sustainable economic growth, improving the welfare of citizens, and respecting the human labor, the author focused on the indication in the Constitution of the Russian Federation itself on adherence to traditions and preserving the memory of ancestors. The article concludes that the complete denial of the ideas of the Soviet socialist system and their rejection by the Constitution of the Russian Federation in 1993 could not but lead after a certain time to the desire to return to the ideological meanings of some legal institutions and categories, the importance of which for the future development of the state and society, obviously, was underestimated at the initial stage in post-Soviet Russia. When using socio-political, grammatical and historical-political interpretation of norms, the article presents modern interpretations of constitutional provisions on the social and economic development of the state and society, taking into account the Soviet tradition.

Keywords

constitution, ideology, tradition, amendments to the constitution, ideological function of the constitution, social development, economic development

Acknowledgments: the publication was prepared during elaborating project “Partner and competition legal relations between entrepreneurs and power bodies: analysis and modeling” supported by Law Faculty of the HSE in 2021. In the paper were used sources from SPS Consultant Plus.

For citation: Maslennikova S.V. Ideology of Constitutional Amendments of 2020 in the Sphere of Social and Economic Development. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, 2021, no. 5, pp. 24–47. (In Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2021.5.24.47.

Введение

Предметом исследования в настоящей статье являются концептуальные понятия, позволяющие определить устройство государства и общества на основе Конституции Российской Федерации с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020 г. Можно ли считать положения в сфере социального и экономического развития, установленные в ходе конституционной реформы 2020, ценностями и мировоззренческими ориентирами? Развивают ли они регуляционное воздействие идеологической функции Конституции? Допустимо ли говорить, что конституционные ценности в настоящее время содержательно наполняются с учетом идеологии советского прошлого? Для ответа на эти вопросы в настоящей статье выявляются сущности таких понятий, как идеология, конституционные ценности, идеологическая функция Конституции, традиции. Автор также сопоставляет содержание конституционных поправок 2020 г. в сфере социального и экономического развития с аналогичными, похожими, близкими по смыслу правовыми институтами и категориями советского периода с тем, чтобы выявить их идеологическое значение, определить направления их современной конституци-

онно-правовой интерпретации. Предмет исследования настоящей статьи не ограничивается теоретической частью. Для понимания практической стороны реализации конституционных поправок 2020 г. рассматриваются общественные отношения в сфере социального и экономического развития.

Гипотеза, которую предполагается подтвердить в настоящей статье, состоит в следующем: поправки к Конституции 2020 г. в сфере социального и экономического развития на современном этапе насыщают идеологическую основу устройства государства и общества, показывают мировоззренческие ориентиры для текущего правового регулирования и правоприменения. Кроме того, предполагается, что конституционно-правовая интерпретация поправок к Конституции РФ 2020 г. требует обращения к идеологическим смыслам ряда правовых институтов и категорий советского периода.

В настоящей статье использованы методы анализа и синтеза при исследовании мнений различных ученых и практиков относительно понимания идеологии, конституционных ценностей, идеологической функции Конституции, традиций. Использовались также различные методы логического мышления для познания сущностей. Эти методы позволили выявить содержательное значение указанных понятий. Автор исследовала позиции ученых различных сфер знаний: юриспруденции, политологии, социологии для уяснения подходов к пониманию идеологии и ценностей. Благодаря этому исследование носит междисциплинарный характер. В статье также использовался формально-юридический метод для анализа правовых актов. Сравнительно-правовой метод был привлечен в целях сопоставления идеологических смыслов правовых институтов и категорий, установленных конституционными поправками 2020 г., и аналогичных, похожих, близких им институтов и категорий советского периода. При конституционно-правовой интерпретации положений о поддержании гражданского мира и согласия, гарантировании взаимного доверия государства и общества, формировании социальной справедливости и партнерства, об обеспечении экономической, политической и социальной солидарности, создании условий для устойчивого экономического роста, повышении благосостояния граждан, уважении человека труда использовались методы толкования норм права: социально-политическое, грамматическое и историко-политическое.

1. Понимание идеологии и идеологической функции Конституции Российской Федерации

1.1. Общее понимание идеологии

Любая конституция как акт, регулирующий наиболее важные общественные отношения в сфере государственного устройства, включает в своем со-

держании ту или иную идеологию. Что следует понимать под идеологией применительно к характеристике текста конституции? Идеология — это система взглядов и позиций, в которых выражаются отношение к определенной действительности, интересы, цели, намерения, умонастроения людей, классов, партий, субъектов политики и власти тех или иных эпох, поколений, общественных движений, вплоть до мировоззрения, умонастроений и жизненных ориентиров их носителей¹. Это понятие идеологии в узком смысле. В советских конституциях такая идеология воплощалась в положениях о социалистическом государственном строе, о социально-экономических правах и свободах, об организации органов на основе принципа полновластия советов народных депутатов и др.

Действительно, идеология, признаваемая государственной, определяет систему идеалов и ценностей для политики, к которой политика должна стремиться. «Политика идеологична по самой своей сути как стремление управлять, контролировать во имя определенной идеи, замысла, тех или иных интересов и целей... Необходимое взаимодействие идеологии и политики может перерасти в избыточное, агрессивное проникновение идеологии в политику, что обычно связано с идеологизацией и других сфер государства и общества прежде всего правовой, экономической и социальной». Нежелательным для государства и общества итогом чрезмерной идеологизации различных сфер жизни, включая конституционное регулирование, является гиперидеологизация — характерная черта авторитаризма².

В настоящее время согласно ч. ст. 13 Конституции 1993 г. государственную или обязательную идеологию устанавливать запрещено. Норма о недопустимости государственной или обязательной идеологии стала реакцией на политику социалистического государства, от которой было решено отказаться. В результате, как отмечает М.Д. Валовая, слово «идеология» в последние годы исчезло из нашего обихода, затравленное как «позорное наследие старого режима», будто слово «идеология» может быть употребимо лишь с прилагательным «коммунистическая». По мнению указанного автора, идеологическую государственную программу в России заменили разглагольствованиями на тему рынка и демократии. «Самым популярным словом конца XX века стало слово «демократия». Если раньше все пути у нас вели к коммунизму, то теперь повели к демократии... Период разочарований наступил в тот самый момент, когда завышенные ожидания не оправдались и появились первые разговоры о важности «собственного пути» [Валовая М.Д., 2010: 118–120]. Появились тезисы о необходимости исходить из специфи-

¹ См.: Политология. Энциклопедический словарь / ред. и сост. Ю. И. Аверьянов. М., 1993. С. 114.

² Там же. С. 112, 115.

ки политической истории, разговоры о «суверенной» демократии, которые, увы, заменой государственным идеологическим концепциям не являются.

1.2. Понимание идеологической функции Конституции Российской Федерации

Несмотря на ч. 2 ст. 13 Конституции, в конституционном праве как отрасли права и науки слово «идеология» продолжало использоваться при анализе общественных отношений. В постсоветский период и до настоящего времени «идеология» не исчезла из учебной и научной литературы, поскольку идеологическая функция Конституции признается одной из важнейших форм, показывающих воздействие Основного закона на статус и развитие государства и общества. Так, по мнению Н.В. Витрука, идеологическая функция дает представление о выраженной в Конституции определенной идеологии в сжатом, спрессованном виде, которая играет воспитательную роль в отношении субъектов права. Эту функцию Н.В. Витрук еще называет духовно-идеологической и утверждает, что Конституция является идеологическим документом, в котором выражается определенное мировоззрение, закрепляется определенная политика. Эта функция раскрывает воздействие Конституции в сфере духовной жизни общества, в формировании политического и правового сознания народа, в утверждении принципов социальной, расовой, национальной и религиозной терпимости [Витрук Н.В., 2009: 117, 127].

1.3. Понимание идеологии в конституционно-правовом смысле

Интерпретация содержательного воздействия на общественные отношения через идеологическую функцию Конституции РФ позволяет рассматривать «идеологию» в широком смысле. Так, С.А. Авакьян отмечает, что идеологическая функция Конституции может заключаться в закреплении постулатов какого-то политического учения. «Однако в ином плане конституция просто не может не быть идеологическим — в смысле мировоззренческим — документом. Ведь практически каждое ее слово, все закрепленные в конституции институты выражают видение желаемой социально-политической системы страны... каждая конституция закрепляет свою систему общественных ценностей (в какой мере они отражают общечеловеческие идеалы — это другой вопрос) и нацелена на то, чтобы на ее основе формировались соответствующие воззрения каждого члена общества» [Авакьян С.А., 1997: 14, 15].

Позиция об идеологической функции конституции находит отражение и в размышлениях политологов о ее возможной роли в политико-государ-

ственном проектировании как специфической деятельности, направленной на сознательное изменение политико-государственной и политико-правовой реальности в соответствии с установленными теми или иными политическими акторами, целями и ценностями. В частности, М.В. Вилисов размышляет о том, что конституция «должна выполнять одновременно и функцию отражения общественного консенсуса (функцию общественного договора), и функцию организации и движения — функцию проектирования будущего» [Вилисов М.В., 2010: 85, 87].

Таким образом, идеология в конституционно-правовой интерпретации понимается как содержание одного из направлений регулирующего потенциала Основного закона — идеологической функции и(или) как отражение в конституционном тексте ценностей, мировоззренческих ориентиров, определенной политико-правовой философии устройства государства и общества.

В каждой национальной конституции провозглашается некоторый набор ценностей, определяющий значение ее положений. Учитывая отсутствие четкости границ понимания между «ценностями», «принципами» и «нормами», можно сказать, что все конституции содержат те или иные весьма общие понятия, которые могут служить основой в процессе толкования конституции [Скурко Е.В., 2008: 9–13]. К.В. Старостенко, например, называет такие признаки правовых принципов, которые могут быть характерны и для ценностей: объективная обусловленность социально-политическими отношениями, традициями государственного строительства, особенностями менталитета, сложившегося у населения, реальными экономическими возможностями [Старостенко К.В., 2008: 13].

В процессе судебного толкования конституции формируются ценностные термины, а их значение может быть установлено через отсылку к внеконституционной (надконституционной) системе ценностей, к связям с более общими ориентирами. Довольно часто ценности используются в ходе конституционно-правовой интерпретации и становятся нормативными или нормами прямого действия на практике [Бондарь Н.С., 2017: 45, 154–158].

При этом надо сказать, что в зарубежной литературе встречаются и противоположенные позиции: социальные ценности являются случайными, в них есть смысл, но они не составляют основы, юристов не следует считать авторитетами, способными к интерпретации этих ценностей [Příbáň J., 2019: 451–455].

1.4. Ценности и ориентиры в сфере социального и экономического развития, содержащиеся в конституционных поправках 2020 г.

Если абстрагироваться от исключительности судебного истолкования конституционных положений и признать необходимым их интерпретацию законодателем, правоприменителем, гражданами и организациями в рамках

их деятельности, а также в связи с потенциально возникающими спорами, коллизиями, неопределенностями, то в настоящее время актуально наполнение смыслом целого ряда категорий, введенных в Конституцию поправками 2020 г. Речь идет о поддержании гражданского мира и согласия, гарантировании взаимного доверия государства и общества, формировании социальной справедливости и партнерства, об обеспечении экономической, политической и социальной солидарности, создании условий для устойчивого экономического роста, повышении благосостояния граждан, уважении человека труда и др. Перечисленные категории по содержанию, объему и глубине идей, в них заложенных, следовало бы признавать базовыми понятиями, определяющими политику социального и экономического развития государства, в целом, и идеологию отношений между предпринимателями и органами власти, в частности. Можно ли утверждать, что названные базовые положения представляют собой содержательное наполнение идеологической функции Конституции в формате установленных в конституционном тексте ценностей, мировоззренческих ориентиров, политико-правовой философии современного устройства государства и общества?

Формально-юридически, по правовой технике выражения в конституционном тексте, рассматриваемые положения являются нормами-целями, нормами-принципами, нормами-ориентирами, местом закрепления которых должны быть, по идее, главы об основах конституционного строя и конституционного статуса личности. Такие базовые положения являются не просто нормами, определяющими права, свободы, обязанности граждан и(или) органов, их ответственность и другие элементы правоотношений. Содержательное наполнение, заключенное в этих базовых положениях, демонстрирует определенную идеологию статуса и развития государства и общества, указывает на конкретную модель их нынешнего и желаемого будущего устройства. Гражданский мир и согласие, взаимное доверие, справедливость, партнерство и солидарность — это конституционно-правовые категории уровня ценностей, мировоззренческих ориентиров и политико-правовой философии.

Конституционный Суд Российской Федерации (далее — КС РФ) в Заклучении о соответствии главам 1, 2 и 9 Конституции РФ вступивших в силу поправок 2020 г.³ указал, что предусмотренный этими поправками комплекс

³ См.: Заключение Конституционного Суда РФ от 16.03.2020 № 1-3 «О соответствии положениям глав 1, 2 и 9 Конституции Российской Федерации не вступивших в силу положений Закона Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти», а также о соответствии Конституции Российской Федерации порядка вступления в силу статьи 1 данного Закона в связи с запросом Президента Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.

изменений не может рассматриваться как несовместимый с положениями «неизменяемых» глав, поскольку новые нормы призваны отразить содержательную направленность и конституционно-правовые условия деятельности органов государственной власти России, носят неполитический, надпартийный и внеконфессиональный характер и не могут расцениваться, толковаться и применяться как устанавливающие государственную или обязательную идеологию, изменяющие принципы плюралистической демократии и светского характера Российского государства, вводящие какие-либо недопустимые ограничения прав и свобод человека и гражданина и вмешательство в них. Согласно упомянутому Заключению КС РФ поправки к Конституции 2020 г. направлены на достижение в государственной политике, в правовом регулировании и правоприменительной практике оптимального соотношения индивидуальной свободы и общественной солидарности. Нормы также конкретизируют положения о социальном государстве и согласуются с принципом недопустимости нарушения прав и свобод других лиц при осуществлении своих прав и свобод.

Таким образом, КС РФ хотя и подчеркнул, что указанные положения не могут расцениваться, толковаться и применяться как устанавливающие государственную или обязательную идеологию, но что они по объему и глубине заложенных в них мыслей не могут считаться базовыми (концептуальными), представлять собой ценности и(или) являться выражением идеологической функции российской Конституции, Суд не говорит.

2. Понятие конституционных ценностей в контексте реализации идеологической функции Конституции Российской Федерации

2.1. Соотношение социальных и конституционных ценностей

Как отмечает А. Шайо, социальные ценности не имеют прямого отношения к праву, хотя они могут быть перенесены в право посредством специальных юридических механизмов. Социальные ценности в неоднородных обществах могут находиться в состоянии конфликта. Задача законодателя или создателя конституции состоит в том, чтобы включить в нормативный акт социальные ценности, которые, благодаря этому станут правовыми идеями. В результате этого действия ценности теряют свой социальный характер и получают правовое признание. Другим способом является выявление внешних социальных ценностей судьями и сопоставление их с конституционным текстом, соизмеряя социальные ценности с нормами и наоборот, нормы с ценностями. По мнению указанного автора, существуют идеи, на-

ходящиеся за пределами конституции или стоящие за ней, которые имеют непосредственное отношение к решению конституционно-правового вопроса [Шайо А., 2001: 20–26].

В подтверждение позиции Шайо звучит и мнение В. Зорькина, который говорит, что под защитой конституции находятся человек, его права свободы и другие ценности в той мере, в какой они выступают в правовом облике. В определенном смысле конституция есть выражение основных юридических ценностей таких как права и свободы человека, верховенство права, справедливость и равенство, демократическое федеративное правовое и социальное государство, разделение властей. При этом недопустимы подмена одной ценности другой или ее умаление за счет другой ценности⁴.

Если следовать рассуждениям указанных авторов, то в Конституции можно выделить ценности, имеющие, исходя из их содержания, формально-юридический характер, в частности, это всеобщность, справедливость, равноправие, сбалансированность прав и обязанностей, а также ценности, доступные всеобщему восприятию, открытые для всех, в частности, солидарность, уважение человека труда, обеспечение мирного сосуществования государств и народов и др. Примером социальной ценности, которая была включена в Конституцию поправками 2020 г. является обеспечение сохранения традиционных семейных ценностей как полномочие Правительства Российской Федерации (пп. в п. 1 ст. 114). До этого в главах 1 и 2 Конституции упоминалось лишь о государственной поддержке и защите семьи.

Социальные исследования, на которые ссылается В.Э. Багдасарян, показывают, что триада базовых ценностей России выглядит следующим образом — семья, труд, патриотизм. Ценности иерархически варьируются между собой применительно к различным цивилизациям. Доказательством этого служит рейтинг наиболее весомых ценностных ориентиров: семья, труд, патриотизм, любовь, ответственность, терпимость и др. Для различных стран их рейтинговое расположение специфично. Исследователи включили в группу восемь стран: это Россия, США, Германия, Бразилия, Китай, Япония, Индия, Иран. Ни одна из аксиологических иерархий не совпадала. Нет совпадений и с усредненным общемировым рейтингом ценностей. Определенное исключение на фоне высокой ценностной вариативности представляет ценность семьи. В шести из восьми рейтингов она оказывается на первом месте. По мнению В.Э. Багдасарян это указывает на фундаментальную значимость института семьи для человечества вне зависимости от цивилизационного коридора развития.

⁴ См.: Зорькин В. Под знаком Основного закона. Конституционный Суд на рубеже четвертого десятилетия // Российская газета. 27.10.2021.

2.2. Универсальные конституционные ценности и ценности, при интерпретации которых учитывается конституционная идентичность, самобытность

В начале 2000-х годов в юриспруденции при описании конституционных ценностей стали выделяться, прежде всего, такие их свойства, как всеобщая признанность, общезначимость и универсальность. Так, по мнению Н.С. Бондаря, отражаемые в Конституции социальные ценности можно рассматривать как обобщенные, получающие всеобщее признание и общеобязательное значение представления об общественном благе и человеческом достоинстве, добре и справедливости, о целях и нормах своего поведения, желаемых и, по мнению ведущих политических сил общества, наиболее целесообразных формах общественного и государственного устройства. Как отмечает указанный автор, к ценностям относятся наиболее значимые предписания и ориентиры, приобретающие характер неких социальных императивов. Базовыми ценностями российского общества, по мнению Н.С. Бондаря, являются принципы демократического правового социального государства, признания, соблюдения и защиты прав и свобод человека и гражданина, обеспечение свободного рынка и защиты справедливой конкурентной среды. Аксиологический критерий современного конституционализма, базирующегося на всеобщем признании универсальных конституционных ценностей, заключается в свободе, правах человека, социальной справедливости, равенстве всех перед законом, правовом социальном государстве, разделении властей, идеологическом и экономическом плюрализме как общем достоянии человеческой цивилизации [Бондарь Н.С., 2006: 6, 13, 14, 43, 44].

О.Е. Кутафин соглашался с рядом авторов в том, что содержание конституционализма в России традиционно наполняется такими характеристиками, как общечеловеческие ценности, воплощенные в праве, к которым относятся гарантированные права и свободы человека, обеспеченная демократическая организация системы власти, социальное согласие, исключающее насилие [Кутафин О.Е., 2008: 14].

Вместе с тем, в последнее десятилетие все активнее и громче стали звучать мысли о конституционной идентичности, самобытности применительно к определению содержания ряда институтов и основных прав и свобод личности. В зарубежной литературе также встречаются позиции о вариативности применения общезначимых ценностей от одной страны к другой, о разумных разногласиях относительно значения прав и справедливости, которые могут быть основаны на глубоких нормах местного демократического обсуждения. В этих условиях недопустимо навязывать директивную и глобальную космополитическую версию конституционализма над национальным правом [Jackson V.C., 2010: 556–560].

Как указал КС РФ в Постановлении от 23.09.2014 № 24-П⁵, по смыслу ст. 38 (ч. 1) Конституции РФ семья, материнство и детство в их традиционном, воспринятом от предков понимании представляют собой те ценности, которые обеспечивают непрерывную смену поколений, выступают условием сохранения и развития многонационального народа России, а потому нуждаются в особой защите со стороны государства. Именно на основе традиционных представлений об этих ценностях в контексте особенностей национального и конфессионального состава российского общества, его социокультурных и иных исторических характеристик Россия вправе решать отдельные вопросы законодательного регулирования в сферах, затрагивающих сексуальные и связанные с ними межличностные отношения, не отрицая при этом необходимости учета требований Конституции и международно-правовых актов относительно индивидуальной автономии личности. Поскольку одно из предназначений семьи — рождение и воспитание детей, в основе законодательного подхода к вопросам демографического и социального характера в области семейных отношений лежит понимание брака как союза мужчины и женщины, что согласуется с нормами Конституции и не противоречит международным актам, предусматривающим возможность создания семьи в соответствии с национальным законодательством, регулирующим осуществление этого права⁶.

При этом еще в 2007 г. в Послании Президента Российской Федерации говорилось, что духовное единство народа и объединяющие его моральные ценности — это такой же важный фактор развития, как политическая и экономическая стабильность. Общество лишь тогда способно ставить и решать масштабные национальные задачи, когда у него есть общая система нравственных ориентиров, когда в стране хранят уважение к родному языку, к самобытным культурным ценностям, к памяти своих предков, к каждой странице отечественной истории⁷.

После принятия поправок 2020 г. вектор анализа конституционных ценностей как общезначимых категорий окончательно сместился в сторону необходимости их осмысления с точки зрения идентичности, самобытности, традиционности, определяющих особый смысл этих ценностей, исходя-

⁵ Постановление Конституционного Суда РФ от 23 сентября 2014 г. № 24-П «По делу о проверке конституционности части 1 статьи 6.21 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с жалобой граждан Н.А. Алексева, Я.Н. Евтушенко и Д.А. Исакова» // СПС Консультант Плюс.

⁶ Постановление КС РФ от 23.09.2014 № 24-П «По делу о проверке конституционности части 1 статьи 6.21 Кодекса российской Федерации об административных правонарушениях в связи с жалобой граждан Н.А. Алексева, Я.Н. Евтушенко и Д.А. Исакова»

⁷ Послание Президента Российской Федерации Федеральному Собранию от 26.04.2007 // СПС Консультант Плюс.

щий из истории развития государства и общества, сложившегося публичного правопорядка. Так, В.Д. Мазаев отмечает, что «поправки к Конституции Российской Федерации перевели духовно-нравственное содержание национальной идентичности в категорию конституционной идентичности для достижения более высокого уровня конституционного суверенитета. Можно предположить, что эти цели связаны с решением предметных задач в политике и экономике — концентрации ресурсов (и контроля за ресурсами) в руках государства, мобилизации общества на преодоление отставания преимущественно посредством государственного управления экономикой. Закономерно, что в этих условиях защита конституционного (прежде всего государственного) суверенитета предполагает концентрацию политической власти, сокращение сферы политической конкуренции и в рамках конституционной модели — частичное перераспределение конституционных полномочий в системе органов государственной власти для обеспечения долгосрочности избранного курса» [Мазаев В.Д., 2021: 19, 22]. По его мнению, России не присущ характер «оборонительного конституционализма». Если говорить об образе нашего конституционализма, то ему более подходит характеристика «мобилизационного» конституционализма, суть которого заключается в объединении государственных и общественных ресурсов для решения стратегических задач развития (например, прорыв в экономике, укрепление национальной безопасности) с элементами временного ограничения демократических институтов при поддержке этих мер населением [Мазаев В.Д., 2021: 15–16]. Идеологическое содержание поправок направлено на корректировку либерально-демократической модели с позиций усиления государственного суверенитета. При этом либерально-демократические принципы не рухнули: идеологическое многообразие, рыночная экономика и др. Базовая основа рыночной демократии не нарушена, но намечен вектор уточнения мировоззренческих ориентиров в содержании конституционализма.

Масштаб идеологической наполненности поправок 2020 г. ставит в конституционно-правовую повестку дня не только вопрос наполнения отдельных институтов, основных прав и свобод с учетом традиционности, но и предполагает интерпретацию ценностных ориентаций государства и общества в целом. Тем более, что в ранее упомянутом Заключении КС РФ указал на наличие конституционной идентичности самого государства, которая проявляется во внутренних и международных отношениях. Ее формат был определен в качестве общероссийской государственной идентичности и гарантий ее сохранения и защиты в контексте правопреемства Российской Федерации от Союза ССР (ч. 4 п. 3). Таким образом может быть интерпретировано направление конституционной идентичности государства в целом. Рассуждая именно об этом, В.Э. Багдасарян отмечает, что под высшими ценностями Российского государства понимаются специфические конкретизи-

рованные состояния и(или)требования к ним и характеристики наиболее важных для ее жизнеспособности факторов, выступающих деятельностными мотиваторами для народа и государственной власти. Высшая ценностная номинация государства заключена в целеполагании — «страна должна быть» [Багдасарян В.Э., 2010: 59].

3. Традиционность как свойство конституционных ценностей

3.1. Конституционные положения о приверженности традициям

Конституция РФ 1993 г. с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020 г., содержит положения, которые указывают на приверженность российского государства и общества исторически сложившимся традициям. В Преамбуле говорится: «Мы, многонациональный народ Российской Федерации, чтя память предков, передавших нам любовь и уважение к Отечеству, веру в добро и справедливость, принимаем Конституцию Российской Федерации». В соответствии с ч. 2 и ч. 3 ст. 67.1 РФ, объединенная тысячелетней историей, сохраняя память предков, передавших нам идеалы и веру в Бога, а также преемственность в развитии Российского государства, признает исторически сложившееся государственное единство. Россия чтит память защитников Отечества, обеспечивает защиту исторической правды. Умаление значения подвига народа при защите Отечества не допускается. Как уже говорилось, в ч. 1 ст. 67.1 установлено, что Российская Федерация является правопреемником Союза ССР на своей территории, а также правопреемником (правопродолжателем) Союза ССР в отношении членства в международных организациях, их органах, участия в международных договорах.

Указание на приверженность традициям, правопреемство и сохранение памяти предков ложится в обоснование конституционной идентичности, самобытности отдельных институтов, ряда основных прав и свобод. Значимость традиционности, неоднократно упомянутая в тексте Основного закона, позволяет ориентироваться на нее при интерпретации конституционных ценностей.

Приверженность традициям в ходе развития государства и общества может рассматриваться не только как одно из направлений их жизнедеятельности, но и в качестве конституционной ценности самой по себе.

3.2. Понимание традиции и традиционности

По мнению К.В. Арановского, государственно-правовая традиция представляет собой исторически сложившееся, выраженное в устойчивых навыках, нормативно-целостное правообразование, обусловленное религиоз-

ными или светскими верованиями, мировоззрением, чувствами, качеством потребляемой информации и восприятия, понимания права, власти, государственности. В таком содержании государственно-правовая традиция позволяет людям жить и действовать в политически устроенном, упорядоченном правом обществе. Качествами государственно-правовой традиции являются: вмешательство мифологии в образование политико-правовых убеждений и образов, качества мировоззрения, состав ценностей, принципов, идей, положенных в основание государственного права, навыки правового и неправового поведения, свойства восприятия, способы интерпретации явлений, состояние и подвижность эмоциональных состояний и реакций, вовлечённых в государственное право и др. [Арановский К.В., 2003: 28, 138].

Исходя из приведенного понятия государственно-правовой традиции, можно заключить, что традиция и ценность соотносятся как общее и частное. Традиция как устойчивый концепт или парадигма (или, как еще говорят, детерминанта) определяет объем и содержание конституционных ценностей, задает значение наполнению конституционного текста. Поэтому, скорее всего, нельзя говорить, что ценности могут быть традиционными или нетрадиционными. Традиционность как подход к конституционно-правовой интерпретации может и должна использоваться для уяснения содержания конституционных ценностей. Поэтому традиционность следует рассматривать как одно из свойств (качеств, признаков) таких ценностей.

В зарубежной литературе также указывается на особое значение доминирующей традиции общества. Бывают случаи, когда подтверждают или отвергают существование прав на основании истории их появления или отсутствия в качестве охраняемых интересов. Конституционное признание и легитимность распространяются исключительно на требования, нормативный статус которых зависит от их исторической обоснованности [Jacobsohn G.J., 2012: 785–788].

К.В. Арановский также отмечает, что традиции передают сложившиеся опыт, знание, обычаи в отечественную правовую среду, где государство и общество их встречают и перерабатывают. Традиции определяют мировоззрение, идеологию, ориентиры для государственного и общественного развития. «Поэтому важно выяснить те свойства конституционализма, которые могут быть восприняты отечественной средой. Не менее важно выявить те из них, которые находятся с ней в противоречии... Понятие государственно-правовой традиции, возможно, помогло бы умерить господство некоторых правовых категорий, таких как народный суверенитет, права человека, разделение властей, владеющих умами иногда столь крепко, что это незаслуженно избавляет их от критического отношения» [Арановский К.В., 2003: 31–32].

Могут ли конституционные ценности быть старыми или новыми — вопрос дискуссионный. Очевидно, что основные права и свободы по объему и

содержанию меняются по поколениям, а также, что содержательная актуальность конституционных положений может варьироваться в различные периоды времени. Например, по Конституции СССР 1977 г. право граждан на труд трактовалось как право на получение гарантированной работы с оплатой труда в соответствии с его количеством и качеством не ниже установленного государством минимального размера. Совершенно иная коннотация заложена в содержание свободы труда согласно ч. 1 ст. 37 Конституции 1993 г.

Вместе с тем многократное упоминание приверженности традициям в действующей Конституции предполагает обращение к государственно-правовой традиции для интерпретации конституционных положений. В условиях признания государственно-правовой традиции парадигмой, связующей эпохи и поколения, не может быть существенных препятствий для поиска аналогов понятий, похожих и близких «содержаний» и значений их составляющих. Как полагает И.А. Кравец, даже применение категории конституционализма допустимо при характеристике конституционного развития России в такие периоды, как дворянский или правительственный, октроированный монархический, а также советский [Кравец И.А., 2002: 20–21].

В настоящее время конституционные положения о поддержании гражданского мира и согласия, гарантировании взаимного доверия государства и общества, формировании социальной справедливости и партнерства, об обеспечении экономической, политической и социальной солидарности, создании условий для устойчивого экономического роста, повышении благосостояния граждан, уважении человека труда, по идее, должны определять политику правового регулирования предпринимательства, отношения работников и работодателей, статуса некоммерческих организаций, пенсионеров, инвалидов супругов, родителей, детей и лиц, принадлежащих к другим социальным группам. Названные конституционные положения, если рассматривать их как ценности и ориентиры, будут закладываться в содержание текущего законодательства и правоприменительной практики в социальной и экономической сферах общественных отношений и, прежде всего, поэтому нуждаются в современной конституционно-правовой интерпретации с учетом сложившейся традиции.

3.3. Правила толкования норм

Как отмечал А.С. Пиголкин, нормы имеют социально-политическую направленность, но при этом в ходе исследования того или иного слова в нормативном акте его смысл необходимо понимать так, как понимал его законодатель. «Для этого интерпретатору нужно тщательно исследовать, что обозначало слово в период принятия данного нормативного правового акта. Однако возможность тех или иных изменений значений отдельных слов существует... В некоторых исключительных случаях словам нормативного

акта необходимо придавать иной смысл, чем это имело место в момент издания нормативного акта. Объясняется это тем, что постоянная форма допускает некоторое изменение своего содержания в силу изменения обстановки, развития жизни» [Пиголкин А.С., 2005: 24, 56–57].

Нельзя при исследовании нормы ограничиваться только теми связями, которые существуют внутри права, «поскольку право не является самодовлеющей категорией, и черпает свое содержание не из самого себя, а из материальных условий жизни общества. Изучение исторической обстановки, сложившейся при издании исследуемой правовой нормы, тех задач, которые ставил перед собой законодатель при издании этой нормы, установление ее социального назначения на основе изучения общественных процессов, обусловивших ее возникновение и действие, называется историко-политическим толкованием» [Пиголкин А.С., 2005: 76–77].

В разработке и обсуждении поправок 2020 г. участвовали специалисты из разных сфер общественных отношений (включая конституционалистов), имеющие в том числе и советский опыт жизнедеятельности⁸. Если следовать рассуждениям А.С. Пиголкина, то можно сказать, что сложившиеся материальные условия развития государства и общества к моменту внесения поправок 2020 г. внутри страны, а также на международной арене предопределили содержание конституционных изменений и дополнений. Полное отрицание идей советского социалистического устройства и их неприятие Конституцией 1993 г. не могло не привести через определенное время к желанию вновь вернуться к идеологическим смыслам некоторых правовых институтов и категорий, важность которых для будущего развития государства и общества, очевидно, была недооценена на начальном этапе в постсоветской России. Поэтому в настоящее время советская традиция нашла отражение в содержании поправок к Конституции РФ в 2020 г.

4. Идеологические направления социального и экономического развития России после конституционных поправок 2020 г.

4.1. Идеология гражданского мира, согласия и доверия в государстве и обществе

Согласно ч. 2 ст. 80 Конституции с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020 г., Президент поддерживает гражданский мир и согласие в стране. В соответствии со ст. 75.1 в создаются

⁸ См.: Распоряжение Президента РФ от 15.01.2020 N 5-рп «О рабочей группе по подготовке предложений о внесении поправок в Конституцию Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.

условия для взаимного доверия государства и общества. В п. е ч. 1 ст. 114 установлено, что Правительство Российской Федерации осуществляет меры по поддержке институтов гражданского общества, в том числе НКО, обеспечивает их участие в выработке и проведении государственной политики. В качестве официальной идеологической предтечи этих конституционных положений можно считать президентские послания 1998 и 2014 гг.⁹, в которых говорилось, что массированные инвестиции в экономику России возможны в условиях здорового партнерства между обществом, властью и бизнесом, а отношения бизнеса и государства должны строиться на философии общего дела, на партнерстве и равноправном диалоге. Поправкам предшествовал и целый ряд правовых актов о саморегулируемых организациях, доверии в отношениях государства, бизнеса и общества, государственно-частном партнерстве и др. (Федеральный закон «О саморегулируемых организациях»¹⁰, Концепция долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации до 2020 г.¹¹ и др.). Еще до принятия поправок 2020 г. в литературе отмечалось, что существует, без сомнения, конституционная идеология, которая реализуется в актах программного характера [Комарова В.В., 2013: 114].

В Конституции СССР 1977 г. идеи гражданского мира, согласия и доверия в государстве и обществе развивались в положениях о стирании классовых различий, об усилении социальной однородности общества (на уровне города и деревни, в национальных отношениях), а также об обеспечении государством и его органами интересов граждан. Советская идейно-политическая риторика о единстве и сплоченности трудящихся может быть использована в какой-либо части при интерпретации идей гражданского мира, согласия и доверия в государстве и обществе на современном этапе.

4.2. Идеология общеправовых принципов и ценностей как ориентиров для развития государства и общества

Согласно ч. 6 ст. 75 Конституции с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020 г., в стране формируется система пенсионного обеспечения граждан на основе принципов всеобщности, справедливости и солидарности поколений. В соответствии со ст. 75.1 в РФ обеспечивается сбалансированность прав и обязанностей граждан в соци-

⁹ См.: Послания Президента Российской Федерации Федеральному Собранию от 17.02.1998 и от 04.12.2014 // СПС Консультант Плюс.

¹⁰ Федеральный закон «О саморегулируемых организациях» от 01.12.2007 № 315-ФЗ // СЗ РФ. 2007. № 49. Ст.6076.

¹¹ Концепция долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации до 2020 г., утвержденная Распоряжением Правительства от 17.11.2008 № 1662-р // СЗ РФ. 2008. № 47. Ст. 5489.

альной и экономической сферах, которая уточняется в связи с содержательным контекстом упомянутой статьи в целом.

Всеобщность, справедливость, сбалансированность прав и обязанностей как общеправовые принципы следует трактовать формально-юридически с учетом применимости их к широкому кругу общественных отношений, например, всеобщность прав и свобод, справедливость в разрешении споров и т.д. Однако коннотация названных принципов, включенных поправками 2020 г. в Конституцию, относится к сферам пенсионного обеспечения, в частности, и социального и экономического развития, в целом. Именно в этом контексте и следует рассматривать идеологию соответствующих конституционных положений, обращаясь к советской традиции.

В советский период использовался коллективистский подход к вопросам трудовых отношений и социального обеспечения, развивался принцип социальной справедливости, который заключался, прежде всего, в проведении идей «от каждого — по способностям, каждому — по труду»: определение зарплаты в соответствии с объемом, характером и качеством труда. На протяжении всей советской истории велась борьба с нетрудовыми доходами. Государство и общественные организации обеспечивали социальную поддержку нуждающимся в этом членам общества, многодетным семьям, матерям-одиночкам, инвалидам, ветеранам войны и труда, детям, потерявшим родителей и др. Что касается принципа сбалансированности прав и обязанностей граждан, то с точки зрения советской традиции он идейно обосновывался тем, что права гражданина не могут существовать без его обязанностей, равно как нет и обязанностей без прав. Отрыв прав личности от ее обязанностей, по мнению советских идеологов, приводил к безответственности и к противопоставлению личного общественному.

Вопрос о современной интерпретации идей социальной справедливости и сбалансированности прав и обязанностей граждан в социальной и экономической сферах, введенных в Конституцию поправками 2020 г., является актуальным и открытым.

4.3. Идеология экономического роста, экономической солидарности и повышения благосостояния граждан

В соответствии со ст. 75.1 Конституции с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020 г., создаются условия для устойчивого экономического роста страны и повышения благосостояния граждан, обеспечивается экономическая солидарность. Согласно пп. в.1 п. 1 ст. 114 Правительство обеспечивает государственную поддержку научно-технологического развития России, сохранение и развитие ее научного потенциала.

Взаимосвязь между экономическим ростом и повышением благосостояния народа в 1960–1980-х гг. рассматривалась комплексно в качестве

приоритетного направления идеологической политики для преодоления послевоенной разрухи. Заявлялось о высоких темпах развития сельского хозяйства и промышленности, индустриального развития всего общественного производства на основе использования достижений науки и техники. Благодаря этому предполагалось достичь существенного подъема уровня жизни народа, более полного удовлетворения материальных и культурных потребностей граждан. При этом отмечалось, что высокие экономические показатели — это результат единства рабочих и крестьян, огромных трудовых усилий всего советского народа, которые и позволили существенно поднять его благосостояние. При этом экономической основой принципа солидарности в советский период являлся единый народнохозяйственный комплекс, функционирующий на всей территории СССР.

Несмотря на то, что в современной России классовость официально не признается (хотя вопрос о нарастании социального расслоения остается открытым), а экономика работает на основе рыночного механизма (хотя вопрос о величине государственной доли в российской экономике остается открытым), идейные основы экономической солидарности, развиваемые в СССР в 1960-1980-х гг. можно актуализировать при условии коррекции их интерпретации.

4.4. Идеология уважения человека труда, социальной солидарности и социального партнерства

В соответствии со ст. 75.1 Конституции с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020 г., гарантируются защита достоинства граждан и уважение человека труда, обеспечиваются социальное партнерство и социальная солидарность. Согласно пп. е.4 п. 1 ст. 114 Правительство обеспечивает реализацию принципов социального партнерства в сфере регулирования трудовых и иных непосредственно связанных с ними отношений.

Понятие «уважение человека труда» прямо воспринято из официальных советских документов 1960-80-х гг. В партийный документах того периода отмечалось, что «социалистический строй впервые в истории ликвидировал главную причину социальной несправедливости — эксплуатацию человека человеком, неравенство по отношению к средствам производства. Человек труда, создающий все богатства общества, стал их непосредственным хозяином». Социальная составляющая солидарности была тесно связана с экономической. Помимо идеи сближения социальных групп и слоев, а также укрепления братской дружбы наций и народностей, содержание социальной справедливости в 1960-1980 гг. исходило из коллективистского характера труда и ориентировалось на описание роли трудового коллектива и профсоюзов. Говорилось о большой роли трудового коллектива, действующего во всех сферах общественной жизни: в экономике, в социальной области, в сфере политических и идейно-нравственных отношений.

В настоящее время идеи уважения человека труда и социальной солидарности, введенные поправками 2020 г., нуждаются в современной конституционно-правовой интерпретации.

4.5. Идеология мирного сосуществования, обеспечения безопасности граждан внутри страны и на международной арене

В соответствии со ст. 79.1 Конституции с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020 г., Россия принимает меры по поддержанию и укреплению международного мира и безопасности, обеспечению мирного сосуществования государств и народов, недопущению вмешательства во внутренние дела государства. Согласно пп. е. 5 п. 1 ст. 114 Правительство РФ осуществляет меры, направленные на создание благоприятных условий жизнедеятельности населения, снижение негативного воздействия хозяйственной и иной деятельности на окружающую среду, сохранение уникального природного и биологического многообразия страны, формирование в обществе ответственного отношения к животным.

Понятие «мирное сосуществование» также прямо воспринято из официальных документов 1960-1980-х гг. Тогда отмечалась необходимость мирного сосуществования государств с различным общественным строем, ликвидации военных баз, расположенных на чужих территориях, вывода с таких территорий иностранных вооруженных сил, прекращения гонки вооружений в интересах укрепления всеобщего мира, безопасности и независимости народов. Идеи всеобщего мира, мирного сосуществования народов и государств, предотвращения и исключения войны как средства решения внешнеполитических задач между странами были дополнены во второй половине 1980-х годов положениями о: всеобъемлющей системе международной экономической безопасности, которая бы защищала каждое государство от дискриминаций и санкций; международной безопасности на основе поэтапного ядерного разоружения; об уважении каждого народа суверенно избирать пути и формы своего развития; укреплении добрососедских отношений и доверия между государствами. В этот же период начинается активное обсуждение защиты экологии, проблем сохранения окружающей среды, растительного и животного мира, чистой воды и воздуха, пригодного для жизни.

Выводы

Таким образом, в конституционных ценностях, содержащихся в положениях Основного закона, отражается определенная идеология. Идеология, заключенная в них, раскрывает содержательный смысл правовой нормы через

призму конституционной идентичности, самобытности, исторически сложившейся традиции, тех или иных социальных ценностей, находящихся за пределами позитивного текста. Аксиология содержания конституционных норм наполняет идеологическую функцию любой конституции.

Как бы мы ни называли идеологические составляющие конституционного текста — ценностями, мировоззренческими ориентирами, политико-правовой философией — им присущи следующие свойства: концептуальность по объему и глубине мыслей, в них заложенных, а также традиционность. Эти свойства отличают конституционные ценности как нормы-принципы, нормы-цели, нормы-определения от всех других норм, регулирующих конкретные правоотношения.

Для уяснения содержания конституционных норм необходимо использовать традиционность в качестве подхода для их конституционно-правовой интерпретации. Тем более, что действующая Конституция с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020 г., богата положениями, указывающими на приверженность традициям, правопреемство и сохранение памяти предков. Учитывая также формальные правила толкования норм, а именно, используя социально-политический и историко-политический методы толкования, можно обратиться к советской традиции при интерпретации конституционных поправок 2020 г. в сферах социального и экономического развития.

Основными направлениями политико-правовой философии Конституции после принятия поправок 2020 г. являются: идеология гражданского мира, согласия и доверия в государстве и обществе; идеология общеправовых принципов и ценностей как ориентиров для развития государства и общества; идеология экономического роста, экономической солидарности и повышения благосостояния граждан; идеология уважения человека труда, социальной солидарности и социального партнерства; идеология мирного сосуществования, обеспечения безопасности граждан внутри страны и на международной арене. Содержательно все названные направления сопоставимы с институтами и категориями советского периода 1960–1980-х гг., связаны с идеологическими аналогами прошлого, в случаях с «уважением человека труда» и «мирным сосуществованием» — прямо, а в случаях со «справедливостью» в сфере пенсионного обеспечения и с «политической, экономической и социальной солидарностью» — через актуальную интерпретацию.

Полное отрицание идей советского социалистического устройства и их неприятие Конституцией 1993 г. не могло не привести через определенное время к желанию вновь вернуться к идеологическим смыслам некоторых правовых институтов и категорий, важность которых для будущего развития государства и общества, очевидно, была недооценена на начальном этапе в

постсоветской России. Обеспечение в российском правотворчестве и правоприменении поддержки традиций и сохранения памяти предков в последнее десятилетие способствует наполнению идеологическим содержанием конституционных ценностей, мировоззренческих ориентиров, политико-правовой философии, определяющих устройство государства и общества.



Список источников

1. Авакьян С.А. Конституция России: природа, эволюция, современность. М.: Российский юридический издательский дом, 1997. 512 с.
2. Арановский К.В. Конституционная традиция в российской среде. СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. 658 с.
3. Бондарь Н.С. Конституционализация социально-экономического развития российской государственности (в контексте решений Конституционного Суда РФ). М.: Викор-Медиа, 2006. 224 с.
4. Бондарь Н.С. Экономический конституционализм России: очерки, теории и практики. М.: Норма, 2017. 272 с.
5. Витрук Н.В. Верность Конституции. М.: РАП, 2009. 272 с.
6. Кравец И.А. Формирование российского конституционализма (проблемы теории и практики). Новосибирск: ЮКЭА, 2002. 360 с.
7. Кутафин О.Е. Российский конституционализм. М.: Норма, 2008. 544 с.
8. Мазаев В.Д. Поиск новых смыслов продолжается (по внесенным поправкам к Конституции РФ) // Lex Russica. 2021. № 7. С. 15–32.
9. Пиголкин А.С. Толкование нормативных актов в СССР. М: Юстицинформ, 2005. 144 с.
10. Скурко Е.В. Принципы права. М.: Ось-89, 2008. 192 с.
11. Старостенко К.В. Конституционно-политическое многообразие: сущность и проблемы реализации в Российской Федерации. СПб.: Юридический центр Пресс, 2008. 293 с.
12. Шайо А. Самоограничение власти: краткий курс конституционализма. М.: Юристь, 2001. 292 с.
13. Přebáň J. Constitutional Values as the Normalisation of Societal Power: From a Moral Transvaluation to a Systemic Self-Valuation. Hague Journal on the Rule of Law, 2019, vol. 11, pp. 451–459.
14. Jacobson G.J. Constitutional Values and Principles. In: Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. 2012. Available at: <https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199578610.001.0001/oxfordhb-9780199578610-e-38> (дата обращения: 15.11.2021)
15. Jackson V.C. Paradigms of public law: transnational constitutional values and democratic challenges. International Journal of Constitutional Law, 2010, no. 3, pp. 517–562.



References

1. Avakian S.A. (1997) *The Constitution of Russia: nature, evolution, modernity*. Moscow: Russian Juridical House, 512 p. (In Russ.).

2. Aranovsky K.V. (2003) *Constitutional tradition in the Russian environment*. Saint Petersburg: Law Center Press, 658 p. (In Russ.).
3. Bondar N.S. (2006) *Constitutionalization of socio-economic development of the Russian statehood (in the context of the Constitutional Court decisions)*. Moscow: Viktor-Media, 224 p. (In Russ.).
4. Bondar N.S. (2017) *Economic constitutionalism of Russia: essays, theories and practices*. Moscow: Norma, 272 p. (In Russ.).
5. Jackson V.C. (2010) Paradigms of public law: transnational constitutional values and democratic challenges. *International Journal of Constitutional Law*, no. 3, pp. 517–562. Available at: <https://academic.oup.com/icon/article/8/3/517/623509> (accessed: 15.11.2021)
6. Jacobson G.J. (2012) Constitutional values and principles. *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Available at: <https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199578610.001.0001/oxfordhb-9780199578610-e-38> (accessed: 15.11.2021)
7. Kravets I.A. (2002) *Forming Russian constitutionalism*. Novosibirsk: Yukea, 360 p. (In Russ.).
8. Kutafin O.E. (2008) *Russian constitutionalism*. Moscow: Norma, 544 p. (In Russ.).
9. Mazaev V.D. (2021) The search for new meanings continues (according to the amendments to the Constitution). *Lex Russica*, no. 7, pp. 15–32. (In Russ.).
10. Pigolkin A.S. (2005) *Interpretation of normative acts in the USSR*. Moscow: Justicinform, 144 p.
11. Přibáň J. (2019) Constitutional values as normalization of societal power: from a moral transvaluation to a systemic self-valuation. *The Hague Journal of the Rule of Law*, vol. 11, pp. 451–459.
12. Shaio A. (2001) *Self-restraint of power: short course of constitutionalism*. Moscow: Jurist, 292 p. (In Russ.).
13. Skurko E.V. (2008) *Principles of law*. Moscow: Os-89, 192 p. (In Russ.).
14. Starostenko K.V. (2008) *Constitutional and political diversity: essence and implementation in Russia*. Saint Petersburg: Law Center Press, 293 p. (In Russ.).
15. Vitruk N.V. (2009) *Fidelity to the Constitution*. Moscow: RAP, 272 p. (In Russ.).

Информация об авторе:

С.В. Масленникова — кандидат юридических наук, доцент.

Information about the author:

S.V. Maslennikova — Candidate of Science (Law), Assistant Professor.

Статья поступила в редакцию 06.10.2021; одобрена после рецензирования 19.11.2021; принята к публикации 26.11.2021 .

The article was submitted 06.10.2021; approved after reviewing 19.11.2021; accepted for publication 26.11.2021.

Научная статья

УДК 342.9

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.5.48.76

Публичный интерес и генезис административного права



Александр Сергеевич Емельянов

Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, Москва, Россия, ase722@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0002-1613-2898>



Аннотация

Исследование административного права требует установления предпосылок и обстоятельств, обуславливающих его переход от зарождения к возникновению, от возникновения к становлению, от одного этапа развития к следующему. Базовой предпосылкой зарождения административного права справедливо признать общественное осознание публичных интересов, интересов государства и общества в целом. Последующее усложнение системы публичных интересов, выразившееся в различных интегративно-дифференциальных процессах, обуславливало собой, в том числе поступательное развитие рассматриваемой правовой отрасли. Настоящее исследование направлено на установление закономерностей, отражающих взаимозависимость, которая существует между развитием системы публичных интересов и генезисом административного права. Анализ указанных закономерностей позволил сделать вывод, что между системой публичных интересов и административным правом существует функциональная зависимость, выражающаяся в том, что общественное осознание публичных интересов выступило базовой предпосылкой зарождения административного права. Методология настоящего исследования основывается на комплексе различных средств и методов научного познания. Ее фундамент образуют общие средства: наблюдение, абстрагирование, индукция и дедукция, анализ и синтез, восхождение от абстрактного к конкретному. В силу того, что система публичных интересов и административное право рассматриваются в их развитии, философской основой настоящего исследования выступает диалектический подход. На специально-отраслевом уровне познания используются формально-юридический, историко-правовой, сравнительно-правовой (компаративный) методы. Специфика избранного предмета исследования потребовала также применения логического, структурно-функционального и факторного анализа. При необходимости достоверность результатов исследования обеспечивается приведением верифицированных эмпирических данных, а также описанием исторических событий. Структура статьи обусловлена целью установления зависимости между системой публичных интересов и генезисом административного права,

что предполагает рассмотрение следующих вопросов: понятие публичного интереса, предмет и метод административного права в контексте истории их постижения, влияние зарубежных правовых доктрин на сферу административно-правового регулирования в России, особенности становления и развития науки административного права, основные дефиниции публичного управления и его значение в общественной жизни.



Ключевые слова

административное право, публичное управление, предмет и метод административного права, генезис административного права, система права, интерес, публичное право, дифференциация права

Для цитирования: Емельянов А.С. Публичный интерес и генезис административного права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 5. С. 48–76. DOI: 10.17323/2072-8166.2021.5.48.76.

Research article

Public Interest and Genesis of Administrative Law



Alexander S. Emelyanov

Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Moscow, Russia, ase722@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0002-1613-2898>



Abstract

The origin and development of administrative law is a long process. His study requires the establishment of basic prerequisites, as well as circumstances leading to the transition from generation to emergence, from emergence to formation, from one stage of development to the next. It is fair to recognize the public awareness of public interests as the basic prerequisite for the emergence of administrative law. Not the interests of an individual or their group, but the interests of the state and society as a whole. The subsequent complication of the system of public interests, expressed in various integrative-differential processes, determined, among other things, the progressive development of administrative law. This study aims to establish patterns that reflect the interdependence that exists between the development of the public interest system and the genesis of administrative law. An analysis of these patterns allowed us to conclude that there is a functional dependence between the system of public interests and administrative law, which is expressed in the fact that public awareness of public interests was the basic prerequisite for the emergence of administrative law. The subsequent genesis of administrative law was due to the development of the system of public interests, its complication, expressed in deepening integrative-differential processes within it. The methodology of this study is based on a complex of various means and methods of scientific knowledge. Its foundation is formed by general means, such as observation, abstraction, induction and deduction, analysis and synthesis, ascent from the abstract to the concrete. Due to the fact that the system of public interests and administrative law are considered in

their development, the philosophical basis of this study is the dialectical approach. At the special-industry level of knowledge, formal-legal, historical, comparative methods are used. The specificity of the chosen subject of research also requires the use of logical, structural-functional and factor analysis. If necessary, the reliability of the results of the study is ensured by bringing verified empirical data, as well as a description of specific historical events. The structure of this article is determined by the goal of establishing the relationship that exists between the system of public interests and the genesis of administrative law, which involves the consideration of the following issues: the concept of public interest, the subject and method of administrative law in the context of the history of their comprehension, the impact of foreign legal doctrines on the scope of administrative regulation in Russia, the features of the formation and development of the science of administrative law, the main definitions of public administration and its meaning in public life.

Keywords

administrative law, public interest, public administration, the subject of administrative law, the method of administrative law, the genesis of administrative law, system of law, interest, public law, law differentiation

For citation: Emelyanov A.S. Public Interest and Genesis of Administrative Law. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, 2021, no. 5, pp. 48–76. (In Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2021.5.48.76.

Введение

Развитие общественных отношений периодически подталкивает юристов к переосмыслению такого фундаментального вопроса, каким является система права. В истории отечественной юриспруденции обоснованно выделить два завершённых периода его постижения: дореволюционный и советский. Каждый из них имеет особенности и достижения. При этом в корне неверно рассматривать данную проблематику исключительно как общетеоретическую. Она имеет проявления в рамках каждой отраслевой науки.

Не является исключением и административное право. Установление таких его базовых признаков, какими выступают предмет и метод регулирования, всегда сопряжено с обращением к систематизации права в целом. В настоящей статье предпринята попытка осознать их развитие через генезис публичного интереса, от его зарождения ещё в рамках античного общества и до наших дней, когда он приобретает все большее значение, а обусловленная им система публичных отношений приобретает все более сложную форму.

Генезис административного права как правовой отрасли, так и области знаний — это длительный процесс от предпосылок к зарождению, от зарождения к возникновению, от возникновения к становлению, но главное — это весь последующий путь его развития. При этом базовой предпосылкой зарождения административного права обоснованно представляется обще-

ственное осознание публичных интересов. Не интересов отдельного лица или их группы, а государства и общества в целом. Последующие этапы усложнения системы публичных интересов обусловили, в том числе, поступательное развитие данной правовой отрасли.

Предметом исследования выступают закономерности, через которые выражается взаимозависимость, существующая между развитием системы публичных интересов и генезисом административного права как правовой отрасли, так и области знаний.

Гипотеза. Между системой публичных интересов и административным правом существует функциональная зависимость, выражающаяся в том, что общественное осознание публичных интересов выступило базовой предпосылкой зарождения административного права. Последующий генезис административного права был обусловлен развитием системы публичных интересов, ее усложнением, выражающимся в углублении интегративно-дифференциальных процессов внутри нее.

Методологию исследования образуют средства и методы научного познания, обеспечивающие подтверждение или опровержение выдвинутой гипотезы. Методологическую основу исследования составляет комплекс общих средств научного познания, таких как наблюдение, абстрагирование, индукция и дедукция, анализ и синтез, восхождение от абстрактного к конкретному. В силу того, что система публичных интересов и административное право рассматриваются в их развитии, философской основой настоящего исследования выступает диалектический подход. На специально-отраслевом уровне познания используются формально-юридический, историко-правовой, сравнительно-правовой (компаративный) методы. Специфика избранного предмета исследования требует также применения логического, структурно-функционального и факторного анализа. При необходимости достоверность результатов исследования обеспечивается приведением верифицированных эмпирических данных, а также описанием исторических событий.

1. Роль и место интереса в общественном развитии

Понятие «интерес» в современном научном дискурсе является одним из наиболее неоднозначных и полифункциональных. При этом оно широко используется в различных областях знаний — в психологии и социологии, в экономике и политологии. Нередки обращения к нему в рамках юридических исследований, когда необходимо обеспечить переход от субъективного восприятия права к его объективному содержанию.

В общем понятии «интерес» необходимо выделить два основных аспекта: психологический (субъективный) и социальный (объективный). Каждый из них определяет специфику методики исследования, обусловленную опре-

деленными предметными различиями. В первом случае делается акцент на внутреннем мире человека, во втором должны рассматриваться многочисленные социальные связи, внутри которых он, как паук в центре паутины, находится. При этом недопустимым представляется полное размежевание названных аспектов в рамках юриспруденции, поскольку именно «психологический» интерес лежит в основе человеческого поведения, а, следовательно, его необходимо учитывать при познании сущности правовых средств и механизмов их действия. Общество есть совокупность индивидов, которые соизмеряют свои поведенческие акты (деяния) как со своими внутренними потребностями, так и с существующими социальными ограничениями. Именно интерес является фокусом изучения общественного поведения, который позволяет наиболее полно раскрыть его существенные закономерности, будучи неотделимым в силу своей природы от личности, государства и общества.

Как индивидуальное, так и коллективное поведение личностей стимулируется их потребностями. Любые действия совершаются исключительно для их удовлетворения. Человек запрограммирован природой на выживание, которое возможно при определенных условиях и средствах. Если эти условия и средства отсутствуют, то возникает состояние нужды, побуждающее человека к активным действиям. Переживание лицом подобного состояния в психологии и называется потребностью. Ответная реакция на нее может иметь форму: инстинкта (неосознанная)¹ или интереса (осознанная). Однако удовлетворение потребностей ограничено различными внутренними (физиологическими, психологическими и т.п.) и внешними факторами. Их осознанное преодоление — реализация интереса — предполагает возможности человека трансформировать себя и окружающую реальность в целях удовлетворения своих потребностей. Таким образом, зарождение феномена интереса обусловлено выходом человека из животного состояния, т.е. непосредственно связано с началом использования огня, появлением первых орудий труда и приручением животных. В результате появился и принципиально новый тип регулирования отношений между людьми, отличный от регуляторных механизмов, свойственных сообществам других гоминидов.

Изначально интерес, предполагая преобразование окружающей среды и самого человека, не определен и бесконечен. Определенность, а следовательно, ограниченность он получает, вступая во взаимодействие (сталкиваясь) с интересами других личностей. На диалектическом уровне следует признать, что определенный интерес — прямая противоположность изначальному

¹ Следует подчеркнуть, что отдельные представители современной психологии отрицают наличие у человека инстинктов, полагая, что они остались в животном мире, а у человека были вытеснены с появлением сознания [Maslow A.H., 1970: 35 — 59].

интересу. Взаимодействие интересов личностей не должно рассматриваться как их противопоставление, конфликт, противодействие. Человек — это социальный феномен, его интерес может быть действительным и реальным исключительно совместно с интересами других.

Потребность, определяющая появление интереса, всегда предметна. В окружающем человека мире должен существовать некий предмет, способный ее удовлетворить [Леонтьев А.Н., 1977: 190]. В юриспруденции для обозначения такого предмета используется понятие «благо». Блага могут быть материальными, т.е. иметь некое овеществленное выражение, либо нематериальными, когда такое выражение отсутствует.

Российское законодательство для обозначения материальных благ использует главным образом понятие «вещь», однако не содержит ее определения². Обращаясь к зарубежному законодательству, отметим, что аналогичным образом дело обстоит и в Кодексе Наполеона³. В Германском гражданском уложении §90 части 2 книги 1 к вещам относятся исключительно телесные предметы⁴. В законодательствах других стран данное понятие может быть несколько шире. Так, например, в новом Гражданском кодексе Чешской республики (Закон № 89/2012) в § 489 под вещь подразумевается все, что отделено от лица и служит для удовлетворения человеческих потребностей⁵. Понятия материальных и нематериальных благ не ограничиваются исключительно гражданским правом. В различных вариациях они представлены во всех отраслях права, поскольку именно через них могут быть выражены различные потребности человека, государства и общества.

Если материальные блага овеществлены, имеют экономическое содержание, выраженное в их стоимости, то нематериальные блага лишены этого. Потребность, которая удовлетворяется через них, не порождает интереса, реализация которого предполагает деятельность, которую принято определять как труд. В принципе благо может считаться материальным, если в нем «... овеществлен или материализован абстрактно человеческий труд...» [Маркс К., 2013: 44]. При этом провести границу между благами материальными и нематериальными весьма затруднительно. Но именно человеческий труд лежит в основе такого размежевания.

² См.: Гражданский кодекс Российской Федерации (часть 1): Федеральный закон от 30.11.1994 № 51-ФЗ // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

³ См.: Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона). М.: Инфотропик Медиа, 2012. 592 с.

⁴ См.: Гражданское уложение Германии: Вводный закон к Гражданскому уложению. М.: Инфотропик Медиа, 2015. 715 с.

⁵ Гражданский кодекс Чешской Республики: Закон от 03.02.2012 № 89/2012. Available at: <http://juristpraha.cz/wp-content/uploads/novy-obcansky-zakonik-rj.pdf> (дата обращения: 09.12.2021)

На данном этапе исследования интерес может быть определен как осознанная необходимость удовлетворения потребности через преобразование себя или окружающей реальности. Такое преобразование может быть физическим или интеллектуальным в зависимости от характера потребности. Потребность может быть удовлетворена через воздействие (физическое или интеллектуальное) на конкретный предмет, представленный материальным или нематериальным благом. Субъектами реализации интереса могут выступать конкретный человек, организованные группы людей, государство и общество в целом.

То обстоятельство, что субъектами реализации интереса могут выступать как конкретный человек, так и организованные группы, государство и общество, принципиально отличает интерес от других форм ответной реакции на внешние раздражители, такие как рефлексы и инстинкты, которые могут иметь место только на индивидуальном уровне. Если последние характеризуют исключительно индивидуальные поведенческие акты, то интерес позволяет постичь поведение неопределенно больших человеческих сообществ, в том числе государства и общества.

Интересы людей непосредственно определяются потребностями, состоянием нужды, которое они испытывают на психологическом уровне. Интерес государства как институциональной основы современного правопорядка выражается в трансформации общественных отношений с целью упорядочения социальных связей, их защиты от внутренних по отношению к государству и внешних угроз. Рассматривая реализацию интересов государства, мы обоснованно говорим о его внутренних и внешних функциях. Реализация общественных интересов определяется потребностью культурно-исторической общности в обеспечении интересов своих членов и, главное, в сохранении своего внутреннего единства, выражаемого в организованном существовании как нечто целостного.

Интерес, будучи осознанной на различных уровнях (личности, коллектива, государства, общества) необходимостью в преобразовании окружающей реальности физически или интеллектуально с целью приобретения некоего блага, сам по себе потребность не удовлетворяет. Он представляет собой на индивидуальном или коллективном уровне акт ее осознания, но не только осознания самой потребности, но и осознания направления преобразования окружающего мира с целью ее удовлетворения. В этом качестве он служит не только побудителем поведения, он выступает тем импульсом, который запускает цепную реакцию формирования и функционирования правопорядка как на частноправовом, так и публичном уровнях. При этом следует полностью согласиться с авторами, видящими в нем фактор генезиса общественных отношений, определяющий их специфику [Субочев В.В., 2008: 110–142]; [Гершкович Б.Я., 1999: 24–26]; [Шайкенов Н.А., 1990: 26–58].

Единственным путем реализации конкретного интереса является вступление его субъекта в общественные отношения, установление между ним и другими лицами устойчивых социальных связей. Вне таких связей интерес существовать не может, понятие «интерес» обесмысливается. Таким образом, общество не только может быть субъектом конкретного интереса, оно выступает средой возникновения и реализации неопределенного множества интересов, предпосылкой их генезиса. Рассматриваемые связи, имея объективные условия зарождения и реализации, не возникают сами по себе. Их устойчивость обеспечивается наличием механизма преобразования интересов отдельных субъектов, инварианта, обеспечивающего единообразие начальных и последующих условий взаимодействия внутри общества.

В первобытном доклассовом обществе данный механизм был единым социальным регулятором, близким по своему содержанию современной морали. Однако дифференциация общества обусловила выделение из него собственно морали, а также религии и права. Значение последнего в результате общественного развития все более усиливается, приобретая универсальный характер. При этом объективное право является уникальным явлением, обеспечивающим преобразование интересов в специальные правовые формы, обеспечивающие их реализацию, а при необходимости — и ограничение. Наиболее распространенной из указанных форм следует признать субъективные права, которые в совокупности с соответствующими им юридическими обязанностями образуют правоотношения. Однако наряду с ними можно говорить также о свободах и законных интересах.

На этапе перехода от конкретного интереса к субъективному праву, свободе или законному интересу происходит трансформация осознания в целеполагание. Римский юрист Ульпиан говорил: «Semper in stipulationibus et in ceteris contractibus id sequimur, quod actum est ...» (При стипуляциях и прочих договорах мы всегда преследуем задуманную цель). Еще точнее данная идея отражена Р. Иерингом, отмечавшим, что именно цель есть двигатель развития: «Из цели может исходить закон причинной связи, но не наоборот. ... Природа указала человеку путь, которым он может склонять других людей к содействию его целям; таким путем служит для него соединение собственной цели с чужим интересом. На этой формуле основана вся наша человеческая жизнь: государство, общество, торговля и промышленный оборот...» [Иеринг Р., 2006: 15, 40]. Данное обстоятельство обусловлено тем, что человеческое поведение, побудителем которого выступает интерес, определяется не только интеллектуальной составляющей, характеризующейся осознанностью потребностей, но и волевой, отражающей стремление к их удовлетворению, на что указывали К. Маркс и Ф. Энгельс, подчеркивая, что «... естественная необходимость, свойство человеческого существа, в каком бы отчужденном виде они ни выступали, интерес, вот что сцепляет друг с другом членов гражданского общества...» [Маркс К., Энгельс Ф.: 1955: 134].

2. Публичный интерес и его общественное осознание

В силу биологической природы человеку имманентно присущи как частные, так и публичные интересы. Первые отражают роль и место отдельного человека в мире. Вторые обусловлены невозможностью его отдельного существования, потребностью в коллективе как среде обитания. Первоначально публичные интересы — это интересы семьи, рода, племени, общины. В наши дни это интересы государства и общества.

Однако первоначально на собственно юридическом уровне осознавались исключительно частные интересы. Именно в их правовой формализации видели свою задачу юристы древности. Первым, обратившимся к познанию публичных интересов в их противопоставлении интересам частным, стал Ульпиан, подчеркивавший, что «Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem...». Общий смысл высказывания — признание того, что публичное право отражает состояние римского государства, в то время как частное служит благу отдельных лиц. Как цивилисты [Новицкий И.Б., Перетерский И.С., 2014: 7], так и исследователи публично-правовых отношений [Тихомиров Ю.А., 1995: 2] широко используют данную цитату, обращаясь к проблематике разделения объективного права на частное и публичное, устанавливая роль и место той или иной правовой отрасли в системе права. Хотя в ней слово «интерес» не приводится, традиционно подчеркивается, что именно данную категорию древнеримский юрист положил в основу предложенной им дифференциации права.

Падение Римской империи, погружение Европы первоначально в Темные века, а затем в Средневековье не то что ослабили познание публичных интересов, они сделали его невозможным. Как писал И. Ильин, характеризуя данный периода, человечество было обременено «... долгим опытом и тяжелыми страданиями, испытав жизнь вне организованного принудительного правопорядка, пройдя через Средние века с их частно-правовым строем и публично-правовым неустройством...» [Ильин И.А., 1994: 324]. Только Возрождение и Новое время позволили научной мысли вернуться к постижению публичного интереса, что началось с обоснования идеи суверенитета. С этого момента европейский протоюридический и юридический дискурс в процессе осознания публичного интереса прошел длительный путь.

Один из родоначальников теории суверенитета — Ж. Боден писал, что «... истинное процветание Государства и одного человека — это одно и то же, и высшее благо государства в целом есть благо каждого в отдельности...» [Боден Ж., 1999: 689]. В то время предпосылки формирования той области правового регулирования, которая в дальнейшем получит название административного права, только зарождались. Изучение общественных отношений осуществлялась в рамках так называемых камеральных наук (от лат.

самега — казна), объединявших различные административные и экономические дисциплины, преподававшиеся в XVI–XVIII веках в европейских университетах. Появление камеральных наук отвечало интересам так называемых новых монархий, первые из которых начали складываться в ходе Столетней войны. Их специфика состояла в том, что государственное управление и хозяйственная деятельность сеньора (монарха) не разделялись. При этом он не был ограничен нормами права, а сами эти действия рассматривались как внутренние, частные. Вместе с тем появление камералистики стало первым шагом в общественном осознании публичных интересов.

В России камеральные дисциплины начали преподавать только в XVIII веке. Однако нельзя не отметить собственно российских наработок в этой области знаний, которые были сделаны еще до открытия Академии наук и первого университета. Так, в середине XVI века среди московской знати получил распространение «Домострой», включавший свод правил ведения хозяйства, разработку которого приписывают одному из ближайших сподвижников Ивана Грозного, члену Избранной рады протопопу Сильвестру. На рубеже XVII–XVIII веков И.Т. Посошков проводит исследование «О скудости и богатстве».

В дальнейшем достижения камералистики как совокупность административных и хозяйственных установок по ведению камерального (государственного) хозяйства легли в основу многих современных отраслей знаний, в том числе и административного права.

В это время идея публичного интереса получает развитие через концепцию «полицейского государства». Сразу оговоримся, что данному понятию во многом не повезло с должной социальной рефлексией во второй половине прошлого века. В общественном сознании как на обыденном, так и на академическом уровнях оно необоснованно связывается с современными диктатурами тоталитарного типа. При этом происходит его противопоставление концепции правового государства. Причина этого — игнорирование исторического контекста. В результате не учитываются принципиальные различия между классическим полицейским государством эпохи новых монархий и абсолютизма, с одной стороны, и современными тоталитарными практиками, с другой, как в методах, так и, главное, в целеполагании «полицейской политики».

В отечественной литературе и (несколько в меньшей степени) в зарубежной понятие «полиция» во много сливается с аппаратом принуждения, осуществляющим поддержание общественного порядка, раскрытие преступлений, обеспечение общественной и государственной безопасности. Данная тенденция получила свое развитие и в принятом 7. 02. 2011 Федеральном законе № 3-ФЗ «О полиции», в ст. 1 которого говорится, что предназначение полиции состоит в защите жизни, здоровья, прав и свобод граждан Российской Федерации, иностранных граждан, лиц без гражданства, в противодей-

ствии преступности, охране общественного порядка, собственности и общественной безопасности. Здесь уже очевидно расхождение с идеей Петра I, который признавал полицию душой гражданства и всех добрых порядков и подпор человеческой безопасности и удобства. Первому российскому императору и его современникам было очевидно единство гражданского общества и полиции. Их размежевание в современном общественном сознании стало результатом активного вовлечения полицейского аппарата (в первую очередь тайной полиции и спецслужб) идеократическими диктатурами середины прошлого века в необоснованные репрессии против собственных народов и военные преступления.

Как результат понятие «полиция» во многом утрачивает свое нормативное и отчасти даже институциональное наполнение. В академической среде искажения в данной дефиниции только усиливаются с середины 1930-х годов вследствие дословного перевода немецкого слова «Polizeistaat» как «Police state» в английском или в русском — «полицейское государство». Данное понятие становится устойчивым для обозначения, особенно в публицистике, негативной стороны сперва национал-социалистического режима в Германии, а с 1990-х годов — и социалистического в Советском Союзе. В свою очередь его неиспользование в юридической литературе повлекло утрату им изначального значения, которое в него вкладывали Г. Лейбниц, Дж. Свифт, С. Джонсон и другие исследователи конца XVII–начала XVIII веков. Для них полиция и полицейское государство были в первую очередь системой регулирования и управления городом (общиной) в том отношении, что затрагивает общие и частные интересы жителей. В наши дни полицейское государство стало синонимом абсолютной тирании и необоснованных репрессий, государственного контроля всех сфер жизни как общества в целом, так и отдельных граждан [Чапман Б., 1972: 21–28]; [Кильдюшов О., 2013: 9–40].

Подчеркнуть, что в момент зарождения концепция полицейского государства служила обоснованием секуляризации власти, установления власти гражданской в ее противопоставлении власти церковной. При этом общество не было готово полностью отказаться от «сакральных костылей», обеспечивающих функционирование государства и права. В силу данного обстоятельства даже те исследователи, которые обосновывали первенство светской власти, подчеркивали, что «любая власть, публичная либо частная, коей управляется светское государство, не только справедлива и законосообразна, но и имеет Бога своим творцом, так что не может быть упразднена или отменена даже и согласием всего человеческого рода» [Витория Ф., 2013: 52–75]. Автор цитаты уже прямо указывает на двойственность власти, т.е. на частную и публичную ее составляющие, а также на то, что источник публичной власти не субъективен, не находится в человеческой мысли, а объективен, т.е. проистекает из самой природы.

Третьим шагом в действительно научном осознании публичного интереса, наряду с обоснованием суверенитета и секуляризации власти, выразившихся в концепции полицейского государства, становится теория разделения властей, позволившая перейти от идеи «полицейского государства» к идее «правового государства».

Интуитивно любое общество, стремясь обеспечить свое единство и устойчивость, вырабатывало механизмы сдержек и противовесов. Еще в Древней Спарте (вероятно, в ней сохранились самые ранние формы организации древнегреческого полиса) существовало четыре «центра принятия решений»: два царя, коллегия геронтов (старейшин) — герусия, народное собрание — апелла и коллегия эфоров [Всемирная история в 6 томах, 2011: 449]. Еще более разработанными такие механизмы мы видим в Древнем Риме, где не только правят два консула, но и существует третий магистрат (должностное лицо), которому принадлежит *imperium* (право на принуждение), — претор. Более того, народное представительство здесь реализуется в двух формах: по комициям, избирающим магистраты, и по трибам, избирающим трибунов. Последние обладали экстраординарным правом — правом вето, позволяющим отменить решение любого магистрата [Гарсия Гарридо М.Х., 2005: 45–52].

Однако не интуитивное восприятие, а научное обоснование механизм разделения властей получает только на рубеже XVII–XVIII веков. Первоначально Дж. Локк выделяет две ветви власти — законодательную и исполнительную. Он еще не отделял судебную власть от исполнительной, а суд не выделял из администрации [Локк Дж., 1988: 137–405]. Относительно современный вид рассматриваемая теория приобрела в XVIII веке в трудах французских просветителей, в первую очередь Ш.Л. Монтескье, который писал: «В каждом государстве есть три рода власти: власть законодательная, власть исполнительная, ведающая вопросами международного права, и власть, ведающая вопросами права гражданского (судебная власть). ... В силу первой власти государь или учреждение создает законы, временные или постоянные, и исправляет или отменяет существующие законы. В силу второй власти он объявляет войну или заключает мир, посылает или принимает послов, обеспечивает безопасность, предотвращает нашествия. В силу третьей власти он карает преступления и разрешает столкновения частных лиц» [Монтескье Ш.Л., 2018: 24, 26]. Справедливости ради отметим, что Монтескье не признавал суд в полной мере властью. По его мнению, задача суда состоит в том, чтобы удержать законодательную и исполнительную власти от крайностей.

Теория разделения властей не только характеризует институциональную сторону публичных интересов. Она, будучи неразрывно связанной с переходом от аграрного общества к индустриальному, обеспечила формирование

концепции правового государства, поскольку появившаяся несколько ранее идея полицейского государства уже не отвечала потребностям все более усложняющихся общественных отношений.

3. Зарождение административного права через общественное осознание публичных интересов

Общественное осознание публичных интересов выразилось в: обосновании суверенитета, секуляризации власти и формировании теории разделения властей. В момент достижения указанных результатов интеллектуального развития центр социального дискурса смещается из Франции, которой преимущественно принадлежит заслуга формулирования названных идей, в Германию, где происходит углубленное научное осознание публичного интереса через концепции полицейского и правового государства, которые и позволили сформироваться административному праву и как правовой отрасли, и как области знания.

Теория полицейского государства была концептуальной основой доконституционного государства. Пришедшая ей на смену теория правового государства легла в основу конституционализма. В контексте развития (перехода) «полицейского государства» в «правовое государство» и неразрывно связанного с ним процесса трансформации полицейской науки в науку административного права и формирования административного права как самостоятельной правовой отрасли наиболее интересен как раз германский опыт.

Немецкая юриспруденция имеет многовековую историю, уходящую корнями в Средние века, когда в только что возникших университетах происходило научное осознание местных правовых обычаев с параллельной рецепцией римского права. В это время закладывались основы фундаментальных правовых наук, самой молодой из которых бесспорно является административное право, возникшее только в XVIII веке в составе полицейской науки. Ее развитие связано с именами виднейших немецких юристов того времени Й. Зонненфельда, И. Юсти, Г. Берга и Р. Моля⁶.

По мнению Й. Зонненфельда, высказанному в книге «Основы учения о полиции, торговле и финансах» (1765), предмет полицейской науки состав-

⁶ Прежде чем перейти к рассмотрению научных воззрений названных авторов, укажем, что первенство в вопросе возникновения полицейского права принадлежит все же Франции. Первый капитальный труд по данной проблематике (который остался неоконченным) — «Трактат о полиции» появился в начале XVIII века и принадлежит перу Н. де ла Мара. Он был полицейским чиновником — комиссаром. Сам Трактат состоит из четырех томов. Он открывается историческим очерком об устройстве полиции в Древнем Египте, Древней Иудее, Древней Греции и Древнем Риме. Основная его часть посвящена французской полиции, ее возникновению и развитию, ее институтам и должностям, состоянию службы в ней.

ляли установление и охрана внутренней безопасности, в том числе меры, направленные на поддержание духовного благосостояния (попечение об образовании, исправлении нравов и т.п.). Данный подход был существенно пересмотрен в следующем веке Р. фон Модем, который в книге «Полицейская наука как учение о правовом государстве» («*Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaat*») обосновал необходимость пересмотра термина «полицейское право» и замены его термином «административное право» в связи с переходом от полицейского к правовому государству. Завершение процесса трансформации полицейской науки в науку административного права и формирование административного права как правовой отрасли в Германии приходится на конец XIX века и связано с именами таких ученых, как Л. Штейн и О. Майер. Первый из них положил ранее введенное Модем понятие «административное право» в основу учения о государственном управлении («*Die Verwaltungslehre*»), а второй в работе «Немецкое административное право» («*Deutsches Verwaltungsrecht*») дает аргументацию размежевания науки административного права и учения об управлении. Его заслуга состоит также в том, что он первым определяет роль и место государственного управления в механизме разделения властей, подчеркивая, что оно есть административная деятельность государства, основанная на юридических нормах [Малиновская В.М., 2017: 51–58]. Следует подчеркнуть, что все указанные издания были переведены на русский язык или активно использовались в российских университетах в оригинале [Моль Р. фон., 1868]; [Штейн Л., 1874]; [Mayer O., 1895]. Данное обстоятельство обусловило влияние, которое оказала немецкая юриспруденция на становление и развитие отечественного административного права.

Отметим, что современная наука административного права как ФРГ, так и Франции на первое место ставит понятие публичного (государственного) управления (администрирования) [Ведель Ж., 1973]. При этом большинство западноевропейских исследователей указывает на его полиаспектность и многозначность, что является следствием усложнения системы общественных отношений, отражающей ускоряющиеся процессы социальной интеграции и дифференциации. Для немецкой юриспруденции традиционным является выделение организационной, материальной и формальной составляющих публичного администрирования. Первая отражает институциональную основу и ее внутреннюю иерархичность. Вторая характеризует непосредственно административную деятельность государства по реализации его функций, за исключением законотворчества и судопроизводства. В рамках третьей рассматривается текущая деятельность органов публичного администрирования [Деттербек С., 2011: 24].

Категорически неверным будет рассмотрение зарождения и становления административного права Германии и Франции в отрыве от научного осоз-

нения дифференциации права. Если на теоретическом уровне данный процесс состоял в размежевании частного и публичного права, то на практическом он выразился в кодификации законодательства этих стран. В своей совокупности в рамках континентального права он положил начало учению о системе права. Наибольший драматизм данный процесс приобрел в Германии, поскольку совпал с формированием единого государства и столкновением трех течений в немецкой юриспруденции: теории естественного права, исторической школы и школы юридического позитивизма.

Начало кодификационных процессов в Западной Европе приходится на рубеж XVIII–XIX веков. Его инициаторами были сторонники естественного права. В Германии данная теория неразрывно связана с университетом Галле. В нем преподавали С. Пуфендорф, Х. Томазий, Х. Вольф и др. Последнему принадлежит идея, которую можно рассматривать в качестве фундаментальной для всех естественно-правовых теорий. По его мнению, образующая государство, народ ограничивает свою свободу для совершенствования составляющих его лиц. Для этого же ограничивается и их природное равенство. Результатом указанных ограничений становится власть одних лиц над другими. При этом законы государства есть реализация законов природы. Они дают свободу, необходимую для исполнения нравственных обязанностей [Жучков В.А., 1996: 24–26].

В XIX веке данная идея и вытекающее из нее стремление к кодификации законодательства были поставлены под сомнение деятелями исторической школы. Ее лидеры Г. Гуго и Ф.К. фон Савиньи исходили из того, что право не связано с государством, а выступает проявлением народного духа (*Volksgeist*), следовательно, оно не может устанавливаться законодательно [Новгородцев П.И., 1896: 12–13]. Для исторической школы не только кодификация, но и законодательство в принципе было необоснованным, вредным и бесполезным вмешательством в процесс спонтанного формирования права под влиянием квалифицированных юристов [Савиньи Ф.К. фон, 2012: 18–36].

Савиньи и его последователи сумели приостановить кодификацию законодательства единой Германии. Только немецкие позитивисты, отрицавшие как воззрения исторической школы, так и идеи естественного права, способствовали принятию Германского гражданского уложения. Они (К. Бергбом, П. Лабанд и др.) рассматривали право как позитивный факт. Позитивное право для них — совокупность норм, изданных государством, естественное право — не более чем его моральная оценка, которая не должна приниматься во внимание при исполнении закона. К. Бергбом, обосновывая в книге «Юриспруденция и философия права» недопустимость метаюридических принципов и идей, вносимых в юриспруденцию как теорией естественного права, так и учением о «народном духе», указывал, что в этих случаях исследуются не реальные, а предполагаемые (желаемые) правовые конструкции [Бергбом К., 1892].

В дальнейшем юридический позитивизм длительное время оставался господствующей правовой доктриной континентального права [Зорькин В.Д., 1978]. Он способствовал размежеванию частного и публичного права, а также кодификации первого. Неоднократно ставился вопрос о кодификации отдельных отраслей публичного права. Однако административное законодательство так и остается некодифицированным до настоящего времени.

Подчеркнем, что формирование учения о разделении властей и дифференциация права, выделение в нем частной и публичной составляющих являются производными от более глубокого социального процесса, протекающего в это время. Он сочетает в себя как интегративные, так и дифференциальные элементы. Характеризуя его, большинство исследователей акцентирует внимание на формировании и развитии системы разделения труда, вовлечение в нее все большей доли населения, отказывающейся от натурального хозяйства. Именно данный процесс подтолкнул общественное осознание публичных интересов и как следствие зарождение административного права.

4. Влияние общественного осознания публичных интересов на дифференциацию российского права и формирование российского административного права

В России дореволюционный период развития учения о системе права и отраслевых юридических наук характеризуется взаимосвязанными и взаимообусловленными процессами: размежеванием частного и публичного права и установлением отдельных отраслевых предметов.

Российские юристы вслед за немецкими коллегами, изучая право и осуществляя его систематизацию, акцентировали внимание на предмете правового регулирования. В связи с этим большинство отечественных исследователей признавали в качестве основания разделения права на частное и публичное специфику регулируемых общественных отношений. Так, например, Г.Ф. Шершеневич писал: «Характерным для современного юридического порядка является распадение норм права на две группы, на право публичное и на право гражданское, или иначе частное. ... Основание для различия частного права от публичного стремятся найти или в самом содержании правоотношения, или в порядке их охранения...». Для самого автора таким основанием представляется содержание правоотношения (материальный момент): «Гражданское право представляет собой совокупность юридических норм, определяющих частные отношения отдельных лиц в обществе» [Шершеневич Г.Ф., 1995: 9, 11].

Однако единодушия по этому вопросу не было достигнуто. Ряд специалистов считал специфику общественных отношений, регулируемых

частным и публичным правом, недостаточной для их размежевания. Д.И. Мейер, характеризуя гражданское (частное) право, наряду с общей характеристикой имущественных отношений отдельно говорит о свободе человека в отношении вещей и союзов [Мейер Д.И., 1997: 31–34]. Дифференциации внутренней формы права по формальному признаку придерживались С.А. Муромцев и Ю.С. Гамбаров, различая публичное и частное право исходя из того, кому принадлежит инициатива защиты нарушаемого права. Иными словами, обращали внимание не на то, что защищается, а на то, как защищается, не на содержание охраняемых интересов, а на порядок их охраны. Если эта защита возбуждается только по требованию лица, чье право нарушено, то мы имеем дело с частным правом. Если нарушение вызывает инициативу со стороны самого государства, нередко помимо и даже против воли потерпевшего лица, то перед нами область публичного права [Муромцев С.А., 1879: 184–195]; [Гамбаров Ю.С., 1911: 54–57]. Л.И. Петражицкий и И.А. Покровский подходили к разграничению права на частное и публичное со следующей позиции. Если публичное право есть система юридической централизации отношений, то частное право, наоборот, есть система юридической децентрализации: оно по своему существу предполагает для своего бытия наличность множества самоопределяющихся центров. Если публичное право есть система субординации, то частное право есть система координации; если первое есть область власти и подчинения, то второе есть область свободы и частной инициативы [Петражицкий Л.И., 1910: 657]; [Покровский И.А., 2003: 44].

Зарождение и становление отечественного административного права приходится на XIX — начало XX веков и неразрывно связано с размежеванием частного и публичного права. Именно на это время происходит начало преподавания полицейской науки в российских университетах. Этот процесс не может и не должен рассматриваться в контексте германского влияния. Он имеет собственно российское социально-экономическое обоснование и неразрывно связан в первую очередь с реформами Александра II, кардинально изменившими структуру российского общества и усложнившими весь государственный механизм.

Базовая для формирования административного права идея разделения властей была рано воспринята отечественными учеными. Так, еще в 1768 году С.Е. Десницкий направил Екатерине II исследование «Представление об учреждении законодательной, судительной и наказательной власти в Российской Империи», в котором отмечал, что цель государства состоит в достижении наибольшего количества благ наибольшим числом лиц. При этом он считал необходимыми конституционные реформы, целью которых должно быть внедрение разделения властей. Однако учреждение их должно быть осторожным, чтобы одна власть не выходила из своего предела в другую,

и чтобы каждая из них имела надзирателя. В городах предлагалось ввести самоуправление (гражданскую власть), а в отношении крестьян исключить злоупотребления, например, их продажу без земли [Десницкий С.Е., 1952: 78–93].

В XIX веке русское полицейское право во много сохраняло черты камеральной науки, объединяя с собственно юридической проблематикой проблематику народно-хозяйственную. Так, например, первый том «Полицейского права» Н.Х. Бунге преимущественно посвящен политэкономической тематике, включая в себя такие разделы как «Исторический очерк экономических учений» и «Обозрение различных отраслей хозяйственной деятельности». Интересен его вывод, что в отличие от XVIII века в XIX веке общепризнанным становится разделение понятий «юстиция» (суд) и «полиция». Последнее имеет двойственную природу, объединяя установление благосостояния (законы благоустройства) и безопасности (законы благочиния) [Бунге Н.Х., 1869: 2].

Понятия благоустройства и благочиния были раскрыты предшественниками Бунге. Так, Н.Ф. Рождественский писал, что безопасное и свободное пользование правами личными и имущественными есть главное основание благоустроенного государства. Само государственное благоустройство включает в себя различные вопросы: демографию и здравоохранение (медицинскую полицию), продовольственную политику и общественное призрение (социальное обеспечение), образование и народное хозяйство, транспорт и связь [Рождественский Н.Ф., 1840]. Благочиние определялось как комплекс мер, обеспечивающих безопасность [Андриевский И.Е., 1874: 59].

Единство полицейского права и политэкономии сохранялось в отечественной академической традиции и в более поздний период. Так, например, А.Я. Антонович в конце XIX века издает фундаментальный труд «Полицейское право и политическая экономия» [Антонович А.Я., 1883], который считается классикой не только отечественной юриспруденции, но и экономической мысли. Только накануне революции 1917 года начинается процесс сужения предмета науки полицейского права и ее трансформации в административно-правовую науку. Так, в 1911 году В.Ф. Дерюжинский в учебнике полицейского права относит данную дисциплину к кругу наук о государстве, предметом которой является внутреннее управление. Под последним он понимает совокупность различных проявлений деятельности государства, направленных на осуществление задач, присущих ему как правомерному и культурному союзу [Дерюжинский В.Ф., 1911].

Таким образом, зарождение административно-правовой науки в Российской империи имеет длительную историю и неразрывно связано со все большим усложнением общественных отношений. Без сомнения, этот процесс в некоторой степени был обусловлен зарубежным влиянием — французским

в XVIII веке и немецким в XIX. Однако оно не имело бы никакого значения, если бы не внутренняя потребность российского общества, обусловленная поступательным развитием различных сфер общественной жизни. Отечественные исследователи не только существенно не отставали от зарубежных, но в некоторых случаях опережали их.

Основным вопросом, вставшим перед зарождающейся административно-правовой наукой, справедливо считается вопрос о ее предмете. Если в XVIII веке он охватывал все сферы функционирования государства, то со временем происходит его сужение. В начале XIX века из него выделяется юстиция (судебная деятельность). Предметом полицейской деятельности остаются вопросы государственного благоустройства и благочиния, т.е. социально-экономического развития и обеспечения общественных безопасности и порядка. При этом в составе предмета государственного благоустройства не произошло размежевания собственно государственного управления, его правовой основы и политической экономии. Они изучаются совместно. Только в начале прошлого века, непосредственно перед революцией 1917 года происходит окончательное признание предметом полицейского права государственного управления. Несмотря на то, что первые научные работы, в названии которых фигурирует административное право, появились еще на рубеже XIX и XX веков [Елистратов А.И., 1911], данное название за соответствующей областью знаний в нашей стране окончательно закрепится уже в советский период.

Однако на первые годы советской власти приходится «катастрофа» в развитии не только административно-правовой науки, но и административного права как правовой отрасли. В это время оно разделило судьбу гражданского и финансового права. Из образовательных программ вузов соответствующие дисциплины исключались. Причиной данной ситуации стало то, что советское правоведение ориентировалось тогда на концепцию хозяйственного права.

Указанная концепция была некритически заимствована из-за рубежа. Фактически она противоречила всему правовому опыту нашей страны и не вписывалась в учение о системе права, разработанное отечественными до-революционными учеными. Вместе с тем она получила распространение в Западной Европе и во многом соответствовала правопониманию советского руководства того периода. Ее суть состояла в отрицании выделения в праве частной и публичной составляющих. Ее авторы полагали, что в результате государственного вмешательства в экономику, которое все расширялось, произойдет отмирание как частноправовых, так и публично-правовых институтов, на смену которым придет хозяйственное право. Основные идеи данной концепции были изложены Ю.В. Гедеманом в брошюре «Основные черты хозяйственного права» [Гедеман Ю.В., 1924].

Постепенный отход от концепции хозяйственного права начался только во второй половине 1930-х годов. Он обусловил дискуссию о системе советского права, в которую на протяжении последующих десятилетий были вовлечены ведущие отечественные правоведы. Начавшись в 1930-х годах, она завершилась только в 1980-х. Современные исследователи выделяют в ней три этапа: предвоенный (1935–1940), послевоенный (1954–1958) и завершающий (1979–1982) [Яковлев В.Ф., Талапина Э.В., 2012: 5–16]. Хотя дискуссия на данную тему шла практически на всех возможных площадках, институциональной основой полемики был журнал «Советское государство и право». Результаты каждого из указанных этапов научной дискуссии нашли отражение на его страницах [Аржанов М., 1940: 16–24]⁷.

Традиционные отрасли права, в первую очередь, гражданское и административное, были окончательно восстановлены к концу 1930-х годов. Однако произошел отказ от дихотомии «частное и публичное право». Данные понятия практически не использовались в советском правоведении. При этом в основу учения о системе советского права на этом этапе был положен примат предмета над методом.

Данный принцип не позволил разрешить все противоречия, возникшие в результате «вторжения» в отечественное правоведение концепции хозяйственного права. Дискуссия возобновлялась еще дважды, пока к началу 1980-х годов не было достигнуто некоторого единообразия во взглядах на систему советского права. Было достигнуто соглашение, что она включает в себя три уровня: норму, институт и отрасль. Главные критерии внутренней дифференциации права — предмет и метод. Правовые образования, не вписывающиеся в эту схему, но нуждающиеся в их признании, квалифицируются как комплексные. Данный подход получил доктринальное признание в 1982 году. При этом категория «комплексная отрасль (институт)» использовалась для обозначения всех исключений, не вписывавшихся в признанную парадигму.

Бесспорно, что в основе полемики вокруг системы советского права лежало противостояние «цивилистов» и «хозяйственников». Однако в конечном итоге она самым позитивным образом повлияла на развитие административно-правовой науки, ее трансформацию из «задержавшегося наследия камералистики» в подлинно юридическую область знаний. Данному обстоятельству способствовали как представители дореволюционной школы (А.Ф. Евтихеев, А.И. Елистратов, В.Л. Кобалевский и др.), оставшиеся в СССР, так и исследователи нового поколения (С.С. Студеникин, В.А. Власов, И.И. Евтихеев, Г.И. Петров и др.), в последующем ставшие классиками отечественного административного права.

⁷ См.: Советское государство и право. 1958. С. 82–136; Советское государство и право. 1982. С. 3–18.

Прискорбно, что в 1920–1930-х годах ряд ученых встал на сторону тех, кто оспаривал существование административного права. Так, С.М. Берцинский, оправдывая изгнание административного права из юриспруденции, подчеркивал, что «... попытки построить систему советского административного права следует признать ошибочными, стоящими в противоречии с самой сущностью советского строя...» [Берцинский С.М., 1931: 165]. Однако данная позиция не стала доминирующей. Уже в 1924 году В.Л. Кобалевский признавал необходимость административного права, выражал сожаление в связи с отсутствием его кодификации и рассеянностью по многим законодательным актам, указывал на необходимость его систематизации и теоретического осмысления. По его мнению, эта задача «... значительно усложнялась, с одной стороны, слабым развитием науки административного права, а, с другой, своеобразными чертами административно-правового материала советских республик, значительно расширенного по сравнению с правом западноевропейских государств, покоящегося в большинстве случаев на иных правовых принципах и отличающегося необычайной подвижностью и текучестью...» [Кобалевский В.Л., 1924: 3].

В это же время происходит кардинальное сужение предмета административно-правовой науки по сравнению с предметом науки полицейского права. Круг вопросов, рассматриваемых в ее рамках в данный период, как правило, ограничивался понятием и содержанием государственного управления, его органами и средствами, актами государственного управления, взаимодействием государства и гражданина, государственным аппаратом и союзным строем, гарантиями законности в государственном управлении, а также историко-правовой и сравнительно-правовой проблематикой, связанной с государственным управлением [Елистратов А.И., 1922].

Относительно современный вид предмет административного права приобретает в предвоенный и послевоенный периоды [Студеникин С.С., 1938]; [Студеникин С.С., 1939]. В это время в его составе принято выделять общую и особенную части. В рамках первой рассматриваются такие вопросы, как предмет, источники и система советского социалистического административного права, понятие и система государственного управления основные принципы советского государственного управления, органы советского государственного управления, советская и государственная служба, акты советского государственного управления, убеждение и принуждение в советском государственном управлении, обеспечение социалистической законности в советском государственном управлении. Особенная часть советского административного права включала следующие разделы: управление в области обороны, управление в области иностранных дел, управление в области внешней торговли, в области государственной безопасности и общественного порядка, управление в области юстиции, управление про-

мышленностью, сельским хозяйством, лесным хозяйством и лесоразведением, управление заготовками сельскохозяйственной продукции, торговлей, транспортом и связью, управление в области строительства населенных мест и жилищно-коммунального хозяйства, управление в области капитального строительства, управление в области просвещения, науки и искусства, управление в области здравоохранения, управление в области социального обеспечения, управление в области финансов и кредита [Власов В.А., Евтихий И.И., Студеникин С.С., 1950].

Советское право было уникальным феноменом, отражающим всю специфику советского общества и в первую очередь сложившуюся в нем модель хозяйствования. На данное обстоятельство обращали внимание уже исследователи первых лет советской власти, в том числе представители административно-правовой науки. Так, в 1927 году Н.П. Карадже-Искров в исследовании «Новейшая эволюция административного права, писал: «...государственная власть берет на себя организацию всей хозяйственной и культурной жизни страны. Для осуществления этой грандиозной задачи вводится строжайшая централизация и регламентация. Для наилучшего использования всех ресурсов вводится всеобщая трудовая повинность, и даже частное хозяйство подчиняется плановым нарядам (кустари) и посевному плану (крестьяне). Это расширение планового начала, государственного регулирования означало необычайное развитие административного права и крайнее стеснение частного оборота. От частноправовых отношений не осталось и следа...» [Карадже-Искров Н.П., 1927: 22].

Феноменальность как всей системы советского права, так и советского административного права, в частности, обеспечивалась тем, что их зарождение и развитие осуществлялось в условиях, которые в совокупности ранее и в последующем не имели исторических аналогов. Базовыми из них следует признать: государственную банковскую монополию (установлена в 1917 году); государственную страховую монополию (установлена в 1918 году); государственную внешнеторговую монополию (установлена в 1918 году); плановую основу народного хозяйства (введена в 1928 году); валютную монополию (установлена в 1931–1937 годах).

Конституционную основу рассматриваемая модель социально-экономического устройства обрела в 1977 году после включения в Конституцию СССР ст. 16, определяющей, что экономика СССР составляет единый народнохозяйственный комплекс, охватывающий все звенья общественного производства, распределения и обмена на территории страны. Руководство ею осуществляется на основе государственных планов экономического развития, с учетом отраслевого и территориального принципов, при сочетании централизованного управления с хозяйственной самостоятельностью и инициативой предприятий, объединений и других организаций. При этом

активно используется хозяйственный расчет, прибыль, себестоимость, другие экономические рычаги и стимулы.

На рубеже 1980–1990-х годов в России начались два взаимообусловленных процесса, определяющие трансформацию всего общественного организма. Первый из них принято называть переходом от командно-административной экономики (социально-экономического устройства общества, закрепленного в ст. 16 Конституции СССР) к рыночной экономике. Он характеризуется отказом от плановой основы народного хозяйства, а также отказом от государственной банковской, государственной страховой, государственной внешнеторговой и валютной монополий. Второй процесс непосредственно изменяет модель государства. С одной стороны, он связан с выходом Российской Федерации из состава СССР, а с другой — с выделением местного самоуправления в самостоятельный уровень публичной власти.

Названные обстоятельства определяют современное состояние отечественного административного права, обуславливают специфику его текущего функционирования и развития. Они требуют подлинно научного осмысления новых реалий в соотношении государства и публичного управления, правового регулирования соответствующих общественных отношений. На протяжении последних 30 лет данная проблематика находит свое отражение в исследованиях ведущих российских административистов: А.П. Алехина, Д.Н. Бахраха, И.Ю. Козлова, А.Ф. Ноздрачева, Ю.Н. Старилова, Ю.А. Тихомирова и др.

Заключение

Генезис административного права как правовой отрасли, так и области знаний — длительный процесс, начавшийся в XVIII веке и не закончившийся до настоящего времени. В его основе лежит общественное осознание публичных интересов, интересов государства и общества.

Интерес государства, рассматриваемого в качестве институциональной основы правопорядка, выражается в трансформации общественных отношений с целью упорядочения сложившихся социальных связей, их защитой от внутренних по отношению к государству и внешних угроз. Реализация общественных интересов определяется потребностью конкретной культурно-исторической общности в обеспечении интересов своих членов и, главное, в сохранении своего внутреннего единства.

Административно-правовая наука прошла длительный путь развития от своего зарождения в составе камеральных наук, через полицейское право, в составе которого изучалась в том числе политическая экономия, до действительно юридической науки, предмет которой наиболее общим образом может быть определен как правовое регулирование общественных отношений,

связанных с государственным управлением (возможно, ныне допустимо говорить о публичном администрировании). Такие понятия, как «камера», «полиция», «государственное управление» и «публичное администрирование» функционально тождественны. Содержательно они существенно отличаются, отражая соответствующий уровень общественного развития, в том числе в части общественного осознания публичных интересов.

Ныне административно-правовая наука находится на пороге новой трансформации, обусловленной возрастающим усложнением системы публичных интересов, что выражается во все более широком вовлечении в управленческие процессы институтов гражданского общества, в изменении методики управленческого воздействия на общественные отношения, в том числе через использование инструментария «мягкой власти», цифровизации управленческих процессов. Отражением данного процесса в категориально-понятийном аппарате данной области знаний может стать переход от базового понятия «государственное управление» к новому базовому понятию «публичное администрирование». Функционально они характеризуют реализацию исполнительной власти государства. Содержательно отличия между ними выражают внутреннюю трансформацию системы разделения властей.

Характеристика каждой ветви власти имеет три уровня: соотношение цели и средств, структура системы органов, используемые процедуры. Если при характеристике государственного управления акцент делается на структуре системы органов, то понятие «публичное администрирование» выдвигает вперед именно процедурную сторону вопроса.



Список источников

1. Андриевский И.Е. Полицейское право. Т. 1: Полиция безопасности. СПб.: В.В. Працц, 1874. 666 с.
2. Антонович А.Я. Полицейское право и политическая экономия. Киев, 1883.
3. Аржанов М. Предмет и метод правового регулирования в связи с вопросом о системе советского права // Советское государство и право. 1940. N 8–9. С. 16–24.
4. Берцинский С.М. Административное право / Малая советская энциклопедия. Т. 1. М.: Советская энциклопедия, 1931. С. 165.
5. Боден Ж. Шесть книг о государстве / Антология мировой политической мысли. Т. 2. М.: Мысль, 1999. С. 689–695.
6. Бунге Н.Х. Полицейское право. Т. 1. Введение и Государственное благоустройство. М.: Изд-во Императорского университета, 1869. 334 с.
7. Ведель Ж. Административное право Франции. М.: Прогресс, 1973. 512 с.
8. Витория Ф. Лекция о гражданской власти // Социологическое обозрение. 2013. N 3. С. 52–75.

9. Власов В.А., Евтихийев И.И., Студеникин С.С. Советское административное право. М.: Госюриздат, 1950. 439 с.
10. Всемирная история в 6 тт. Т. 1. М.: Наука, 2011. 900 с.
11. Гамбаров Ю.С. Курс гражданского права. Часть общая. СПб.: Стасюлевич, 1911. 780 с.
12. Гарсия Гарридо М.Х. Римское частное право: казусы, иски, институты. М.: Статут, 2005. 812 с.
13. Гедеман Ю.В. Основные черты хозяйственного права. Трансформация понятия собственности. Харьков: Юридиздат, 1924. 32 с.
14. Гершкович Б.Я. Экономические интересы и их реализация. Пятигорск: ПГЛУ, 1999. 589 с.
15. Дерюжинский В.Ф. Полицейское право: пособие для студентов. СПб.: Сенатская тип., 1911. 562 с.
16. Десницкий С.Е. Представление об учреждении законодательной, судительной и наказательной власти в Российской Империи / Избранные произведения русских мыслителей второй половины 18 века. Л.: Госполитиздат, 1952. С. 78–93.
17. Елистратов А.И. Административное право. М.: И.Д. Сытин, 1911. 235 с.
18. Елистратов А.И. Очерк административного права. М.: Госиздат, 1922. 236 с.
19. Жучков В.А. Из истории немецкой философии XVIII века: предклассический период: от вольфовской школы до раннего Канта. М.: Наука, 1996. 387 с.
20. Зорькин В.Д. Позитивистская теория права в России. М.: Изд-во Моск. ун-та, 1978. 270 с.
21. Иеринг Р. Цель в праве / Избранные труды. Т. 1. СПб.: Юридический центр, 2006. С. 87–436.
22. Ильин И.А. Общее учение о праве и государстве / Собр. соч. Т. 4. М.: Русская книга, 1994. С. 151–392.
23. Карадже-Искров Н.П. Новейшая эволюция административного права. Иркутск: Госиздат, 1927. 39 с.
24. Кильдюшов О. Полиция как наука и политика: о рождении современного порядка из философии и политической практики // Социологическое обозрение. 2013. N 3. С. 9–40.
25. Кобалевский В.Л. Очерки советского административного права. Харьков: Госиздат Украины, 1924. 258 с.
26. Леонтьев А.Н. Деятельность. Сознание. Личность. М.: Политиздат, 1977. 282 с.
27. Локк Дж. Два тракта о правлении / Сочинения. Т. 3. М.: Мысль, 1988. С. 137–405.
28. Малиновская В.М. Особенности развития науки административного права в Германии // Право и управление: XXI век. 2017. N 1. С. 51–58.
29. Маркс К. Капитал. Критика политической экономии. Т. 1. СПб.: Эксмо, 2013. 800 с.
30. Маркс К., Энгельс Ф. Святое семейство / Сочинения. Т. 2. М.: Госполитиздат, 1955. С. 3–230.
31. Мейер Д.И. Русское гражданское право. Часть 1. М.: Статут, 1997. 307 с.
32. Моль Р. Энциклопедия государственных наук. СПб.: Вольф, 1868. 591 с.
33. Монтескье Ш.Л. О духе законов. М.: Рипол Классик, 2018. 690 с.

34. Муромцев С.А. Определение и основное разделение права. М.: Мамонтов и К°, 1879. 240 с.
35. Новгородцев П.И. Историческая школа юристов. Ее происхождение и судьба. М.: Унив. Тип., 1896. 225 с.
36. Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб.: Меркушев, 1910. Т. II. 800 с.
37. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 2003. 618 с.
38. Новицкий И.Б., Перетерский И.С. Римское частное право. М.: Зерцало, 2014. 560 с.
39. Рождественский Н.Ф. Основания государственного благоустройства с применением к российским законам. СПб.: Н. Греч, 1840. 465 с.
40. Савиньи Ф.К. фон. О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции / Система современного римского права. Т. 1. М.: Статут, 2012. С. 18–36.
41. Субочев В.В. Законные интересы. М.: Норма, 2008. 496 с.
42. Студеникин С.С. Некоторые вопросы советского административного права // Советское государство. 1938. N 1. С. 24–36.
43. Студеникин С.С. О предмете и системе советского административного права // Советское государство и право. 1939. N 3. С. 42–55.
44. Тихомиров Ю.А. Публичное право. М.: БЕК, 1995. 422 с.
45. Шайкенов Н.А. Правовое обеспечение интересов личности. Свердловск: Изд-во Урал. ун-та, 1990. 200 с.
46. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М.: Спарк, 1995. 422 с.
47. Штейн Л. Учение об управлении и право управления с сравнением литературы и законодательства Франции, Англии и Германии. СПб.: А.С. Гиероглифов, 1874. 594 с.
48. Яковлев В.Ф., Талапина Э.В. Роль публичного и частного права в регулировании экономики // Журнал российского права. 2012. N 2. С. 5–16.
49. Bergbohm K. Jurisprudenz und Rechtsphilosophie: kritische Abhandlungen. Bd. 1. Leipzig: Duncker, 1892. 566 S.
50. Chapman B. Der Polizeistaat. List-Taschenbücher der Wissenschaft. München: List, 1972. 193 S.
51. Detterbeck S. Allgemeines Verwaltungsrecht: mit Verwaltungsprozessrecht. München: Beck, 2011, 680 S.
52. Maslow A.H. Motivation and Personality. N.Y.: Harper & Row, 1970. 386 p.
53. Mayer O. Deutsches Verwaltungsrecht. Bd. 1. Leipzig: Duncker, 1895, 482 S.



References

1. Andrievsky I. (1874) *Police law*. Saint Petersburg: Pratz, 666 p. (In Russ.).
2. Antonovich A. (1883) *Police law and political economy*. Kiev: No publisher, 256 p. (In Russ.).
3. Arzhanov M. (1940) Subject and method of legal regulation in connection with the question of the system of Soviet law. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo* = Soviet State and Law, no. 8–9, pp. 16–24. (In Russ.).

4. Bergbohm K. (1892) *Jurisprudence and legal philosophy: critical treatises*. Leipzig: Duncker, 566 p.
5. Bertsinsky S.M. (1931) Administrative law. In: Small Soviet encyclopedia. Moscow: Encyclopedia, p. 165. (In Russ.).
6. Boden J. (1999) Six books about the state. In: Anthology of world political thought. Vol. 2. Moscow: Mysl, pp. 689–695. (In Russ.).
7. Bunge N. (1869) *Police law*. Moscow: University, 334 p. (In Russ.).
8. Chapman B. (1972) *The Police State*. Munich: List, 193 p.
9. Deryuzhinsky V.F. (1911) *Police Law*. Saint Petersburg: Senate press, 562 p. (in Russ.).
10. Desnitskiy S.E. (1952): The concept of the establishment of legislative, judicial and punitive power in the Russian Empire. In: Selected works of Russian thinkers of the second half of the 18th century. Moscow: Politizdat, pp. 78–93. (In Russ.).
11. Detterbeck S. (2011) *General administrative law with administrative procedural law*. Munich: Beck, 680 p.
12. Elistratov A.I. (1911) *Administrative Law*. Moscow: Sytin, 235 p. (In Russ.).
13. Elistratov A.I. (1922) *Sketch of administrative law*. Moscow: Gosizdat, 236 p. (In Russ.).
14. Gambarov Y.S. (1911) *Civil law course*. Saint Petersburg: Stasulevich, 502 p. (In Russ.).
15. Garcia Garrido M.H. (2005) *Roman private law: incidents, claims, institutions*. Moscow: Statut, 812 p. (In Russ.).
16. Gedeman Y.V. (1924) *Main features of commercial law: transformation of ownership concept*. Kharkov: Jurizdat, 32 p. (In Russ.).
17. Gershkovich B. (1999) *Economic interests and their implementation*. Pyatigorsk: University, 589 p. (In Russ.).
18. Iering R. (2003) Purpose in law. Selected works. Saint Petersburg: Juridicheskiy Center, pp. 87–436. (In Russ.).
19. Ilyin I.A. (1994) General doctrine of law and state. Works. Vol. 4. Moscow: Russkaya kniga, pp. 151–392. (In Russ.).
20. Karadzhe-Iskrov N.P. (1927) *The latest evolution of administrative law*. Irkutsk: Gosizdat, 39 p. (In Russ.).
21. Kildyushov O. (2013) Police as science and politics: birth of modern order from philosophy and political practice. *Sociologicheskoe obozrenie* = Sociological Review, no. 3, pp. 9–40. (In Russ.).
22. Kobalevsky V.L. (1924) *Essays on Soviet administrative law*. Kharkov: Gosizdat, 258 p. (In Russ.).
23. Leontiev A.N. (1977) *Activity. Consciousness. Personality*. Moscow: Politizdat, 282 p. (In Russ.).
24. Locke J. (1988) *Two tracts on government*. Works. Vol. 3. Moscow: Mysl, pp. 137–405. (In Russ.).
25. Malinovskaya V.M. (2017) Development of administrative law science in Germany. *Pravo i upravlenie* = Law and management, no.1, pp. 51–58. (In Russ.).
26. Marx K. (2013) *The Capital*. Moscow: Eksmo, 800 p. (In Russ.).
27. Marx K., Engels F. (1955) The Holy Family. Works. Vol. 2. Moscow: Politizdat, pp. 3–230. (In Russ.).
28. Maslow A.H. (1970) *Motivation and Personality*. N.Y.: Harper & Row, 386 p.

29. Mayer O. (1895) *German administrative law*. Vol. 1. Leipzig: Duncker, 482 p.
 30. Meyer D.I. (1997) *Russian civil law*. Moscow: Statut, 307 p. (In Russ.).
 31. Mole R. (1868) *Encyclopedia of state sciences*. Saint Petersburg: Wolf, 591 p. (In Russ.).
 32. Montesquieu S.L. (2018) *About the spirit of laws*. Moscow: Eksmo, 690 p.
 33. Muromtsev S.A. (1879) *Definition and basic division of law*. Moscow: Mamontov, 198 p. (In Russ.).
 34. Novgorodtsev P.I. (1896) *Historical school of lawyers. Its origin and destiny*. Moscow: University, 225 p. (In Russ.).
 35. Petrazhitskiy L.I. (1910) *Theory of law and state in connection with theory of morality*. Vol. 2. Saint Petersburg: Merkushov, 800 p. (In Russ.).
 36. Pokrovsky I.A. (2003) *Main issues of civil law*. Moscow: Statut, 618 p. (In Russ.).
 37. Roman private law (2014) I.B. Novitsky, I.S. Peretersky (eds.). Moscow: Zertsalo, 607 p. (In Russ.).
 38. Rozhdstvensky N.F. (1840) *State welfare system as applied to Russian laws*. Saint Petersburg: Grech, 465 p. (In Russ.).
 39. Savigny F.C. (2012) *On the vocation of our time to legislation and jurisprudence*. System of modern Roman law. Moscow: Statut, pp. 18–36. (In Russ.).
 40. Shaikenov N.A. (1990) *Legal support of individual interests*. Sverdlovsk: University, 200 p. (In Russ.).
 41. Shershenevich G.F. (1995) *Russian civil law*. Moscow: Spark, 422 p. (In Russ.).
 42. Stein L. (1874) *Doctrine of management and the law of management*. Saint Petersburg: Gieroglifov, 594 p. (In Russ.).
 43. Studenikin S.S. (1939) Subject and system of Soviet administrative law. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo* = Soviet state and law, no. 3, pp. 42–55. (In Russ.).
 44. Studenikin S.S. (1938) Questions of Soviet administrative law. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo* = Soviet state and Law, no. 1, pp. 24–36. (In Russ.).
 45. Subochev V.V. (2008) *Legitimate interests*. Moscow: Norma, 496 p. (In Russ.).
 46. Tikhomirov Y.A. (1995) *Public law*. Moscow: BEK, 422 p. (In Russ.).
 47. Vitoria F. (2013) Lecture on civil power. *Sociologicheskoe obozrenie* = Sociological Review, no. 3, pp. 52–75. (In Russ.).
 48. Vlasov V.A., Evtikhiev I.I., Studenikin S.S. (1950) *Soviet administrative law*. Moscow: Gosjurizdat, 439 p. (In Russ.).
 49. Wedel J. (1973) *Administrative law of France*. Moscow: Progress, 512 p. (In Russ.).
 50. World history: in 6 vols. M., 2011. Vol. 1. 900 p.
 51. Yakovlev V.F., Talapina E.V. (2012) The role of public and private law in the regulation of the economy. *Zhurnal rossiyskogo prava* = Journal of Russian law, no. 2, pp. 5–16. (In Russ.).
 52. Zhuchkov V.A. (1996) *From the history of German philosophy of 18th century: pre-classical period*. Moscow: Nauka, 387 p. (In Russ.).
 53. Zorkin V.D. (1978) *Positivist theory of law in Russia*. Moscow: University, 270 p. (In Russ.).
-

Информация об авторе:

А.С. Емельянов — доктор юридических наук, главный научный сотрудник.

Information about the author:

A.S. Emelyanov — Doctor of Science (Law), Chief Researcher.

Статья поступила в редакцию 08.05.2020; одобрена после рецензирования 18.09.2020; принята к публикации 14.01.2021.

The article was submitted 08.05.2020; approved after reviewing 18.09.2020; accepted for publication 14.01.2021.

Научная статья

УДК 347.918

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.5.77.98

Принудительное исполнение решения третейского суда как «публичный» элемент процессуальной формы арбитража



Анна Николаевна Петрунева

Волго-Вятский институт (филиал) Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), Киров, Россия, a.n.petruneva@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0002-6835-7087>



Аннотация

На протяжении длительного времени предпринимаются попытки внедрить в отечественную правовую действительность альтернативные формы урегулирования (разрешения) споров, в целом, и разбирательство дела в третейском суде, в частности. Несмотря на значительный период действия правовых норм в указанной сфере, сохраняются комплексные проблемы, препятствующие субъектам правоотношений в полной мере использовать для защиты прав третейское разбирательство. Необходим полноценный механизм судебной защиты посредством арбитража и последующего исполнения решения третейского суда. В статье обосновывается вывод, что широкое толкование процессуальной формы предоставляет возможность для формирования целостного понимания механизма защиты прав в рамках реализации альтернативной формы (арбитража). Исследование предполагает деятельностный подход (позволяет установить нацеленность права, правовых институтов и норм на достижение фактических результатов), в рамках которого правосудие, как и третейское разбирательство, анализируется с точки зрения правоприменения. Функционирование государственного суда определяется как публичное правоприменение, а третейское разбирательство именуется правоприменительной деятельностью частного характера, реализуемой в процессуальной форме. Основным критерием разделения данных видов деятельности по рассмотрению и разрешению гражданских дел выступает правовая природа органа, рассматривающего дело. Применение деятельностного подхода для анализа сущности третейского разбирательства способствует характеристике арбитража в контексте механизма защиты гражданских прав субъектов. Механизм защиты в рамках

альтернативной формы не исчерпывается исключительно деятельностью третейского суда, поэтому частноправовая по своей природе процессуальная форма дополняется факультативным «публичным» элементом. Раскрывается правовая природа принудительного исполнения решения третейского суда как неотъемлемой части единой системы, призванной обеспечивать реальное восстановление прав субъектов, чей спор был разрешен по существу третейским судом. В содержании «публичного» элемента процессуальной формы арбитража выделяются этапы, которые реализуются соответствующими государственными органами. Спецификой «публичного» элемента, предусматривающего возможность принудительного исполнения решения третейского суда, является деятельность в гражданской процессуальной форме.



Ключевые слова

механизм судебной защиты, третейское разбирательство, решение третейского суда, принудительное исполнение, процессуальная форма арбитража, выдача исполнительного листа

Для цитирования: Петрунева А.Н. Принудительное исполнение решения третейского суда как «публичный» элемент процессуальной формы арбитража // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 5. С. 77–98. DOI: 10.17323/2072-8166.2021.5.77.98.

Research article

Compulsory Enforcement of Arbitrary Award as a «Public» Element of Procedural Form of Arbitration



Anna N. Petrunova

Volga-Vyatka Institute (branch), Moscow State Law Kutafin University (MSAL), Kirov, Russia, a.n.petrunova@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0002-6835-7087>



Abstract

Over extended periods attempts are made to apply alternative dispute resolution methods in general and arbitration legal proceedings among other things in the Russian legal system. Despite of the legal norms that have existed in this sphere for a long time, there are complex problems preventing subjects that are in a legal relationship from using arbitration proceeding for the defense of rights to the full. This refers to the necessity of creating a proper remedy device by means of arbitration and the following enforcement of the judgment rendered by arbitration court. In the article we validate the conclusion that broad interpretation of a procedural form grants an opportunity of forming holistic comprehension of the remedy device in the framework of implementation of the alternative form (arbitration). The research is aimed at the activity approach (allows to focus the law, legal institutions and norms on achieving practical results) within which justice as well as arbitration is analyzed in view of administration of law. Functioning of a state court is defined as public administration of law, while arbitration is referred to as private process of law realized in a procedural form. The main

criteria for separation of these two processes of considering and resolving civil disputes is the legal nature of the organ that deals with the case. The application of activity approach for the analysis of the essence of arbitration contributes to characteristics of arbitration in context of the remedy device for subjects' civil rights. The remedy device in the framework of an alternative form is not limited exclusively to arbitration proceeding; thus the procedural form being private in its nature is supplemented by an optional «public» element. We demonstrate the legal nature of compulsory enforcement of arbitrary award as an integral part of a uniform system aimed at practical restoration of rights of the subjects in case the dispute between them was resolved by means of arbitration. In the content of the «public» element of the procedural form we distinguish stages that are realized by appropriate state organs. Specific character of the «public» element that provides an opportunity of compulsory enforcement of arbitration award is implementation of activity in civil procedural form.



Keywords

remedy device, arbitration proceeding, arbitration award, compulsory enforcement, procedural form of arbitration, issuance of enforcement order

For citation: Petruneva A.N. (2021) Compulsory Enforcement of Arbitrary Award as a "Public" Element of Procedural Form of Arbitration. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, no. 5, pp. 77–98. DOI: 10.17323/2072-8166.2021.5.77.98.

Введение

Статья 38 Федерального закона от 29.12.2015 № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (далее — ФЗ № 382)¹ содержит положение: «Стороны, заключившие третейское соглашение, принимают на себя обязанность добровольно исполнять арбитражное решение». Значит ли это, что возможность принудительно исполнить решение третейского суда противоречит самой природе арбитража? Цель настоящего исследования — обоснование гипотезы, что в процессуальную форму арбитража включается «публичный» элемент принудительного исполнения, связанный с задачами государства в сфере правового регулирования деятельности третейских судов. Это обусловлено прежде всего тем, что принудительное исполнение является непосредственным элементом механизма судебной защиты гражданских прав субъектов.

Исследование предполагает использование деятельностного подхода, в рамках которого правосудие, как и третейское разбирательство, рассматривается в контексте правоприменения. При этом деятельность государственного суда определяется как публичное правоприменение, а третейское разбирательство именуется правоприменительной деятельностью частного характера. Основным критерием для разделения данных видов деятельно-

¹ СЗ РФ. 2016. № 1 (часть I). Ст. 2.

сти по рассмотрению и разрешению гражданских дел выступает правовая природа органа, рассматривающего дело. Также существенным обстоятельством выступает цель правоприменения. Она является общей как для деятельности по отправлению правосудия, так и для третейского разбирательства — защита нарушенных или оспоренных гражданских прав субъектов. Стоит отметить, что в настоящей работе цель судебной защиты и задачи гражданского судопроизводства не отождествляются.

Единой целью судебной защиты является восстановление нарушенных прав субъекта, что подчеркивалось в решениях Европейского суда по правам человека (далее — ЕСПЧ), Конституционного Суда Российской Федерации (далее — КС РФ). При этом общая цель достигается посредством последовательного решения задач, стоящих перед государственными органами, на которые возложена реализация единого механизма защиты прав субъектов. Таким образом, решение судом задач гражданского судопроизводства, а затем, при уклонении стороны от исполнения судебного акта, реализация федеральной службой судебных приставов задач исполнительного производства обеспечивают достижение общей государственной гарантии прав граждан и организаций.

Отметим, что поскольку защита нарушенных или оспоренных гражданских прав предполагает их восстановление, то при характеристике правосудия или третейского разбирательства необходимо использовать понятие «механизм защиты прав». Такая категория обеспечивает в настоящей работе, с одной стороны, возможность проанализировать третейское разбирательство как единую целостную систему, обеспечивающую не только рассмотрение и разрешение гражданского дела, но и восстановление нарушенных или оспоренных гражданских прав субъектов, и позволяет избежать умаления значения арбитража как полноценного альтернативного государственному порядку разрешения спора. С другой стороны, эта категория дает возможность, используя деятельностный подход, исследовать процессуальную форму механизма третейского разбирательства, выявить ее особенности.

1. Правовая природа процессуальной формы арбитража

1.1. Место арбитража в механизме судебной защиты прав

В теории государства и права, а также отраслевых наук наиболее разработанным является понятие «механизм защиты прав человека». Это обусловлено прежде всего приоритетом прав человека, закрепленном на уровне международных актов. Поскольку именно государство берет на себя обязательства по гарантии закрепленных в нормативных актах прав, то более широкое употребление термина «механизм защиты» встречается примени-

тельно к реализации судебной формы защиты. Приоритетным способом реализации механизма защиты прав является рассмотрение и разрешение дел в судебном порядке. Суд в ходе рассмотрения и разрешения дел всегда осуществляет правоприменительную деятельность. Значит, имея в виду механизм судебной защиты, фактически мы говорим об особой форме реализации права.

Несмотря на кажущуюся простоту устройства механизма, в доктрине существует весьма широкий перечень терминов, которыми оперируют как представители науки гражданского права, так и ученые-процессуалисты. Речь идет о содержательном наполнении и соотношении категорий «форма защиты», «судебная форма», «юрисдикционная форма защиты», «гражданская процессуальная форма».

Проанализируем соотношение понятий «механизм защиты гражданских прав» и «форма защиты». На наш взгляд, механизм защиты следует всегда рассматривать как систему. Под системой в общем ее смысле понимается «совокупность элементов произвольной природы, находящихся в отношениях и связях друг с другом, которая образует определенную целостность»². Механизм защиты гражданских прав возможно определить как систему взаимосвязанных правовых явлений, при последовательной реализации которых посредством правоприменительной деятельности уполномоченных субъектов (органов) достигается общая цель — реальное восстановление нарушенных гражданских прав граждан и организаций.

В вопросе соотношения категорий «механизм защиты гражданских прав» и «форма защиты» согласимся с позицией Т.В. Сахновой: «следует учитывать: в нашей стране формы защиты исторически развивались — наглядно в XX веке — не столько в зависимости от специфики деятельности по защите, сколько в соответствии с развитием системы юрисдикционных органов. Формы защиты, в первую очередь, соотносились с органом защиты, а не с особенностями деятельности по защите» [Сахнова Т.В., 2014: 14].

Именно поэтому (и чтобы не допустить смешения с процессуальной категорией «гражданская процессуальная форма») определим, что в интересах терминологической точности в дальнейшем будем вести речь не о «судебной форме защиты», а о защите гражданских прав в судебном порядке. Таким образом, снимается противоречие между междисциплинарными различиями в понимании термина «форма защиты», что позволяет не умалять содержательно целостное понятие «гражданская процессуальная форма».

² Автор определения: А.С. Бергман. См.: Гуманитарная энциклопедия. Авторы: В.Н. Садовский, А.Ю. Бабайцев, Н.Д. Дроздов, В.Н. Чернышов, А.В. Чернышов, А.В. Александров. Подготовка электронной публикации и общая редакция Центра гуманитарных технологий. Информация на странице периодически обновляется. Последняя редакция: 16.11.2021. Available at: URL: <https://gtmarket.ru/concepts/7091> (дата обращения: 04.12.2021)

Вместе с тем в доктрине широко употребляется термин «судебная форма защиты» [Громошина Н.А., 2010]; [Дегтярев С.Л., 2007]; [Жилин Г.А., 2000]; [Жуйков В.М., 1997]; [Малешин Д.Я., 2011]; [Мурадян Э.М., 2003]; [Решетникова И.В., Ярков В.В., 1999]. Поэтому коснемся данной проблемы исключительно в контексте ответа на вопрос, к какой форме относится третейское разбирательство.

Превалирующей в цивилистической науке на сегодняшний день является концепция, в соответствии с которой «защита субъективных гражданских прав и охраняемых законом интересов осуществляется в двух формах: юрисдикционной и неюрисдикционной. Основным критерием разграничения указанных форм выступает: во-первых, привлечение стороннего органа или субъекта для разрешения спора; во-вторых, вынесение в результате рассмотрения и разрешения дела обязательного для сторон решения. При этом далее в рамках юрисдикционной формы признают отдельным подвигом, но при этом играющем «ведущую роль», судебную форму защиты [Суханов Е.А., 2006: 561–563]; [Треушников М.К., 2007: 14], наряду с другими. Здесь возникает вопрос: включается ли третейское разбирательство в судебную форму защиты? Сторонники узкого понимания категории «судебная защита» исключают арбитраж из судебной формы [Сахнова Т.В., 2014: 33]; [Треушников М.К., 2007: 14–15], сторонники широкого понимания — включают [Рожкова М.А., 2006: 10]; [Стремоухов А.В., 2017: 9–19]. Безусловно, имеются исследования, авторы которых не поддерживают указанной классификации и признают арбитраж самостоятельной формой защиты [Болгова В.М., 2000]; [Канюкаева А.Р., 2010].

Неоднозначность в понимании критерия для отнесения арбитража к одной из форм вносит следующее: учитывает ли автор различие категорий «урегулирование спора» и «разрешение спора», использует ли он категориальный аппарат, заимствованный из практики США (альтернативные способы разрешения спора)³. Как правило, использование категории «альтернативные способы разрешения спора» позволяет в теории отграничить третейское разбирательство от судебной формы защиты и выделить его в рамках юрисдикционной формы [Базилевич А.И., 2001: 114–128].

Сохраняя общую идею, разовьем указанную мысль с учетом авторской терминологической оговорки, приведенной ранее, и перефразируем: можно ли говорить, что третейское разбирательство является правоприменительной деятельностью, осуществляемой в судебном порядке? Полагаем, что вопрос отнесения третейского разбирательства с позиции науки гражданско-

³ Термин «альтернативное разрешение споров» является переводом термина Alternative Dispute Resolution (официальная аббревиатура — ADR), используемого в доктрине и законодательстве США.

го права и указанных выше критериев к юрисдикционной форме защиты сомнений не вызывает. С применением смысла ст. 11 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ)⁴ разрешение спора относится к судебному порядку. Отметим, что определение места арбитража в данном контексте носит междисциплинарный характер. При этом в судебном порядке правоприменительная деятельность по реализации механизма защиты гражданских прав может осуществляться как государственными органами (правосудие), так и негосударственными органами (третейский суд).

Принципиального внимания требует неоднозначное употребление термина «суд» в нормативных актах. Выявление точного смысла категорий, включающих термин «суд», имеет важное значение, поскольку подход к исследованию правовой природы арбитража должен носить комплексный характер, предусматривающий анализ положений теории права, норм конституционного, гражданского материального и процессуального законодательства, а также закона о третейском разбирательстве.

Статья 11 ГК РФ предусматривает, что защиту нарушенных или оспоренных гражданских прав осуществляют суд, арбитражный суд или третейский суд в соответствии с их компетенцией. По смыслу указанной нормы в совокупности с содержанием конституционного права на судебную защиту можно заключить, что при выборе сторонами негосударственной формы защиты прав (арбитража) реализуется конституционное право на судебную защиту.

В силу ч. 3 ст. 1 ФЗ-382 в арбитраж по соглашению сторон могут передаваться споры между сторонами гражданско-правовых отношений, если иное не предусмотрено федеральным законом. Иными словами, конституционное право на судебную защиту реализуется через призму нормы ст. 11 ГК РФ посредством заключения соглашения о передаче спора на разрешение третейского суда и имеет частноправовую природу, то есть стороны реализуют право на защиту посредством образованного ими суда.

Таким образом, деятельность третейского суда при рассмотрении и разрешении спора между сторонами с позиции теории права следует относить к правоприменительной деятельности в смысле широкого понимания правоприменения⁵. Деятельность третейского суда не является правосудием как формой государственного правоприменения, но является правоприменительной деятельностью, осуществляемой частным субъектом.

⁴ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 28.06.2021, с изм. от 26.10.2021) // СЗ РФ от 05.12.1994 № 32. Ст. 3301.

⁵ В рамках широкого толкования ключевым в понимании правоприменения является его содержание, а не орган реализации. В узком смысле правоприменение понимается как способ реализации права, который связан с властными действиями юрисдикционных органов и должностных лиц, выступающих от имени государства, выполняя возложенные на них специальные функции и полномочия (государственная деятельность).

Если рассматривать механизм защиты как совокупность «деятельностных» этапов, то очевидны общие элементы: деятельность уполномоченного органа (субъекта) по рассмотрению и разрешению дела, вынесение итогового акта и его исполнение. В этом отношении исполнение является неотъемлемой частью механизма судебной защиты прав субъектов, в том числе посредством третейского разбирательства.

1.2. Дискуссии о правовой природе решения третейского суда

Отдельные авторы признают, что арбитражное решение наделено специфическими свойствами, выделяющими его из ряда сходных правовых явлений [Курочкин С. А., 2007: 20]; [Попов М.А., 2002: 14].

Активизация научной мысли может быть связана с выражением воли государственной власти относительно развития альтернативных форм урегулирования споров в целом, и третейских судов, в частности, с обновлением законодательной базы в указанной сфере. В последние годы сформулированы научные воззрения на арбитраж (третейское разбирательство) как на уровне диссертационных исследований [Попов М.А., 2002]; [Зайцев А.И., 2004]; [Курочкин С.А., 2004]; [Лебедев М.Ю., 2005]; [Гавриленко В.А., 2006]; [Гимазова Э.Н., 2007], так и отдельных дискуссионных высказываний, в том числе по вопросам правовой природы решения третейского суда. Так, Т.В. Летута, рассуждая о неоднозначности решения третейского суда как правового института, отмечает, что «вопросы правовой природы решения и его легитимации, то есть придания законности или государственного признания юридической силы, решения третейского суда приобретают особый научный и практический интерес» [Летута Т.В., 2013: 72]. Е.В. Михайлова указывает на отсутствие «единства во взглядах на природу самого третейского соглашения и непосредственно третейского разбирательства» [Михайлова Е.В., 2014: 118], следовательно, и на правовую природу решения третейского суда, как результат правоотношения.

При этом многими процессуалистами решение третейского суда характеризуется с различных правовых позиций. К первой группе с уверенностью можно отнести сторонников того, что в основе всего — генетическая природа института арбитража. Традиционно дискутируют представители двух основных теорий: договорной (концессуальной) и процессуальной (юрисдикционной). В итоге либо отношения сторон имеют характер гражданско-правового договора, и решение третейского суда рассматривается как своего рода новация договора [Скворцов О.Ю., 2017: 61]; [Михайлова Е.В., 2014: 118]; [Муранов А.И., 2014: 281]; [Рожкова М.А., 2005: 36-37], либо теория базируется на альтернативном характере третейского соглашения, а решение третейского суда выступает как акт волеизъявления арбитра, имеющее

такое же юридическое значение, как и решение государственного суда [Ванеев А.С., Дякин Д.Б., 2010: 11].

Основной смысл смешанной теории (доктрины *sui generis*), объединяющей две предыдущие концепции, состоит в том, что третейское соглашение, условия его действительности, правосубъектность участников регулируются нормами материального права (гражданского, договорного), а само третейское разбирательство осуществляется при использовании конструкций процессуального права [Ануфриева Л.П., 2001: 146].

Изучение анализируемых концепций позволило идентифицировать в науке также автономную (концессуальную) теорию частного процессуального права, а также теорию деюридизации арбитража. Однако они не нашли широкого понимания и пропагандируются отдельными деятелями научного сообщества. Так, например, деюридизация арбитража имеет, пожалуй, единственного сторонника — Р. Давида (автора этой теории) [David R., 1953: 15]. Таким образом, вопрос о правовой природе решения третейского суда по-прежнему порождает дискуссии.

1.3. Сущность решения третейского суда с позиции деятельностного подхода

Согласно положениям п. 2 ст. 2 ФЗ-382 арбитраж (третейское разбирательство) представляет собой процесс разрешения спора третейским судом и, по смыслу ст. 32 указанного Закона, принятия решения третейским судом (арбитражного решения).

Показательно, что терминологического определения «решение третейского суда», равно как и «арбитражное решение», в законодательстве не содержится. При этом ранее в отечественном праве употреблялось понятие именно «решение третейского суда». Формулировка «арбитражное решение» использовалась скорее в контексте перевода с английского⁶, в качестве синонима термина «решение третейского суда». В Законе РФ «О международном коммерческом арбитраже»⁷ говорится об «арбитражном решении». В настоящее время с учетом принятия ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» оба термина употребляются как синонимы.

При этом одной из существенных теоретических проблем, которые необходимо разрешить с целью выработки понятия «решение третейского суда» («арбитражное решение») является его характеристика с позиции итогового

⁶ «Arbitral award», «award».

⁷ Закон Российской Федерации от 07.07.1993 № 5338-1 (ред. от 25.12.2018) «О международном коммерческом арбитраже» // СПС КонсультантПлюс.

го акта частного правоприменения. Другими словами, следует определить сущностное содержание решения третейского суда. В указанном аспекте необходимо подвергнуть анализу цель (результат) частного правоприменения (арбитража) — «обеспечение оптимального функционирования комплекса общественных отношений, на которые оказывается воздействие, и создание условий для их дальнейшего развития» [Курочкин С.А., 2017: 220].

Не вполне эффективно использование сравнительного метода исследования, где на основании установленных в науке гражданского процессуального права представлений о судебном решении как акте правосудия, которым дело разрешается по существу, можно выявить отличительные особенности итогового акта третейского суда. Вместе с тем ряд авторов анализируют правовую природу решения третейского суда в сравнительной характеристике с итоговым актом государственного суда [Скворцов О.Ю., 2017: 207–208]. Следует отметить, что вопросам понятия и сущности судебного решения в науке гражданского процессуального права уделено достаточно внимания классиками российского цивилистического процесса [Малышев К.И., 1909]; [Энгельман И.Е., 1912], особенно в советский период [Краснокутский В.А., 1924]; [Абрамов С.Н., 1952]; [Авдюков М.Г., 1959]; [Клейнман А.Ф., 1967]. Однако использование подобной методологии в данном случае не позволяет выделить характеристик сущностного содержания рассматриваемого акта именно с позиции правоприменительной деятельности.

Анализ решения третейского суда через конструкцию правоотношения в целом и оценка его как юридического факта также не является приемлемой.

Основываясь на выработанных теорией права положениях относительно признаков акта правоприменения, а также сущностной характеристики акта частного правоприменения выделим основные признаки решения третейского суда. Во-первых, решение третейского суда представляет собой акт частного правоприменения, характеризует завершающую стадию правоприменения третейского суда в рамках разрешения конкретного гражданско-правового спора, переданного сторонами в третейский суд на основе третейского соглашения. Третейские суды возникли ранее судов государственных, по своей характеристике являются органом по урегулированию споров, формируемым наиболее демократическим способом.

Во-вторых, с точки зрения места в механизме правового регулирования решение третейского суда является средством регулирования отношений. В основе реализации механизма арбитража лежит конституционное право на судебную защиту, которое реализуется через призму нормы ст. 11 ГК РФ посредством заключения соглашения о передаче спора на разрешение третейского суда. Вынесение третейским судом решения необходимо сторонам для дальнейшего регулирования существующих отношений. Согласно положениям ст. 33 ФЗ-382, если в ходе арбитража стороны урегулируют спор,

третейский суд прекращает третейское разбирательство и по просьбе сторон утверждает мировое соглашение, облекая его в форму арбитражного решения на согласованных условиях. Это решение имеет ту же силу и подлежит исполнению так же, как и любое другое арбитражное решение по существу спора.

В-третьих, решение третейского суда не содержит государственно-властного веления, не становится общеобязательным. Именно веление характеризует решение государственного суда как акт правосудия, имеет формальные признаки (выносится от имени государства) и проявляется в свойстве общеобязательности для всех органов и организаций, а не только для участников процесса.

2. Принудительное исполнение решения третейского суда

2.1. Особенности исполнения решения третейского суда

Статья 38 ФЗ-382 называется «Обязательность арбитражного решения» и провозглашает положение о том, что «стороны, заключившие третейское соглашение, принимают на себя обязанность добровольно исполнять арбитражное решение». Содержание указанной нормы имеет важное смысловое значение в понимании исполнения решения третейского суда. Во-первых, обязательность решения касается исключительно сторон спора и не может отождествляться со свойством общеобязательности законной силы судебного решения.

Во-вторых, обязанность добровольно исполнить решение есть следствие не факта разрешения спора третейским судом, а факта имеющейся между сторонами договоренности об избрании в качестве формы защиты третейский суд. Истоки обязанности добровольно исполнить вытекают не из решения третейского суда, а из соглашения сторон, заключенного до передачи дела в третейский суд.

Вместе с тем нельзя утверждать, что обязанность добровольно исполнить решение третейского суда в момент заключения арбитражного соглашения (оговорки) возлагается договором на конкретную сторону спора. В связи с этим встает теоретический вопрос: если, принимая на себя указанную обязанность, стороны фактически соглашались с основными принципами, которые лежат в основе арбитража, нельзя ли утверждать, что добровольное исполнение решения третейского суда — это презумпция?

В юридической науке понимание правовой презумпции не вызывает споров: «Это закрепленное в правовой норме вероятностное опровержимое предположение о существовании юридического факта, основанное на статистически закономерной взаимосвязи между имеющимся фактом и

предполагаемым» или «ожидание определенных действий от других людей» [Пронина М.П., 2010: 7, 19].

Однако, несмотря на возможность определения обязанности добровольно исполнить (в данном случае — решение третейского суда) как презумпцию поведения, будет проигнорирован главный признак презумпции — вероятностный характер. Целью закрепления правовых презумпций в нормативных актах является придание стабильного характера правовым отношениям в тех вопросах (обстоятельствах), которые фактически носят неоднозначный (вероятностный) характер. Содержание ст. 38 ФЗ-382, используя формулировку «обязанность исполнить», тем самым исключает вероятностный характер поведения участника.

Исходя из того, что обязанность исполнить вытекает не из решения третейского суда, а из соглашения сторон, заключенного до передачи дела в третейский суд, а также возможность определения таковой обязанности как меры должного поведения, позволяет сформулировать вывод: исполнение решения третейского суда — это обязанность стороны, реализуемая в рамках отношений сторон по урегулированию гражданских правоотношений посредством применения альтернативной формы разрешения спора — третейского разбирательства, возникающей на основании соглашения сторон. При этом указанную обязанность следует определять и как «необходимую предопределенность» [Каримова Р.Р., 2008: 9].

Вместе с тем без ответа пока остается вопрос о субъективном характере данной обязанности, поскольку в момент заключения соглашения она не входит в объем правового статуса ни одной из сторон и тем самым имеет неопределенный характер. Значение решения третейского суда в этом смысле становится фактом, который вносит определенность в субъективный характер обязанности, поскольку конкретизирует обязанное лицо в резолютивной части решения.

2.2. Как принудительное исполнение встраивается в «логику» арбитража?

Завершающей стадией правоприменительной деятельности в целом является исполнение решения суда, выраженного в акте применения права. Принудительное приведение в исполнение решения третейского суда — самостоятельная и исключительная стадия, осуществляемая вне рамок третейского разбирательства, может быть инициирована стороной третейского разбирательства в случае неисполнения арбитражного решения добровольно, при этом отношения участников переходят в плоскость публично-правовых.

В рамках частного правоприменения посредством третейского разбирательства осуществляется разрешение гражданско-правового спора, при этом действенность указанной формы защиты обеспечивается за счет включения

в механизм арбитража «публичного» элемента, когда государственный суд по просьбе стороны спора путем публичных процедур обеспечивает выдачу исполнительного листа. Так происходит фактическая защита права. При отсутствии подобного усложнения механизма добиться восстановления нарушенного права было бы невозможно. Эффективность такой альтернативной формы разрешения споров, как третейский суд, была бы под сомнением.

Выдача компетентным судом исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда — основа принудительного исполнения арбитражного решения. При этом стадией третейского разбирательства принудительное исполнение не является. Процессуальная возможность принудительного исполнения обусловлена реализацией задачи государства по содействию в деятельности и развитии третейских судов. Для реализации данной задачи в механизм арбитража включен «публичный» элемент, предполагающий возможность принудительно исполнить решение третейского суда, который носит факультативный характер и осуществляется согласно исполнительному листу, выданному на основании акта государственного суда.

2.3. Понимание процессуальной формы арбитража с позиции деятельностного подхода

Правоотношение, возникающее между третейским судом и сторонами третейского разбирательства, является процессуальным отношением, оно реализуется в рамках процессуальной формы. Процессуальная форма арбитража является разновидностью гражданской процессуальной формы и может быть определена как порядок частноприменительной деятельности третейского суда по защите прав субъектов. Дополнительными признаками для выявления особенностей процессуальной формы арбитража выступают основания их закрепления (помимо норм закона, соглашение сторон). Также, по мнению автора, основанием специфики сочетания частных и публичных начал при конструировании процессуальной формы арбитража являются правовая природа механизма арбитража, его этапы.

В связи с этим процессуальную форму арбитража, урегулированную нормами гражданского процессуального права, следует определить как разновидность гражданской процессуальной формы. При этом она является системой правил реализации правоприменительной деятельности в целях защиты нарушенных и оспоренных гражданских прав субъектов. Иными словами, процессуальная форма арбитража включает совокупность правил проведения судебного разбирательства дела третейским судом в согласованном сторонами или установленном федеральным законом порядке разрешения спора (правила арбитража), а также правил правоприменительной деятельности органов государственной власти (именуемых «публичными» элементами) с целью содействия в реализации механизма арбитража.

Правоприменительная деятельность в рамках третейского разбирательства в основном носит частноправовой характер, определяется субъектами спора самостоятельно в рамках, установленных законом. При условии соблюдения положений ФЗ-382 «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» стороны могут по своему усмотрению договориться о процедуре арбитража (ч. 1 ст. 19). Тем не менее сочетание частных и публичных начал в установлении правил арбитража следует рассматривать как особенность процессуальной формы, а не как признак ее изоляции.

Однако определение механизма арбитража будет неполным, если рассматривать сочетание частных и публичных начал только в рамках установления правил арбитража. О сочетании частных и публичных начал следует отметить и в контексте правового регулирования. Указанная особенность обусловлена функциями государства в сфере защиты прав граждан и организаций. В данном случае сфера частного правоприменения предполагает вмешательство государства посредством реализации отдельных полномочий. С точки зрения цели государственной политики в сфере деятельности третейских судов следует выделить две основные задачи: содействие деятельности третейских судов (развитие альтернативной формы защиты) и контроль (поскольку защита гражданских прав гарантирована государством).

Применительно к анализу специфики процессуальной формы третейского разбирательства мы можем говорить о включении «публичных» элементов, которые опосредованы задачами государства в указанной сфере и носят факультативный характер.

Указанное включение элементов оправдано определенными смыслами. При выборе сторонами негосударственной формы защиты прав (третейского суда) реализуется конституционное право на судебную защиту, но не посредством процессуального права на обращение в суд, имеющего публичную природу, а через призму нормы ст. 11 ГК РФ путем заключения соглашения о передаче спора на разрешение третейского суда и имеет частноправовую природу. Следовательно, включение «публичного» элемента в виде возможности принудительно исполнить третейское решение следует рассматривать как понимание права на суд в смысле толкований ЕСПЧ⁸ и КС РФ⁹. В данном смысле отсутствует противоречие в контексте целостности процессуальной формы арбитража.

⁸ В частности, Постановление ЕСПЧ от 15.01.2009 «Дело «Бурдов (Burdov) против Российской Федерации» (№ 2) (жалоба № 33509/04) // Российская хроника Европейского Суда. 2009. № 4.

⁹ Постановление КС РФ от 10.03.2016 № 7-П «По делу о проверке конституционности части 1 статьи 21, части 2 статьи 22 и части 4 статьи 46 Федерального закона «Об исполнительном производстве» в связи с жалобой гражданина М.Л. Ростовцева» // СПС Консультант Плюс.

Третейское разбирательство как альтернативная форма разрешения споров представляет собой деятельность частноприменительного характера, реализуется в процессуальной форме и оканчивается вынесением решения третейского суда. Дополнение процессуальной формы арбитража «публичными» элементами носит факультативный характер и действует на основании волеизъявления стороны спора. Таким образом, процессуальная форма арбитража не предполагает «признания» решения третейского суда со стороны государства. Подобное понимание подрывает альтернативный характер и авторитет арбитража. Также следует различать деятельность государственного суда в рамках оспаривания решения третейского суда и в рамках выдачи исполнительного листа. Несмотря на сходство оснований¹⁰, которые закреплены в законе, целью подачи заявления об оспаривании является отмена третейского решения, и в случае удовлетворения заявления акт частного применения прекращает свое действие. В случае выдачи исполнительного листа заявитель в результате рассмотрения дела судом приобретает или теряет возможность принудительного исполнения, но действие третейского решения не прекращается.

Включение в механизм арбитража элементов, обусловленных реализацией задач государства в сфере третейского разбирательства, позволяет, с одной стороны, наиболее полно определить содержание отдельных институтов, с другой, провести анализ законодательных изменений и перспектив в развитии процессуального законодательства и норм, регулирующих арбитраж.

Частноправовой характер арбитража предусматривает возможность включения в свою структуру отдельных «публичных» элементов, обусловленных задачами государства в сфере правового регулирования деятельности третейских судов. Публичные элементы арбитража являются факультативными, то есть имеют исключительный характер. Таковой характер «публичных» элементов подтверждает и тот факт, что процессуальные возможности, ими опосредованные, распространяются лишь на деятельность постоянно действующих третейских учреждений. Поскольку основные функции в сфере государственного содействия и контроля возложены на суды, входящие в судебную систему¹¹, то нормативное регулирование «публичных» элементов осуществляется нормами гражданского и арбитражного процессуального законодательства.

Вместе с тем отметим, что сочетание частных и публичных начал в правовом регулировании характерно не только для третейского разбирательства

¹⁰ Речь идет о перечнях оснований для отмены решения третейского суда (ч. 3 и 4 ст. 421 ГПК РФ, ч. 3 и 4 ст. 233 АПК РФ) и оснований для отказа в выдаче исполнительного листа (ч. 3 и 4 ст. 426 ГПК РФ и ч. 3 и 4 ст. 239 АПК РФ).

¹¹ Статья 6 «Органы для выполнения определенных функций содействия и контроля в отношении арбитража» Федерального закона от 29.12.2015 № 382-ФЗ.

как деятельности по рассмотрению и разрешению гражданско-правовых споров, но и в целом для сферы деятельности третейских судов. Так, «публичные» элементы, обусловленные спецификой правового регулирования, включены в процедуру создания постоянно действующих третейских судов, их администрирования и т.д.

Исследование места принудительного исполнения решения третейского суда связано с анализом производства по делам о выдаче исполнительных листов на решения третейских судов¹². Указанный порядок, будучи «публичным» элементом, включается в процессуальную форму арбитража, существует внутри процессуальной формы третейского разбирательства и носит исключительный (факультативный) характер.

Таким образом, с позиции процессуальной формы принудительное исполнение решения третейского суда представляет собой «публичный» элемент и имеет следующие особенности: осуществляется в рамках гражданской процессуальной формы; момент начала принудительного исполнения, ключевые этапы исполнительного производства сопровождаются вынесением со стороны суда соответствующих актов; действия государственного суда и органа принудительного исполнения отвечают единой цели — защите нарушенных гражданских прав субъекта.

2.4. Содержание «публичного» элемента процессуальной формы арбитража

Под содержанием «публичного» элемента, включенного в процессуальную форму арбитража, автор понимает обеспеченную государством возможность принудительно исполнить решение третейского суда. Его процессуальными особенностями выступают два последовательных этапа: предварительный, реализуемый судом в рамках производства по делам о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда. На этом этапе проводится проверка решения третейского суда; основной, реализуемый в рамках исполнительного производства на основании определения суда о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда.

Нормативное регулирование отдельных этапов оправдано статусом органа, осуществляющего правоприменение, и поэтому находит закрепление в различных процессуальных нормативных актах. Анализ предварительного этапа принудительного исполнения требует более подробной сущностной характеристики деятельности государственного суда в ходе производства по выдаче исполнительного листа. Посредством производства по делам

¹² Глава 47 ГПК РФ и § 2 главы 30 АПК РФ.

о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда реализуется контрольная функция.

При этом если мы рассматриваем арбитраж как правоприменительную деятельность в рамках реализации права на суд (через призму ст. 11 ГК РФ), то его решения находятся в правопорядке, но являются актом не публичного, а частного правоприменения. Предметом проверки в рамках производства по делам о выдаче исполнительного листа на решение третейского суда является соблюдение третейским судом при разбирательстве дела определенных границ процессуальной формы правоприменительной деятельности, которые установлены законом для арбитража.

В связи с этим следует определить, соблюдение каких требований при проведении арбитража должно быть установлено государством (в лице компетентного суда) для решения вопроса о возможности принудительного исполнения третейского решения? Обращение к нормам ФЗ-382 позволяет говорить о ряде требований. При этом анализ данных требований представляет трудность, в том числе с точки зрения законодательного регулирования.

В первую очередь учтем характеристику норм ФЗ-382. Указанное в нем содержание требований с позиции процессуальной формы условно можно разделить на две группы. Первая группа касается вопросов, связанных с выбором формы защиты права: соблюдение требования о категории рассматриваемого третейским судом дела (ч. 3 и ч. 4 ст. 1) и соблюдение порядка при выборе формы при заключении арбитражного соглашения (ст. 7), вторая группа — это соблюдение обязательных требований к процессуальной форме арбитража (ст. 26, 27, 31). Эти требования определены в виде обязательных с воззрения закона компонентов арбитража и не могут быть изменены правилами арбитража. При этом определение категории «правила арбитража» не является синонимом категории «процессуальная форма арбитража» и установлено п. 10 ст. 2 ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» — это правила, регулирующие арбитраж, в том числе администрируемый постоянно действующим арбитражным учреждением. Категория «правила арбитража» включает в себя только совокупность частноправовых элементов в процессуальной форме арбитража и не включает публичных элементов.

Таким образом, именно указанные требования закона и определяют границу, выход за пределы которой рассматривается как нарушение баланса частных и публичных интересов в регулировании процессуальной формы арбитража.

Поскольку предварительный этап «публичного» элемента процессуальной формы арбитража осуществляется государственным судом, то закрепление порядка проведения проверки в процессуальных кодексах является логичным. Основной этап реализуется судебным приставом-ис-

полнителем в процессуальной форме, закрепленной в ФЗ «Об исполнительном производстве»¹³.

Заключение

Для сохранения последовательности в изложении вопроса кратко обозначим цепочку: вынесение решения третейским судом — выдача исполнительного листа государственным судом — принудительное исполнение. В контексте единства в реализации механизма защиты гражданских прав автор рассматривает их как последовательные этапы, которые объединены целью защиты прав и законных интересов субъектов. При этом исполнение является необходимым завершающим этапом всего механизма.

В рамках подхода органов, осуществляющих правоприменение на каждом из указанных этапов, считаем определяющим их функциональное назначение с точки зрения закона. При этом акцент в переходе от этапа вынесения решения на этап выдачи исполнительного листа тесно связан с характером свойств решения третейского суда и был обоснован ранее.

С позиции процессуальной формы следует подчеркнуть ее единство. Принудительное исполнение решения третейского суда, включающего этап выдачи исполнительного листа, является «публичным» элементом частноправовой гражданской процессуальной формы арбитража. На этом этапе возникает определенная доктринальная дилемма. Она связана с соотношением понятий «правосудие» и «задачи гражданского судопроизводства» как лежащих в одной плоскости понятий и, с другой стороны — «механизм защиты прав» и его цель. Здесь, по нашему мнению, принципиальным является обозначить позицию для устранения неоднозначных толкований.

При системном толковании ст. 46 Конституции, закрепляющей гарантию судебной защиты прав и свобод каждого, и ст. 11 ГК РФ, устанавливающей, что защиту нарушенных или оспоренных гражданских прав осуществляет суд, арбитражный суд или третейский суд в соответствии с их компетенцией, а также пониманием единства механизма защиты гражданских прав как процесса правоприменения, логичен вывод: цель правоприменительной деятельности третейского суда аналогична цели гражданского судопроизводства в части защиты нарушенных или оспариваемых прав (ст. 2 ГПК РФ). В связи с этим защита нарушенных или оспариваемых гражданских прав является как целью правоприменительной деятельности суда, так и целью третейского разбирательства.

Таким образом, рассмотрение реализации судебной защиты, осуществляемой третейским судом в контексте механизма защиты прав субъектов,

¹³ Федеральный закон от 02.10.2007 № 229-ФЗ (ред. от 30.12.2020) «Об исполнительном производстве» // СЗ РФ от 08.10.2007. № 41. Ст. 4849.

делает ее целостной и завершенной как с позиции цели, так и с позиции процессуальной формы.



Список источников

1. Абрамов С.Н. Советский гражданский процесс. М.: Госюриздат, 1952. 420 с.
2. Авдюков М.Г. Судебное решение. М.: Госюриздат, 1959. 192 с.
3. Ануфриева Л.П. Международное частное право. М.: БЕК, 2001. 768 с.
4. Базилевич А.И. Формы защиты субъективных гражданских прав: автореф. дис. ... к. ю. н. Ульяновск, 2001. 29 с.
5. Болгова В.М. Формы защиты субъективного права: теоретические проблемы: автореф. дис. ...к. ю. н. Самара, 2000. 38 с.
6. Ванеев А.С., Дякин Д.Б. Действительность арбитражной оговорки в российской и зарубежной практике // Вестник международного коммерческого арбитража. 2010. № 1. С. 28–45.
7. Гавриленко В.А. Третейское разбирательство споров как гарантия защиты прав и интересов субъектов предпринимательской деятельности: автореф. дис. ... к. ю. н. СПб., 2006. 26 с.
8. Гимазова Э.Н. Гражданско-правовые средства обеспечения третейской защиты субъективных гражданских прав: автореф. дис. ... к. ю. н. Казань, 2007. 24 с.
9. Громошина Н.А. Дифференциация, унификация и упрощение в гражданском судопроизводстве. М.: Проспект, 2010. 264 с.
10. Дегтярев С.Л. Реализация судебной власти в гражданском судопроизводстве: теоретико-прикладные проблемы. М.: Волтерс Клувер, 2007. 364 с.
11. Жилин Г.А. Цели гражданского судопроизводства и их реализация в суде первой инстанции. М.: Городец, 2000. 320 с.
12. Жуйков В.М. Судебная защита прав граждан и юридических лиц. М.: Городец, 1997. 318 с.
13. Зайцев А.И. Третейское судопроизводство России (проблемные аспекты): автореф. дис. ... к. ю. н. Саратов, 2004. 26 с.
14. Канюкаева А.Р. Система процессуальных форм защиты в российском праве: автореф. дис. ...к. ю. н. Саратов, 2010. 23 с.
15. Каримова Р.Р. Юридические обязанности: сущность и проблемы реализации: автореф. дис. ... к. ю. н. Екатеринбург, 2008. 22 с.
16. Клейнман А.Ф. Новейшие течения в советской науке гражданского процессуального права. М.: Изд-во Московского университета, 1967. 119 с.
17. Краснокутский В.А. Очерки гражданского процессуального права. Опыт систематизации законодательства РСФСР и СССР по судопроизводству и гражданскому судопроизводству. Кинешма: Иваново-Вознесенский губернский союз, 1924. 172 с.
18. Курочкин С.А. Теоретико-правовые основы третейского разбирательства в Российской Федерации: автореф. дис. ... к. ю. н. Екатеринбург, 2004. 26 с.
19. Курочкин С.А. Третейское разбирательство гражданских дел в Российской Федерации: теория и практика. М.: Волтерс Клувер, 2007. 253 с.
20. Курочкин С.А. Третейское разбирательство и международный коммерческий арбитраж как формы частного правоприменения // Правоприменение. 2017. № 2. С. 219–226.

21. Лебедев М.Ю. Развитие института юрисдикции и его проявление в третейском суде: автореф. дис. ... к. ю. н. Саратов, 2005. 30 с.
22. Летута Т.В. Правовая природа решения третейского суда // Современное право. 2013. № 5. С. 72–75.
23. Малешин Д.Я. Гражданская процессуальная система России. М.: Статут, 2011. 495 с.
24. Малышев К.И. Курс гражданского судопроизводства. СПб: М.М. Стасюлевич, 1874. 449 с.
25. Михайлова Е.В. Процессуальные формы защиты субъективных гражданских прав, свобод и законных интересов в Российской Федерации (судебные и несудебные). М.: Проспект, 2014. 280 с.
26. Мурадян Э.М. Судебное право (в контексте трех процессуальных кодексов). М.: Проспект, 2003. 128 с.
27. Муранов А.И. В поддержку третейских проектов Минюста России // Третейский суд. 2014. № 2/3. С. 274–318.
28. Попов М.А. Теоретические и практические проблемы российской модели регулирования деятельности третейских судов: автореф. дис. ... к. ю. н. СПб., 2002. 23 с.
29. Пронина М.П. Презумпции в современном российском праве: автореф. дис. ... к. ю. н. Нижний Новгород, 2010. 29 с.
30. Решетникова И.В., Ярклов В.В. Гражданское право и гражданский процесс в современной России. Екатеринбург: Норма, 1999. 312 с.
31. Рожкова М.А. Мировая сделка: использование в коммерческом обороте. М.: Статут, 2005. 572 с.
32. Рожкова М.А. Средства и способы правовой защиты сторон коммерческого спора. М.: Волтерс Клувер, 2006. 392 с.
33. Сахнова Т.В. Курс гражданского процесса. М.: Статут, 2014. 784 с.
34. Скворцов О.Ю. Арбитраж (третейское разбирательство) в Российской Федерации. М.: Юрайт, 2017. 239 с.
35. Стремюхов А.В. Право человека на защиту и формы его защиты в Российской Федерации // Ленинградский юридический журнал. Сер. Право. 2017. № 1. С. 9–19.
36. Суханов Е.А. (ред.) Гражданское право. Общая часть. М.: Волтерс Клувер, 2006. 720 с.
37. Треушников М.К. (ред.) Гражданский процесс. М.: Городец, 2007. 784 с.
38. Энгельман И.Е. Курс русского гражданского судопроизводства. Юрьев: Тип. К. Маттисена, 1912. 646 с.
39. David R. Arbitrage en droit compare. *Revue international de droit compare*, 1953, no. 1, p. 15.
40. David R. Arbitration in international trade. Deventer: Kluwer, 1985. 482 p.



References

1. Abramov S.N. (1952) *Soviet civil process*. Moscow: Gosjurizdat, 420 p. (In Russ.).
2. Anufrieva L.P. (2001) *International private law*. Moscow: BEK, 768 p. (In Russ.).
3. Avdyukov M.G. (1959) *Judicial decision*. Moscow: Gosjurizdat, 192 p. (In Russ.).
4. Bazilevich A.I. (2001) Forms of protection of subjective civil rights. Candidate of Juridical Sciences Summary. Ulyanovsk, 29 p. (In Russ.).

5. Bolgova V.M. (2000) Forms of protection of subjective law: theoretical issues. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Samara, 38 p. (In Russ.).
6. Civil law (2006) E.A. Sukhanov (ed.). Moscow: Wolters Kluwer, 330 p. (In Russ.).
7. Civil procedure (2007) M.K. Treushnikov (ed.). Moscow: Gorodetz, 258 p. (in Russ.).
8. David R. (1953) Arbitrage en droit compare. *Revue internationale de droit compare*, no. 1, p. 15.
9. David R. (1985) *Arbitration in international trade*. Deventer: Kluwer, 482 p.
10. Degtyarev S.L. (2007) *Implementation of judicial power in civil proceedings: theoretical and applied issues*. Moscow: Wolters Kluwer, 364 p. (In Russ.).
11. Engelman I.E. (1912) *Course of the Russian civil proceedings*. Yuriev: Mattisen, 646 p. (In Russ.).
12. Gavrilenko V.A. (2006) Arbitration of disputes as a guarantee of protection of rights and interests of business entities. Candidate of Juridical Sciences Summary. Saint Petersburg, 26 p. (In Russ.).
13. Gromoshina N.A. (2010) Differentiation, unification and simplification in civil proceedings. Moscow: Prospect, 264 p. (In Russ.).
14. Himazova E.N. (2007) Arbitration protection of civil rights. Candidate of Juridical Sciences Summary. Kazan, 24 p. (In Russ.).
15. Kanyukaeva A.R. (2010) Procedural forms of protection in the Russian law. Candidate of Juridical Sciences Summary. Saratov, 23 p. (In Russ.).
16. Karimova R.R. (2008) Legal responsibilities: essence and implementation. Candidate of Juridical Sciences Summary. Ekaterinburg, 22 p. (In Russ.).
17. Kleinman A.F. (1967) *Latest trends in Soviet civil procedural law*. Moscow: MGU Press, 119 p. (In Russ.).
18. Krasnokutsky V.A. (1924) Essays on civil procedural law. Experience of systematization of legislation of the RSFSR and the USSR on legal and civil proceedings. Kineshma: Local union press, 172 p. (In Russ.).
19. Kurochkin S.A. (2004) Theoretical and legal bases of arbitration proceedings in the Russian Federation. Candidate of Juridical Sciences Summary. Ekaterinburg, 26 p. (in Russ.).
20. Kurochkin S.A. (2007) Arbitration of civil cases in the Russian Federation: theory and practice. Moscow: Wolters Kluwer, 253 p. (In Russ.).
21. Kurochkin S.A. (2017) Arbitration and international commercial arbitration as forms of private law enforcement. *Pravoprimerenie = Law Enforcement*, no. 2, pp. 219–226. (In Russ.).
22. Lebedev M. Yu. (2005) Development of the jurisdiction institute and its manifestation in the arbitration court. Candidate of Juridical Sciences Summary. Saratov, 30 p. (In Russ.).
23. Letuta T.V. (2013) Legal nature of arbitration court's decision. *Sovremennoye pravo = Modern law*, no. 5, pp. 72–75. (In Russ.).
24. Maleshin D. Ya. (2011) *Civil procedural system of Russia*. Moscow: Statute, 495 p. (In Russ.).
25. Malyshev K.I. (1874) *Course of civil proceedings*. Saint Petersburg: Stasulevich, 449 p. (In Russ.).
26. Mikhailova E.V. (2014) *Procedural forms of protecting subjective civil rights, freedoms and legitimate interests in Russia (judicial and non-judicial)*. Moscow: Prospect, 280 p. (In Russ.).

27. Muradyan E.M. (2003) *Judicial law (in the context of three procedural codes)*. Moscow: Prospect, 128 p. (In Russ.).
28. Muranov A.I. (2014) In support of arbitration projects of the Justice Ministry. *Arbirazhnyi sud* = Arbitration court, no. 2/3, pp. 274-318. (In Russ.).
29. Popov M.A. (2002) The Russian model of regulating of arbitration courts activity: theory and practice. Candidate of Juridical Sciences Summary. Saint Petersburg, 23 p. (In Russ.).
30. Pronin M.P. (2010) Presumption in the modern Russian law. Candidate of Juridical Sciences Summary. Nizhny Novgorod, 29 p. (In Russ.).
31. Reshetnikova I.V., Yarkov V.V. (1999) *Civil law and civil procedure in modern Russia*. Ekaterinburg: Norma, 312 p. (In Russ.).
32. Rozhkova M.A. (2005) *World transaction: use in commercial turnover*. Moscow: Statute, 572 p. (In Russ.).
33. Rozhkova M.A. (2006) *Means and methods of legal protection of the parties to a commercial dispute*. Moscow: Wolters Kluwer, 392 p. (in Russ.)
34. Sakhnova T.V. (2014) *Course of civil procedure*. Moscow: Statute, 784 p. (In Russ.).
35. Skvortsov O. Yu. (2017) *Arbitration (arbitration proceedings) in the Russian Federation*. Moscow: Yurait, 239 p. (In Russ.).
36. Stremoukhov A.V. (2017) Human Right to protection and forms of its protection in Russia. *Leningradskiy juridicheskiy zhurnal* = Leningrad Legal Journal, no. 1, pp. 9–19. (In Russ.).
37. Vaneev A.S., Dyakin D.B. (2010) Validity of an arbitration clause in Russian and foreign practice. *Vestnik mezhdunarodnogo kommercheskogo arbitrazha* = Bulletin of international commercial arbitration, no. 1, pp. 28-45.
38. Zaitsev A.I. (2004) Arbitration proceedings in Russia. Candidate of Juridical Sciences Summary. Saratov, 26 p. (In Russ.).
39. Zhilin G.A. (2000) Goals of civil proceedings and their implementation in the court of first instance. Moscow: Gorodetz, 320 p. (In Russ.).
40. Zhuikov V.M. (1997) *Judicial protection of the rights of citizens and legal entities*. Moscow: Gorodetz, 318 p. (In Russ.).

Информация об авторе:

А.Н. Петрунева — научный сотрудник.

Information about the author:

A.N. Petruneva — Researcher.

Статья поступила в редакцию 03.09.2020; одобрена после рецензирования 17.12.2020; принята к публикации 14.01.2021.

The article was submitted 03.09.2020; approved after reviewing 17.12.2020 ; accepted for publication 14.01.2021.

Научная статья

УДК 349.6

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.5.99.121

О значении принципов в экологическом праве и их применении



Вадим Александрович Виноградов¹,



Лариса Владимировна Солдатова²

^{1,2} Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Москва, Россия

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

² Lvsoldatova@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0001-7731-4153>



Аннотация

Новые нормы права создаются в ответ на возникновение потребности в регулировании определенных отношений. Когда речь идет не только об усовершенствовании или модификации механизма природопользования, но и конструировании новых правовых инструментов и способов охраны окружающей среды и ее компонентов, высок риск недостижения поставленных целей. Законотворческая деятельность, как и правоприменительная не может осуществляться бессистемно, требуется наличие основы, понимание сущности отношений, основных закономерностей их развития и целей самого регулирования. Эту роль выполняют, в первую очередь, принципы права. Они помогают расставить приоритеты, определить направление регулирования, выбрать релевантные способы правового воздействия. Проблемы в сфере правового регулирования экологических отношений заставляют задуматься о правильности построения нормативной базы, эффективности правовых механизмов, что составило цель исследования. Поскольку экологическое право подвергается постоянному изменению, то причина неэффективности видится в том числе в отсутствии единой системы принципов экологического права и экологического законодательства. Рассмотрение научных источников, российских и зарубежных, позволяет констатировать основополагающую роль принципов права, незаменимы они и в судебной практике. Исключительную роль принципы права играют в международном праве окружающей среды. Для определения роли принципов экологического права в дополнение к изучению доктринальных источников была проанализирована судебная практика по более чем 400 делам, включая иски о возмещении вреда окружающей среде и защите права на благоприятную окружающую среду. Исследование показало, что дальнейшее развитие отношений в области охраны

окружающей среды требует построения единой системы принципов. Законодатель и правоприменитель даже на интуитивном уровне вынуждены прибегать к принципам права. Формируя единообразную судебную практику и толкуя нормы экологического права, высшие суды опираются на принципы экологического права. Пока это носит нерегулярный, а скорее — исключительный характер. В целях увеличения продуктивности действующего законодательства предстоит серьезная работа по определению содержания принципов, их соотношения между собой и возможности применения.



Ключевые слова

принципы экологического права, возмещение вреда, причиненного окружающей среде, право на благоприятную окружающую среду, принципы международного права окружающей среды

Благодарности: статья подготовлена с использованием СПС Консультант Плюс.

Для цитирования: Виноградов В.А., Солдатова Л.В. О значении принципов в экологическом праве и их применении // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 5. С. 99–121. DOI: 10.17323/2072-8166.2021.5.99.121.

Research article

On the Meaning of Principles in Environmental Law and Their Application



Vadim A. Vinogradov¹,



Larisa V. Soldatova²

^{1, 2} HSE University, Moscow, Russia

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

² Lvsoldatova@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0001-7731-4153>



Abstract

New norms of law are created in response to the emergence of the need to regulate certain relations. We are not only improving, modifying the existing mechanism of nature management, but also developing completely new legal instruments and methods of environmental protection, which is associated with the risk of not achieving the set goal. Legislative activity, like law enforcement, cannot be carried out haphazardly, the basis is necessary, as well as an understanding of the essence of relations, the basic laws of their development and the goals of regulation itself. The principles of law fulfill this function. They help to prioritize, determine the direction of regulation, and select the relevant methods of legal impact. The presence of problems in the field of legal regulation of environmental relations makes us think about the correctness of building a regulatory framework, the effectiveness of legal mechanisms, which was the purpose of the study. And since environmental law is constantly changing, the reason

for inefficiency lies, among other things, in the absence of a unified system of principles of environmental law and environmental legislation. Consideration of scientific sources, Russian and foreign, allows us to state the fundamental role of the law principles, they are irreplaceable in judicial practice. The principles of law play an exclusive role in international environmental law. To determine the role of the principles of environmental law, in addition to studying doctrinal sources, the court practice was analyzed in more than 400 cases, including claims for compensation for environmental damage and protection of the right to a healthy environment. The study showed that the further development of relations in the field of environmental protection requires the construction of a unified system of principles. The legislator and the applicants of law sometimes, even on an intuitive level, are forced to resort to the principles of law. The high courts rely on the principles of environmental law in the formation of uniform judicial practice and interpretation of the norms of environmental law. So far, this is of an irregular, but rather exceptional nature. In order to increase the productivity of the current legislation, we will work hard to determine the content of the principles, their relationship to each other and the possibility of application.



Keywords

principles of environmental law, enforcement of the principles of law, environmental protection, compensation for damage to the environment, the right to a healthy environment, principles of international environmental law

Acknowledgments: the paper was prepared with using resources of SPS Consultant Plus.

For citation: Vinogradov V.A., Soldatova L.V. On the Meaning of Principles in Environmental Law and Their Application. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, 2021, no. 5, pp. 99–121. DOI: 10.17323/2072-8166.2021.5.99.121.

Введение

Экологическое право сегодня постепенно осознается обществом, переживает ряд трудностей, параллельно находясь на высоком уровне по своей популярности и важности. Как отмечает основатель мексиканской Академии экологического права, доктор права, профессор Рамон Оджед-Местре, «право окружающей среды плывет против течения и в грязной воде, и к этому мы должны добавить, что делается это среди акул» [Ojeda Mestre R., 2003: 3]. Конечно, не все исследователи столь категоричны в суждениях, но все сходятся во мнении об исключительности значения данного права в XXI веке [Chacón M. P., 2019: 93].

Формирование данной отрасли права проходило нелинейно. Нельзя сказать, что возникли совершенно новые отношения, которые повлекли необходимость создания новой достаточно обособленной группы норм права. С одной стороны, мы имеем дело с потребностью коренным образом пересмотреть понимание отношений общества и природы, с другой — имеются уже сложившиеся и урегулированные отношения по использованию при-

родных ресурсов, осуществлению хозяйственной деятельности. Охрана окружающей среды является более широким понятием, чем охрана природы. Возникнув в начале 1950-х годов как охрана природы и ее ресурсов от истощения, в дальнейшем это понятие под воздействием объективных факторов трансформировалось в охрану окружающей человека среды. В настоящее время процесс преобразования продолжается, высказываются предложения по отказу от единственно антропоцентристского подхода к восприятию природы. Неоднозначность понимания того, как должны складываться отношения между обществом и природой, каков объем внедрения нового регулирования в существующее правовое поле, безусловно, повлекли сущностные и терминологические споры и разночтения. Так, это отразилось даже на наименовании отрасли: в России она получила наименование «экологическое право», в США — *environmental law*; во Франции — *droit de l'environnement*; в Италии — *diritto ambientale*; в Германии — *Umweltrecht* [Николић Д., 2019: 66–67].

Право окружающей среды в большой мере выражается в экологизации норм, регулирующих хозяйственную и иную деятельность. Порой очень сложно отграничить сферу его регулирования от других отраслей, его нормы интегрируются в области конституционного, административного, гражданского, предпринимательского, уголовного, международного публичного и частного права, а также связаны с процессуальным законодательством. Несмотря на разнообразное внутреннее содержание, право окружающей среды опирается на особую комбинацию различных правовых принципов и целей, которые должны играть ключевую роль.

1. Проблемы экологического права и законодательства

Анализ применения норм в области охраны окружающей среды и использования природных ресурсов свидетельствует о том, что отношения проходят процесс становления. Безусловно, это прогнозируемое состояние — по опыту других стран мы видим, что процесс интеграции новых норм и способов регулирования в имеющееся правовое пространство требует постоянной кропотливой работы. В силу одновременного становления многих других групп правоотношений в России выявляемые проблемы воспринимаются более остро. Ученые и практики говорят о малоэффективности существующего регулирования. Более того, высказываются мысли о неготовности российского общества к данным отношениям либо неактуальности их для России вообще.

Если последние доводы более напоминают разочарование в результате нереализованности больших ожиданий от принятия законов, то доводы о

недостаточной или малой эффективности принятых нормативных актов обращают внимание на то, что принятый и работающий в других случаях механизм не показал ожидаемого эффекта. Так, С.А. Боголюбов выделяет целый ряд проблем в области правового регулирования охраны окружающей среды как теоретических, так и практических, проявляющихся в процессе правоприменения. В экологическом праве, как и в иных отраслях российского права, проблемами являются понимание, значение и практическое применение закрепленной в законодательстве системы принципов, вычленение из них основных, наиболее актуальных, «работающих» [Боголюбов С.А., 2011: 15, 16].

А.Е. Ястребов отмечает трудности в правоприменительной практике по делам о возмещении экологического вреда: необходимость доказывать причинения вреда здоровью и наличие причинной связи между причиненным вредом и деятельностью предприятий, организаций, загрязняющих окружающую среду, практически недостижима, так как процесс причинения вреда растянут во времени, длится годами и даже десятилетиями, размывается и не может быть определенно увязан с фактом конкретного экологического правонарушения, при том, что негативное воздействие окружающей среды обычно не порождает новые виды болезней, а усугубляет уже существующие [Ястребов А. Е., 2013: 143]. А.С. Шестерюк, рассматривая проблемы методологии экологического права, говорит о необходимости опираться на единство принципов саморазвития и самоорганизации и их применение в эколого-правовом аспекте. Он характеризует понятие «право природы» как «подчинение человеческого существования монополии природной обусловленности», что создаст возможность в дальнейшем прийти к согласию с природой, разрешив противоречия с ней [Шестерюк А.С., 2000: 18].

Одной из причин неэффективности права окружающей среды является быстрый количественный рост правовых норм, представляющий собой многочисленные поправки к действующему законодательству, новые нормы-стандарты, не соответствующие экономической, социальной и экологической реальности, сложившейся в государстве, абстрактные правовые нормы, созданные без последующего плана их реализации, ратифицированные международные договоры без качественного внедрения в национальное законодательство. При этом зачастую смысл правоприменительной практики идет вразрез со смыслом, исходящим из подобных правовых норм [Chacón M.P., 2019: 88–89]. Кроме того, в законодательстве и политике государства иногда возникает конкуренция принципов и целей, и защита окружающей среды не всегда остается в приоритете.

Создание разрозненной, фрагментированной правовой базы охраны окружающей среды порождает не только неверное применение закона, но

и правовую неопределенность, неэффективность в решении поставленных задач. Негативные последствия неэффективности принятых законов хорошо известны: недостижение ожидаемого эффекта политических решений в области охраны окружающей среды, а, как следствие, — и утрата доверия в целом; применение норм, не учитывающих интересы социально уязвимых групп населения; процессуальная пробельность или чрезмерная сложность реализации норм в области права окружающей среды и т.д.

Каждая отдельная норма права принимается в целях создания качественного механизма правового регулирования значимых отношений. При этом когда проблем, а соответственно и задач, много, и к разработке проектов нормативных актов привлекаются различные специалисты, законодатель должен опираться на прочный фундамент правового регулирования. Наличие различных целей, терминологическая путаница, неоднозначность понимания принципов или их незнание повлекут создание путанного механизма регулирования. Соответственно, сложностей при применении норм будет еще больше. Для корректного применения нормы права необходимо правильное ее понимание и толкование, а последнее, в свою очередь, обеспечивается не только правильным ее закреплением, но и знанием основных принципов права. Таким образом, на первое место выходит необходимость пересмотреть отношение к принципам права в сфере охраны природы.

2. Понимание и значение принципов права в области охраны окружающей среды

Никто из ученых не оспаривает значимости принципов права, рассматривая их как основу, фундамент правового регулирования, выражающую сущность права, определяющую его содержание и общий характер правового регулирования общественных отношений.

Процесс интенсивного обновления всей правовой системы российского общества, наблюдаемый в последние три десятилетия, не мог не затронуть тех глубинных основ, на которых базируется право. В то же время следует отметить явно недостаточную проработанность этой проблемы как в общей теории государства и права [Лаврусь С.Ю., 2005: 4], так и на уровне отдельных отраслей права. Об этом можно судить хотя бы по тому факту, что в учебной литературе вопрос о принципах права зачастую вообще не рассматривается, а если и рассматривается, то в контексте обсуждения других проблем. Кроме того, при анализе ряда аспектов указанной проблемы ученые существенно расходятся во взглядах на природу и наиболее общие признаки принципов права, необходимость их законодательного закрепления, классификацию принципов права, их соотношение с другими правовыми явлениями, роль в правовой системе общества и др.

Так, в советской юридической науке под принципами права подразумевали исходные идеи, лежащие в основе права и находящие свое осуществление не только в юридической форме, но и в тех общественных отношениях, которые она опосредует; теоретическое выражение (научные абстракции) общественных отношений — материальных и идеологических; основные, руководящие положения, выражающие наиболее существенные черты права, обычно закрепляемые в конституционных нормах и конкретизируемые в текущем законодательстве [Алексеев С.С., 1975: 145]; выраженные в праве исходные нормативно-руководящие начала, характеризующие его содержание, его основы, закрепленные в нем закономерности общественной жизни [Лазарев В.В., 1974: 79]; обращалось внимание на их направляющее значение в развитии права [Лукашева Е.А., 1970: 22–23], на роль отправных начал в целенаправленной деятельности людей при формировании с помощью юридических норм необходимого общественного порядка [Васильев А.М., 1975: 12].

В современной общей теории государства и права традиционное понимание принципов права как специфических идей сохранилось: принципы права рассматриваются как комплекс основополагающих идей [Муромцев Г.И., 1992: 24], основные руководящие идеи (начала), которые пронизывают право, характеризуют его содержание [Черданцев А.Ф., 2001: 186], исходные, определяющие идеи, положения, установки, которые составляют нравственную и организационную основу возникновения, развития и функционирования права [Байтин М.И., 2000: 4], идеи, обладающие особыми свойствами: основные, исходные начала, положения, идеи, выражающие сущность права как специфического социального регулятора [Матузов Н.И., Малько А.В., 2021: 163–164].

Общее для всех определений — это значимость принципов права, их главенствующее, определяющее значение, которое предполагает наиболее серьезное ответственное к ним отношение. При выявлении проблем в эффективности права следует, в первую очередь, убедиться, что система принципов осмыслена, признана и применяется как в доктрине, так и на практике, т.е. наше «здание права» построено на основательном фундаменте.

Несмотря на то, что в различных правовых семьях сложились разные подходы к пониманию роли принципов права в правовой системе, их значение оценивается высоко. Так, в странах романо-германского права широкое распространение получило понятие «общие принципы права». При этом в одних случаях последние наряду с нормативными актами и обычаями включаются в число первичных источников права, а в других (в силу того, что они «лежат в основе всего права») — общие принципы рассматриваются как такой источник права, который находится над всеми другими источниками, превосходит их [Бержель Ж.-Л., 2000: 164–165].

Вместе с тем в странах романо-германской правовой системы отмечается тенденция к расширению сферы применения принципов права. Последние рассматриваются как некое высшее, надпозитивное право, своеобразный аналог права естественного. Общие принципы применяются не только при пробелах в праве, но и при осуществлении конституционного контроля, когда буквальное толкование норм закона может привести к неприемлемому решению, идет вразрез с намерениями законодателя. На основе общих принципов права возможно дополнение и реформирование законодательства. При этом ими руководит общий идеал — стремление достичь в каждом вопросе решения, отвечающего общему чувству справедливости и основанного на сочетании различных интересов, как частных, так и всего общества [Давид Р., 1988: 146–147].

Таким образом, в этой правовой системе закон не признается догмой и окончательной основой для принятия любого решения. При этом толкование права не сводится только к уяснению и разъяснению грамматического, логического и иного смыслов закона, а включает в себя более широкое, социальное уяснение, применительно к реальным условиям и требованиям жизни.

В англо-саксонской правовой системе применяются общее право, право справедливости и статутное право, соответственно, принципы права так широко не развиты в силу существования права справедливости, предполагающего вынесение решения на основе права в соответствии со здравым умом и совестью [Давид Р., 1988: 286–287], принципы права устанавливаются прецедентным правом [Богдановская И.Ю., 2010: 85].

Как видно, наличие фундаментальных основ, отличающихся высокой степенью обобщения (абстракции), стабильностью и устойчивостью представляется неотъемлемым элементом права.

Характеризуя российскую правовую систему, ученые также отмечают, что принципы права образуют своеобразную систему координат для правотворческих органов, служат гарантией против принятия ими волюнтаристских решений, позволяют устранять несогласованность, противоречия между отдельными правовыми предписаниями, выступают критерием, позволяющим оценить то или иное законодательное установление с точки зрения его соответствия праву в целом [Лаврусь С.Ю., 2005: 15]. Это в полной мере соответствует содержанию экологического права.

Препятствиями на пути реализации принципов охраны окружающей среды в правоприменительной деятельности являются отсутствие законодательного закрепления принципов права, нечеткие формулировки, требующие дополнительного разъяснения, неодинаковое изложение одного и того же принципа права в различных нормативных правовых актах, несо-

ответствие формулировок, содержащихся в отраслевом законодательстве, конституционным установлениям. Усугубляется положение наличием коллизий между принципами права и конкретными законодательными предписаниями, пробелов в праве, конкуренцией норм в регулировании определенных отношений.

3. Национальные и международные принципы права окружающей среды

Вопрос закрепления принципов в нормативных актах действительно актуален. Более того, не менее остро стоит вопрос внесения в национальное законодательство правовых норм-принципов из ратифицированных РФ международных договоров в области охраны окружающей среды. Так, в силу специфики рассматриваемых отношений большая часть требований по охране окружающей среды носит международный универсальный характер, что обусловлено биологическими, географическими и экологическими факторами. При этом в международных договорах основную роль играют именно принципы, определяя направление правового регулирования, они задают цель, а каждое государство в зависимости от национальных, экономических, социальных и географических особенностей определяет способы регулирования отношений.

Основополагающими принципами международно-правовой охраны окружающей среды являются, в частности, защита окружающей среды на благо нынешнего и будущих поколений, недопустимость трансграничного ущерба, экологически обоснованное, рациональное использование природных ресурсов, недопустимость радиоактивного заражения, защита экологических систем Мирового океана, запрет военного или любого иного враждебного использования средств воздействия на окружающую среду в концентрированном виде, обеспечение экологической безопасности, контроль за соблюдением международных договоров по охране окружающей среды, международно-правовая ответственность государств за ущерб окружающей среде.

Данные принципы были сформулированы в различных программных документах международных конференций, проводимых под эгидой ООН по проблемам охраны окружающей среды, в том числе в Стокгольмской Декларации ООН по проблемам окружающей среды 1972 года¹, Всемирной хартии

¹ Декларация Конференции Организации Объединенных Наций по проблемам окружающей человека среды, Стокгольм, 1972. Available at: URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/declarathenv.shtml (дата обращения: 04.11.2021)

природы², Декларации по окружающей среде и развитию³, «Повестке дня на XXI век»⁴. Основанная на этих принципах внутренняя и внешняя экологическая политика государств должна способствовать обеспечению национального и международного экологического правопорядка

Поскольку выявляемые в области использования природных ресурсов и воздействия на окружающую природную среду проблемы универсальны, одинаковы для всех, постольку это предопределяет общность целей, задач и интересов, определенных на международном уровне, а именно, предотвращение, сокращение и устранение ущерба окружающей среде из различных источников (в первую очередь, посредством загрязнения), обеспечение экологически обоснованного режима рационального использования природных ресурсов, обеспечение комплексного режима охраны уникальных и эталонных природных объектов и комплексов, научно-техническое сотрудничество государств в связи с защитой окружающей среды. Соответственно, формирование и применение национального законодательства в области охраны окружающей среды невозможно без учета международных принципов охраны окружающей среды.

Одни международные принципы полностью воспринимаются национальным законодательством, другие действуют только в части регулирования отношений с другими государствами. Так, защита окружающей среды на благо нынешнего и будущих поколений — это обобщающий принцип в отношении всей совокупности специальных принципов и норм охраны окружающей среды. Именно этот принцип является воплощением идеи обязанности государства на благо настоящего и будущих поколений предпринимать все необходимые действия по сохранению и поддержанию качества окружающей среды, включая устранение отрицательных для нее последствий, а также по рациональному и научно обоснованному управлению природными ресурсами [Агафонов А.В., 2017: 15]. Реализация данного принципа связана с созданием механизма управления внутри государства, включающего планирование, нормирование, учет, контроль и надзор, установление обязательных для соблюдения требований, с конструированием

² Всемирная хартия природы. Принята резолюцией 37/7 Генеральной Ассамблеи от 28.10. 1982. Available at: URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/charter_for_nature.shtml (дата обращения: 04.11.2021)

³ Декларация по окружающей среде и развитию Принята Конференцией ООН по окружающей среде и развитию, Рио-де-Жанейро, 3–14.06. 1992. Available at: URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/riodecl.shtml (дата обращения: 04.11.2021)

⁴ Повестка дня на XXI век. Принята Конференцией ООН по окружающей среде и развитию, Рио-де-Жанейро, 3–14.06.1992. Available at: URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/agenda21.shtml (дата обращения: 04.11.2021)

уникальных заповедных и охранных режимов, полностью или частично исключающих хозяйственное воздействие на объекты природы.

Экологически обоснованное рациональное использование природных ресурсов, рациональное планирование и управление возобновляемыми и невозобновляемыми ресурсами Земли в интересах нынешнего и будущих поколений также связаны с долгосрочным планированием хозяйственной деятельности, оценкой возможных последствий деятельности государств в пределах своей территории, с поддержанием используемых природных ресурсов на оптимально допустимом уровне, т.е. уровне, при котором возможна максимально чистая продуктивность и не может наблюдаться тенденция к ее снижению, с научно обоснованным управлением живыми ресурсами.

Принцип предосторожности и принцип оценки воздействия, взаимно дополняющие друг друга, предполагают, что при планировании и осуществлении любой деятельности мы исходим из того, что она опасна, а поэтому должны доказать, что она не причинит необратимого вреда или что предприняты меры, обеспечивающие непричинение такого вреда или его минимизацию. Если мы не можем этого сделать, следуем от этого вида деятельности отказаться.

Принцип «загрязнитель платит» является естественным продолжением указанных выше принципов и декларирует ответственность загрязнителя за свою деятельность.

Обеспечение экологической безопасности как принцип отражает, прежде всего, глобальный и чрезвычайно острый характер международных проблем в области защиты окружающей среды. Элементами этого принципа можно считать обязанность государств осуществлять военно-политическую и экономическую деятельность таким образом, чтобы обеспечивать сохранение и поддержание адекватного состояния окружающей среды.

Принципы обеспечения устойчивого развития направлены на создание баланса между потребностями развития экономики и охраны окружающей среды таким образом, чтобы при удовлетворении нужд людей рост экономики оставался в пределах экологических возможностей планеты.

Во многом, опираясь именно на данные принципы, сформулированы и конституционные принципы охраны окружающей среды в России: обеспечение права на благоприятную окружающую среду, достоверную информацию о ее состоянии и возмещение вреда, причиненного жизни и здоровью, обязанность охранять природу, восприятие природных ресурсов как основы жизни и деятельности народов России. Однако на данный момент не сложилась четкая структура национальных принципов охраны окружающей среды в российском законодательстве и научной доктрине, аналогична и ситуация с восприятием принципов международного права окружающей среды. Хотя требования в области охраны окружающей среды и механизмы правового регулирования приняты именно в целях реализации принципов

пов охраны окружающей среды, в большинстве случаев правоприменитель к принципам, закрепленным в национальном законодательстве, относится, скорее, как к формальности. В еще большей степени это относится к принципам, содержащимся в международных договорах. Кроме этого, формирующиеся специальные принципы и нормы по защите окружающей среды также не всегда достаточно конкретны.

4. Применение принципов экологического права

В повседневной практике применения правовых предписаний и их воплощения в жизнь принципы экологического права играют не менее важную роль, чем в процессе создания этих норм. Они должны способствовать правильному применению правовых предписаний в точном соответствии с замыслом законодателя. Позволяя осуществлять правовое регулирование общественных отношений в тех случаях, когда обнаруживается пробел в действующем экологическом законодательстве, принципы права призваны обеспечивать стабильность и эффективное функционирование правоприменительной и правоохранительной систем, не позволяют ей давать сбой. Для органов и лиц, применяющих право, принципы могут служить своеобразным вектором, направляющим началом, с которым должны соотносываться их действия.

Приоритетное место принципов права дает им возможность корректировать нечетко изложенную позицию законодателя по тем или иным вопросам правового регулирования. Использование принципов создает возможность применять законодательство не только при наличии в нем пробелов, но и при коллизиях правовых норм. При этом, как представляется, большое значение принципы имеют в случае наличия конкуренции норм в регулировании определенных отношений.

Обратимся к судебной практике по делам о возмещении вреда окружающей среде. В данном случае правовое регулирование отношений и правоприменение должны основываться на таких принципах, как принципы ответственности человека за сохранение и разумное управление природными ресурсами, охраны окружающей среды, принцип «загрязнитель платит» (платность природопользования и возмещения вреда окружающей среде). Анализ судебных решений позволяет установить факты, подлежащие доказыванию по таким делам, и правовые основания. Так, например, по делам о загрязнении, засорении земельных и лесных участков опасными химическими веществами или отходами⁵ установлению подлежат факт причинения вреда, субъект, являющийся причинителем вреда, и размер причиненного вреда.

⁵ См., напр.: Постановление Арбитражного суда Московского округа от 16.09.2021 № Ф05-21616/2021 по делу № А40-53084/2018 // СПС Консультант Плюс; Постановление

Правовые основания включают нормы в области охраны окружающей среды:

статьи 42, 58 Конституции Российской Федерации, гарантирующие каждому право на благоприятную окружающую среду и устанавливающие обязанность сохранять природу и окружающую среду, бережно относиться к природным богатствам, которые являются основой устойчивого развития, жизни и деятельности народов, проживающих на территории Российской Федерации⁶;

часть 1 статьи 51 Лесного кодекса Российской Федерации (далее — ЛК РФ), устанавливающая требование охраны лесов от пожаров, от загрязнения (в том числе радиоактивными веществами) и от иного негативного воздействия, а также защите от вредных организмов⁷, статьи 13, 76 Земельного кодекса Российской Федерации⁸;

пункт 1 статьи 77 Федерального закона от 10.01.2002 № 7-ФЗ «Об охране окружающей среды» (далее — Федеральный закон № 7-ФЗ), в соответствии с которым юридические и физические лица, причинившие вред окружающей среде в результате ее загрязнения, истощения, порчи, уничтожения, нерационального использования природных ресурсов, деградации и разрушения естественных экологических систем, природных комплексов и природных ландшафтов и иного нарушения законодательства в области охраны окружающей среды, обязаны возместить его в полном объеме в соответствии с законодательством⁹;

пункт 3 статьи 77 Федерального закона № 7-ФЗ, регламентирующий порядок возмещения вреда окружающей среде, причиненного субъектом хозяйственной и иной деятельности, в соответствии с утвержденными в установленном порядке таксами и методиками исчисления размера вреда окружающей среде, а при их отсутствии исходя из фактических затрат на восстановление нарушенного состояния окружающей среды, с учетом понесенных убытков, в том числе упущенной выгоды;

Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 17.03.2021 № Ф01-166/2021 по делу № А79-401/2020 // СПС Консультант Плюс; Определение Верховного Суда РФ от 01.09.2021 № 302-ЭС21-14389 по делу № А58-194/2020 // СПС Консультант Плюс; Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 17.03.2021 № Ф04-514/2021 по делу № А75-8958/2020 // СПС Консультант Плюс; Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 23.10.2020 № Ф04-4439/2020 по делу № А67-11337/2019 // СПС Консультант Плюс.

⁶ Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993 с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020) // СПС Консультант Плюс.

⁷ Лесной кодекс Российской Федерации от 04.12.2006 № 200-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 50. Ст. 5278.

⁸ Земельный кодекс Российской Федерации от 25.10.2001 № 136-ФЗ // СЗ РФ. 2001. № 44. Ст. 4147.

⁹ СЗ РФ. 2002. № 2. Ст. 133.

статья 78 Федерального закона № 7-ФЗ, предусматривающая определение размера вреда окружающей среде, причиненного нарушением законодательства в области охраны окружающей среды, на основе фактических затрат на восстановление нарушенного состояния окружающей среды, с учетом понесенных убытков, в том числе упущенной выгоды, а также в соответствии с проектами рекультивационных и иных восстановительных работ, при их отсутствии в соответствии с таксами и методиками исчисления размера вреда окружающей среде, утвержденными органами исполнительной власти, осуществляющими государственное управление в области охраны окружающей среды.

Кроме нормативных правовых актов в мотивационной части судебных решений содержатся ссылки на решения высших судов. В рассматриваемых случаях таковым выступает постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 30.11.2017 №49 «О некоторых вопросах применения законодательства о возмещении вреда, причиненного окружающей среде»¹⁰ (далее — Постановление № 49). Данное Постановление было принято, чтобы выработать рекомендации по наиболее сложным для судей вопросам. В первую очередь, это понятие вреда, причиненного окружающей среде: п. 6 и 7 Постановления № 49 предусматривают, что основанием для привлечения лица к имущественной ответственности является причинение им вреда, выражающееся в негативном изменении состояния окружающей среды, в частности, ее загрязнении, истощении, порче, уничтожении природных ресурсов, деградации и разрушении естественных экологических систем, гибели или повреждении объектов животного и растительного мира и иных неблагоприятных последствиях (ст. 1 и 77 Федерального закона № 7-ФЗ). Таким образом, по делам о возмещении вреда окружающей среде необходимо доказывать наличие негативных изменений состояния окружающей среды.

В аналогичном деле при загрязнении водного объекта суд также обращается к нормам водного законодательства¹¹ и ссылается не только на наличие конкретных требований к осуществлению деятельности, но и на закрепленные в законодательстве принципы. Согласно п. 2 ст. 3 Водного кодекса Российской Федерации (далее — ВК РФ) водное законодательство и изданные в соответствии с ним нормативные правовые акты основываются, в том числе на принципе приоритета охраны водных объектов перед их использованием. Использование водных объектов не должно оказывать негативного воз-

¹⁰ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 30.11.2017 № 49 «О некоторых вопросах применения законодательства о возмещении вреда, причиненного окружающей среде // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2018. № 2.

¹¹ Решение Арбитражного суда Тульской области от 4.12. 2019 по делу № А68-10062/2019 // СПС Консультант Плюс.

действия на окружающую среду¹². Реализуя данный принцип, п. 1 ст. 44 ВК РФ предусматривает, что использование водных объектов для целей сброса сточных вод и (или) дренажных вод осуществляется с соблюдением требований, предусмотренных этим Кодексом и законодательством в области охраны окружающей среды.

Сброс в водные объекты сточных вод, содержание в которых радиоактивных веществ, пестицидов, агрохимикатов и других опасных для здоровья человека веществ и соединений превышает нормативы допустимого воздействия на водные объекты, запрещается (п. 6 ст. 56 ВК РФ). Также согласно пп. 1 п. 6 ст. 60 ВК РФ при эксплуатации водохозяйственной системы запрещается осуществлять сброс в водные объекты сточных вод, не подвергшихся санитарной очистке, обезвреживанию (исходя из недопустимости превышения нормативов допустимого воздействия на водные объекты и нормативов предельно допустимых концентраций вредных веществ в водных объектах), а также сточных вод, не соответствующих требованиям технических регламентов.

Таким образом, можно констатировать, что, как и в случаях причинения вреда земельным участкам и лесам, при загрязнении водного объекта причинение вреда непосредственно связано с нарушением конкретного требования законодательства в области охраны вод. После установления факта нарушения суд обращается к норме ст. 69 ВК РФ, регулирующей порядок возмещения вреда (добровольно или в судебном порядке) и отсылающей к Методике исчисления размера вреда, причиненного водным объектам вследствие нарушения водного законодательства, утвержденной приказом Министерства природных ресурсов от 13.04.2009 № 87 (далее — Методика № 87)¹³.

Примечательно, что подобные подзаконные нормативные акты конкретизируют понятие вреда, порядок установления факта его причинения и определения размера. Так, на основании п. 14 Методики № 87 исчисление размера вреда, причиненного водным объектам, осуществляется при выявлении фактов нарушения водного законодательства, наступление которых устанавливается по результатам государственного контроля и надзора в области использования и охраны водных объектов на основании натурных обследований, инструментальных определений, измерений и лабораторных анализов. Кроме того, факт нарушения водного законодательства может быть установлен в соответствии с извещением организацией-водопользова-

¹² Водный кодекс Российской Федерации от 03.06.2006 № 74-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 23. Ст. 2381.

¹³ Приказ Минприроды России от 13.04. 2009 № 87 «Об утверждении Методики исчисления размера вреда, причиненного водным объектам вследствие нарушения водного законодательства»// Российская газета. 2009. № 113.

телем контролирующих органов о сбросе сточных вод и (или) дренажных (в том числе шахтных, рудничных) вод с превышением допустимых концентраций вредных (загрязняющих) веществ, которые установлены нормативами допустимого сброса или лимитами сброса при его наличии.

С одной стороны, такой подход облегчает процесс доказывания по делам о возмещении вреда, так как далее процедура сводится по сути к установлению ряда понятных фактов, но, с другой, речь идет об очень ограниченном количестве оснований для доказывания факта причинения вреда. Данные нормативные правовые акты не дают ответа на вопрос, что делать, если поводом для иска о возмещении вреда станет, например, факт массового отравления рыбы или людей, выявления превышения концентрации вредных веществ в почве, воде, воздухе гражданином или общественной организацией и т.д., а также связаны с большим количеством процедурных требований, несоблюдение которых влечет отказ в иске о возмещении вреда окружающей среде¹⁴.

Так, в случае массовой гибели рыбы в результате сброса ответчиком нефтепродуктов в водный объект доказывание включает те же элементы, что и в предыдущих случаях: факт загрязнения вод, подтвержденный результатами исследований, документы обследования водного объекта, подтверждающие массовую гибель рыбы, протокол о привлечении к административной ответственности за нарушение законодательства в процессе проведения проверки.

Соответственно, истцу по искам о возмещении вреда окружающей среде необходимо представить доказательства негативного изменения качества окружающей среды, выражающегося, например, в превышении предельно допустимых концентраций вредных веществ, обоснованно определить размер причиненного вреда, а также подтвердить наличие причинно-следственной связи между действиями (бездействиями) ответчика и причиненным вредом, включая доказательство того, что именно деятельность ответчика повлекла качественные изменения природных объектов и ресурсов, что, в свою очередь, привело, например, к гибели животных организмов, уничтожению растений, разрушению экологических систем и природных комплексов.

Одним из самых проблемных элементов является доказывание вреда окружающей среде, так как в настоящее время практика пошла по пути поиска конкретного ущерба, который далеко не всегда можно установить по объективным причинам: невозможно найти всех насекомых, которые погибли из-за превышения концентраций пестицидов в почве, или определить количество уничтоженных водных биоресурсов в результате разлива не-

¹⁴ См., напр.: Определение Первого кассационного суда общей юрисдикции от 12.03.2021 № 88-3310/2021 // СПС Консультант Плюс.

фтепродуктов в акватории моря. Именно в такой ситуации суд прибегает к принципам экологического права.

В случае превышения юридическими лицами, индивидуальными предпринимателями установленных нормативов допустимого воздействия на окружающую среду предполагается, что в результате их действий причиняется вред. В основу данного утверждения положены принципы, устанавливающие обязанность каждого сохранять окружающую среду, выполнять требования по ее охране при осуществлении хозяйственной деятельности, а также, отчасти, принцип потенциальной экологической опасности любой намечаемой хозяйственной и иной деятельности. Так, согласно правовым подходам, сформулированным Конституционным Судом Российской Федерации в определении от 21.12.2011 N 1743-О-О¹⁵ и постановлении от 02.06.2015 № 12-П, а также содержащимся в решении Верховного Суда Российской Федерации (далее — ВС РФ) от 22.04.2015 № АКПИ15-249¹⁶, исключительное свойство окружающей среды к самостоятельной нейтрализации негативного антропогенного воздействия и особенности экологического ущерба, который не поддается в полной мере объективной оценке (в частности, по причине отдаленности во времени последствий правонарушения), определяют необходимость применения условного метода определения его размера, используемого в методиках исчисления размера вреда.

В соответствии с п. 14 Постановления № 49, утвержденные в установленном порядке таксы и методики исчисления размера вреда (ущерба), причиненного окружающей среде и отдельным компонентам природной среды (землям, водным объектам, лесам, животному миру и другое), подлежат применению судами для определения размера возмещения вреда, причиненного юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем (п. 3 ст. 77, п. 1 ст. 78 Федерального закона № 7-ФЗ, ч. 3 и 4 ст. 100 ЛК РФ, ч. 2 ст. 69 ВК РФ, ст. 51 Закона Российской Федерации от 21.02.1992 № 2395-1 «О недрах»).

Давая разъяснения, ВС РФ в Постановлении № 49 обращает внимание на необходимость учета принципов охраны окружающей среды, на которых должна основываться хозяйственная и иная деятельность. К их числу в соответствии со ст. 3 Закона об охране окружающей среды относятся, в частности, платность природопользования и возмещение вреда окружающей среде, презумпция экологической опасности планируемой хозяйственной и иной деятельности, обязательность оценки воздействия на окружающую среду при принятии решений об осуществлении хозяйственной и иной де-

¹⁵ Определение Конституционного Суда РФ от 21.12.2011 N 1743-О-О. Available at: URL: <https://legalacts.ru/doc/opredelenie-konstitutsionnogo-suda-rf-ot-21122011-n-1743-o-o-ob/> (дата обращения: 04.11.2021)

¹⁶ Решение Верховного Суда РФ 22.04.2015 № АКПИ15-249 // СПС Консультант Плюс.

тельности, допустимость воздействия хозяйственной и иной деятельности на природную среду исходя из требований в области охраны окружающей среды, обязательность финансирования юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями, осуществляющими хозяйственную и (или) иную деятельность, которая приводит или может привести к загрязнению окружающей среды, мер по предотвращению и (или) уменьшению негативного воздействия на окружающую среду, устранению последствий этого воздействия.

Специфика рассматриваемых отношений и указанные выше принципы охраны окружающей среды отражаются также на распределении бремени доказывания: именно ответчик должен доказывать наличие обстоятельств, указывающих на возникновение негативных последствий в силу иных факторов и (или) их наступление вне зависимости от допущенного нарушения. Применению подлежит и статья 1079 Гражданского кодекса Российской Федерации, подразумевающая ответственность юридических лиц и граждан за деятельность, связанную с повышенной опасностью для окружающих. В связи с этим, например, владелец нефтепровода отвечает за вред окружающей среде, причиненный вследствие осуществления третьими лицами незаконной врезки в нефтепровод. Наличие у ответчика разрешительной документации на осуществление деятельности, создающей опасность причинения вреда, положительного заключения экологической экспертизы не являются основанием для отказа в иске.

Таким образом, можно констатировать наличие реальной потребности в принципах экологического права при вынесении судебных решений, хотя встречаются ссылки на принципы только в решениях высших судов.

Рассмотрение этих дел заставляет задуматься над наличием реальной возможности доказать причинение вреда и обосновать размер этого вреда. Приходится согласиться с учеными и практиками в том, что доказывание причинно-следственной связи в ряде случаев вообще невозможно. Классический случай — выброс вредных веществ в атмосферу в регионе, где на относительно небольшом расстоянии находятся несколько предприятий, имеющих сходный химический состав выбросов. При этом цепочка доказывания и так очень длинная: предприятие допустило выброс запрещенных веществ либо выбросы превысили установленный норматив (лимит), в результате были превышены концентрации вредных веществ в атмосферном воздухе, что повлекло за собой гибель растений, животных, заболевания людей, загрязнение почв, вод и др. Если доказать, что предприятие превысило установленный норматив (лимит) выбросов достаточно просто — сняв показания приборов учета, то связать превышение допустимых концентраций вредных веществ в атмосфере с деятельностью конкретного предприятия уже сложно. Что же говорить об установлении связи между превышением

допустимых выбросов и загрязнением конкретных участков почвы, водоемов, гибелью животных и др.

То же самое и с конкретным размером причиненного вреда. При разливе вредных веществ на определенной территории мы можем зафиксировать площадь, попавшую под загрязнение, проверить глубину проникновения вещества; в случае загрязнения водного объекта положение сложнее, но возможность доказывания имеется; с атмосферой же все куда хуже. Выработанный подход к доказыванию вреда окружающей среде не работает в случае с загрязнением атмосферного воздуха, так как перенос загрязнения зависит от слишком большого количества факторов: это влажность, освещенность, сила и направление ветра. Размер вреда также зависит не только от вида опасного вещества и его концентрации. Например, при большой скорости ветра опасные вещества быстро рассеиваются и возможно, причиненный вред будет небольшим; если стоит безветренная погода, все вредные вещества в большой концентрации окажутся на сравнительно небольшой по площади территории.

Анализ судебной практики показал, что иски о возмещении вреда окружающей среде в настоящее время не распространяются на случаи загрязнения атмосферного воздуха, хотя ранее (до 1997 г.) такая практика была. Например, факт загрязнения атмосферного воздуха и земель в результате аварийного выброса аммиака стал основанием возмещения вреда, причиненного как землям, так и атмосфере¹⁷. Таким образом, невозможность применения сложившейся практики доказывания в случаях причинения вреда окружающей среде при загрязнении атмосферного воздуха повлекла отказ от защиты данных отношений. Это противоречит основным принципам охраны окружающей среды, так как любой вред, причиненный окружающей среде, подлежит возмещению.

Характеризуя споры о возмещении вреда, можно говорить о двух тенденциях: отношения, на которые в настоящее время эти требования распространяются, сузились и по объему не соответствуют принципам охраны окружающей среды; в целом число исков о возмещении вреда окружающей среде выросло и сложилась вполне понятная практика рассмотрения таких дел.

Остановимся на принципе обеспечения права на благоприятную окружающую среду. Несмотря на его важность, на данный момент не сложилось устоявшееся понимание его содержания, а соответственно и его применение. В большинстве случаев обращения к данному праву связаны с разрешением следующих споров: в сфере строительства и жилищных отношений при

¹⁷ Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 05.02.1997 N 3-110-Ф02-36/97-С2// СПС Консультант Плюс.

оспаривании нормативных правовых актов по вопросам благоустройства территории в связи с нарушением требований законодательства об отходах производства и потребления¹⁸; о понуждении запретить строительство в границах водоохранной зоны¹⁹; о признании недействительным разрешения на строительство²⁰; о защите прав и свобод при обязанности выполнить необходимые действия по помещению гражданина в психоневрологический или иной медицинский стационар²¹; о прекращении хозяйственной деятельности²²; о причинении вреда окружающей среде²³.

Встречаются и очень своеобразные толкования права на благоприятную окружающую среду. Так, истец во время содержания в следственном изоляторе столкнулся с несоблюдением распорядка дня, времени приема пищи, раздачей холодной, неразогретой пищи, что, по его мнению, причиняло ему моральные, нравственные, физические страдания, вред здоровью и препятствовало в реализации прав на благоприятную окружающую среду²⁴. В другом случае нарушение права на благоприятную окружающую среду истец связывает с курением ответчика в своей квартире²⁵.

Естественно, в большинстве случаев суд отказывает в удовлетворении заявленных требований, так как даже поверхностный анализ нормативных правовых актов свидетельствует о связи данного права с состоянием

¹⁸ Кассационное определение Первого кассационного суда общей юрисдикции от 30.06.2020 № 88а-17627/2020 по делу № 2а-338/2019 // СПС Консультант Плюс; Определение Первого кассационного суда общей юрисдикции от 18.12.2019 № 88-1942/2019 // СПС Консультант Плюс; Кассационное определение Третьего кассационного суда общей юрисдикции от 17.03.2020 № 88а-4832/2020 // СПС Консультант Плюс.

¹⁹ Определение Первого кассационного суда общей юрисдикции от 13.05.2020 № 88-11956/2020 // СПС Консультант Плюс.

²⁰ Кассационное определение Третьего кассационного суда общей юрисдикции от 27.01.2021 по делу № 88а-987/2021 // СПС Консультант Плюс; Кассационное определение Третьего кассационного суда общей юрисдикции от 24.03.2020 № 88а-4285/2020 // СПС Консультант Плюс.

²¹ Кассационное определение Первого кассационного суда общей юрисдикции от 01.06.2020 № 88а-15239/2020 по делу № 2а-6431/2019 // СПС Консультант Плюс.

²² Определение Первого кассационного суда общей юрисдикции от 29.01.2020 № 88-2516/2020 по делу № 2-96/2019 // СПС Консультант Плюс.

²³ Кассационное определение Третьего кассационного суда общей юрисдикции от 28.04.2021 № 88а-7002/2021 // СПС Консультант Плюс; Определение Третьего кассационного суда общей юрисдикции от 03.02.2021 № 88-1439/2021 по делу № 2-953/2020 // СПС Консультант Плюс; Кассационное определение Третьего кассационного суда общей юрисдикции от 16.06.2020 № 88а-10327/2020 по делу № 2а-439/2019 // СПС Консультант Плюс.

²⁴ Определение Третьего кассационного суда общей юрисдикции от 08.07.2020 № 88-11379/2020 по делу № 2-5220/2019 // СПС Консультант Плюс.

²⁵ Определение Третьего кассационного суда общей юрисдикции от 05.02.2020 № 88-2116/2020 // СПС Консультант Плюс.

окружающей среды, ее качеством. Именно качество окружающей среды, выражающееся в нормировании, является критерием благоприятности окружающей среды. Более того, не любое негативное изменение качества окружающей среды может рассматриваться как нарушение защищаемого права, а только такое, которое повлекло за собой разрушение экологических систем и природных комплексов. Доказыванию в данном случае подлежат факт негативного изменения окружающей среды, разрушения экологической системы или природного комплекса и наличие причинно-следственной связи между ними.

Изложенное содержание права достаточно узко, принцип обеспечения права на благоприятную окружающую среду существенно шире и обладает большим потенциалом, в связи с чем необходимо как его доктринальное изучение, так и применение на практике.

Заключение

В правоинтерпретационном процессе принципы экологического права должны выступать критерием соответствия законодательных установлений праву, обеспечивать понимание содержания нормативных правовых предписаний в точном соответствии с тем смыслом, который подразумевал законодатель. Они помогают в толковании права при обнаружении пробелов, коллизий в действующем экологическом законодательстве при наличии конкурирующих норм. Лица, осуществляющие интерпретацию правовых норм, в своей деятельности обязаны опираться на принципы права. При вынесении решений суд должен опираться на принципы права.

Отсутствие законодательного закрепления принципов охраны окружающей среды, а также неполное или нечеткое их изложение в тексте нормативного акта препятствуют качественному правоприменению. Учитывая сказанное, можно рекомендовать правоприменителям, в частности, судьям при разрешении конкретных дел руководствоваться в первую очередь принципами права, обосновывать ими свою позицию при вынесении решений по делу.



Список источников

1. Агафонов А.В. Международно-правовая охрана окружающей среды // Естественно-гуманитарные исследования. 2017. N 16 (2). С. 13-17.
2. Алексеев С.С. Структура советского права. М.: Юридическая литература. 1975. 264 с.
3. Байтин М.И. О принципах и функциях права: новые моменты // Правоведение. 2000. N 3. С. 4–16.

4. Бергель Ж.-Л. Общая теория права. М.: NOTA BENE. 2000. 573 с.
5. Богдановская И. Ю. Эволюция судебного прецедента в «общем праве» // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2010. N 2. С. 75–87.
6. Боголюбов С.А. Актуальные проблемы экологического права. М.: Юрайт, 2011. 607 с.
7. Васильев А.М. О правовых идеях-принципах // Советское государство и право. 1975. N 3. С. 64–78.
8. Давид Р. Основные правовые системы современности. М.: Прогресс, 1988. 496 с.
9. Лаврус С.Ю. Реализация принципов права в юридической практике: дис. ... к. ю. н. Самара, 2005. 211 с.
10. Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. М.: Юрид. лит., 1974. 184 с.
11. Лукашева Е.А. Принципы социалистического права // Советское государство и право. 1970. N 6. С. 22–23.
12. Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права. М.: Дело, 2021. 528 с.
13. Муромцев Г.И. Источники права: Теоретические аспекты проблемы // Правоведение. 1992. N 2. С. 23–30.
14. Черданцев А.Ф. Теория государства и права. М.: Юрайт, 2001. 429 с.
15. Шестерюк А. С. Экологическое право: проблемы методологии. Автореф. дис. ... д. ю. н. СПб., 2000. 38 с.
16. Ястребов А.Е. Основные направления совершенствования экологического законодательства РФ // Среднерусский вестник общественных наук. 2013. N 1. С. 142–146.
17. Chacón M.P. The Road Toward the Effectiveness of Environmental Law. *Seqüência* (Florianópolis), 2019, no 83, p. 87–95.
18. Николић Д. Правци развоја права животне средине. Зборник радова Правног факултета у Нишу, број 82, година LVIII, 2019, с. 66–67.
19. Ojeda Mestre R. Las cien caras del derecho Ambiental. *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental*, 2003, no. 9, pp. 3–5.



References

1. Agafonov A.V. (2017) *International legal protection of the environment. Estestvenno-gumanitarnyye issledovaniya* = Natural-Humanitarian Studies, no. 2, pp. 13–17. (In Russ.).
2. Alekseev S.S. (1975) *The structure of Soviet law*. Moscow: Yuridicheskaya literatura, 264 p. (In Russ.).
3. Baytin M.I. (2000) On principles and functions of law: new moments. *Pravovedeniye* = Legal Studies, no. 3, pp. 4–16. (In Russ.).
4. Bergel J.-L. (200) *General theory of law*. Moscow: Nota Bene, 573 p. (In Russ.).
5. Bogdanovskaya I.Yu. (2010) Evolution of judicial precedent in “common law”. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*=Law. Journal of the Higher School of Economics, no. 2, pp. 75–87. (In Russ.).
6. Bogolyubov S.A. (2011) *Problems of environmental law*. Moscow: Yurayt, 607 p. (In Russ.).
7. Chacón M.P. (2019) The Road Toward the Effectiveness of Environmental Law. *Seqüência*, no. 83, pp. 87–95.

8. Cherdantsev A.F. (2001) *Theory of State and Law*. Moscow: Yurayt, 429 p. (In Russ.).
9. David R. (1988) *Basic legal systems of our time*. Moscow: Progress, 496 p. (In Russ.).
10. Lavrus S.Yu. (2005) Realization of the principles of law in legal practice. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Samara, 211 p. (In Russ.).
11. Lazarev V.V. (1974) *Legal gaps and ways to eliminate them*. Moscow: Jurist, 184 p. (In Russ.).
12. Lukasheva E.A. (1970) Principles of socialist law. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo*=Soviet state and law, no. 6, pp. 22 – 23. (In Russ.).
13. Matuzov N.I., Malko A.V. (2021) *Theory of State and Law*. Moscow: Delo, 528 p. (In Russ.).
14. Muromtsev G.I. (1992) Sources of law: Theoretical aspects of the problem. *Pravovedeniye* = Legal Studies, no. 2, pp. 23–30. (In Russ.).
15. Nikolic D. (2019) Directions in the development of environmental law. *Proceedings of the Faculty of Law in Novi Sad*, issue 82, pp. 66–67. (In Serb.).
16. Ojeda Mestre R. (2003) The hundred faces of environmental law. *Environment and Law: Electronic journal of environmental law*, no. 9, pp. 3–5. (In Spanish).
17. Shesteryuk A.S. (2000) Environmental law: problems of methodology. Doctor of Juridical Sciences Summary. Saint Peterburg, 38 p. (In Russ.).
18. Vasiliev A.M. (1975) Legal ideas-principles. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo* = Soviet state and law, no. 3, pp. 64–78. (In Russ.).
19. Yastrebov A.E. (2013) The main directions of improving the environmental legislation of the Russian Federation. *Srednerusskiy vestnik obshchestvennykh nauk* = Central Russian Herald of Social Sciences, no. 1, pp. 142–146. (In Russ.).

Информация об авторах:

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

Л.В. Солдатова — кандидат юридических наук, доцент.

Information about the authors:

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

L.V. Soldatova — Candidate of Science (Law), Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 07.03.2021; одобрена после рецензирования 19.07.2021; принята к публикации 26.09.2021.

The article was submitted 07.03.2021; approved after reviewing 19.07.2021; accepted for publication 26.09.2021.

Научная статья

УДК 343.3/.7

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.5.122.147

Уголовно-правовой запрет на несообщение о преступлении (правовые и нравственные аспекты)



Фатима Фармановна Мамедова¹,



Ксения Александровна Барышева²

^{1,2}Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Москва, Россия

¹Fmamedova@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0002-5783-8336>

²Kbarysheva@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0002-6087-1671>



Аннотация

В статье исследуется вопрос о необходимости криминализации несообщения о преступлениях, в частности, с точки зрения нравственных норм. Авторы анализируют позиции и доводы сторонников и противников криминализации несообщения о преступлениях. Помимо существующего уголовного наказания за несообщение о преступлениях террористического характера предлагается введение уголовного наказания за несообщение об отдельных видах тяжких и особо тяжких преступлений, определяется круг возможных субъектов состава преступления — несообщения. Через призму нравственных норм рассматривается поступок лица, сообщившего в правоохранительные органы информацию, которая была использована для раскрытия преступления. Отмечается, что один и тот же поступок в различных условиях может оцениваться лицом на предмет соответствия нравственным нормам по-разному. Кроме того, затрагивается проблема морального выбора лица с учетом причинения «наименьшего зла». Также с позиции нравственности рассматривается проблема использования правоохранительными органами помощи отдельных граждан, предоставляющих информацию, способствовавшую выявлению, предупреждению и раскрытию преступлений. Упоминается положительный зарубежный опыт в данном направлении. Констатируется, что в нашей стране содействие правоохранительным органам в борьбе с преступностью оценивается негативно и воспринимается, чаще всего, как доноительство. Обосновывается необходимость криминализации несообщения о преступлении, в том числе со ссылкой на аналогичные составы в уголовном законодательстве стран СНГ и других иностранных государств, подробно рассмотрен опыт США и Германии. Основываясь на положениях

Уголовного уложения ФРГ и Кодекса США, предлагается имплементировать нормы о несообщении с учетом особенностей уголовного законодательства РФ: определить круг составов преступлений, относящихся к категории тяжких и особо тяжких, несообщение о которых будет наказываться санкциями уголовного закона, а также выделить круг специальных субъектов и деяния таких лиц в квалифицированный состав. Состав нового преступления следует дополнить примечанием, где указать круг лиц, не подлежащих уголовной ответственности за несообщение, включив в него жертв преступления.



Ключевые слова

несообщение о преступлении, уголовный закон, уголовная ответственность, нравственная оценка сообщения о преступлении

Для цитирования: Мамедова Ф.Ф., Барышева К.А. Уголовно-правовой запрет на несообщение о преступлении (правовые и нравственные аспекты) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 5. С. 122–147. DOI: 10.17323/2072-8166.2021.5.122.147.

Research article

Criminal Prohibition on Failure to Report a Crime (Legal and Moral Aspects)



Fatima F. Mamedova¹,



Kseniya A. Barysheva²

^{1, 2}HSE University, Moscow, Russia

¹Fmamedova@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0002-5783-8336>

²Kbarysheva@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0002-6087-1671>



Abstract

The article examines the question of the need to criminalize non-reporting of crimes, in particular from the point of view of moral standards. Authors analyze the positions and arguments of supporters and opponents of the criminalization of non-reporting of crimes. In addition to the existing criminal punishment for non-reporting of crimes of a terrorist nature, it is proposed to introduce criminal punishment for non-reporting some corpus delicti serious and especially serious crimes. The circle of possible subjects of the corpus delicti is determined. Through the prism of moral standards, the act of a person who reported to law enforcement agencies information that was used to solve a crime is considered. It is noted that the same act, in different conditions, can be assessed by a particular person for compliance with moral standards in different ways. The problem of moral choice taking into account the infliction of the “least evil” is touched upon. Also, from the point of view of morality, the problem of law enforcement agencies using the help of individual citizens who provide information that contributed to the detection, prevention and disclosure of crimes is touched upon. Positive foreign experience in this direction is mentioned. It is stated that in

our country assistance to law enforcement agencies in the fight against crime is assessed negatively and is perceived, most often, as informing. This situation is associated with the peculiarities of the mentality of Russian citizens. An opinion is expressed that it is necessary for the state to use the assistance of active citizens in the fight against crime. The necessity of criminalization of non-reporting of a crime is substantiated, including with reference to similar compositions of the criminal legislation of the CIS countries and foreign states, the experience of the USA and Germany is considered in detail.

Keywords

failure to report a crime, criminal law, criminal liability, moral assessment of a crime report

For citation: Mamedova F.F., Barysheva K.A. Criminal Prohibition on Failure to Report a Crime (Legal and Moral Aspects). *Law. Journal of the Higher School of Economics*, 2021, no. 5. P. 122–147. DOI: 10.17323/2072-8166.2021.5.122.147.

Введение

С принятием Федерального закона от 06.07.2016 № 375-ФЗ¹, дополнившего Уголовный кодекс Российской Федерации (далее — УК РФ) ст. 205.6 «Несообщение о преступлении», научная активность, связанная с анализом данного состава преступления, заметно выросла. Проблемам несообщения о преступлении были посвящены научные исследования ряда авторов [Беницкий А.С., 2015]; [Зарубин А.В., 2004]; [Трифонов В.Г., 2000]. В данных работах рассматривались вопросы квалификации, законодательной конструкции ст. 205.6 УК РФ, сроков несообщения о преступлении, перечня уполномоченных государственных органов, в которые должно быть направлено сообщение о преступлении, возраста субъекта преступления, отграничения от смежных составов преступлений и другие значимые юридические аспекты указанной статьи.

Принимая во внимание мнения указанных и иных авторов, в настоящей статье мы затронем отдельные признаки и элементы состава преступления, предусмотренного ст. 205.6 УК РФ, и предпримем попытку рассмотреть их влияние на активность населения по оказанию помощи правоохранительным органам в части предоставления им информации о преступлениях и лицах, к ним причастных, с учетом соответствия этих действий нормам морали и нравственности. Также мы рассмотрим возможность установления уголовной ответственности за несообщение об иных готовящихся или совершенных тяжких преступлениях, проанализируем опыт зарубежных стран.

¹ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации в части установления дополнительных мер противодействия терроризму и обеспечения общественной безопасности» // СПС КонсультантПлюс.

Положения, указанные в данной работе, не ограничиваются ст. 205.6 УК РФ либо уголовным законодательством в целом. С учетом высокой степени обобщения изложенные суждения могут быть применимы к рассмотрению любых правоотношений между государством и обществом, связанных с моральным выбором возможных вариантов действий в условиях противоречий, основанных на столкновении интересов государства по обеспечению безопасности и правопорядка, подкрепляемых возможностью использования мер принуждения, с одной стороны, прав и свобод человека и гражданина, с другой. Наиболее ярко данные противоречия проявляются в правоприменительной деятельности в сфере борьбы с преступностью.

1. История криминализации несообщения о преступлениях

Криминализация несообщения о преступлениях террористического характера законодателем была обоснована дополнительными мерами противодействия терроризму². Борьба с терроризмом является, безусловно, социально значимой целью. Вряд ли найдется здравомыслящий человек, который будет это опровергать. Встает вопрос: какие средства для достижения этой цели планирует использовать государство? Законодатель под угрозой уголовного наказания предписывает гражданам обязанность сообщать в уполномоченные органы о лицах, подготавливающих или совершивших преступления террористического характера. Указанная социально значимая цель будет решаться, по мнению противников криминализации несообщения о преступлении [Мотин О.А., 2018: 47–50], методами, вызывающими вопросы к нравственному содержанию. В этой ситуации государство, устанавливая уголовный запрет на несообщение сведений о преступлении, обязывает граждан информировать соответствующие органы о преступлениях, указанных в диспозиции ст. 205.6 УК РФ, некоторым образом перекладывая часть ответственности за противодействие преступности и обеспечение правопорядка с правоохранительных органов на граждан.

В недавнем прошлом ответственность за недоносительство логично следовала из обязанностей советского гражданина, закрепленных в Конституции СССР 1977 г. Согласно ст. 61, 65 Основного закона гражданин СССР был обязан беречь и укреплять социалистическую собственность, бороться с хищениями и расточительством государственного и общественного имуще-

² Пояснительная записка к проекту Федерального закона «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации в части установления дополнительных мер противодействия терроризму и обеспечения общественной безопасности» // СПС КонсультантПлюс.

ства, бережно относиться к народному добру, быть непримиримым к антиобщественным поступкам, всемерно содействовать охране общественного порядка³. В действующем законодательстве нормативное предписание, по которому граждане обязаны участвовать в охране общественного порядка и безопасности отсутствует, поскольку в соответствии со ст. 33, 45, 55 Конституции Российской Федерации исполнение такой обязанности является исключительно государственной функцией⁴.

Действительно, анализ отраслевого законодательства позволяет констатировать, что в нем не закреплены нормы, устанавливающие обязанность граждан сообщать о преступлениях и лицах, к ним причастных, в компетентные органы, даже в случае совершения в отношении них преступления. Решение об обращении в правоохранительные органы о совершенном преступлении гражданин принимает самостоятельно, исходя из оценки степени нарушения своих прав и интересов. Исключение составляет случай, когда лицо вовлекается в уголовно-процессуальные отношения в качестве свидетеля или потерпевшего — в таком случае у него в соответствии со ст. 42, 56 Уголовного процессуального кодекса Российской Федерации (далее — УПК РФ) и ст. 308 УК РФ возникает юридическая обязанность сообщения известных ему правдивых сведений об обстоятельствах преступления и лицах, к нему причастных.

2. Предпосылки криминализации несообщения о преступлениях

С введением ст. 205.6 УК РФ значительно активизировалась дискуссия о необходимости криминализации несообщения о преступлении. Такое решение законодателя было воспринято научным сообществом и населением неоднозначно. Определенное влияние на мнение общества оказало то, что около 20 лет (с 1996 по 2016 гг.) уголовная ответственность за несообщение о преступлении законодательно не была установлена.

Одни авторы считают, что такой необходимости не было, поскольку недонесение является укрывательством или поглощается соучастием, а правоохранительные органы имеют достаточно сил и средств, чтобы противодействовать преступности без содействия граждан, используемых в качестве источников информации. Высказываются опасения, что установление ответственности за несообщение о преступлении является предпосылкой к возрождению доносительства [Лапунин М.М., 2006: 357–360], противоречит моральным нормам, может привести к повсеместному стукачеству и недоверию в обществе, будет использоваться как инструмент мести, повлечет

³ Конституции СССР 1977 г. // СПС Консультант Плюс.

⁴ Конституция Российской Федерации (принята на референдуме 12.12.1993) // СПС Консультант Плюс.

тотальное «стукачество» [Кибальник А.Г., 2016: 70], а лицо, совершившее такой поступок, выступает не как законопослушный гражданин, а как доносчик [Кулев А.Г., Соколов А.Ф., 2017: 226–233].

Другие ученые полагают, что статья «несообщение о преступлении» в законодательстве нужна, формулируя следующие мнения: статья о несообщении соответствует нормам морали [Ахмедов М.Н., 2018: 5], побуждает граждан к сотрудничеству, оказывая воздействие на формирование соответствующих мотивов [Новичков Е.Н., 1991: 22, 137, 138], обязанность доводить до власти информацию о готовящемся или совершенном преступлении — явление нравственное [Пономаренко Е.В., 2012: 159–164], эмоциональные переживания гражданина ввиду представления себя «стукачом» ложные [Крутикина Ю.А., 2018: 132].

В контексте рассматриваемого вопроса уместно привести суждения известных специалистов в области уголовного права, демонстрирующие противоположные взгляды на нравственную сторону доносительства, имеющие яркую эмоциональную окраску. Так, Н.С. Таганцев отмечал: «Горе той стране, которая обратит донос в необходимый элемент общественной жизни: ради временных выгод правительство посеет в обществе семена страшной нравственной заразы, которая грозит вымиранием государственного механизма, или потребует громадных и долгих жертв на его исцеление» [Таганцев Н.С., 1994: 345].

Иначе о моральном аспекте доноса высказался А.В. Лохвицкий: «Если я знаю, что такой-то собирается убить моего согражданина, сжечь его дом, то я обязан предупредить угрожаемое лицо или полицию, не только по чувству человеколюбия, но и вследствие той солидарности, которая существует между гражданами одного государства; если я знаю виновника преступления, то по тем же причинам я обязан открыть его — иначе преступление останется ненаказанным — великое зло, или будет наказан не тот, кто совершил его, а невинный — зло еще большее. Дело общее — есть дело личное каждого гражданина» [Лохвицкий А.В., 1867: 160].

Изучение источников показывает, что значительная часть населения негативно относится как к самому явлению сообщения в правоохранительные органы информации о преступлении, так и к лицам, предоставляющим такую информацию, в том числе и за вознаграждение. История доноса уходит корнями в далекое прошлое. Доносы были известны еще в Древнем Китае [Рубин В.А., 1999] и Древней Руси [Чистякова О.И., 1984]. Доносчик в сознании российского общества всегда являлся человеком малопочтительным, нравственно ущербным [Илларионов В.П., 2003: 211]. Негативное отношение к этому явлению отразилось даже в пословицах и поговорках: «доносчику первый кнут», «кто станет доносить, тому головы не сносить»⁵

⁵ Available at: URL: <https://dslov.ru/pos/p881.htm> (дата обращения: 17.09.2021)

и др. Термины «стукач», «сексот» в массовом сознании имеют яркий негативный оттенок. В настоящее время в этом вопросе мало что изменилось. Содействие правоохранительным органам по-прежнему воспринимается как доносительство. Это связано с особенностями менталитета российских граждан [Федоров А.В., Шахматов А.В., 2005: 6] как совокупности взглядов, оценок, ценностей, норм поведения и морали.

Менталитет имеет территориальные особенности. Например, в регионах Северного Кавказа с учетом местных традиций и обычаев мужчинам зазорно оказывать помощь правоохранительным органам, предоставляя информацию о лицах, причастных к преступлениям. Как показывает статистика, среди лиц, привлеченных к уголовной ответственности по ст. 205.6 УК РФ (в 2017 году привлечено 14 лиц, в 2018 году — 47, в 2019 году — 49, в 2020 году — 74)⁶ больше половины из них осуждена судами Северо-Кавказского региона. Данное положение связано с тем, что на территории некоторых регионов Северного Кавказа было совершено значительное количество преступлений террористического характера. По статистическим данным 2020 года своеобразными «антилидерами» по количеству зарегистрированных преступлений указанной категории и выявленных лиц, их совершивших, являются Дагестан (723 факта, 123 лица) и Чеченская Республика (143 факта, 102 лица)⁷.

Между тем мировой опыт противодействия преступности свидетельствует об обратном. Зарубежные правоохранительные органы в борьбе с преступностью широко используют помощь населения в качестве информаторов и осведомителей, в том числе за вознаграждение. Причем оказание такой помощи оценивается обществом как необходимость и выполнение гражданского долга [Смирнов М.П., 2012: 136].

Более того, помимо зарубежного опыта, стоит обратить внимание на небольшое исследование Фонда общественного мнения, проведенное в 2018 году и посвященное изучению воззрений самих граждан о пользе и вреде вознаграждения за сообщение о преступлении. Так, голоса участвующих в опросе разделились в следующей пропорции: 33% — «больше пользы», 31% — «равная степень пользы и вреда», 13% — «больше вреда», 23% — затруднились ответить. Среди выступающих за то, что введение вознаграждения за информацию о преступлении принесет «больше пользы», в основном отмечались такие положительные последствия, как повышение статистики раскрываемости и предупреждения преступлений, увеличение желания

⁶ Статистические сведения Судебного департамента при Верховном Суде России. Available at: URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79&item=5669> (дата обращения: 01.10.2021)

⁷ Портал правовой статистики Генеральной прокуратуры РФ. Available at: URL: http://crimestat.ru/offenses_rate (дата обращения: 06.10.2021)

граждан сотрудничать с правоохранительными органами. Среди сторонников мнения, что введение вознаграждения за информацию о преступлении принесет «больше вреда», выражались суждения о негативных последствиях, заключающихся в пробуждении клеветы и оговоров из алчных, корыстных побуждений, что превратится в злоупотребление взаимодействиями с правоохранительными органами. Примечательны две следующие тенденции: во-первых, по сравнению с результатами точно такого же опроса в 2011 году число лиц, полагающих, что введение денежного вознаграждения за информацию о готовящемся или совершенном преступлении поможет снизить уровень преступности, выросло с 36% до 48%; во-вторых, процент граждан, готовых сообщать полиции о преступлениях, резко возрастает при условии, что за это будет выплачиваться денежное вознаграждение⁸.

3. Нравственная оценка сообщения о преступлении

В отличие от УК РСФСР 1960 г. в ст. 205.6 УК РФ термин «недонесение» был заменен на «несообщение». В названии статьи законодатель использовал относительно более нейтральный термин «несообщение», чтобы снизить негативное восприятие слова «донос» [Зарубин А.В., 2004: 16]. Между тем, согласно Толковому словарю русского языка, «донос» является тайным обвинительным сообщением представителю власти, о чей-либо деятельности, поступках [Ожегов С.И., Шведова Н.Ю., 1999: 175], т.е. «сообщение» и «донос» — это синонимы по своему содержанию. Отношение к данным терминам во многом определяется способом передачи информации: сообщение (в понимании большинства граждан) передается, как правило, открытым способом, а донос — это тайное сообщение. Причем традиционно рассуждения сводятся к тому, что раз сообщение тайное (передается в тайне от других лиц), значит, самому человеку есть что скрывать, иначе он бы открыто, гласно передал необходимые сведения компетентным органам. Это придает доносу негативную окраску и относит донос к безнравственным поступкам. Еще больший негативный оттенок такому поступку придает возможность вознаграждения.

Например, поступок лица, сообщившего открыто (гласно) в правоохранительные органы информацию, способствовавшую раскрытию убийства, оценивается с моральной точки зрения положительно, как проявление гражданского долга. Те же действия лица, совершенные тайно (негласно), уже воспринимаются с негативным оттенком. Вместе с тем тайный способ передачи информации зачастую связан с опасением за безопасность само-

⁸ О практике вознаграждения за сообщение о преступлении. Available at: URL: <https://fom.ru/Bezopasnost-i-pravo/14101> (дата обращения: 28.09.2021)

го лица. Результат в обоих случаях один и тот же — будет раскрыто особо тяжкое преступление. По нашему мнению, способ передачи информации (открытый или тайный), а также получение вознаграждения за предоставленные сведения, во многом определяются мотивами, которыми руководствуется лицо, оказывая помощь правоохранительным органам. В свою очередь, мотивы определяют нравственную оценку действий самого лица или окружающих.

Остальным законопослушным гражданам не важно, каким образом сведения стали достоянием компетентных органов (каким способом лицо передало эту информацию), какие мотивы подвигли на это, какие цели, возможно, далекие от нравственного идеала, преследовало лицо, передавая информацию в правоохранительные органы. Главное — социально полезный результат: преступник будет задержан и понесет заслуженное наказание.

Приведем другой пример, когда в отношении гражданина совершается преступление, ему причиняется вред, он гласно, официально обращается с заявлением (сообщением) в правоохранительные органы о лице, совершившем в отношении него преступление. Компетентные органы в каждом случае обнаружения признаков преступления принимают предусмотренные законодательством меры по установлению события преступления, изобличению лица, виновного в совершении преступления⁹. В результате преступник привлекается к ответственности, восстанавливается социальная справедливость. Внесем в эту же ситуацию дополнительное условие — гражданин сообщает в правоохранительные органы сведения о лице, совершившем преступление, не в отношении этого гражданина, либо сведения о факте совершенного преступления безотносительно к наличию сведений о потерпевшем. Компетентные органы принимают меры, в результате которых изобличают преступника. При одном и том же социально значимом результате в первом случае сомнений в правомерности действий гражданина с позиции нравственности нет, во втором такой поступок, как правило, безосновательно оценивается как противоречащий нормам нравственности.

При этом рассуждения человека о безнравственности информирования правоохранительных органов о противоправном деянии моментально улетучиваются и меняются на противоположные оценки, когда преступление затрагивает права и интересы непосредственно этого человека. В различных условиях диаметрально меняется оценка одного и того же действия в зависимости от того, кто его совершает. Если человек передает информацию, компрометирующую нас, — он доносчик. Если информация компрометирует наших конкурентов — он осведомитель [Зимбули А.Е., 2015: 64].

⁹ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18.12.2001 № 174-ФЗ // СПС КонсультантПлюс

С позиции закона под «сообщением» следует понимать процесс передачи информации, т.е. сведений (данных) независимо от формы их представления¹⁰, а термин «донос» используется в названии и диспозиции ст. 306 УК РФ («Заведомо ложный донос»). Вопросов об аморальности указанных правовых норм ни у кого не возникает. Конституционный суд Российской Федерации (далее — КС РФ) выразил свою позицию по ст. 205.6 УК РФ, указав, что эта статья направлена на предупреждение преступлений, предотвращение их общественно опасных последствий¹¹.

Проблему нравственности применительно к изучаемому нами вопросу необходимо рассматривать в двух аспектах: отношение общества к фактам сообщения в компетентные органы сведений о подготавливаемых и совершенных преступлениях; отношение общества к использованию государством такой информации в противодействии преступности. Нравственное содержание использования государством в борьбе с преступностью помощи граждан также оценивается обществом неоднозначно.

Во всем мире признано, что реализация правоохранительной функции государства по противодействию преступности будет результативнее при активном участии населения в этом процессе. В нашей стране государство, признавая необходимость такой помощи, закрепляет возможность ее осуществления в законах правоохранительной направленности, устанавливая положение о взаимодействии с населением в качестве одного из принципов деятельности уполномоченных государственных органов, например, Федеральный закон от 7.02.2011 «О полиции» № 3-ФЗ (ст. 8 «Открытость и публичность», ст. 9 «Общественное доверие и поддержка граждан, ст. 10 «Взаимодействие и сотрудничество»).

В России законодательную основу привлечения граждан к участию в противодействии преступности составляют положения следующих нормативных правовых актов: Федерального закона «О полиции»¹² (п. 34 ч. 1 ст. 13 — право полиции привлекать граждан с их согласия к внештатному сотрудничеству; устанавливать негласное сотрудничество с гражданами, изъявившими желание конфиденциально оказывать содействие полиции на безвозмездной либо возмездной основе); Федерального закона от 12.08.1995 «Об оперативно-розыскной деятельности» № 144-ФЗ¹³ (ч. 2 ст. 15 — органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, вправе устанавли-

¹⁰ Федеральный закон от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и защите информации» // СПС КонсультантПлюс.

¹¹ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 17.07.2018 № 1996-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Паталиева М.С. на нарушение его конституционных прав статьей 205.6 УК РФ» // СПС Консультант Плюс.

¹² СПС Консультант Плюс.

¹³ СПС Консультант Плюс.

вать на безвозмездной либо возмездной основе отношения сотрудничества с лицами, изъявившими согласие оказывать содействие на конфиденциальной основе); Федерального закона от 2.04.2014 № 44-ФЗ «Об участии граждан в охране общественного порядка»¹⁴ и др.

Вместе с тем закрепление законом права государственных органов использовать в борьбе с преступностью помощь граждан и признание такой деятельности легитимной еще не делают ее нравственно допустимой, поскольку и законы могут оцениваться в общественном сознании как не соответствующие требованиям нравственности.

Для защиты законопослушных граждан, общества и государства от преступных посягательств правоохранительные органы наделены полномочиями принятия необходимых мер по выявлению, предупреждению, пресечению и раскрытию преступлений, а также по привлечению к установленной законом ответственности лиц, к ним причастных. Некоторые из применяемых государственными органами мер по борьбе с преступностью (например, меры уголовно-процессуального принуждения) в первом приближении не являются нравственно допустимыми, поскольку допускают ограничения прав лиц, совершивших преступления. В то же время без их применения социально значимые и нравственно одобряемые цели, связанные с защитой жизни и здоровья, собственности, прав и свобод человека и гражданина, общества и государства от преступлений, не будут достигнуты.

Общество, ожидая от государства решения задачи защиты своих прав и законных интересов от преступных посягательств, должно дать государству в лице его правоохранительных органов возможность использовать адекватные этой задаче силы, средства и методы. Если такого сочетания достичь не удастся, возникает противоречие и проблема выбора варианта действий, в том числе с учетом их нравственного содержания: или обеспечивать должный уровень защиты личности и общества от преступных проявлений, используя при этом средства и методы, не всегда одобряемые обществом с позиции нравственности; или отказаться от их применения, попустительствуя совершению преступлений и безнаказанности лиц, их совершивших; или добиваться от общества признания допустимости применяемых мер в борьбе с преступностью.

Средства и методы, используемые правоохранительными органами в противодействии преступности применительно к условиям и обстоятельствам, могут не являться нравственно безупречными, но быть необходимыми для достижения социально значимой цели. Из всех возможных в данных условиях вариантов поведения и имеющихся в распоряжении средств и методов, в том числе отказа от достижения цели они являются наиболее

¹⁴ СПС КонсультантПлюс.

приемлемыми, а потому допустимыми, поскольку отказ от них привел бы к более значительным негативным последствиям. В этике это называется выбором наименьшего зла, а в юридической науке — крайней необходимостью [Горяинов К.К., Овчинский В.С., Синилов Г.К., 2006: 142].

В связи с этим применительно к изучаемому нами вопросу, сравнив преступность с болезнью общества, уместно привести высказывание Г.В. Плеханова о том, что нравственные чувства, оценки и ожидания «еще не указывают нам правильного пути в деле служения интересам наших близких. Врачу недостаточно сочувствовать положению своего больного.... Если бы врач задумал довольствоваться нравственным негодованием против болезни, то он заслуживал бы самой злейшей насмешки» [Плеханов Г.В., 1956: 704–705].

Таким образом, с учетом указанных суждений, можно предположить, что в условиях морального выбора и предпочтения того или иного варианта действий (устанавливать либо не устанавливать уголовную ответственность за несообщение о преступлении) с учетом достижения социально значимых целей, определяющих реализацию правоохранительной функции государства, законодатель исходил (при прочих равных условиях), в том числе из принципа наименьшего зла и моральной крайней необходимости.

Значимость активного участия граждан в противодействии преступности не вызывает сомнений. Однако результативность такого содействия в современных условиях находится на недостаточном уровне. Пассивность лиц в инициативном предоставлении правоохранительным органам интересующей информации обуславливается рядом причин, некоторыми из которых являются: недоверие к власти в лице правоохранительных органов; неуверенность в неизбежности наказания преступника; опасение за собственную безопасность и другие [Кириллов М.А., Рукавишников Г.А., 2018: 155]. Указанные причины взаимосвязаны и отчасти взаимообусловлены. В связи с этим необходимо комплексно оценивать их влияние на формирование активной гражданской позиции населения.

Исходя из общих положений теории права, преступление является безнравственным поступком, поскольку нарушает правовые нормы. В то же время нельзя всякую безнравственность признавать преступной, это во многом зависит от общественного мнения. Законы, которые не соответствуют нормам нравственности, не способствуют повышению нравственного самосознания общества [Тасаков С.В., 2017: 21–23].

Вероятно, в обществе всегда есть граждане, обладающие сведениями о преступных деяниях и лицах, к ним причастных (не обязательно сами имеющие непосредственное отношение к преступной деятельности). В связи с этим, на наш взгляд, установление уголовно-правового запрета, предусмотренного ст. 205.6 УК РФ, на несообщение о преступлении, позволит гражданам, не уверенным в правильности своего поступка, легче сделать нрав-

ственный выбор и, в известной степени, оправдывает принятие ими решения о направлении в компетентные органы информации о преступлении.

Таким образом, сообщение гражданином в правоохранительные органы информации о подготавливаемом и совершенном преступлении, а также о лицах, к нему причастных, само по себе не противоречит нравственным нормам, скорее наоборот, оно является нравственно одобряемым поступком, поскольку преследует социально полезные цели, связанные с изобличением преступника и восстановлением социальной справедливости.

4. Уголовная ответственность за несообщение о преступлении в зарубежных странах

На первый взгляд, еще одним аргументом в пользу необходимости уголовной ответственности за несообщение о преступлениях является то, что уголовное законодательство некоторых государств СНГ (Беларусь, Туркменистан, Казахстан, Узбекистан, Таджикистан и др.) [Амельчаков О.И., 2017: 156–159] и других зарубежных стран (США, Швеция, Германия, Франция, Великобритания, Канада и др.) [Сабатов С.А., 2019: 23–28]; [Шуба Е.С., 2016: 16, 17] содержит нормы, предусматривающие ответственность за несообщение (недоносительство) о готовящихся или совершенных преступлениях. Однако требуется более глубокое изучение указанных запретов для формулирования соответствующих выводов о необходимости криминализации данного деяния в России.

Так, согласно п. 4 18 раздела Кодекса США каждый, «кто, зная о совершении тяжкого федерального преступления, скрывает и не сообщает об этом в кратчайшие сроки судье или другому лицу, находящемуся на гражданской или военной службе, подлежит наказанию в виде штрафа или лишения свободы на срок не более трех лет, либо и тому, и другому наказаниям»¹⁵. В зависимости от штата также установлена ответственность за несообщение о преступлениях, однако чаще всего подобные составы предусматривают наличие специального субъекта, а круг преступлений, несообщение о которых влечет уголовную ответственность, ограничен. Например, Уголовный кодекс Калифорнии устанавливает ответственность за несообщение о таких преступлениях, как сексуальное насилие над несовершеннолетним, угроза жизни и здоровью ребенка, подозрение причинения ребенку физических травм, психическое, эмоциональное насилие над ребенком, отсутствие у ребенка надлежащего ухода, еды, жилья и доступа к образованию и ме-

¹⁵ U.S. Code, Title 18, Part I, Chapter 1, § 4 — Misprision of felony (June 25, 1948, ch. 645, 62 Stat. 684; Pub. L. 103–322, title XXXIII, § 330016(1) (G), Sept. 13, 1994, 108 Stat. 2147). Available at: <https://www.govregs.com/uscode> (дата обращения: 26.10.2021)

дицинской помощи¹⁶. Все перечисленные составы связаны с причинением вреда несовершеннолетнему, нарушением прав ребенка. К ответственности за несообщение могут быть привлечены учителя, административные работники школ и молодежных центров, медицинские работники, сотрудники правоохранительных органов и социальные работники, священнослужители (если информация о преступлении не стала известна на исповеди), пожарные, специалисты по обслуживанию компьютерной техники. Указанные лица даже в случае подозрения на совершение преступления против несовершеннолетнего должны сообщить об этом в соответствующие правоохранительные органы или службу поддержки детей в течение 36 часов с момента его обнаружения. Невыполнение этой юридической обязанности или воспрепятствование кому-либо сделать это преступлением и наказывается либо штрафом, либо лишением свободы, возможно назначение обоих видов наказания.

В Уголовном уложении Германии ответственность за несообщение о преступлении регулируется §138 StGB. В отличие от законов отдельных штатов Америки, состав преступления не содержит указания на специальный субъект, однако в Германии значительно сужен круг преступлений, несообщение о которых влечет уголовную ответственность, в сравнении с нормой Кодекса США.

§138 StGB находится в разделе преступлений против общественного порядка (там же расположены преступления, связанные с террористической и экстремистской деятельностью и другие составы), и гласит: тот, кто достоверно узнает о замысле или совершении перечисленных в параграфе преступлений¹⁷, когда преступление ещё может быть предотвращено или предотвращены его последствия, и своевременно не сообщает об этом соответствующему государственному органу или лицу, которому грозит опасность, наказывается лишением свободы на срок до пяти лет или денежным

¹⁶ California Penal Code 11164-11173.4 PC. Available at: <https://www.shouselaw.com/ca/defense/penal-code/> (дата обращения: 20.10.2021); *V.H., a Minor, etc., Plaintiff and Appellant, v. COUNTY OF SAN BERNARDINO et al., Defendants and Respondents*. Available at: https://ems.ca.gov/wp-content/uploads/sites/71/2017/07/15_cal_4th_909.pdf (дата обращения: 20.10.2021)

¹⁷ Государственная измена; шпионаж; создание угрозы для внешней безопасности; фальшивомонетничество или подделка ценных бумаг, подделка расчетных карт, оплата по которым гарантируется эмитентом, бланков еврочеков; тяжкое убийства и убийство; геноцид; преступления против человечности; военные преступления; преступления, предусмотренные §232 (абзац 3 предложение 2), §232a (абзац 3, 4 или 5), § 232b (абзац 3 или 4), § 233a (абзац 3 или 4), в том объеме, в котором в соответствии с каждой из названных норм преступное деяние является уголовным преступлением, а также в случаях, предусмотренных в §§ 234, 234a, 239a, 239b, разбоя или разбойного вымогательства (§§ 249–251 или 255) или общественно опасных преступных деяний в случаях, предусмотренных в §§ 306–306с или 307 (абз. 1–3), в § 308 (абз. 1–4), в § 309 (абз. 1–5), в §§ 310, 313, 314 или 315 (абз. 3), в § 315b (абз. 3) или в §§ 316a или 316с.

штрафом. Ответственность предусмотрена и если преступление совершено по неосторожности: тот, кто по грубой неосторожности не сообщает о преступлении, хотя достоверно знает о замысле или совершении противоправного деяния, наказывается лишением свободы на срок до одного года или денежным штрафом¹⁸.

При этом Уголовное уложение Германии также содержит основания освобождения от уголовной ответственности за несообщение. Так, не привлекаются к ответственности священники в случае, если о преступлении стало известно на исповеди; адвокаты, врачи, психотерапевты и психиатры не обязаны сообщать информацию, которая была им известна в связи с исполнением профессиональных обязанностей, их профессиональные помощники также не обязаны сообщать информацию, которая была им доверена в связи с исполнением профессиональных обязанностей. Родственники, которым стало известно о преступлении, не всегда могут быть освобождены от уголовной ответственности за несообщение: законом установлены исключения — за несообщение о преступлениях, перечисленных в абз. 3 § 139 StGB. Еще одним условием освобождения от ответственности «знающего о преступлении» родственника служит свидетельство о его «старании удерживать преступника от совершения деяния или предотвратить последствия его деяния»¹⁹.

Таким образом, ответственность за несообщение о преступлении в зарубежных странах регулируется по-разному: либо необходимо наличие специального субъекта, который обязан сообщить о преступлении, либо нормы закона содержат конкретные виды составов преступлений, о которых лицо обязано сообщать. Такой подход оправдан, так как установление уголовной ответственности за несообщение о любых или даже о тяжких либо особо тяжких преступлениях без указания на конкретный перечень составов может привести к значительным трудностям правоприменения. Считаю данное утверждение основным тезисом дальнейшего исследования.

5. Уголовно-правовая характеристика ответственности за несообщение о преступлении

В настоящее время существует ряд категорий лиц, которые освобождены от уголовной ответственности за совершение преступлений, предусмотренных ст. 205.6, 316 УК РФ и иных схожих составов. К ним относятся супруги, близкие родственники, что соответствует положению ч. 1 ст. 51 Конститу-

¹⁸ Головненков П.В. Уголовное уложение Федеративной Республики Германия — Strafrechtsgesetzbuch (StGB). Комментарий и перевод закона. Potsdam, 2021. С. 247–248.

¹⁹ Там же. С. 248.

ции. Свидетельский иммунитет распространяется также на лиц, указанных в ст. 56 УПК РФ (адвокат, защитник подозреваемого или обвиняемого, священнослужитель). Таким образом, есть категории граждан, на которых не может быть возложена обязанность сообщать о преступлениях. Законодательство иностранных государств также содержит подобные исключения.

Несообщение о преступлении — деяние, которое может быть совершено путем бездействия. В соответствии с законодательством и доктриной, на субъект преступления, совершаемого бездействием, должна быть возложена обязанность действовать тем или иным образом, и данная обязанность устанавливается различными способами: вытекает из закона (ст. 156 УК РФ), судебного решения (ст. 157 УК РФ), предшествующего поведения лица (ст. 125 УК РФ) и др.

Существуют отдельные категории граждан, в отношении которых законом установлена обязанность сообщать о преступлениях либо о подозрении на совершение преступления. Так, в соответствии с Приказом Минздрава России от 24.06.2021 № 664н медицинские организации передают сведения в территориальные органы МВД о поступлении пациента, который по состоянию здоровья, возрасту или иным причинам не может сообщить данные о своей личности; о смерти пациента, личность которого не установлена; о поступлении (обращении) пациентов в случаях наличия у них признаков причинения вреда здоровью в результате совершения противоправных действий²⁰. Законом установлена обязанность органов опеки и попечительства, работников образовательных учреждений, иных лиц, следить за благополучием несовершеннолетних и, в случае подозрения на совершение преступления в отношении указанных лиц, сообщать в правоохранительные органы²¹. При этом в УК РФ отсутствуют специальные составы, предусматривающие ответственность работников социальных служб, медицинских организаций или работников образовательных учреждений за неисполнение обязанности сообщить о подозрении на преступление или о достоверно известном факте уже совершенного преступления. В подобных случаях возможно квалифицировать деяния по ст. 293 УК РФ, если будут установлены последствия в виде существенного нарушения прав и законных интересов граждан или организаций либо охраняемых законом интересов общества или государства, а также наличие специального субъекта — должностного лица. В остальных случаях ответственность может быть дисциплинарной.

²⁰ «Об утверждении Порядка информирования медицинскими организациями органов внутренних дел в случаях, установленных пунктом 5 части 4 статьи 13 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» // СПС Консультант Плюс.

²¹ Федеральный закон от 24.04.2008 № 48-ФЗ «Об опеке и попечительстве»; Федеральный закон «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних» от 24.06.1999 № 120-ФЗ и иные // СПС Консультант Плюс.

Как с моральной, так и с правовой точек зрения несообщение о совершении преступления в отношении несовершеннолетних, а также несообщение о преступлении медицинскими работниками, которые обязаны это делать с точки зрения закона, недопустимо. Важно отметить, что мы придерживаемся мнения, что каждый гражданин, вне зависимости от того, наделен он или нет специальными полномочиями, обязан сообщать о достоверно известных случаях насилия, опасного для жизни и здоровья, над детьми, включая сексуальное насилие, и эта обязанность также должна быть установлена законом.

Немаловажный, в том числе и с моральной стороны, вопрос: следует ли привлекать жертву преступления к уголовной ответственности за то, что она не сообщила о совершенном в отношении нее деянии? Должна ли жертва быть обязана законом сообщить о преступлении? Большинство, вероятно, ответило бы отрицательно; многие сказали бы, что неправильно привлекать к уголовной ответственности самих жертв преступлений. Как насчет гражданско-правовой ответственности или административной вместо уголовной? Ответ, вероятно, все равно будет отрицательным, но, возможно, менее решительным. Можно ли, например, обязать жертву изнасилования сообщить о совершенном в отношении нее преступлении в правоохранительные органы? С одной стороны, личное дело каждого человека обращаться в правоохранительные органы или нет, это право гражданина — защищать себя, а не обязанность. С другой, если преступника не поймают вовремя, он сможет навредить кому-то еще. Можно ли сделать за это ответственной жертву, которая не сообщила о преступлении?

Согласно нормам УПК РФ, если о преступлении все же стало известно правоохранительным органам и потерпевший наделен процессуальным статусом, он обязан давать показания, способствовать осуществлению правосудия (п. 2 ч. 5 ст. 42 УПК РФ), за отказ от показаний потерпевший может быть привлечен к уголовной ответственности по ст. 308 УК РФ. Однако речь идет о фигуре, наделенной процессуальным статусом, а как быть с человеком, в отношении которого еще не установлена такая процессуальная обязанность?

Можно ли винить жертву, потерпевшего, например, за последствия несообщения о преступлении? Так, Дж. Харрис в труде о «Марксистской концепции насилия» отстаивал идею, что люди несут причинную ответственность за вред, который они могли бы предотвратить [Harris J., 1974: 192–220]. Аналогичным образом Г. Харт и Т. Оноре в работе «Причинно-следственная связь в законе» признают отклонение от обычного распорядка поведения человека причиной последующего вреда, который можно было предотвратить [Hart H., Honore T., 1985: 401]. На наш взгляд, анализ действующего российского законодательства, а также теорий причинности, которые в на-

стоящее время преобладают при квалификации деяний, не позволяет говорить о возможности привлечения жертвы к уголовной ответственности за последствия, наступившие в результате несообщения о преступлении, так как невозможно точно установить, что такое поведение может быть следствием их наступления.

Если рассматривать несообщение о преступлении с позиции *mala in se* (плохо само по себе) аморальные поступки не могут быть оправданы просто высшим благом, которое они приносят, пишет С. Канг [Sungyong K., 2017: 364]. Убийство невинного человека ради спасения жизни нескольких других людей не может быть оправдано, за исключением крайне ограниченных обстоятельств. Однако несообщение о преступлениях оправдано, если вред от сообщения превышает пользу. Таким образом, следует оценить и с моральной точки зрения виновность не сообщившего, эта оценка осуществляется на основании тщательного взвешивания всех «за» и «против», вытекающих из сообщения или несообщения.

Приведем ряд аргументов против установления ответственности за несообщение обо всех тяжких и особо тяжких преступлениях, в том числе и в отношении жертвы преступления. Рассмотрим ситуацию: потерпевшая забеременела в результате изнасилования (преступление относится к категории особо тяжких) и не хочет заявлять о совершенном в отношении нее деянии (боится общественного осуждения, ревнивый муж, который не поверит в случившееся и т.д.) Можно ли привлечь потерпевшую к уголовной ответственности за несообщение о преступлении? С моральной точки зрения ответ, который даст большинство — «нет». Сообщение или несообщение о преступлении, совершенном в отношении конкретного человека, на первый взгляд, касается только его.

Защита частной собственности — обязанность государства и право самого собственника имущества. Например, если гражданин имеет право свободно распоряжаться своим имуществом, почему он обязан сообщать о преступлении, совершенном в отношении этого имущества, если сам того не желает? И, если не причинен вред дополнительным объектам уголовно-правовой охраны в виде интересов третьих лиц, общества или государства, то, как нам кажется, потерпевший не обязан сообщать в правоохранительные органы о совершенном в отношении него преступлении, а, следовательно, не должен подлежать уголовной ответственности за «несообщение». Наделить обязанностью сообщать о таких преступлениях тех, кому об этом стало достоверно известно, также видится неверным.

Примерно такого подхода придерживается законодатель, когда речь идет о совершении преступлений, предусмотренных главой 23 УК РФ. В ст. 23 УПК РФ указано следующее: если деяние причинило вред интересам исключительно коммерческой или иной организации, которая не является госу-

дарственным или муниципальным предприятием либо организацией с участием в уставном капитале государства или муниципального образования, и не причинило вреда интересам других организаций, а также интересам граждан, общества или государства, то уголовное дело возбуждается по заявлению руководителя данной организации или с его согласия. При этом не установлено ограничений на распространение данного исключения в зависимости от категории тяжести совершенного преступления, хотя некоторые составы данной главы относятся к категории тяжких.

Как быть в ситуации, когда лицу стало известно о преступлении, но потерпевший категорически против сообщения об этом в правоохранительные органы? Данный вопрос в этой работе мы оставим без ответа, он требует углубленной проработки и заслуживает отдельного исследования.

В случае установления ответственности за несообщение о любых преступлениях трудность квалификации деяния может быть также связана с доказыванием субъективной стороны. Не каждое лицо обладает специальными познаниями в области права и способно отнести деяние к преступному, или к категории тяжкого или особо тяжкого, поэтому круг преступлений, за недонесение о которых следует устанавливать уголовную ответственность, должен быть понятен среднестатистическому гражданину. И если отсутствует умысел на сокрытие факта совершения или подготовки совершения преступления указанных категорий, несообщение о них не должно образовывать состава преступления.

Важно определить, каков возможный объект уголовно-правовой охраны, когда речь идет об установлении ответственности за несообщение о преступлении. Это позволит взвесить все «за» и «против» установления обязанности сообщить, для чего необходимо провести анализ схожих уголовно-правовых запретов. Определение объекта преступления позволит выявить место уголовно-правового запрета в структуре закона. Для этого необходимо рассмотреть схожие составы.

Объектом охраны нормы ст. 205.6 УК РФ является общественная безопасность. В широком смысле под общественной безопасностью следует понимать «состояние защищенности человека и гражданина, материальных и духовных ценностей общества от преступных и иных противоправных посягательств, социальных и межнациональных конфликтов, а также от чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера»²², применительно к рассматриваемой статье речь идет об отношениях по обеспечению безопасных условий жизни всего общества, личности и государства. Не каждое преступление направлено против всего общества или государ-

²² Концепция общественной безопасности в Российской Федерации. Available at: URL: <http://www.kremlin.ru/acts/news/19653>. (дата обращения: 28.09.2021)

ства в целом. Например, совершение преступления против собственности конкретного лица — кражи в особо крупном размере — не угрожает общественной безопасности. Поэтому справедливо считать, что объектом несообщения о преступлении не может быть общественная безопасность.

В ст. 316 УК РФ установлена ответственность за укрывательство тяжких и особо тяжких преступлений; закрепленный в статье запрет относится к преступлениям, посягающим на законный порядок досудебного производства и отправления правосудия. Несообщение о преступлении, действительно, затрудняет отправление правосудия, так как совершенное деяние попадает в категорию латентных, не выявленных, преступник остается безнаказанным, социальная справедливость не восстановлена, общественные отношения несообщением о преступлении нарушаются.

Нами поддерживается позиция, что необходимо четко определить круг преступлений, несообщение о которых должно влечь за собой уголовную ответственность, а в качестве квалифицированного состава указанного преступления определить ряд специальных субъектов. Дополнительным непосредственным объектом преступления могут выступать жизнь и здоровье несовершеннолетнего, половая неприкосновенность, общественная безопасность, здоровье населения и т.д. Однако основным непосредственным объектом следует считать законный порядок досудебного. производства и отправления правосудия.

Установление обязанности сообщить о преступлении выступит побудительным мотивом для некоторой части колеблющихся граждан, занимающих нейтральную позицию в вопросе сообщения в правоохранительные органы информации о совершенном преступлении. По нашему мнению, лица, обладающие достоверными сведениями о совершенном преступлении и лицах, к нему причастных, являются «моральными соучастниками», поскольку, с одной стороны, не препятствуют преступнику в реализации противоправных замыслов, в продолжении осуществления преступной деятельности, с другой, в силу своего пассивного поведения опосредовано препятствуют (но не способствуют) деятельности правоохранительных органов по изобличению виновного, привлечения его к уголовной ответственности, что нарушает один из основополагающих принципов неотвратимости наказания.

Как показывают исследования, отдельные виды преступлений, в частности, коррупционной направленности, имеют высокий уровень латентности. В связи с этим для выявления подобных преступлений большое значение имеют инициативно поступающие в правоохранительные органы сигналы о совершенных коррупционных преступлениях. В соответствии с законодательством обязанность уведомлять представителя работодателя, органы прокуратуры или другие государственные органы обо всех случаях обращения каких-либо лиц в целях склонения к совершению коррупционных

правонарушений, возложена только на государственных или муниципальных служащих. Невыполнение данной обязанности влечет увольнение их со службы или привлечение к иной ответственности²³. Исполнение данного предписания предполагает гласную, письменную форму такого уведомления.

В то же время для решения задач борьбы с коррупцией не исключается возможности конфиденциального обращения в компетентные органы с такой информацией. На наш взгляд, введение уголовного наказания за несообщение об отдельных составах тяжких и особо тяжких преступлений, а не только за преступления террористического характера, будет являться одной из мер противодействия коррупционным преступлениям. В связи с этим заслуживает интерес близкая нам позиция П.А. Кабанова, впервые в российской юридической науке описавшего институт антикоррупционного доносительства как формы одобряемого антикоррупционного поведения [Кабанов П.А., 2020: 92–104]. Причем использование словосочетания «антикоррупционное доносительство» нивелирует негативный оттенок «доноса» в сторону социально значимого поведения.

Заключение

По нашему мнению, установление уголовной ответственности за несообщение об отдельных преступлениях, относящихся к категории тяжких и особо тяжких, и лицам, к ним причастных, в компетентные органы необходимо, поскольку это побуждает граждан сообщать в правоохранительные органы информацию о подготавливаемых, совершаемых и совершенных преступлениях. Криминализация несообщения о преступлении поддерживается и другими авторами [Бородин С.В., 1999]; [Долгова А.И., Дьяков С.В., 1999: 279]. Помимо этого, граждане должны содействовать правоохранительным органам, в том числе инициативно поставляя информацию об особо тяжких преступлениях [Зарубин А.В., 2016: 103–107].

Данные нормативные предписания соответствует нравственно-этическим нормам. Мы разделяем позицию А.М. Герасимова и О.А. Бычковой, которые отмечают, что государство, полагающее необходимым привлечь общественность к борьбе с преступностью, должно принять решение по следующим вопросам: сначала закрепить процедуру сообщения о преступлениях в законодательстве, а потом принимать соответствующий уголовно-правовой запрет; наладить правовой механизм защиты лиц, сообщающих в правоохранительные органы сведения о преступной деятельности. Только

²³ Федеральный закон от 25.12. 2008 № 273-ФЗ «О противодействии коррупции» // СПС Консультант Плюс.

в этом случае нормативное предписание, обязывающее граждан сообщать о преступной деятельности других лиц, будет соответствовать минимальным требованиям нравственности [Герасимов А.М., Бычкова О.А., 2018: 111].

Мы убеждены, что, несмотря на отсутствие в действующем отечественном законодательстве прямой обязанности участвовать в противодействии преступности, активные граждане, заинтересованные в поддержании правопорядка, должны инициативно оказывать содействие правоохранительным органам, поставляя, информацию, способствующую борьбе с преступностью. Данная позиция связана с тем, что в цивилизованном обществе без помощи граждан успех в борьбе с преступностью невозможен [Долгова А.И., 2008: 4] и своевременное сообщение в компетентные органы о достоверно известном преступлении является моральным и гражданским долгом каждого гражданина [Шатов С.А., 2012: 103].

Для изменения негативного отношения населения к таким поступкам необходима выработка у граждан потребности для сознательного участия их в управлении государственными и общественными делами [Гаврилов А.М., 2004: 11], а также формирование современного правосознания, включающего понимание необходимости исполнения гражданского долга [Намнясева В.В., Басханов А.М., 2020: 61-70] и повышение уровня их правовой активности как позитивной, целенаправленной деятельности личности, превосходящей обычные требования к возможному и должному поведению, объективно направленной на укрепление демократии, законности и правопорядка [Кожевников В.В., 2004: 12].

Поддерживая мнение М.А. Дворжицкой, считаем, что действия, которые побуждают граждан к социально-полезному поведению и способствуют реализации принципа неотвратимости наказания и восстановлению справедливости, должны оцениваться как социально-обоснованные [Дворжицкая М.А., 2019: 11]. Таким образом, сообщение граждан в правоохранительные органы информации о подготавливаемых и совершенных преступлениях, а также лицах, к ним причастных, укладывается в обозначенные рамки, и, следовательно, соответствует нормам нравственности.

Проблема соответствия используемых правоохранительными органами при реализации мер по противодействию преступности сил и средств нравственным нормам, а также морального выбора совершения связанных с ними поступков не исчерпывается настоящей статьей и требует дальнейшего исследования.

При разработке уголовно-правовой нормы, устанавливающей ответственность за несообщение о преступлении, следует учитывать международный опыт. Необходимо определить круг составов преступлений, относящихся к категории тяжких и особо тяжких, несообщение о которых будет наказываться санкциями уголовного закона, а также выделить круг специ-

альных субъектов и деяния таких лиц в квалифицированный состав. Состав нового преступления следует дополнить примечанием, где указать круг лиц, не подлежащих уголовной ответственности за несообщение, включив в него жертв преступления.



Список источников

1. Амельчаков О.И. Несообщение о преступлении в отечественном уголовном законодательстве // Социально-политические науки. 2017. № 5. С. 156–159.
2. Ахмедов М.Н. Несообщение о преступлении в отечественном уголовном законодательстве // Юридические науки. 2018. № 3. С. 311–314.
3. Бородин С.В. Преступления против жизни. М.: Юрист, 1999. 356 с.
4. Гаврилов А.М. Привлечение населения к участию в борьбе с преступностью: автореф. дис. ... к. ю. н. Саратов, 2004. 28 с.
5. Герасимов А.М., Бычкова О.А. Нравственные основы уголовно-правовой обязанности сообщения о преступлении (ст. 205.6 УК РФ) // Устойчивое развитие науки и образования. 2018. № 7. С. 108–111.
5. Дворжицкая М.А. Ответственность за прикосновенность к преступлению в уголовном праве: автореф. дис. ...к. ю. н. СПб., 2019. 33 с.
7. Долгова А.И. (отв. ред.) Криминология. М.: Норма, 2008. 912 с.
8. Зарубин А.В. Уголовно-правовое регулирование прикосновенности к преступлению: автореф. дис. ... к. ю. н. Красноярск. 2004. 21 с.
9. Зимбули А.Е. Сплетня и донос: этический анализ // Символ науки: международный научный журнал. 2015. № 7. С. 58–64.
10. Илларионов В.П. Синедрион и кесарь против Иисуса Христа. М.: Academia, 2003. 564 с.
11. Кабанов П.А. Материальное стимулирование антикоррупционного доносительства в Российской Федерации: вопросы правового регулирования // Актуальные проблемы экономики и права. 2020. Т. 14. № 1. С. 92–104.
12. Кибальник А.Г. О просчетах новых «антитеррористических» изменений УК РФ / Мат-лы конф. «Уголовная политика и культура противодействия преступности». Краснодар: Краснодарский университет Министерства внутренних дел, 2016. С. 67–70.
13. Кириллов М.А., Рукавишников Г.А. К вопросу об активности населения по сообщению в органы внутренних дел сведений, имеющих значение для борьбы с преступностью (на примере криминализации несообщения о преступлении) // Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. 2018. № 2. С. 155–162.
14. Кожевников В.В. Правовая активность участников правоприменительной деятельности органов внутренних дел (вопросы теории): автореф. дис. ... д. ю. н. М., 2004. 24 с.
15. Крутикина Ю.А. Проблемы «несообщения о преступлении» // Закон и право. 2018. № 7. С. 131–136.
16. Лапунин М.М. Уголовная ответственность за недоносительство: история и современность / Мат-лы конф. «Уголовная политика и культура противодействия преступности»... С. 357–360.

17. Лидер Ф.В. Несообщение о преступлении — угроза безопасности государства и общества: историко-правовой, уголовно-правовой и социальный анализ // Вестник Удмуртского университета. 2018. № 4. С. 567–576.
18. Новичков Е.Н. Применение уголовно-правовых норм поощряющих или обязывающих граждан оказывать помощь правоохранительным органам: дис. ... к. ю. н. Москва. 1991. 24 с.
19. Плеханов Г.В. Избранные философские произведения. М.: Госполитиздат, 1956. Т.1. 848 с.
20. Рубин В.А. Личность и власть в древнем Китае. М.: Восточная литература, 1999. 378 с.
21. Сабатов С.А. Несообщение о преступлении в законодательстве зарубежных стран // Полицейская и следственная деятельность. 2019. № 1. С. 23–28.
22. Смирнов М.П. Комментарий к законодательному регулированию оперативно-розыскной деятельности в России и за рубежом. М.: МВД, 2012. 462 с.
23. Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Т.1. М.: Наука, 1994. 380 с.
24. Федоров А.В., Шахматов А.В. Правовое регулирование содействия граждан органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность. СПб.: Юрид. Центр Пресс, 2005. 338 с.
25. Чистяков О.И. (ред.) Российское законодательство X–XX веков: т. 9. М.: Юридическая литература, 1984. 432 с.
26. Шатов С.А. Соучастие в преступлении. СПб.: Юридический центр-Пресс, 2012. 335 с.
27. Шуба Е.С. Прикосновенность к преступлению: несообщение о преступлении // Актуальные вопросы борьбы с преступностью. 2016. № 3. С. 15–17.
28. Harris J. The Marxist Conception of Violence. *Philosophy and Public Affairs*. 1974, vol. 3, no. 2, pp. 192–220.
29. Hart H., Honore T. *Causation in the Law*. Oxford: OUP, 1985. 596 p.
30. Sungyong K. In Defense of the “Duty to Report” Crimes. *Fordham University School of Law*, 2017, P. 362–403.



References

1. Akhmedov M.N. (2018) Failure to report a crime in domestic criminal law. *Juridicheskie nauki* = Legal Sciences, no. 3, pp. 311–314. (In Russ.).
2. Amelchakov O.I. (2017) Failure to report a crime in domestic criminal law. *Socialno-politicheskie nauki* = Socio-political sciences, no. 5, pp. 156–159. (In Russ.).
3. Borodin S.V. (1999) *Crimes against life*. Moscow: Jurist, 659 p. (in Russ.).
4. Dolgova A.I. et al. (2008) *Criminology*. Moscow: Norma, 912 p. (In Russ.).
5. Dvorzhitskaya M.A. (2019) Responsibility for involvement in a crime in criminal law. Candidate of Juridical Sciences Summary. Saint Petersburg, 33 p. (In Russ.).
6. Fedorov A.V., Shakhmatov A.V. (2005) Legal regulating assistance of citizens to operational-search activities. Saint Petersburg, 338 p. (In Russ.).
7. Gavrilov A.M. (2004) Attracting citizens to participate in the fight against crime. Candidate of Juridical Sciences Summary. Saratov, 28 p. (In Russ.).
8. Gerasimov A.M., Bychkova O.A. (2018) Moral foundations of the criminal legal obligation to report a crime (Article 205.6 of the Russian Criminal Code). *Ustoychivoe*

- razvitie nauki i obrazovania* = Sustainable Development of Science and Education, no. 7, pp. 108–111. (In Russ.).
9. Hart Y., Honore T. (1985) *Causation in the law*. Oxford: OUP, 596 p.
10. Illarionov V.P. (2003) Sanhedrin and Caesar against Jesus Christ. Moscow: Academia. 564 p. (In Russ.).
11. Harris J. (1974) The Marxist Conception of Violence. *Philosophy and Public Affairs*, vol. 3, no. 2, pp. 192–220.
12. Kabanov P.A. (2020) Material incentives for anti-corruption denunciation in the Russian Federation. *Aktualnye problemy ekonomiki i prava* = Current Issues of Economics and Law, vol. 14, no. 1, pp. 92–104. (In Russ.).
13. Kibalnik A.G. (2016) On the miscalculations of new “anti-terrorist” changes in the Criminal Code of the Russian Federation. Papers of conference “Criminal policy and the culture of combating crime.” Krasnodar, pp. 67–70. (In Russ.).
14. Kirillov M.A., Rukavishnikov G.A. (2018) On the question of the activity of the population in reporting to the internal affairs bodies information that is important for the fight against crime (on the example of the criminalization of non-reporting of a crime). *Vestnik Nizhegorodskoy akademii MVD* = Bulletin of Nizhny Novgorod Academy of Internal Ministry, no. 2, pp. 155–162. (In Russ.).
15. Kozhevnikov V.V. (2004) Legal activity of participants in the law enforcement of internal affairs bodies. Candidate of Juridical Sciences Summary. Moscow, 24 p. (In Russ.).
16. Krutikina U.A. (2018) Issues of “failure to report a crime”. *Zakon i pravo* = Legislation and Law, no. 7, pp. 131–136. (In Russ.).
17. Lapunin M.M. (2006) Criminal liability for non-reporting: history and modernity. In: Criminal law policy and counteraction to modern crime: collection of articles. Saratov: Academia, pp. 357–360. (In Russ.).
18. Lider F.V. (2018) Failure to report a crime is a threat to the security of the state and society: historical, criminal and social analysis. *Vestnik Udmurtskogo Universiteta* = Bulletin of Udmurt University, vol. 28, no. 4, pp. 567–576. (In Russ.).
19. Novichkov E.N. (1991) Application of criminal law norms that encourage or oblige citizens to help law enforcement agencies. Candidate of Juridical Sciences Summary. Moscow, 24 p. (In Russ.).
20. Plekhanov G.V. (1956) *Selected philosophical works*. Moscow: Gospolitizdat, 848 p. (In Russ.).
21. Rubin V.A. (1999) *Personality and power in ancient China*. Moscow: Eastern literatura, 378 p. (In Russ.).
22. Russian legislation of 10th-20th ages (1984) Moscow: Jurist, 432 p. (In Russ.).
23. Sabatov S.A. (2019) Failure to report a crime in the legislation of foreign countries. *Policeyskaya i rozyisknaya deiatelnost* = Police and investigative activity, no. 1, pp. 23–28. (In Russ.).
24. Shatov S.A. (2012) *Complicity in a crime*. Saint Peterburg: Law center press, 335 p. (in Russ.).
25. Shuba E.S. (2016) Involvement in crime: failure to report a crime. *Aktualnye voprosy borby s prestupnostiu* = Issues of Combating Crime, no. 3, pp. 15–17. (In Russ.).
26. Smirnov M.P. (2012) Comments to legislative regulation of operational-search actions in Russia and abroad. Moscow: MVD Press, 462 p. (In Russ.).
27. Sungyong K. (2017) In Defense of The “Duty To Report” Crimes. *Fordham University School of Law*, pp. 362–403.

28. Tagantsev N.S. (1994) *Russian criminal law*. Moscow: Nauka, 380 p. (In Russ.).
29. Zarubin A.V. (2004) Criminal law regulation of involvement in a crime. Candidate of Juridical Sciences Summary. Krasnoyarsk, 24 p. (In Russ.).
30. Zimbuli A.E. (2015) Gossip and denunciation: ethical analysis. *Simvol nauki* = Symbol of science, no. 7, pp. 58–64. (In Russ.).
-

Информация об авторах:

Ф.Ф. Мамедова — кандидат юридических наук, доцент.

К.А. Барышева — кандидат юридических наук, доцент.

Information about the authors :

F.F. Mamedova — Candidate of Science (Law), Associate Professor.

K.A. Barysheva — Candidate of Science (Law), Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 07.03.2021; одобрена после рецензирования 19.06.2021; принята к публикации 26.09.2021.

The article was submitted 07.03.2021; approved after reviewing 19.06.2021; accepted for publication 26.09.2021.

Научная статья

УДК 349.3+342.9

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.5.148.166

COVID-19: правовое регулирование всеобщей вакцинации



Александр Сергеевич Корниенко¹,



Николай Александрович Самохвалов²

¹ Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Москва, Россия

² Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, Балаковский филиал, Россия

¹ akornienko@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0002-0759-2921>

² samokhvalov-na@ranepa.ru, <https://orcid.org/0000-0002-2388-0472>



Аннотация

Тема настоящей статьи актуальна прежде всего вследствие того, что на сегодняшний момент невозможно отрицать приобретение пандемией COVID-19 и ее последствий статуса своего рода основного индикатора социально-экономических процессов и механизма легитимации государственной системы регулирования и управления в ковидных и постковидных условиях. Предметом исследования выступает механизм правового регулирования обязательной вакцинации от COVID-19. Цель исследования — определить проблемы правового урегулирования процесса обязательной вакцинации от COVID-19 сквозь призму права человека на охрану здоровья и медицинскую помощь в системе общечеловеческих ценностей. Данное исследование базируется на сочетании групп классических общенаучных методов (индукция, дедукция, анализ, синтез) и ряда специальных методов научного познания, применяемых непосредственно в рамках юридической науки (формально-юридический, сравнительно-правовой и другие). В рамках статьи авторами проведен концептуальный анализ права человека на охрану здоровья и медицинскую помощь в разрезе отечественного права, а также административно-правовых аспектов обязательной вакцинации от COVID-19 на основе анализа обобщенного опыта двух макрорегионов Российской Федерации — Москвы и Московской области. По результатам исследования авторы приходят к следующим ключевым выводам: во-первых, главный государственный санитарный врач субъекта Российской Федерации имеет продиктованное нормами отечественного законодательства объективное право на вынесение исполнительно-распорядительного акта об обязательности вакцинации в

условиях пандемии; во-вторых, отстранить от работы (не принять на работу) отказавшихся от вакцинации граждан работодатель обязан только, если речь идет о работах, поименованных в Перечне работ, выполнение которых связано с высоким риском заболевания инфекционными болезнями. К работникам, выполняющим иные виды работ, такие меры применены быть не могут; в-третьих, неисполнение организацией/индивидуальным предпринимателем постановления главного государственного санитарного врача влечет за собой соответствующие меры юридической ответственности, предусмотренные нормами действующего законодательства Российской Федерации.



Ключевые слова

право человека на охрану здоровья и медицинскую помощь, COVID-19, пандемия, ограничения, антиковидные меры, Главный санитарный врач, обязательная вакцинация

Для цитирования: Корниенко А.С., Самохвалов Н.А. COVID-19: правовое регулирование всеобщей вакцинации // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 5. С. 148–166. DOI: 10.17323/2072-8166.2021.5.148.166.

Research article

COVID-19: Legal Regulation of Universal Vaccination



Alexander S. Kornienko¹,



Nikolay A. Samokhvalov²

¹ HSE University, Moscow, Russia

² Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration, Balakovo branch, Russia

¹ akornienko@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0002-0759-2921>

² samokhvalov-na@ranepa.ru, <https://orcid.org/0000-0002-2388-0472>



Abstract

The topic of this article is very relevant, first of all, due to the fact that at the moment it is objectively impossible to deny that the COVID-19 pandemic and its consequences have acquired the status of a kind of main indicator of socio-economic processes and a mechanism for legitimizing the state system of regulation and management in covid and post-covid conditions. The subject of the article is the mechanism of legal regulation of mandatory vaccination against COVID-19. The purpose of the study is to identify the problems of legal regulation of the process of mandatory vaccination against COVID-19 through the prism of the human right to health protection and medical care in the system of universal values. This research is based on a combination of groups of classical general scientific methods (induction, deduction, analysis, synthesis) and a number of special methods of scientific cognition applied directly within the framework of legal science (formal legal, comparative legal and others). Within the framework of the presented article, the authors carried out a conceptual analysis of the human right to health protection and medical care in the context

of domestic law, as well as administrative and legal aspects of mandatory vaccination against COVID-19 based on the analysis of the generalized experience of two macro-regions of the Russian Federation — Moscow and the Moscow region. According to the results of the study, the authors come to the following key conclusions: firstly, the chief state sanitary doctor of the subject of the Russian Federation has an objective right dictated by the norms of domestic legislation to issue an executive-administrative act on the mandatory vaccination in a pandemic; secondly, the employer is obliged to suspend from work (not to hire) citizens who refused vaccination only if it is a question of works named in the List of works, the performance of which is associated with a high risk of infectious diseases. Such measures cannot be applied to employees performing other types of work; thirdly, failure by an organization/individual entrepreneur to comply with the resolution of the chief state sanitary doctor entails appropriate measures of legal responsibility provided for by the norms of the current legislation of the Russian Federation.

Keywords

the human right to health protection and medical care, COVID-19, pandemic, restrictions, anti-medical measures, chief sanitary doctor, mandatory vaccination, administrative and legal regulation

For citation: Kornienko A.S., Samokhvalov N.A. COVID-19: Legal Regulation of Universal Vaccination. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, 2021, no. 5, pp. 148–166. (In Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2021.5.148.166.

Введение

Пандемия COVID-19, начавшаяся в 2020 году, предопределила ход процессов, оказывающих, главным образом, деструктивное влияние на подавляющее большинство системообразующих кластеров социально-экономического пространства Российской Федерации. Через несколько месяцев наступит двухлетний рубеж с того момента, как в России зафиксирован первый случай заболевания новой инфекцией. По экспертному мнению главного государственного санитарного врача РФ Анны Поповой: «Первый случай заражения COVID-19 в России был зафиксирован 1 марта 2020 г. При этом в расчет не берутся два завозных случая из КНР в феврале 2020 г.»¹.

Соответственно, скоро исполнится два года с тех пор, как страна живет в условиях борьбы с новой инфекцией, — достаточный срок для анализа динамично меняющейся ситуации и пересмотра действующих моделей как поведенческих, так и правовых норм. В частности, в реалиях максимальной загрузки системы здравоохранения, вызванной распространением коронавирусной инфекции COVID-19, перед обществом и государством стоят вопросы модернизации конституционных основ права на охрану здоровья

¹ Глава Роспотребнадзора назвала дату первого случая заражения коронавирусом в России. Available at: URL: <https://www.interfax.ru/russia/709883> (дата обращения 10.08.2021)

и медицинскую помощь. Учитывая особую правовую протекцию данного права по Конституции Российской Федерации, процесс его модернизации, должен находиться в фокусе особого внимания государства в целом в симбиозе с социумом.

Меры противодействия пандемии COVID-19 в России достаточно разнообразны, однако приоритетным направлением, по мнению представителей научно-экспертного сообщества выступает вакцинация [Суровенко Т.Н., 2021: 70–77]; [Харченко Е.П., 2021: 4–19]. В связи со сказанным в значительной степени обостряются именно административно-правовые аспекты прививочной кампании с точки зрения легитимации данного процесса в отечественном правовом пространстве. В частности, впервые мэр г. Москва и губернатор Московской области на основании постановлений главных государственных санитарных врачей ввели обязательную вакцинацию для отдельных категорий граждан². Обозначенные нормативные правовые акты стали своего рода катализатором старта кампании по всеобщей вакцинации против COVID-19 в масштабах России.

Отдельные вопросы вакцинации, в том числе от COVID-19, исследуются представителями разных наук. Так, правовые аспекты данной проблемы находят свое отражение в работах представителей социальных наук из Самоа [Ramona B., 2020: 116–125], США [Caitlain L., 2020], Великобритании [Kevin H., Erin W., 2020]. В частности, исследователи анализируют, каким образом государства пересматривают свои стратегии и меняют политику вакцинации. Считаем необходимым присоединиться к их позиции о том, что на сегодняшний день превалируют два основных подхода: информирование населения и предоставление им свободы выбора (Россия, Германия, Австрия), другие реализуют политику обязательной вакцинации (Саудовская Аравия, Индонезия, Израиль).

С учетом пандемии коронавируса ряд ученых-юристов [Hans-Uwe S., Alexander K., Martin B. 2020: 1–5]; [Maltezoou C., Androula P., Athanasios T. 2021: 1–12] настаивают на необходимости пересмотра международно-правовых стандартов, норм и принципов, принятых и рекомендованных ВОЗ, поскольку они не дают однозначного ответа относительно «обязательности» вакцинации и нарушают права человека. Считаем данную позицию совершенно обоснованной и солидаризируемся с ней ввиду того, что существу-

² См.: Постановление Главного государственного санитарного врача по г. Москве от 15.06.2021 № 1 «О проведении профилактических прививок отдельным группам граждан по эпидемическим показаниям». Available at: URL: <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/400799739/> (дата обращения: 12.08.2021); Постановление Главного государственного санитарного врача по Московской области от 16.06.2021 № 3 «О проведении профилактических прививок отдельным группам граждан по эпидемическим показаниям». Available at: URL: <https://rg.ru/2021/06/16/mosobl-post3-reg-dok.html> (дата обращения: 12.08.2021)

ющие международно-правовые стандарты, нормы и принципы, принятые и рекомендованные ВОЗ нуждаются в оперативной модернизации, чтобы на наднациональном нормативно-правовом уровне стать гарантом всего антиковидного комплекса мероприятий, реализуемых в государствах.

Логично предположить, что текущая реальность в условиях COVID-19 и ее последствия будут основным предметом комплексных научных исследований в различных областях социогуманитарного знания в долгосрочной перспективе, поскольку феномен современной пандемии COVID-19 в плане своего влияния на классическую систему социально-экономического, а, как следствие, и правового мироустройства, является слишком обширным, многомерным и разноплановым.

1. Право человека на охрану здоровья и медицинскую помощь в системе прав человека

1.1. Дихотомия права человека на охрану здоровья и медицинскую помощь в системе прав человека

Здоровье в современном мире является высшим и первостепенным благом, и оно настолько важно, что без него могут утратить свою ценность многие другие человеческие блага. Кроме того, здоровье человека выступает в качестве составного элемента системы национальной безопасности любого государства, что обуславливает его особую охрану и правовую регламентацию посредством соответствующих государственно-правовых механизмов.

Право на охрану здоровья и медицинскую помощь в совокупности с иными правами (на достойную жизнь, образование, жилище, труд, социальное обеспечение и защиту) образуют единую гармоничную систему социальных прав человека. У него имеются все черты и особенности данной категории прав: они нужны для обеспечения личности (гражданину) удовлетворения важнейших жизненных нужд, без которых невозможна приемлемая человеческая жизнь. Кроме того, данная категория прав (в частности, право на охрану здоровья) являются базисом для формирования социального строя государства.

Право на охрану здоровья и право на здоровье несколько различаются по своему значению, так как право на здоровье относится к личным немущественным правам. Право на охрану здоровья выступает в роли фундаментального права гражданина Российской Федерации, поскольку отдельная конституционная норма, закрепленная в ст. 41 Конституции закрепляет право на охрану здоровья и медицинскую помощь за каждым человеком. Это право в каком-то смысле сопрягается с обязанностью государства охранять здоровье людей (закреплено во второй части Конституции). В контексте

сказанного мы солидаризируемся с позицией исследователей Е.Б. Лупарев и Е.В. Епифанова, которые определяют государственную обязанность охраны здоровья населения как «систему, включающую в себя здравоохранение в широком социально-организационном смысле как деятельность государства, направленную на обеспечение высокого уровня здоровья граждан, так и в узком, собственно отраслевом смысле, которая включает в себя систему медико-санитарных мероприятий, осуществляемых организациями здравоохранения» [Лупарев Е.Б., Епифанова Е.В., 2021: 67].

Закрепление данного права в Конституции означает, что всем гражданам иностранных государств, находящимся на территории Российской Федерации в равной степени с гражданами РФ дана возможность реализации права на охрану здоровья в строгом соответствии с имплементированными Россией нормами международного права [Лухтенкова Я.С., 2018: 187].

В данном праве особенно ярко проявляется его синаллагматичность, которая выражается в очень важной функции практически любых прав, а именно согласование личных и общественных интересов. Придание данному праву значение конституционного статуса в одном смысле признает за данным правом роль первой важности в системе общественных благ и ценностей, которые является основой любого социального строя. В то же время в другом смысле на государство налагаются обязанности по его обеспечению и исполнению, потому что признание данного права первостепенным в качестве основных прав человека и гражданина превращается в задачу первой важности для любого государства [Сивочалова О.В., Линева О.И., Фесенко М.А., Громова Е.Ю., 2017: 39].

Из вышеизложенного следует, что закрепление права на охрану в качестве базового конституционного права гражданина в обязательном порядке подразумевает обязанность государства по созданию соответствующих благоприятных условий и соответствующей социально-экономической системы, которые в совокупности предоставят гражданам возможности для сохранения, восстановления и укрепления своего здоровья. Последний аспект является одним из главных и ценнейших социально-бытовых благ для любого человека вне зависимости от факторов национальности, религии, социального положения и т.д. [Миринова О.А., 2018: 107].

Конечно, для выполнения обозначенных условий существует прямая зависимость от большого количества факторов, среди которых как наиболее масштабные выделяются политический, экономический и культурный факторы. Нет смысла спорить о значении вышеприведенных факторов, так как каждый из них способен как повысить социально-бытовой уровень жизни на основе данного права, так и наоборот — сделать из этих государственных обязательств всего лишь шаблон государственного законодательства, который ничем не подкрепляется. Например, при нестабильности полити-

ческого фактора (гражданская война) право и гарантии на защиту здоровья для населения страны сильно понижаются, не говоря уже о невозможности полностью гарантировать право на жизнь.

Экономический фактор при низком уровне экономики и социального обеспечения в стране существенно влияет на уровень медицины, что сейчас как раз и сказывается на уровне медицины в регионах. При нестабильности и низком уровне экономики возможен вариант, когда финансирование медицинских учреждений будет сокращено до минимума, как это было, например, в 1990-е гг.

Такие показатели, как грамотность населения, посвященность его в тематику и вопросы охраны собственного здоровья также является довольно действенным фактором поддержания социально-бытового уровня граждан. Безграмотность приводит к таким вещам, как несоблюдение санитарно-эпидемиологических норм, рост различного рода заболеваний, передающихся от одного человека к другому, вредных привычек и т.д. Противоположными факторами сказанному выступают масштабная просвещенность населения страны, высокий уровень экономики и благоприятная политическая обстановка, которые в совокупности способствуют качественному исполнению государством обязанностей в рамках гарантий гражданам для реализации их права на охрану здоровья и получения медицинской помощи.

Обеспечение права на наиболее высокий уровень здоровья, которое, в свою очередь, также согласовано международными документами о правах человека, принадлежит каждому и зависит от широчайшего перечня социально-экономических и политических факторов, создающих условия для здоровья людей. Согласно российскому законодательству, это приемлемые и безопасные условия труда, качественные лекарства, доступная всем качественная медицинская помощь³.

Право на охрану здоровья и медицинскую помощь и его составные компоненты нашли свое отражение во множестве нормативных правовых актов Российской Федерации. Российское законодательство в сфере охраны здоровья именно в отношении организаций международного кластера, которые осуществляют свою деятельность медицинской направленности, непосредственно реализуется на основании норм, закрепленных Федеральным законом от 29.06.2015 №160-ФЗ «О международном медицинском кластере и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»⁴.

³ Трудовой кодекс Российской Федерации: Федеральный закон от 30.12.2001 № 197-ФЗ (ред. от 28.06.2021) // СЗ РФ. 2002. № 1. Ст. 3.

⁴ Федеральный закон от 29.06.2015 № 52-ФЗ «О международном медицинском кластере и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (ред. от 26.07.2019) // СЗ РФ. 2015. № 27. Ст. 3951.

Обобщая вышеизложенное, можно сделать вывод, что само понятие конституционного права на охрану здоровья довольно растяжимо, но несмотря на это, сама реализация исследуемого права довольно четко обозначена, и понимание данного правового аспекта позволяет качественно принимать и исполнять меры по его реализации в РФ.

Конституция Российской Федерации — основа российского законодательства, а также фундамент существующей на сегодняшний день системы российского здравоохранения. Абсолютно все отрасли и сферы государственного законодательства и управления начинаются с разделов, глав и статей Конституции. Это и экономическая, и налоговая, и социальная, и правоохранительная, а также ряд других правовых сфер. Детализация положений Конституции происходит в специализированных законодательных актах, глубже рассматривающих каждый аспект, посвященный охране здоровья граждан и оказания медицинской помощи. Так, например, в ряде федеральных законов регламентируется и определяется:

возникновение и существование отношений по реализации государственного надзора за санитарно-эпидемиологической сферой; организация государственной эпидемиологической службы; возможные варианты ответственности за противоправные действия в установленной сфере⁵;

категориально-понятийный аппарат. В частности, особое внимание уделяется определению таких важных понятий, как медицинское вмешательство, медицинская услуга, медицинская помощь, охрана здоровья граждан, непосредственно «здоровье» и другим. В список принципов охраны здоровья включены такие важные принципы, как невозможность отказа от медицинской помощи, качество и доступность медицинской помощи.

Если установлены такие факты, при которых медицинское вмешательство необходимо и не требует отлагательства, то установлены условия медицинского вмешательства без согласия гражданина или его законного представителя. К таким фактам относятся: заболевания, представляющие опасность для окружающих; тяжелые психические расстройства; а также в отношении лиц, совершивших общественно опасные деяния, т.е. преступления⁶.

Другие федеральные законы, в свою очередь, во-первых, легализуют обязанности государства по недопущению распространения заболевания, вызываемого вирусом иммунодефицита человека (ВИЧ-инфекции). В качестве обеспечительного механизма исполнения обозначенной государственной обязанности закон определяет органы исполнительной власти и органы

⁵ Федеральный закон от 30.03.1999. «О санитарно-эпидемиологическом благополучии населения» № 52-ФЗ (ред. от 02.07.2021) // СЗ РФ. 1999. № 14. Ст. 1650.

⁶ Федеральный закон от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» (ред. от 02.07.2021) // СЗ РФ. 2011. № 48. Ст. 6724.

местного самоуправления⁷. Во-вторых, федеральные законы призваны осуществить правовую регламентацию общегосударственного курса по локализации распространения и мерам противодействия туберкулезу в России, прежде всего, в целях охраны здоровья граждан и обеспечения санитарно-эпидемиологического благополучия населения⁸.

1.2. К вопросу о биомедицинском праве в правовом поле России

Биомедицинское право в настоящее время — это лишь теория, но о введении такой новой отрасли государственные законодатели задумываются всерьез. По нашему представлению, основу данной отрасли права составят комплексные исследования, которые проводятся на грани юридических и неюридических наук. На современном этапе развития право показало необходимость в такой отрасли, как «медицинское право», но для статуса «отрасли» ему необходимы доработки как в сфере правоведения, так и обширных медицинских знаний, знаний из сферы этики.

Государство должно осознавать то, что биотехнологический уклад обратим и необходимо быстрее развивать право для того, чтобы не оказаться на обочине быстро идущих процессов [Соколова Н.В., 2018: 89]. Поэтому считаем необходимым внесения изменений в федеральное законодательство с учетом стремительно развивающихся направлений биотехнологий [Савощикова Е.В., Гурная Л.Е., 2018: 219].

Место субъективного права на здоровье в системе конституционных прав и свобод человека характеризуется тем, что состояние здоровья само по себе является одним из самых распространенных факторов, которые влияют на социально-бытовую сферу каждого человека. Такие проблемы, как слабое здоровье и различные физические недостатки, как правило, нарушают определенные процессы в жизни человека, например, ограничивают его в выборе профессии или образовательного учреждения, в участии в спортивной и культурной жизни, в выборе места жительства, осуществлении главных личных прав (например, свобода передвижения) и так далее [Ластовецкий А.Г., Китанина К.Ю., Хромушин В.А., 2019: 76].

Закрепление права на охрану здоровья означает, что государство должно обеспечить своим гражданам охрану здоровья (ч. 2 ст. 19 Конституции РФ). Конституционное закрепление права человека на охрану здоровья и медицинскую помощь означает, что государство должно сформировать единый

⁷ Федеральный закон от 30 марта 1995 № 38-ФЗ «О предупреждении распространения в Российской Федерации заболевания, вызываемого вирусом иммунодефицита человека (ВИЧ-инфекции)» (ред. от 2.07.2021) // СЗ РФ. 1995. № 14. Ст. 1212.

⁸ Федеральный закон от 18.06.2001 № 77-ФЗ «О предупреждении распространения туберкулеза в Российской Федерации» (ред. от 26.05.2021) // СЗ РФ. 2001. № 26. Ст. 2581.

механизм, обеспечивающий равный доступ граждан к реализации данного права независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям, а также других обстоятельств. По ст. 29 Федерального закона от 21.11. 2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации», государственную систему здравоохранения составляют:

федеральные органы исполнительной власти в сфере охраны здоровья и их территориальные органы;

исполнительные органы государственной власти субъектов Российской Федерации в сфере охраны здоровья, органы управления в сфере охраны здоровья иных федеральных органов исполнительной власти (за исключением федеральных органов исполнительной власти, указанных выше в п. 1);

подведомственные федеральным органам исполнительной власти, государственным академиям наук и исполнительным органам государственной власти субъектов Российской Федерации медицинские организации и фармацевтические организации, организации здравоохранения по обеспечению надзора в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека, судебно-экспертные учреждения, иные организации и их обособленные подразделения, осуществляющие деятельность в сфере охраны здоровья⁹.

Негосударственную систему здравоохранения, как правило, составляют организуемые физическими и юридическими лицами медицинские структуры, реализующие свои функции в процессе обеспечения права граждан на охрану здоровья.

В государственных и муниципальных системах гражданам предоставляется медицинская помощь без взимания с них денежной платы. В указанной выше статье Конституции указывается бесплатное оказание медицинских услуг исключительно гражданам России. По отношению к гражданам иностранных государств и лицам без гражданства РФ берет на себя обязательства по оказанию медицинской помощи в соответствии с общероссийскими стандартами, утвержденными постановлением Правительства РФ от 06.03.2013 г. № 186 [Медведева О. В., Афолина Н. А., Драенкова Ф.Р., 2017: 21].

2. Обязательность постановлений главного государственного санитарного врача о вакцинации и сфера их распространения

В период пандемии COVID-19 особое значение приобретают нормативные акты, принимаемые Главным санитарным врачом Российской Федера-

⁹ Федеральный закон от 21 ноября 2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» (ред. от 2.07.2021) // СЗ РФ. 2011. № 48. Ст. 6724.

ции и главных региональных санитарных врачей в силу их правового статуса и профильной компетенции. Поэтому весьма актуальным выступает вопрос об императивности либо диспозитивности требований для адресатов, содержащихся в постановлениях главных санитарных врачей. Следует указать на следующие основополагающие обстоятельства:

Во-первых, в настоящее время прививка против COVID-19 гармонично встроена в Календарь профилактических прививок. Более того, планировалось, что она будет включена в Национальный календарь прививок. На основании законопроекта № 1179765-7¹⁰, инициированного Правительством России, подобная инициатива была принята Государственной Думой в первом чтении, но впоследствии 15 июня 2021 г. законопроект не получил поддержки в нижней палате парламента и был снят с рассмотрения. На наш взгляд, отказ большинства депутатов Государственной Думы от принятия законопроекта № 1179765-7 совершенно оправдан, поскольку в целом вакцинация от COVID-19 в соответствии с нормами российского законодательства остается добровольной, несмотря на вводимые исключения из данного правила.

Во-вторых, Федеральный закон «Об иммунопрофилактике инфекционных болезней» от 17.09.1998 № 157-ФЗ¹¹ содержит норму, которая закрепляет императивность прививочной кампании в период пандемии (ст. 10). Это объясняется тем, что в зависимости от сложности эпидемиологической обстановки указанный закон подразумевает возможность проведения профилактических прививок гражданам РФ.

В-третьих, Федеральный закон «О санитарно-эпидемиологическом благополучии населения» от 30.03.1999 № 52-ФЗ¹² в п. 6 ст. 51 закрепляет за главными государственными санитарными врачами в регионах и их заместителями право издания исполнительно-распорядительного акта (постановления) о профилактической вакцинации всего населения или конкретных категорий граждан в пределах их территориальной компетенции. Единственным условием для реализации подобного полномочия обозначенных должностных лиц выступает объективное наличие риска заражения инфекционными заболеваниями.

Таким образом, очевидно, что Главный государственный санитарный врач субъекта федерации имеет продиктованное нормами отечественного законодательства право на вынесение исполнительно-распорядительного акта об обязательности вакцинации в условиях пандемии. В соответствии

¹⁰ Проект Федерального закона № 1179765-7 «О внесении изменения в статью 9 Федерального закона «Об иммунопрофилактике инфекционных болезней». Available at: URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=PRJ&n=207896#dr9jHkSwvY3R7vzV> (дата обращения 17.08.2021)

¹¹ Федеральный закон от 17 сентября 1998 № 157-ФЗ «Об иммунопрофилактике инфекционных болезней» (ред. от 02.07.2021) // СЗ РФ. 1998. № 38. Ст. 4736.

¹² СЗ РФ. 1999. № 14. Ст. 1650.

с постановлением Главного государственного санитарного врача по городу Москве № 1 от 15.06.2021 и постановлением Главного государственного санитарного врача Московской области № 3 от 16.06.2021, подлежащими обязательной вакцинации признаны две основные категории лиц: к первой категории относятся лица, состоящие в трудовых отношениях на основании трудовых договоров, а также договоров гражданско-правового характера с индивидуальными предпринимателями и организациями в перечисленных в постановлении сферах (далее — работники/сотрудники). Понятие «сотрудники» в данном контексте используется нами согласно терминологии постановлений государственных санитарных врачей для указания лиц, работающих в организациях и у индивидуальных предпринимателей на основании гражданско-правового договора.

По результатам проведенного нами анализа перечня работ, выполнение которых связано с высоким риском заболевания инфекционными болезнями и требует обязательного проведения профилактических прививок, считаем необходимым отметить, что, прежде всего, он включает в себя главным образом именно сферы бытового обслуживания граждан Российской Федерации¹³.

Интересно, что поименованный в нем вид деятельности «торговля» не содержит указания на розничный характер торговли, т.е. формально под действие постановлений подпадают и организации, поставляющие торговую продукцию юридическим лицам. Однако, на наш взгляд, это толкование не соответствует цели постановлений, которые направлены на обеспечение эпидемической безопасности граждан при их непосредственном взаимодействии с работниками сферы бытового обслуживания. Поэтому мы полагаем, что упоминание в перечне торговли должно толковаться в пользу именно розничной торговли. В связи с этим мы надеемся на появление в ближайшее время официальных разъяснений этого вопроса с целью исключения возможных рисков неоднозначного толкования постановлений; ко второй категории относятся государственные гражданские и муниципальные служащие Москвы, а также сотрудники административно-управленческого аппарата Москвы и структур, находящихся в их функциональном подчинении.

3. Обязанности и ответственность работодателей в рамках прививочной кампании

Постановлениями главных государственных санитарных врачей по г. Москве и Московской области на организации и ИП, которые осуществляют

¹³ Постановление Правительства РФ от 15.07. 1999 № 825 «Об утверждении перечня работ, выполнение которых связано с высоким риском заболевания инфекционными болезнями и требует обязательного проведения профилактических прививок» (ред. от 24.12.2014) // СЗ РФ. 1999. № 29. Ст. 3766.

хозяйственно-экономическую деятельность в перечисленных в постановлениях сферах, возложена обязанность организовать прививочную кампанию в две волны, включающих в себя четыре этапа. В рамках первой волны задача первого этапа состояла в том, чтобы до 15.07.2021 осуществить вакцинацию первым компонентом вакцины от COVID-19; в рамках второго этапа в срок до 15.08.2021 — вторым компонентом вакцины не менее 60% от суммарной штатной численности работников/сотрудников. В рамках второй волны задача третьего этапа состояла в том, чтобы до 01.12.2021 осуществить вакцинацию первым компонентом вакцины от COVID-19; в рамках четвертого этапа до 01.01.2022 — вторым компонентом вакцины не менее 80% от суммарной штатной численности работников/сотрудников.

Из буквального толкования постановлений следует, что 80% исчисляется от общей численности работников/сотрудников. В общую численность входят: работники по трудовым договорам и сотрудники по гражданско-правовым договорам; как совершеннолетние, так и граждане, не достигшие возраста 18 лет; как невакцинированные (в том числе граждане, имеющие противопоказания к вакцинации), так и уже вакцинированные граждане; работники/сотрудники, непосредственно занятые в указанных в постановлениях сферах деятельности, и иные работники/сотрудники. В целесообразности последнего мы сомневаемся. Однако, не обладая познаниями в области эпидемиологии, при отсутствии официальных разъяснений рекомендуем исходить из буквального толкования постановлений.

Из суммарной общей численности работников/сотрудников необходимо рассчитать 80% — полученное в результате число граждан должно быть вакцинировано. На наш взгляд, формулировки постановлений позволяют включать в это число граждан, которые вакцинировались самостоятельно. Главное, чтобы в итоге на предприятии 80% общей численности работников, сотрудников было вакцинировано (обеспечена их вакцинация). Правда, не исключено появление разъяснений о том, что вакцинировать необходимо 60% от еще не вакцинированных работников/сотрудников. При этом следует помнить, что профилактические прививки в любом случае проводятся при наличии непосредственного и не навязанного внешней средой согласия гражданина на такое медицинское вмешательство.

Тем самым, работники/сотрудники сами принимают решение о своей вакцинации и имеют право от нее отказаться. Какие-либо меры негативного характера к гражданам, отказавшимся от вакцинации, организации и индивидуальные предприниматели применять не вправе. Им предписано активизировать агитационно-просветительскую работу среди работников/сотрудников о необходимости соблюдения соответствующих санитарно-гигиенических норм, направленных на предотвращение возможности заражения COVID-19, сделав особый акцент на необходимости вакцинирования как ключевого антиковидного фактора.

Конкретные меры в рамках обязанности организовать проведение профилактических прививок в постановлениях не названы, поэтому остаются на усмотрение организаций и индивидуальных предпринимателей. По всей видимости, предполагается заключение ими договоров с медицинскими организациями на проведение вакцинации и предоставление работникам, сотрудникам возможности вакцинироваться (освобождение от работы). Кроме того, возможно и введение стимулирующих мер: к примеру, премирование, предоставление дополнительного выходного и т.п.

В Российской Федерации установлено общее правило о безвозмездности профилактических прививок, которые закреплены в календаре профилактических прививок. Поэтому если работники/сотрудники застрахованы в системе ОМС и организация/индивидуальный предприниматель организуют вакцинацию в государственном/муниципальном учреждении здравоохранения, расходы на вакцинацию они не понесут. Что касается информационно-разъяснительной работы по вопросам профилактики COVID-19, она может вестись в устной и письменной формах (раздача/рассылка информационных листов, памяток и проч.) как самой организацией (индивидуальным предпринимателем), так и с привлечением специалистов (врачей, сотрудников научно-исследовательских организаций, т.п.).

Дополнительные обязанности на организации и индивидуальных предпринимателей были возложены главами Москвы и Московской области: они обязаны сообщать сведения о выполнении требований постановлений главных государственных санитарных врачей в электронном виде в Москве с использованием персонифицированного аккаунта на интернет-сайте Мэра и Правительства Москвы, а в Московской области — Регионального портала государственных и муниципальных услуг.

Невыполнение работодателями требований, которые закреплены в исполнительно-распорядительных актах главного государственного санитарного врача об обязательной вакцинации, на наш взгляд, может быть квалифицировано по ч. 2 ст. 6.3 КоАП РФ. Если же действия (бездействие) повлекли причинение вреда здоровью человека или смерть человека, то квалифицируются они по ч. 3 той же статьи и влекут более тяжелую ответственность.

Однако базовым звеном любого административного правонарушения выступает виновность правонарушителя. Следует указать на то, что юридическое лицо считается виновным в совершении административного правонарушения только в случае установления факта обладания им возможностью соблюдения правовых норм и правил, за нарушение которых установлены меры административной ответственности, но по каким-либо причинам данное лицо сознательно не приняло все имеющиеся в его арсенале приемы и средства по их неукоснительному соблюдению. Поэтому если организация/индивидуальный предприниматель предпримет все необходимые меры по

обеспечению вакцинации и информированию работников/сотрудников, он не может быть привлечен к административной ответственности за неспособность достичь указанных в постановлении главного государственного санитарного врача показателей ввиду отказа граждан от вакцинации. Целесообразно документировать принятые меры по обеспечению вакцинации и информированию работников/сотрудников, а также при отказе гражданина от вакцинации фиксировать этот отказ в письменном виде.

Неисполнение организацией/индивидуальным предпринимателем нормативного акта главы Москвы/Московской области в части обязанности направить в электронной форме необходимые сведения может быть квалифицировано по ч. 1 ст. 20.6.1 КоАП РФ. Привлечение к административной ответственности граждан за отказ от вакцинации, на наш взгляд, невозможно, поскольку право граждан на отказ от профилактических прививок безусловно.

4. Последствия отказа работников/сотрудников от вакцинации

Трудовой кодекс Российской Федерации (далее — ТК РФ) налагает на работодателя обязанность по отстранению от исполнения трудовых функций или недопуску к их исполнению работников в случаях, которые могут быть предусмотрены в том числе другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами. При этом на основании ч. 3 ст. 76 ТК РФ на период отстранения от работы работодатель имеет легальное право не начислять заработную плату сотруднику.

В частности, следует акцентировать внимание на том, что Федеральный закон от 17.09.1998 №157-ФЗ «Об иммунопрофилактике инфекционных болезней» содержит норму, которая, с одной стороны, указывает на правомерность отказа претендентам в приеме на работу, с другой стороны, на правомерность отстранения от исполнения своих трудовых функций уже действующих работников в случае отсутствия у них профилактических прививок¹⁴. Однако следует помнить, что данная норма применяется исключительно к тем работникам, трудовая деятельность которых подвержена возможности высокого риска заболевания инфекционными болезнями. Свод подобных видов трудовой деятельности разработан и утвержден Правительством Российской Федерации¹⁵. Поэтому, как представляется, отстра-

¹⁴ СЗ РФ. 1998. № 38. Ст. 4736.

¹⁵ Постановление Правительства РФ от 15.07. 1999 № 825 «Об утверждении перечня работ, выполнение которых связано с высоким риском заболевания инфекционными болезнями и требует обязательного проведения профилактических прививок» (ред. от 24.12.2014) // СЗ РФ. 1999. № 29. Ст. 3766.

нить от работы (не принять на работу) отказавшихся от вакцинации граждан работодатель обязан только, если речь идет о работах, поименованных в Перечне работ, выполнение которых связано с высоким риском заболевания инфекционными болезнями. К работникам, выполняющим иные виды работ, такие меры применены быть не могут.

Что касается сотрудников по гражданско-правовым договорам, то при их отказе от вакцинации теоретически мог бы обсуждаться вопрос о расторжении с ними договоров в связи с существенным изменением обстоятельств.

Заключение

Практика борьбы с коронавирусной инфекцией в различных странах показывает, что в экстренных ситуациях конституционные права граждан могут быть ограничены и действовать избирательно, что ставит под сомнение принцип равенства всех перед законом и равенства прав граждан.

В духе современной цивилизационной теории право человека на охрану здоровья и на получение медицинской помощи отклоняется от траектории индивидуализма, приобретая, в свою очередь, статус особой составной ценности любого государства и гражданского общества. Исключительность данного права выражается в том, что оно не приобретается человеком в процессе его жизни, а возникает у него непосредственно с момента рождения, следовательно, данное право не может быть у него отчуждено. Кроме того, данное право подразумевает под собой как объективную необходимость гражданина в поддержании собственного здоровья на должном уровне, так и приоритет для государства, ориентированный на сохранение и укрепление здоровья своих граждан.

Два ключевых региона Российской Федерации — Москва и Московская область — стали основными драйверами в процессе общероссийской кампании по обязательной вакцинации от COVID-19¹⁶. Именно они определили основные направления административно-правового регулирования данного процесса для других субъектов Российской Федерации, которые переняли позитивный опыт в данном направлении.

¹⁶ Передовой опыт Москвы и Московской области в сфере реализации обязательной вакцинации переняли в данный момент времени все субъекты РФ. Данные регионы пошли по тому же пути, что и Москва и Московская область, который заключается, во-первых, в принятии соответствующего постановления главного государственного санитарного врача региона, во-вторых, в определении круга лиц, подлежащих вакцинированию, в-третьих, в установлении плановых сроков по вакцинированию первым и вторым компонентом соответственно, либо однокомпонентной вакциной. Available at: URL: <http://ivo.garant.ru/#/document/77311703/paragraph/1:0> (дата обращения: 27.10.2021)



Список источников

1. Ластовецкий А.Г., Китанина К.Ю., Хромушин В.А. Оценка деятельности учреждений и органов управления здравоохранением // Вестник неврологии, психиатрии и нейрохирургии. 2019. № 2. С. 76–80.
2. Лупарев Е.Б., Епифанова Е.В. Публичное медицинское право. Краснодар: Кубанский гос. ун-т., 2021. 191 с.
3. Лухтенкова Я.С. Конституционное право граждан на медицинскую помощь: проблемы реализации // Молодой ученый. 2018. № 2. С. 186–188.
4. Медведева О.В., Афонина Н.А., Драенкова Ф.Р. Нормативно-правовое регулирование социальной защиты инвалидов трудоспособного возраста // Проблемы социальной гигиены, здравоохранения и истории медицины. 2017. № 1. С. 20–22.
5. Миронова О.А. Право на охрану здоровья: конституционно-правовой аспект // Ученые записки Крымского федерального университета имени В. И. Вернадского Юридические науки. 2018. Т. 4. № 4 (70). С. 105–111.
6. Савошкова Е.В., Гурная Л.Е. Охрана здоровья и медицинская помощь как конституционное право граждан // Advanced Science. 2018. № 2. С. 217–221.
7. Сивочалова О.В., Линева О.И., Фесенко М.А. Громова Е.Ю. Охрана репродуктивного здоровья и планирование семьи. М.: ИНФРА-М, 2017. 326 с.
8. Соколова Н.В. Некоторые проблемные аспекты обеспечения конституционного права на жизнь и охрану здоровья в Российской Федерации и пути их решения // Ученые записки Крымского федерального университета имени В.И. Вернадского. Юридические науки. 2018. Т. 4 (70). № 2. С. 88–94.
9. Суровенко Т.Н., Глушкова Е.Ф. Вакцинация от гриппа в условиях пандемии COVID-19 // Поликлиника. 2021. № 1. С. 70–77.
10. Тучкова Э.Г. Проблемы Общей части права социального обеспечения. М.: Проспект, 2017. 416 с.
11. Харченко Е.П. Вакцины против COVID-19: сравнения, ограничения, спад пандемии и перспектива ОРВИ // Эпидемиология и вакцинопрофилактика. 2021. Т. 20. № 1. С. 4–19.
12. Caitlain L. Legal Issues Related to the COVID-19 Outbreak: An Overview. In: Legal Issues Related to the COVID-19. Outbreak: An Overview. Available at: <https://crsreports.congress.gov> (дата обращения: 29.08.2021)
13. Hans-Uwe S., Alexander K., Martin B. Strategies to Prevent SARS-CoV-2-Mediated Eosinophilic Disease in Association with COVID-19 Vaccination and Infection. International Archives of Allergy and Immunology, 2020, no. 8, pp. 1–5.
14. Kevin H., Erin W. Legal issues in COVID-19 vaccine development. In: Legal Issues Related to the COVID-19. Available at: <https://crsreports.congress.gov> (дата обращения: 29.08.2021)
15. Maltezou C., Androula P., Athanasios T. Post-COVID Syndrome: An Insight on Its Pathogenesis. Vaccines, 2021, no 9, pp. 1–12.
16. Ramona B. Capturing the Experiences of Samoa: The Changing Food Environment and Food Security in Samoa during the COVID-19 Pandemic. Oceania: a journal devoted to the study of the native peoples of Australia, New Guinea and the Islands of the Pacific, 2020, no. 90, pp. 116–125.



References

1. Caitlain L. (2020) Legal Issues Related to the COVID-19 Outbreak: An Overview. Available at: <https://crsreports.congress.gov> (accessed: 29.08.2021)
2. Hans-Uwe S., Alexander K., Martin B. (2020) Strategies to Prevent SARS-CoV-2-Mediated Eosinophilic Disease in Association with COVID-19 Vaccination and Infection. *International Archives of Allergy and Immunology*, no 8, pp. 1–5.
3. Kevin H., Erin W. (2020) Legal Issues in COVID-19 vaccine development. Available at: <https://crsreports.congress.gov> (accessed: 29.08.2021)
4. Kharchenko E.P. (2021) Vaccines against COVID-19: Comparisons, Limitations, Waning of the Pandemic and Prospects of Viral Respiratory Infections. *Epidemiologiya i vaksinoprofilaktika* = *Epistemiologia and Vaccinoprofilaktika*, vol. 20, no. 1, pp. 4–19. (In Russ.).
5. Lastovetsky A.G., Kitanina K.Yu., Khromushin V.A. (2019) Evaluating the Performance of Healthcare Institutions and Healthcare Management Agencies. *Vestnik nevrologii, psikiatrii i neyrokhirurgii* = *Herald of Neurology, Psychiatry and Neurosurgery*, no 2, pp. 76–80. (In Russ.).
6. Luparev E.B., Epifanov E.V. (2021) Public Healthcare Law. Krasnodar: University, 191 p. (In Russ.).
7. Lukhtenkova Ya.S. (2018) Constitutional Right of Individuals for Medical Care and its Realization. *Molodoy uchenyy* = *Young Researcher*, no. 2, pp. 186–188. (In Russ.).
8. Maltezou C., Androula P., Athanasios T. (2021) Post-COVID Syndrome: An Insight on its Pathogenesis. *Vaccines*, no 9, pp. 1–12.
9. Medvedeva O.V., Afonina N.A., Draenkova F.R. (2017) The Legal Regulatory Framework for Social Protection of Disabled Person of Employable Age. *Problemy sotsial'noy gigieny, zdravookhraneniya i istorii meditsiny* = *Social Gygyena, Healthcare and History of Medicine*, no.1, pp. 20–22. (In Russ.).
10. Mironova O.A. (2018) The Right to Health Protection: A Constitutional Dimension. *Uchenye zapiski Krymskogo federal'nogo universiteta* = *Transactions of Crimean Federal University*, vol. 4, no. 4, pp. 105–111. (In Russ.).
11. Ramona B. (2020) Capturing the Experiences of Samoa: The Changing Food Environment and Food Security in Samoa during the COVID-19 Pandemic. *Oceania: a journal devoted to the study of the native peoples of Australia, New Guinea, and the Islands of the Pacific*, no. 90, pp. 116–125.
12. Savoshchikova E.V., Gurnaya L.E. (2018) Health Protection and Medical Care as a Constitutional Right of Individuals. *Prodvinutaya nauka* = *Advanced Science*, no. 2, pp. 217–221.
13. Sivochalova O.V., Lineva O.I. et al. (2017) Protection of Reproductive Health and Family Planning. Moscow: INFRA-M, 326 p. (In Russ.).
14. Sokolova N.V. (2018) Issues of Ensuring Constitutional Right to Life and Health Protection in Russia and how to Address them. *Uchenye zapiski Krymskogo federal'nogo universiteta* = *Transactions of Crimean Federal University*, vol. 4, no. 2, pp. 88–94. (In Russ.).
15. Surovenko T.N., Glushkova E.F. (2021) Vaccinating against Flu During the COVID-19 Pandemic. *Poliklinika* = *Clinic*, no. 1, pp. 70–77. (In Russ.).
16. Tuchkova E.G. (2017) *Basics of the Right to Social Security*. Moscow: Prospekt, 416 p. (In Russ.).

Информация об авторах:

А.С. Корниенко – кандидат экономических наук, доцент.

Н.А. Самохвалов – старший преподаватель.

Information about the authors:

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

Samokhvalov N.A. — Senior Lecturer.

Статья поступила в редакцию 22.09.2021; одобрена после рецензирования 12.11.2021; принята к публикации 26.11.2021.

The article was submitted 22.09.2021; approved after reviewing 12.11.2021; accepted for publication 26.11.2021.

Научная статья

УДК 342.922

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.5.167.191

Правовое регулирование информационных систем автотранспортной телематики в России и за рубежом



Людмила Константиновна Терещенко¹,



Юрий Владимирович Трунцевский²,



Феликс Артемович Лещенков³

^{1,2,3} Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, Москва, Россия

¹ adm2@izak.ru, <https://orcid.org/0000-0002-2170-5339>

² trunzev@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0002-9906-0585>

³ foreign2@izak.ru, <https://orcid.org/0000-0003-2221-6710>



Аннотация

Статья посвящена проблеме правового обеспечения функционирования информационных систем автотранспортной телематики в целях обеспечения потребности государственных и муниципальных органов, физических и юридических лиц в доступе к телематической автотранспортной информации и ее использовании. Авторы выделяют два основных подхода к совершенствованию законодательства в сфере транспортной телематики: комплексное регулирование и «точечные» изменения законодательства. И тот, и другой подходы предполагают внесение изменений в законодательство, устранение пробелов, в том числе определение правового режима информации, формирование в процессе использования транспортной телематики, создание условий, обеспечивающих эффективное функционирование «Автонет», защиту персональных данных. Объектом исследования стали нормативные правовые акты Российской Федерации, регулирующие общественные отношения в сфере информационных систем автотранспортной телематики в части порядка создания, эксплуатации и использования таких систем, в том числе в части сбора, хранения, обработки и предоставления данных, формируемых транспортными средствами, включая одометры, находящиеся в эксплуатации на территории Евразийского экономического союза. Авторы учли требования к картографическому обеспечению информационных систем автотранспортной теле-

матики, проанализировали зарубежный опыт правового регулирования отношений по поводу создания, эксплуатации и использования информационных систем автотранспортной телематики, а также правового режима включенной в них информации. Целью работы стало изучение направлений совершенствования правового регулирования и устранения административных барьеров в целях обеспечения реализации Национальной технологической инициативы по направлению «Автонет». Методологический аппарат исследования составили общие и специальные методы научного познания: философский метод, формально-логический метод, системно-структурный метод, исторический метод, формально-юридический метод анализа, догматический метод, метод толкования права, сравнительно-правовой метод, метод экспертного оценивания. При применении указанных общих методов научного познания были использованы такие приемы исследования, как структурирование, описание, анализ и синтез результатов работы, сформулированных на основе проведенного анализа нормативных правовых актов Российской Федерации и зарубежных стран.



Ключевые слова

административные барьеры, информационная система, автотранспортная телематика, навигация, обработка данных, информация, транспортное средство, интеллектуальная транспортная система, навигационно-телематическая платформа

Для цитирования: Терещенко Л.К., Трунцевский Ю.В., Лещенков Ф.А. Правовое регулирование информационных систем автотранспортной телематики в России и за рубежом // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 5. С. 167–191. DOI: 10.17323/2072-8166.2021.5.167.191.

Research article

Legal Regulation of Information Systems of Road Transport Telematics in Russia and Abroad



Ludmila K. Tereschenko¹,



Yuri .V. Truntsevskiy²,



Felix A. Leschenkov³

^{1,2,3} Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Moscow, Russia

¹ adm2@izak.ru, <https://orcid.org/0000-0002-2170-5339>

² trunzev@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0002-9906-0585>

³ foreign2@izak.ru, <https://orcid.org/0000-0003-2221-6710>



Abstract

The article is devoted to the study of such a new vector as the use of automotive telematics information systems, including the ones designed to meet the needs of state and municipal

bodies, individuals and legal entities in access to telematic vehicle information. The authors identify two main approaches to improving legislation in the field of transport telematics: comprehensive regulation and “point-by-point” changes in legislation. Both approaches involve amendments to legislation, the elimination of gaps, including the definition of the legal regime of information generated in the process of using transport telematics, the creation of conditions that ensure the effective functioning of Autonet, the protection of personal data. The object of the study includes the legal acts of the Russian Federation regulating public relationships in the field of information systems for automotive telematics, in terms of the grounds and procedure for the creation, operation and use of such systems, including the collection, storage, processing and provision of data generated by vehicles, including odometers in use in the territory of the Eurasian Economic Union; requirements for cartographic support of automotive telematics information systems; foreign experience in the legal regulation of relations regarding the creation, operation and use of information systems for automotive telematics, as well as the legal regime for the information included in them. The aim of the work is to improve legal regulation and remove administrative barriers in order to ensure the implementation of the National Technology Initiative in the Autonet direction (clause 7 of the Action Plan (“road map”). The research methodological approach is composed of general and special methods of knowledge: philosophical, formal logical, system-structural, historical, formal legal analysis, dogmatic, interpretation of law, comparative legal method, and method of expert assessment. When applying the indicated general methods of scientific knowledge, certain special research techniques were utilized — such as structuring, describing, analyzing and synthesizing the results of work formulated on the basis of the analysis of regulatory legal acts of Russia and foreign countries. Suggestions and recommendations for improving Russian legislation in the field of motor vehicle information systems of telematics, the procedure for the creation, operation and use of the Russian service navigation and telematics platform, including in terms of collecting, storing, processing and providing data were introduced. The determination of the legal regime of information processed in motor vehicle information systems and the relevant rights and obligations of data operators were elaborated. Authors identified gaps and conflicts in the legal regulation of the sphere under consideration. Proposals for legal regulation of public relations in the field of motor telematics information systems introduced on the basis of the analysis of law enforcement practice will help to remove administrative barriers in order to use advanced technological solutions and to create incentives for their implementation, to develop the legal framework for the creation, operation and use of the Russian service navigation and telematic platform, which provides the formation of a national array of statistical and analytical data (big data) on wheeled vehicles, road infrastructure, behavioral patterns of drivers, and other information in the transport sector, as well as the establishment of a legal framework for the definition and activities of the specified platform operator.



Keywords

administrative barriers, information system, automotive telematics, navigation, data processing, information, vehicle, intellectual transport system, information systems, navigational-telematic platform

For citation: Tereschenko L.K., Truntcevskiy Yu.S., Leschenkov F.A. Legal Regulation of Information Systems of Road Transport Telematics in Russia and abroad. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, 2021, no. 5, pp. 167–191. (In Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2021.5.167.191.

Введение

В настоящее время активно реализуется Национальная технологическая инициатива по направлению «Автонет»¹, предполагающая в качестве необходимого условия ее реализации совершенствование законодательства и устранение административных барьеров, сдерживающих развитие транспортной телематики. При этом, как указывается в Плана мероприятий, правовые ограничения в рамках его реализации могут состоять в отсутствии правового и технического регулирования, необходимого: для правового обеспечения выпуска на рынок новых продуктов и выхода на рынок субъектов новых видов предпринимательской деятельности²; для реализации новых бизнес-моделей.

Кроме того, необходимо отметить отсутствие норм, обеспечивающих условия разработки и продвижения передовых технологических решений, с одной стороны, и существование нормативных правовых актов и документов по стандартизации, положения которых не отвечают современным научно-технологическим вызовам и приоритетам научно-технологического развития, с другой, что сдерживает вывод на рынок новых продуктов и услуг. Необходимо разобраться, действительно ли так плохо обстоит дело с нашим российским законодательством и какова практика решения аналогичных проблем за рубежом.

Общественные отношения, в рамках которых реализуется Национальная технологическая инициатива по направлению «Автонет», разнообразны по своей сути. Значительная часть их уже урегулирована правом. Вместе с тем активная цифровизация практически всех сфер нашей жизни [Хабриева Т.Я., 2018: 5], использование информационно-телекоммуникационных технологий вызывают необходимость корректировки законодательства [Хабриева Т.Я., Черногор Н.Н., 2018: 85], а в ряде случаев — принятия новых законодательных актов. Сказанное касается и задачи совершенствования федерального законодательства, направленной на создание, развитие и продвижение передовых технологий, обеспечивающих приоритетные пози-

¹ П. 7 Плана мероприятий («дорожной карты»), утвержденного распоряжением Правительства Российской Федерации от 29 марта 2018 г. № 535-р с изменениями, внесенными распоряжением Правительства РФ от 13.05.2019 № 927-р, распоряжением Правительства РФ от 11.07.2020 № 1815-р. Здесь и далее – доступ к правовым актам из СПС КонсультантПлюс.

² Вызывает сомнение, что для правового обеспечения выхода на рынок субъектов новых видов предпринимательской деятельности нужно особое правовое регулирование. Есть требования, общие для создания юридических лиц, для индивидуальных предпринимателей, особые требования устанавливаются для отдельных сфер деятельности. Но если речь идет о новых видах предпринимательской деятельности, то какие-либо требования для того, чего пока нет, отсутствуют.

ции российских компаний на формируемых глобальных рынках [Тихомиров Ю.А., 2020: 5].

Применительно к совершенствованию законодательства важно учитывать, что в соответствии с Договором о Евразийском экономическом союзе (далее — ЕАЭС) решение ряда вопросов передано на наднациональный уровень, соответственно, часть проблем не может быть решена исключительно в рамках национального российского законодательства. Прежде всего, это сферы таможенного и технического регулирования. Поскольку вопросы безопасности самих транспортных средств и связанных с ней требований относятся к сфере технического регулирования, то они в основном не могут быть предметом регулирования исключительно национального законодательства. Таким образом, правовое обеспечение Национальной технологической инициативы по направлению «Автонет» должно строиться с учетом технических регламентов ЕАЭС, в том числе Технического регламента Таможенного союза «О безопасности колесных транспортных средств», вступившего в силу 01.01.2015.

1. Автонет и иные информационные системы автотранспортной телематики в российском законодательстве

Современный этап развития человечества характеризуется активным ростом использования информационных и телекоммуникационных технологий практически во всех сферах жизнедеятельности, в том числе и в сфере автотранспорта.

Уже действуют информационные системы, основанные на принципах телематики — удаленного мониторинга состояния автомобиля, его перемещения в пространстве, считывания технических параметров и формирования технических отчетов. Телематические системы представляют собой комбинирование технологий геолокации с системами бортовой диагностики автомобиля, что позволяет отслеживать поведение водителя транспортного средства, фиксировать сбои в работе оборудования и, в конечном счете, делать управление автомобилем более безопасным. Теоретически потенциал автомобильной телематики безграничен — настроенная надлежащим образом телематическая сеть позволяет оптимизировать работу экстренных служб, систему автострахования, организацию парковочных пространств и систему дорожного движения в целом, выявить необходимость в создании дополнительной дорожной инфраструктуры.

Телематические системы автомобильного мониторинга являются не только механизмом дополнительной безопасности дорожного движения, но также весьма выгодным инструментом привлечения инвестиций за счет своей инновационности и рыночных перспектив.

Вместе с тем степень разработанности нормативного регулирования автомобильной телематики в России и в мире остается на начальной стадии в силу новизны этого направления, а также в связи с обширным кругом вопросов, составляющих правовую основу регулирования автотранспортной телематики. К ним относятся и транспортная безопасность, и техническое состояние автотранспортных средств, и оптимизация транспортных потоков, и организация дорожного движения. Общественные отношения в области автотранспортной телематики по своей природе являются комплексными. Как следствие, отдельные блоки вопросов, связанных с автотранспортной телематикой, уже включены в нормативные правовые акты и программные документы разной направленности, в первую очередь, в информационной сфере и в сфере безопасности дорожного движения.

Реализация государственной политики в целях обеспечения государственной и общественной безопасности предусматривает решение такой задачи как повышение безопасности дорожного движения³.

Стратегия безопасности дорожного движения в Российской Федерации на 2018–2024 годы⁴ затрагивает вопросы безопасности дорожного движения, при этом в числе принципов ее реализации обозначены:

приоритет использования современных технологий в деятельности по обеспечению безопасности дорожного движения (интеллектуальных транспортных систем, глобальных навигационных систем, систем автоматизации процесса управления, а также активной и пассивной безопасности транспортных средств, иных перспективных систем, позволяющих качественно влиять на предупреждение и снижение тяжести последствий дорожно-транспортных происшествий);

планирование и актуализация мероприятий на основе результатов постоянного мониторинга наиболее проблемных зон безопасности дорожного движения, а также с учетом признанных международным экспертным сообществом факторов риска (превышение установленного ограничения скорости движения, управление транспортным средством в состоянии опьянения, неиспользование ремней безопасности, детских удерживающих систем (устройств), защитных шлемов).

Принципиальное значение для создания и развития телематических автотранспортных систем имеет запуск Национальной технологической инициативы, объявленный в 2014 г. Президентом Российской Федерации в По-

³ См.: пп. 18 п. 47 Стратегии национальной безопасности Российской Федерации (Указ Президента РФ от 02.07.2021 № 400 «О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации»).

⁴ Распоряжение Правительства Российской Федерации от 08.01.2018 № 1-р «Об утверждении Стратегии безопасности дорожного движения в Российской Федерации на 2018–2024 годы» // Официальный интернет-портал правовой информации. 2018. 23.01.

слании Федеральному Собранию⁵. По сути Национальная технологическая инициатива содержит программу мер по формированию принципиально новых рынков и созданию условий для глобального технологического лидерства России к 2035 году.

Реализация Национальной технологической инициативы предполагает, в том числе совершенствование нормативной правовой базы, а также снижение административных барьеров, определяемых как «общее препятствие для роста экономики и развития социальной сферы, повышения эффективности государственных и общественных институтов» [Зубарев С.М., 2018: 4].

В рамках Национальной технологической инициативы распоряжением Правительства Российской Федерации от 29.03.2018 № 535-р (далее — распоряжение 535-р) утвержден План мероприятий («дорожная карта», далее — План) по совершенствованию законодательства и устранению административных барьеров в целях обеспечения реализации Национальной технологической инициативы по направлению «Автонет». Сфера реализации Плана лежит в области транспортно-логистической и навигационно-телекоммуникационной инфраструктуры и оказывает прямое влияние на остальные отрасли промышленности и экономику страны в целом, являясь, по сути, драйвером экономического роста.

Нормативное правовое регулирование «Автонет» должно обеспечить: применение технологии «больших данных» (Big Data), формируемых колесными транспортными средствами, эксплуатируемыми на территории России, формирование инфраструктуры сбора, обработки, хранения и передачи таких данных по различным каналам связи; развитие технологий телематических транспортных систем и интеллектуальных автомобильных систем и услуг на их основе, оказываемых по прогрессивным бизнес-моделям, в том числе в целях повышения безопасности дорожного движения; развитие технологий активной помощи водителю и автономного вождения и применения соответствующих технологий в различных секторах экономики; развитие технологий повышения точности и надежности позиционирования и цифровой картографии.

Пункт 7 распоряжения 535-р предусматривает разработку законопроекта, направленного на формирование правовой базы, обеспечивающей функционирование «Автонет». Предусмотренный Планом законопроект должен обеспечить правовую базу создания и функционирования информационных систем автотранспортной телематики, определение их правового статуса, установление понятийного аппарата, в том числе в части сбора, хранения, обработки и предоставления данных, формируемых транспортными средствами, находящимися в эксплуатации на территории страны. Исклю-

⁵ Российская газета. 2014. № 278.

чительно важно картографическое обеспечение информационных систем автотранспортной телематики, правовой режим геолокационных данных, условия их предоставления, круг пользователей.

На данное время предусмотренный законопроект отсутствует. Отдельные правовые положения, в той или иной степени касающиеся автотранспортной телематики, содержатся в указанных ранее стратегических документах, а также в ряде других стратегических документов⁶. Кроме того, в ряде федеральных законов содержатся положения, которые необходимо учитывать при разработке правового регулирования автотранспортной телематики⁷.

Несмотря на отсутствие федерального закона, уже формируется понятийный аппарат, используемый в сфере национальной технологической инициативы по направлению «Автонет»: абонентский телематический терминал⁸; аппаратура спутниковой навигации⁹; безопасные программное обе-

⁶ Транспортная стратегия Российской Федерации на период до 2030 года, утвержденная распоряжением Правительства Российской Федерации от 22 ноября 2008 г. № 1734-р; Указ Президента Российской Федерации от 07.07.2011 № 899 «Об утверждении приоритетных направлений развития науки, технологий и техники в Российской Федерации и перечня критических технологий Российской Федерации»; Концепция долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации до 2020 года, утвержденная распоряжением Правительства Российской Федерации от 17 ноября 2008 г. № 1662-р; Стратегия развития информационного общества в Российской Федерации на 2017–2030 годы, утвержденная Указом Президента Российской Федерации от 09.05.2017 № 203; Стратегия инновационного развития Российской Федерации на период до 2020 года, утвержденная распоряжением Правительства Российской Федерации от 08.12.2011 № 2227-р; Стратегия развития отрасли информационных технологий в Российской Федерации на 2014–2020 годы и на перспективу до 2025 года, утвержденная распоряжением Правительства Российской Федерации от 01.11.2013 № 2036-р; Концепция развития отрасли геодезии и картографии до 2020 года, утвержденная распоряжением Правительства Российской Федерации от 17.12.2010 № 2378-р; Доктрина информационной безопасности Российской Федерации, утвержденная Указом Президента Российской Федерации от 05.12.2016 № 646; Распоряжение Правительства Российской Федерации от 03.06.2019 № 1189-р «Об утверждении Концепции создания и функционирования национальной системы управления данными и плана мероприятий («дорожную карту») по созданию национальной системы управления данными на 2019–2021 годы»; Распоряжение Правительства Российской Федерации от 28.08.2019 № 1911-р «Об утверждении Концепции создания государственной единой облачной платформы» и др.

⁷ Федеральный закон от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи»; Федеральный закон от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных»; Федеральный закон от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»; Федеральный закон от 09.02.2007 № 16-ФЗ «О транспортной безопасности»; Федеральный закон от 01.07.2011 № 170-ФЗ «О техническом осмотре транспортных средств и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» и др.

⁸ Постановление Правительства Москвы от 03.12.2013 № 780-ПП «О государственной информационной системе «Единая региональная навигационно-информационная система города Москвы».

⁹ Решение Комиссии Таможенного союза от 09.12.2011 № 877 «О принятии технического регламента Таможенного союза «О безопасности колесных транспортных средств».

спечение и сервис; индустриальный Интернет; Интернет вещей; информационное общество; информационное пространство; облачные вычисления; обработка больших объемов данных; технологически независимые программное обеспечение и сервис; цифровая экономика¹⁰; датчики контроля состояния транспортного средства¹¹; интеллектуальная транспортная система Москвы¹²; интеллектуальная транспортная система¹³; навигационные данные дорожных машин, их телематические данные¹⁴.

Однако в целях реализации п. 7 Плана требуется принятие целого блока принципиальных решений, в частности, необходимо определение правового статуса (включая правовые основы создания, эксплуатации и использования) российской сервисной навигационно-телематической платформы (далее — РСНТП), обеспечивающей формирование национального массива статистических и аналитических данных («больших данных») о колесных транспортных средствах, дорожной инфраструктуре, и иной информации в транспортной сфере, правовой режим получаемых данных, а также правовой статус ее оператора.

Решение указанных вопросов во многом зависит от статуса РСНТП. Наиболее оптимально и перспективно создание РСНТП в статусе государственной информационной системы. В соответствии со ст. 2 Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»¹⁵ (далее — Федеральный закон № 149-ФЗ) информационной системой является совокупность содержащейся в базах данных информации и обеспечивающих ее обработку информационных технологий и технических средств. В соответствии со ст. 14 этого Федерального закона государственные информационные системы создаются, модернизируются

¹⁰ Указ Президента РФ от 09.05.2017 № 203 «О Стратегии развития информационного общества в Российской Федерации на 2017–2030 годы».

¹¹ Федеральный закон от 28.12.2013 № 395-ФЗ «О Государственной автоматизированной информационной системе «ЭРА-ГЛОНАСС».

¹² Постановление Правительства Москвы от 30.08.2017 № 597-ПП «Об интеллектуальной транспортной системе города Москвы».

¹³ Решение Высшего Евразийского экономического совета от 26.12.2016 № 19 «Об Основных направлениях и этапах реализации скоординированной (согласованной) транспортной политики государств — членов Евразийского экономического союза»; Распоряжение Правительства РФ от 08.01.2018 № 1-р «Об утверждении Стратегии безопасности дорожного движения в Российской Федерации на 2018 — 2024 годы»[2], «ГОСТ Р 56675-2015. Национальный стандарт Российской Федерации. Интеллектуальные транспортные системы. Подсистема контроля и учета состояния автомобильных дорог города, региона на основе анализа телематических данных дорожных машин» (утв. и введен в действие Приказом Росстандарта от 27.10.2015 № 1635-ст).

¹⁴ ГОСТ Р 56675-2015.

¹⁵ СЗ РФ. 2006. № 31 (1 ч.). Ст. 3448.

и эксплуатируются с учетом требований, предусмотренных законодательством о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд либо законодательством РФ о государственно-частном партнерстве, о муниципально-частном партнерстве, законодательством о концессионных соглашениях, а в случаях, если эксплуатация государственных информационных систем осуществляется без привлечения средств бюджетов бюджетной системы РФ, в соответствии с иными федеральными законами.

Государственные информационные системы создаются и эксплуатируются на основе статистической и иной информации, предоставляемой гражданами (физическими лицами), организациями, государственными органами, органами местного самоуправления.

Федеральный закон от 14.02.2009 № 22-ФЗ «О навигационной деятельности»¹⁶ понятийного аппарата, относящегося к информационным системам, не содержит. Однако в нем имеются нормы, имеющие отношение к автотранспортной телематике. В частности, речь идет о государственных навигационных картах, включая государственные навигационные карты для автомобильных дорог.

Законодательство субъектов федерации содержит определение таких информационных систем. Так, в соответствии с постановлением Правительства Москвы от 03.12.2013 № 780-ПП «О государственной информационной системе «Единая региональная навигационно-информационная система города Москвы»¹⁷ (далее — РНИС), РНИС — государственная информационная система, предназначенная обеспечивать сбор, обработку, хранение и предоставление навигационной и телеметрической информации о движении транспортных средств на территории Москвы (далее — мониторинговая информация). Система оснащена навигационно-связным оборудованием ГЛОНАСС или ГЛОНАСС/GPS (далее — абонентский телеметрический терминал) и зарегистрированных в РНИС, и содержит информацию о собственниках транспортных средств, о лицах, владеющих транспортными средствами на праве хозяйственного ведения или праве оперативного управления либо на ином законном основании (далее — владельцы ТС), об абонентских телеметрических терминалах, о транспортных средствах, а также иную справочную информацию.

В соответствии с постановлением Правительства Ленинградской области от 04.10.2013 № 328 «Об утверждении Положения о региональной информационно-навигационной системе Ленинградской области»¹⁸ данная система

¹⁶ СЗ РФ. 2009. № 7. Ст. 790.

¹⁷ Вестник Мэра и Правительства Москвы. 2013. Спецвыпуск № 31.

¹⁸ Интернет-портал Администрации Ленинградской области. 2013. 14.10.

(далее — РИНС ЛО) представляет собой информационную систему Ленинградской области с распределенной архитектурой, предназначенную для информационно-навигационного обеспечения деятельности автомобильного транспорта и самоходных машин на территории области с использованием технологий ГЛОНАСС или ГЛОНАСС/GPS, в том числе для информационно-навигационного обеспечения автомобильных маршрутов по транспортным коридорам «Север-Юг» и «Восток-Запад», проходящим по территории области.

В соответствии с Федеральным законом № 149-ФЗ оператором информационной системы являются гражданин или юридическое лицо, осуществляющие деятельность по эксплуатации информационной системы, в том числе по обработке информации, содержащейся в ее базах данных. Пункт 5 ст. 14 указанного Закона уточняет, что, если иное не установлено решением о создании государственной информационной системы, функции ее оператора осуществляются заказчиком, заключившим государственный контракт на создание такой информационной системы. При этом ввод государственной информационной системы в эксплуатацию осуществляется в порядке, установленном заказчиком.

Необходимо учитывать и нормы Постановления Правительства Российской Федерации от 06.07.2015 № 676 «О требованиях к порядку создания, развития, ввода в эксплуатацию, эксплуатации и вывода из эксплуатации государственных информационных систем и дальнейшего хранения содержащейся в их базах данных информации», содержащие требования к порядку создания, развития, ввода в эксплуатацию, эксплуатации и вывода из эксплуатации государственных информационных систем и дальнейшего хранения содержащейся в их базах данных информации. Так, Постановлением установлено, что при реализации органами исполнительной власти либо частными партнерами мер по созданию, развитию, вводу в эксплуатацию, эксплуатации и выводу из эксплуатации систем и дальнейшему хранению содержащейся в их базах информации должны выполняться:

а) требования о защите информации, содержащейся в системах, устанавливаемые федеральным органом исполнительной власти в области обеспечения безопасности и федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным в области противодействия техническим разведкам и технической защиты информации, в пределах их полномочий;

б) требования к организации и мерам защиты информации, содержащейся в системе;

в) требования о защите персональных данных, предусмотренные ч. 3 ст. 19 Федерального закона от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных» (в случае наличия в системе персональных данных). К таковым относятся, в том числе требования к материальным носителям биометрических

персональных данных и технологиям хранения таких данных вне информационных систем персональных данных.

Автонет — информационная система, которая в обязательном порядке будет содержать персональные данные. Соответственно должны исполняться не только нормы указанной ст. 19, но требования Федерального закона от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных» в целом. Необходимо отметить, что информационное законодательство подвижно, предстоят его значительные коррективы, которые касаются и персональных данных. В частности, подготовлен законопроект, предлагающий определение обезличенных персональных данных и полностью обезличенных данных, на которые уже не будет распространяться действие законодательства о персональных данных.

Федеральное законодательство не содержит определения понятия «оператор информационно-навигационной системы». Вместе с тем, региональное законодательство содержит определение понятия «оператор». В соответствии с Приказом Комитета по связи и информатизации Ленинградской области от 13.11.2018 № 11 «Об утверждении порядка и объема передачи мониторинговой информации в региональную информационно-навигационную систему Ленинградской области»¹⁹ оператор РИНС ЛО — это организация, осуществляющая деятельность по эксплуатации региональной информационно-навигационной системы области, в том числе по обработке информации, содержащейся в ее базах данных. В соответствии с постановлением Правительства Ленинградской области от 4.10.2013 № 328²⁰ оператором РИНС ЛО определено Акционерное общество «Региональный навигационно-информационный центр Ленинградской области» (АО «РНИЦ по Ленинградской области»).

Указанным выше Приказом Комитета по связи и информатизации Ленинградской области № 11 также определен минимальный набор (объем) мониторинговых данных, который должен передаваться в региональную информационно-навигационную систему: идентификационный номер бортового навигационно-связного оборудования; географическая широта местоположения транспортного средства в системе координат WGS-84; географическая долгота местоположения транспортного средства в системе координат WGS-84; скорость движения транспортного средства; путевой угол транспортного средства; время и дата фиксации местоположения транспортного средства; признак нажатия тревожной кнопки; значения дискретных входов.

Применительно к определению правового режима информации следует учитывать распоряжение Президента Российской Федерации № 163-рп от

¹⁹ Интернет-портал Администрации Ленинградской области. 2018. 13.11.

²⁰ Там же.

18.05.2017 «Об утверждении плана перехода на использование отечественных геоинформационных технологий». При этом в условиях цифровой экономики должно быть обеспечено снижение ограничений на получение и применение пространственных данных, возможность открытого опубликования определенных категорий геопропространственных данных.

Таким образом, российское законодательство содержит немало количество норм, в той или иной степени регламентирующих автотранспортную телематику, однако системное правовое регулирование в данной сфере отсутствует. На это обратил внимание Президент, дав поручение от 14.01.2017 № Пр-77, касающееся создания «российской сервисной навигационно-телематической платформы»²¹.

2. Правовое регулирование в зарубежных странах в сфере информационных систем автотранспортной телематики

Степень разработанности правового регулирования автотранспортной телематики в мире остается недостаточной, что обусловлено целым рядом причин, в том числе новизной проблемы, комплексным характером возникающих общественных отношений, обширным кругом вопросов, требующих правового регулирования, а для некоторых стран эти проблемы пока не актуальны. Вместе с тем определенные шаги в рассматриваемом направлении в ряде государств уже сделаны.

В Соединенных Штатах отсутствует единый консолидированный акт, который бы в полной мере регулировал вопросы автомобильной телематики, однако на уровне штатов США действуют отдельные законы, которые в той или иной степени затрагивают установку и использование систем автомобильной телематики. В Калифорнии, как и в большинстве других штатов, лицо, владеющее автомобильным транспортным средством на законном основании, вправе установить систему определения перемещения автомобиля в пространстве (систему геолокации), однако никто (за исключением транспортных компаний) не обязан производить соответствующую установку. В то же время незаконная установка системы геолокации (предполагающая в том числе нарушение тайны частной жизни), а равно ее незаконная эксплуатация (к примеру, отслеживание перемещения уже проданного автомобиля) является нарушением, и карается различным образом. В Техасе подобные действия считаются мисдиминором (нетяжким преступлением) и

²¹ План мероприятий («дорожная карта») Национальной технологической инициативы «Автонет» (приложение № 2 к протоколу заседания президиума Совета при Президенте РФ по модернизации экономики и инновационному развитию России от 24.04.2018 № 1).

караются лишением свободы на срок до 1 года, в то время как в Калифорнии нарушитель может быть приговорен к тюремному заключению на срок до 6 месяцев, а компания, допустившая нарушение, может лишиться права на осуществление коммерческой деятельности. Кроме того, законодательство Калифорнии обязывает информировать лицо, в отношении транспорта которого будет осуществляться мониторинг, о соответствующих действиях. Осуществление указанного мониторинга без согласия упомянутого лица недопустимо.

В Коннектикуте законодательство обязывает ставить в известность пользователя транспортного средства о наличии установленной системы мониторинга, согласия не требуется. В штате Нью-Йорк по общему правилу не допускаются установка и использование системы мониторинга [Wahlström J., Skog I., Händel P., 2017: 2802] без уведомления пользователя транспортного средства. Однако в одном из прецедентов суд выявил махинации со временем, которое было заявлено в путевом листе, со стороны водителя транспортной компании, использовавшего для работы личный транспорт. Это позволило транспортной компании добиться установки системы геолокации на транспортное средство, находящееся в частной собственности²².

В 2010 году Министерство транспорта США в лице уполномоченного органа (Федерального ведомства безопасности автомобильных перевозок) издало программу-руководство о безопасности, соответствии и отчетности коммерческих перевозок²³ и Постановление об электронных бортовых записывающих устройствах²⁴, которые должны быть установлены на коммерческие транспортные средства и иметь возможность отслеживать следующую информацию: имя и должность водителя (принадлежность к компании); общую сумму времени, проведенного за работой на протяжении восьми предшествующих дней; данные о превышении скоростного ограничения; данные об остановках; данные о запасе топлива; данные о выводе предупредительных сигналов для восприятия водителем. Водитель транспортного средства, оборудованного системой EOBR, обязан сообщать данные системы уполномоченным должностным лицам.

Кроме того, в США активно развивается система телематически-ориентированного автострахования [Azzopardi M., Cortis D., 2013: 59]. Ряд автомобильных производителей (в частности, компания Tesla) предлагает покупателям автомобили с предустановленной системой телематики, тех-

²² По информации Американской телематической компании Telematics.com. Available at: <https://www.telematics.com/> (дата обращения: 15.09.2020)

²³ Available at: <https://csa.fmcsa.dot.gov/About/Index> (дата обращения: 15.09.2020)

²⁴ Available at: https://www.fmcsa.dot.gov/sites/fmcsa.dot.gov/files/docs/EOBR_final_rule.pdf (дата обращения: 15.09.2020)

нически являющейся частью автомобиля, совмещенной с главным блоком управления. Кроме того, отдельные разработчики телематического и телеметрического оборудования также предлагают пользователям приобрести телематический модуль отдельным устройством, которое устанавливается на автомобиле с инжекторным принципом впрыска топлива в разъем типа OBD II. Основная идея телематического страхования заключается в том, что страховой компании становится намного проще определить стиль поведения застрахованного водителя на основании данных, полученных с телематического модуля, и, соответственно, оценить страховые риски для своего клиента [Guillen M., Nielsen J.P., Pérez-Marín A.M., Elpidorou V., 2020: 141]. По общей политике страховых компаний, водитель, соблюдающий скоростной режим, редко прибегающий к скоростному разгону и резкому торможению, проходящий повороты под меньшим углом, вправе оформлять страховой полис на более выгодных условиях по сравнению с водителем, практикующим более агрессивное вождение.

На законодательном уровне в США отсутствует нормативный акт, который бы регулировал телематическое автострахование — оно осуществляется на основании общего законодательства о страховании, однако в марте 2015 года Национальная ассоциация страховых комиссаров США опубликовала доклад «Телематически-ориентированное страхование и автотранспортная телематика»²⁵. В докладе дан обзор нормативного регулирования, имеющего непосредственное отношение к вопросам телематического страхования, а также делаются выводы о необходимости модернизации правовой системы страхования. В докладе отмечены трудности повсеместного введения телематического страхования транспортных средств в связи с действием в ряде штатов положений о недопустимости использования персональной информации в страховых целях (к примеру, в Калифорнии). Девять страховых компаний США активно реализуют политику внедрения телеметрического страхования и предлагают клиентам более выгодные условия страхования по сравнению с традиционными планами страхования, а сама форма инновационного страхования также именуется «страхованием с помощью черного ящика».

Клиенты вправе самостоятельно определять необходимость применения систем телематического страхования, законодательно отсутствует обязанность водителя пользоваться именно телематическим страхованием. Так, молодой водитель с малым стажем вождения, скорее всего, захочет использовать систему телематического страхования в связи с тем, что стоимость традиционного страхового полиса для него первоначально будет достаточ-

²⁵ Available at: https://www.naic.org/documents/cipr_study_150324_usage_based_insurance_and_vehicle_telematics_study_series.pdf (дата обращения: 15.09.2020)

но высокой. Водители с агрессивным стилем вождения, напротив, не станут прибегать к телематическому страхованию, так как их стиль вождения способен вызвать дополнительные издержки страховой компании, а стоимость полиса увеличится. Вопросы приватности информации при использовании телематики по-прежнему остаются предметом острых дискуссий как среди американских законодателей, так и в научном сообществе [Pomerantz F.], 2015: 1–16].

В законодательстве Канады, как и в США, нет единого нормативного акта, который в полной мере комплексно регулировал бы организацию и функционирование интеллектуальных цифровых автомобильных систем, одной из которых является телематика; соответствующие вопросы регулируются законодательством о тайне информации и об автомобильном страховании. Как и в США, действует система телематически-ориентированного автомобильного страхования, именуемая «страхованием, основанном на использовании» (Usage-based insurance). Указанный вид страхования является инновационным и подлежит регулированию на уровне провинций. На нормативном уровне провозглашен принцип поощрения, согласно которому при оформлении гражданином Канады телематически-ориентированного страхования гражданин должен получать исключительно выгоду по сравнению с традиционными формами автострахования.

Правительство Канады ведет активную, совместную с частным сектором разработку Глобальной интеллектуальной транспортной системы, которая позволит транспортным средствам взаимодействовать друг с другом (по протоколам V2V — vehicle to vehicle — от автомобиля к автомобилю) и с окружающей средой на расстоянии в режиме реального времени. Это будет выражаться в своевременном оповещении водителей об опасности на дороге, позволит снижать число дорожно-транспортных происшествий и лучше организовывать дорожное движение. Глобальная интеллектуальная транспортная система будет функционировать в рамках концепции связанных автомобилей (connected cars), которая в ближайшем будущем, по мнению канадских законодателей и специалистов, сможет в автоматическом режиме отслеживать и корректировать передвижение подключенных к системе транспортных средств вплоть до автономного пилотирования.

В 2015 году Ассоциация свободной информации и тайны информации провинции Британская Колумбия при поддержке Комиссариата тайны информации издала масштабный и детализированный документ «Связанные автомобили: кто за рулем?»²⁶. В документе содержится обзор текущих телематических технологий для автомобилей [Sharpe B., Schaller D., 2019: 4],

²⁶ Available at: https://fipa.bc.ca/wordpress/wp-content/uploads/2015/03/CC_report_lite.pdf (дата обращения: 15.09.2020)

перспектив их применения, а также обзор имеющегося нормативного регулирования в рассматриваемой сфере и предложения по его совершенствованию. Документ охватывает множество вопросов, связанных с Глобальной интеллектуальной транспортной системой начиная с технического оснащения связанных (телематических) автомобилей и заканчивая применением законодательства о тайне информации.

Законодательство Германии регулирует использование тахографов (приборов, регистрирующих скорость ТС, пройденную дистанцию, время, проведенное за управлением ТС). Тахографы устанавливаются в обязательном порядке на грузовые и пассажирские ТС²⁷. Закон о безопасности дорожного движения от 9 декабря 1952 г. впервые закрепил обязанность устанавливать тахографы на весь коммерческий дорожный транспорт массой более 7.5 тонн. Постановление о лицензировании в области дорожного движения (Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung) от 2012 г. в ст. 57а обязывает устанавливать тахограф на все коммерческие ТС грузоподъемностью более 3.5 тонн, а также на пассажирские ТС, рассчитанные на девять или более пассажиров. Тахограф используется для записи времени вождения и отдыха водителя, данные тахографа могут иметь значение при расследовании ДТП. Компании, обслуживающие ТС, оборудованные тахографом, согласно нормам немецкого законодательства, обязаны хранить записи прибора в течение одного года.

В ФРГ идет активная разработка законодательства в области автопилотируемого дорожного транспорта, однако массовое внедрение указанной технологии пока невозможно. Тем не менее ФРГ стала первой европейской страной, закрепившей на законодательном уровне возможность эксплуатации дорожного транспорта с автономной системой управления [Klorf J., 2018: 7]. 16.06. 2017 принят Восьмой закон о внесении изменений в законодательство о дорожном движении²⁸, в котором впервые были использованы такие понятия, как автомобиль с полностью автоматизированным управлением и автомобиль со значительной степенью автоматизации управления.

По ст. 1 рассматриваемого Закона автомобилем с полностью автоматизированным управлением и автомобилем со значительной степенью авто-

²⁷ Регламент N 165/2014 Европейского парламента и Совета Европейского Союза «О тахографах на дорожном транспорте, отмене Регламента (ЕЭС) 3821/85 Совета ЕС о регистрирующем оборудовании на дорожном транспорте и об изменении Регламента (ЕС) 561/2006 Европейского парламента и Совета ЕС о гармонизации определенного социального законодательства относительно автодорожного транспорта» [рус., англ.]. (Вместе с «Требованиями к конструкции, испытаниям, установке и проверке аналоговых тахографов», «Знаком одобрения и сертификатом») (Принят в г. Страсбурге 04.02.2014) // Official Journal of the European Union N L 60. 28.02.2014. P. 1. Available at: <http://eur-lex.europa.eu/> (дата обращения: 15.09.2020)

²⁸ BGBL 2017 Teil I № 38. Available at: <https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start> (дата обращения: 15.09.2020)

матизации управления (далее — автопилотируемый автомобиль) считается транспортное средство, оснащенное техническим оборудованием, которое при надлежащем использовании позволяет осуществлять продольное (взад-вперед) и поперечное (влево-вправо) управление автомобилем в полностью или практически полностью автоматическом режиме с соблюдением предписанных правил дорожного движения и возможностью перехода на ручное управление по инициативе водителя в любое время.

Автопилотируемый автомобиль в соответствии с рассматриваемым Законом оснащается системой бортовой записи (в частности, тахографом), а система записи должна иметь возможность отслеживать момент передачи управления от человека к автопилоту и наоборот. Указанная норма крайне важна при определении вины водителя автопилотируемого автомобиля в случае дорожно-транспортного происшествия. Так, если столкновение с материальным объектом или живым препятствием произошло в режиме ручного пилотирования, вина водителя презюмируется, а если столкновение произошло при нахождении автомобиля в режиме автопилота — напротив, презюмируется отсутствие вины водителя, или, по крайней мере, отсутствие умысла.

Также положения рассматриваемого Закона обязывают производителя автопилотируемого автомобиля конструировать автомобиль и систему автопилота, а также систему бортовой записи в полном соответствии с вышеуказанными требованиями. Водитель автопилотируемого автомобиля считается водителем на протяжении всего периода эксплуатации указанного автомобиля, вне зависимости от того, включена ли функция автопилота. Будучи водителем автопилотируемого автомобиля, он несет обязанности, прямо указанные в Законе:

переходя с ручного управления на систему автопилота, водитель должен оставаться в состоянии повышенного внимания к дорожной обстановке и быть готовым вмешаться в автоматическое управление в любой момент (говоря иначе, водитель, включивший функцию автопилота, должен продолжать следить за дорогой и не должен терять ее из виду);

водитель обязан немедленно переключиться на ручное управление, если этого требует изменение дорожной обстановки или если система автопилотирования сообщает о необходимости переключиться на ручное управление посредством подачи условного сигнала.

В Закон включены и вопросы сбора, хранения и обработки данных при эксплуатации автопилотируемого автомобиля. Так, автопилотируемый автомобиль должен иметь технические возможности хранения информации о смене приоритета управления транспортным средством (водитель-автопилот) с указанием координат спутниковой навигации в момент передачи управления, а также фиксировать момент отказа системы автопилотирова-

ния. Указанные данные должны быть направлены уполномоченным лицам по их запросу, в частности, при рассмотрении дел о нарушении правил дорожного движения.

Предоставление и использование упомянутых данных осуществляется на основании немецкого законодательства об обращении с информацией. Собираемая и сохраняемая информация по общему правилу хранится полгода. Однако если она имеет непосредственное отношение к таким событиям, как нарушение правил дорожного движения, возбуждение искового производства с участием водителя автопилотируемого транспортного средства, возникновение ДТП, срок хранения информации увеличивается до трех лет.

Исключительно важно положение Закона, допускающее передачу сохраненных данных третьим лицам для проведения статистических и прочих исследований, однако эти данные должны передаваться в анонимной форме, не допускающей возможности идентификации субъекта данных. Более детальное регулирование возложено на Федеральное министерство транспорта и цифровой инфраструктуры, которое вправе по согласованию с Уполномоченным по вопросам защиты данных и свободы информации принимать постановления в части: требований к техническим характеристикам, расположению и функционированию устройств записи и хранения данных; обязательств субъектов, осуществляющих хранение и обработку данных; требования к информационной безопасности при продаже автопилотируемого автомобиля.

Немецкий законодатель планирует и далее развивать систему нормативного регулирования систем телематики и автоматического управления автомобилем. Среди последних предложений отметим Стратегию Федерального правительства «Об автоматизированном и связанном вождении»²⁹ 2015 г., ориентированную на реализацию в течение 15 лет. В соответствии с положениями Стратегии в ближайшем будущем планируется разработка не автопилотируемого, а беспилотного автомобиля.

В связи с развитием научно-технического прогресса Стратегия предписывает внести изменения в имеющиеся на международном и национальном уровнях системы правового регулирования дорожного движения и безопасности информации. В частности, на международном уровне предполагается внесение изменений в Конвенцию о дорожном движении (Вена, 08.11.1968), прежде всего — в ст. 1(v), в которой дается определение водителя как лица, управляющего транспортным средством. По мнению германского Правительства, следует расширить указанное определение посредством добавления в него автоматизированной системы управления транспортным средством, которая также будет считаться водителем.

²⁹ Available at: <https://www.bmvi.de/SharedDocs/EN/publications/strategy-for-automated-and-connected-driving.pdf> (дата обращения: 15.09.2020)

Также Стратегия предлагает значительно изменить условия включения системы автоматического управления транспортным средством на скорости — в частности, увеличить лимит скорости, до достижения которого разрешено включать систему автоматического пилотирования до 130 км/ч и разрешить автоматическую смену ряда в соответствии с новой редакцией Правил № 79 ООН «Единообразные предписания, касающиеся официального утверждения транспортных средств в отношении оборудования рулевого управления»³⁰.

Таким образом, государства решают отдельные, частные вопросы автотранспортной телематики. Системное, комплексное решение отсутствует. Наиболее близки к российской концепции и подходам к правовому регулированию разработки Канады.

Заключение

Формирование такого направления, как автотранспортная телематика, — это естественный процесс научно-технического прогресса, когда появляются новые объекты общественных отношений. Любой новый объект прав должен быть встроен в правовую систему, найти в ней место. От определения места нового объекта в правовой системе зависят правильность и результативность правового регулирования. Возможно несколько вариантов встраивания нового объекта в правовую систему. Первый и, пожалуй, наиболее простой, — когда к объекту с учетом его характеристик и свойств можно в полной мере применить действующие нормы, правовые институты. Второй — когда правовое регулирование не полностью адекватно новому объекту прав, но, тем не менее, к нему применяются «чужие» нормы и институты. И третье — для нового объекта прав создаются нормы, предназначенные именно для этого объекта, учитывающие его правовую природу и свойства.

На разных этапах развития экономических отношений мы наблюдаем неодинаковое соотношение государственного регулирования и дерегулирования в тех или иных сферах, что зависит от ряда причин. Отказ от правового регулирования может быть обусловлен различными факторами. Это могут быть общественные отношения, которые: государство не считает нужным регулировать; неэффективно регулировать правом; невозможно регулировать правом. Границы между этими группами подвижны и по мере развития тех или иных общественных отношений меняются. При этом одним из основных критериев выбора модели воздействия на общественные отношения

³⁰ Available at: <https://unece.org/fileadmin/DAM/trans/main/wp29/wp29regs/2017/R079r3r.pdf> (дата обращения: 15.09.2020)

являются эффективность / неэффективность правового регулирования и отсутствие / наличие социальной необходимости жесткого регулирования.

Безусловно, реализация Национальной технологической инициативы по направлению в части функционирования телематических транспортных систем, реализации новых бизнес-моделей в данной сфере и продвижения передовых технологических решений нуждается в правовом обеспечении. В складывающихся отношениях затрагиваются права и интересы граждан, бизнеса, государства, часть правовых проблем связана с необходимостью установления новых прав и обязанностей различных групп субъектов, являющихся участниками общественных отношений в сфере информационных систем автотранспортной телематики, решения вопросов ответственности. Это требует их регламентации на законодательном уровне. При этом основной массив правового регулирования должен приходиться на федеральный уровень, поскольку затрагиваются права и обязанности субъектов этих отношений, а также вопросы ответственности.

Одним из основных направлений правового регулирования должны стать общественные отношения, связанные с созданием, эксплуатацией и развитием российской сервисной навигационно-телематической платформы и ее взаимодействием с информационными системами автотранспортной телематики.

Правовое регулирование телематических транспортных систем в настоящее время требуется, прежде всего, в части обеспечения их информационного взаимодействия с российской сервисной навигационно-телематической платформой, передачи ей телематической информации, включенной в указанные системы, а также получения ими информации, содержащейся в сервисной навигационно-телематической платформе в установленных рамках.

Создаваемые в России телематические транспортные системы обладают большим разнообразием, объемом обрабатываемой информации. Но независимо от этих характеристик должны быть решены вопросы порядка формирования и обеспечения функционирования информационных систем автотранспортной телематики; установления целей и принципов создания и функционирования информационной системы; определение состава информационной системы и состава участников отношений, возникающих в связи с созданием и функционированием информационной системы, их права, обязанности и ответственность.

Принципиально важно также установить состав информационного ресурса информационной системы, порядок его формирования и условия обеспечения доступа к такой информации; определить меры, направленные на обеспечение защиты информации, обрабатываемой в информационной системе, в том числе персональных данных.

Существуют два основных подхода к совершенствованию законодательства в сфере транспортной телематики: комплексное регулирование и точечные изменения законодательства. И тот, и другой подходы предполагают изменения в законодательстве, устранение пробелов, в том числе определение правового режима информации, формируемой в процессе использования транспортной телематики, создание условий, обеспечивающих функционирование «Автонет», защиту персональных данных.

У каждого из подходов есть преимущества. В перспективе, безусловно, предпочтительна комплексная правовая регламентация, позволяющая в едином законодательном акте регулировать круг отношений, возникающих в сфере транспортной телематики. Недостатки этого подхода: слабое развитие рассматриваемых отношений, неопределенность в наилучшем решении возникающих проблем, поскольку в значительной степени правовому регулированию подлежит то, чего еще нет, что создает опасность упустить какие-либо вопросы, требующие решения, либо при отсутствии опыта выбрать неоптимальный вариант решения. Внесение «точечных» изменений в законодательство позволяет быстрее выявить проблемные аспекты и оперативно их решить. Однако в перспективе при получении опыта и новых знаний возможно (и необходимо) формирование целостного комплексного правового регулирования.

Уже сейчас очевидно, что нормативное правовое регулирование должно обеспечить формирование инфраструктуры сбора, обработки, хранения и предоставления получаемых данных, решить принципиальный вопрос — кого следует признать обладателем этих данных, в том числе данных, полученных в результате применения технологии «больших данных», что, в свою очередь, оказывает влияние на решение вопроса о том, кому и на каких условиях будут предоставляться эти данные, каков их правовой режим.



Список источников

1. Зубарев С.М. Реализация Национальной технологической инициативы: о соотношении понятий «административные барьеры» и «правовые барьеры» // Административное право и процесс. 2018. № 10. С. 4–9.
2. Комаров В.В., Гараган С.А. Интеллектуальные задачи телематических транспортных систем и интеллектуальная транспортная система // Т-Сотт: Телекоммуникации и транспорт. 2012. Т. 6. №. 4. С. 34–38.
3. Комаров В.В., Гараган С.А. Использование инфраструктуры системы «Эра-ГЛО-НАСС» как основы телематических транспортных систем // Транспорт Российской Федерации. 2016. № 1. С. 22–25.
4. Пржибыл П., Воробьева Т. Комплексность транспортных телематических систем // Актуальные вопросы инновационной экономики. 2014. № 8-2. С. 82–91.

5. Ситдигов И.М. Транспортно-телематическая система как основа информатизации транспортного комплекса // *Сегодня и завтра Российской экономики*. 2012. № 52. С. 151–154.
6. Тихомиров Ю. А. Право: момент покоя или опережающее воздействие на социальные процессы // *Журнал российского права*. 2020. № 4. С. 5–16.
7. Хабриева Т.Я. Право перед вызовами цифровой реальности // *Журнал российского права*. 2018. № 9. С. 5–6.
8. Хабриева Т.Я., Черногор Н.Н. Право в условиях цифровой реальности // *Журнал российского права*. 2018. № 1. С. 85–102.
9. Чучаев А.И., Маликов С.В. Ответственность за причинение ущерба высокоавтоматизированным транспортным средством: состояние и перспективы // *Актуальные проблемы российского права*. 2019. № 6. С. 117–124.
10. Azzopardi M., Cortis D. Implementing Automotive Telematics for Insurance Covers of Fleets. *Journal of technology management and innovation*, 2013, vol. 8, no. 4, pp. 59–67.
11. Guillen M., Nielsen J.P., Pérez-Marín A.M. & Elpidorou V. Can Automobile Insurance Telematics Predict the Risk of Near-Miss Events? *North American Actuarial Journal*, 2020, vol. 24, no. 1, pp. 141–152.
12. Klopff J. Die Verkehrspsychologie im transdisziplinären Spannungsfeld von Technik und Umwelt. Vom Wagenlenker der Antike zum Autonomen Fahren — das neue Bewusstsein der Maschinen? *Psychologie in Österreich*. Themenschwerpunkt: Verkehrspsychologie, 2018, vol. 38, S. 7–18.
13. Pavlenko V. Improving processes of monitoring vehicles using telematics systems // *Вісник Харківського національного автомобільно-дорожнього університету*. 2016, no. 75, pp. 139–144.
14. Pomerantz F.J. Auto insurance telematics data privacy and ownership. *FORC Journal*, 2015, vol. 26, pp. 1–16.
15. Sharpe B., Schaller D. Telematics in The Canadian Trucking Industry. White Paper 2019. International Council on Clean Transportation. Available at: https://theicct.org/sites/default/files/publications/Telematics_Canadian_trucking_industry_20191210.pdf (дата обращения: 15.09.2020)
16. Wahlström J., Skog I., Händel P. Smartphone-Based Vehicle Telematics: A Ten-Year Anniversary. *IEEE Transactions on Intelligent Transportation Systems*, 2017, vol. 18, no. 10, pp. 2802–2825.



References

1. Azzopardi M., Cortis D. (2013) Implementing Automotive Telematics for Insurance Covers of Fleets. *Journal of technology management & innovation*, vol. 8, no. 4, pp. 59–67.
2. Chuchaev A.I., Malikov S.V. (2019) Liability for damage caused by a highly automated vehicle: state and prospects. *Actualnye problemy rossiyskogo prava* = Current Issues of Russian Law, no. 6, pp. 117–124. (In Russ.).
3. Guillen M., Nielsen J.P., Pérez-Marín A.M. & Elpidorou V. (2020) Can Automobile Insurance Telematics Predict the Risk of Near-Miss Events? *North American Actuarial Journal*, vol. 24, no. 1, pp. 141–152.

4. Khabrieva T.Ya., Chernogor N.N. (2018) Law in digital reality. *Zhurnal rossiyskogo prava* = Journal of Russian Law, no. 1, pp. 85–102. (In Russ.).
5. Khabrieva T.Ya. (2018) Law and challenges of digital reality. *Zhurnal rossijskogo prava* = Journal of Russian Law, no. 9, pp. 5–16. (In Russ.).
6. Klopff J. (2018) Die Verkehrspsychologie im transdisziplinären Spannungsfeld von Technik und Umwelt. Vom Wagenlenker der Antike zum Autonomen Fahren — das neue Bewusstsein der Maschinen? *Psychologie in Österreich*. Themenschwerpunkt: Verkehrspsychologie, vol. 38, S. 7–18. Available at: file:///C:/Users/Антикоп5/Downloads/PIOe_0102-18_Klopff.pdf
7. Komarov V. V., Garagan S. A. (2012) Intelligent tasks of telematics transport systems and intelligent transport system. *T-Comm: Telecommunicatsii i transport*, 2012, vol. 6, no. 4, pp. 34–38. (In Russ.).
8. Komarov V. V., Garagan S. A. (2016) Using the infrastructure of the Era-GLONASS system as the basis of telematics transport systems. *Transport v Rossiskoi Federatsii* = Transport in Russia, no. 1, pp. 22–25. (In Russ.).
9. Pavlenko V. (2016) Improving processes of monitoring vehicles using telematics systems. *Vestnik Khar'kovskogo natsionalnogo avtomobilno-dorozhnogo universiteta* = Herald of Kharkov Car University, № 75. С. 139–144.
10. Pomerantz F. (2015) Auto insurance telematics data privacy and ownership. *FORC Journal*, vol. 26, pp. 1–16.
11. Przybyl P., Vorobyova T. (2014) Complexity of transport telematics systems. *Aktualnie voprosi innovatsionnoi ekonomiki* = Current Issues of Innovation Economics, no. 8–2, pp. 82–91. (In Russ.).
12. Sitdikov I. M. (2012) Transport and telematics system as the basis for Informatization of the transport complex. *Segodnya i zavtra rossiyskoy ekonomiki* = Today and tomorrow of the Russian economy, no. 52, pp. 151–154. (In Russ.).
13. Sharpe B., Schaller D. (2019) Telematics in The Canadian Trucking Industry. White Paper December 2019. International Council on Clean Transportation. 24 p. Available at: : https://theicct.org/sites/default/files/publications/Telematics_Canadian_trucking_industry_20191210.pdf.
14. Tikhomirov Yu. A. (2020) Law: the moment of rest or the anticipatory impact on social processes. *Zhurnal rossiyskogo prava* = Journal of Russian Law, no. 4, pp. 5–16. (In Russ.).
15. Wahlström J., Skog I. and Händel P. (2017) Smartphone-Based Vehicle Telematics: A Ten-Year Anniversary. *IEEE Transactions on Intelligent Transportation Systems*, vol. 18, no. 10, pp. 2802–2825.
16. Zubarev S. M. (2018) Implementation of the National technological initiative: on the correlation of the concepts “administrative barriers” and “legal barriers”. *Administrativnoe pravo i protsess* = Administrative Law and Process, no. 10, pp. 4–9. (In Russ.).

Информация об авторах:

Л.К. Терещенко– доктор юридических наук, доцент.

Ю.В.Трунцевский– доктор юридических наук, профессор.

Ф.А. Лещенков– научный сотрудник.

Information about the authors:

L.K. Tereschenko — Doctor of Science (Law), Associate Professor.

Yu.V. Truntsevski — Doctor of Science (Law), Professor.

F.A. Leschenkov — Researcher.

Статья поступила в редакцию 07.03.2021; одобрена после рецензирования 19.05.2021; принята к публикации 26.05.2021.

The article was submitted 07.03.2021; approved after reviewing 19.05.2021; accepted for publication 26.05.2021.

Научная статья

УДК 347.4: 347.78

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.5.192.214

Договорные отношения с участием исполнителей, изготовителей фонограмм и организаций вещания



Наталья Владимировна Бузова

Российский государственный университет правосудия, Москва, Россия, nbuzova@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0003-2268-0345>



Аннотация

В индустрии творчества частные интересы не могут быть удовлетворены только за счет собственных действий и реализации собственных творческих способностей. Необходимо согласованное взаимодействие творческих профессий и шоу-бизнеса. Заключаются различного рода договоры, которые не всегда относятся к осуществлению интеллектуальных прав. Гражданский кодекс Российской Федерации более детально регламентирует договорные отношения, связанные с использованием авторских произведений, не уделяя должного внимания договорам с исполнителями, изготовителями фонограмм и вещательными организациями. Это приводит к возникновению в процессе правоприменения различного толкования положений законодательства. Исполнители, изготовители фонограмм и вещательные организации заключают не только договоры о распоряжении исключительным правом, включая договор об отчуждении исключительного права и лицензионный договор о предоставлении права использования. Возможны также соглашения о распределении вознаграждения за использование, об управлении правами, в том числе на доверительной основе, и другие. В статье рассматриваются некоторые виды гражданско-правовых договоров, касающихся объектов смежных прав. Анализируются некоторые договорные отношения, касающиеся смежных прав, как поименованные в главе 71 Гражданского кодекса Российской Федерации, так и не поименованные в ней, но встречающиеся на практике. Проводится сравнение схожих договорных отношений, касающихся объектов авторского права и объектов смежных прав. Важно отличать договоры в сфере оказания услуг с участием исполнителей, изготовителей фонограмм, вещательных организаций от договоров об осуществлении интеллектуальных прав. Если в договорах первой группы особого внимания заслуживает полезный эффект, достигаемый от действий услугодателя, то во второй группе договоров существенное значение

при исполнении договора имеют личность правообладателя как стороны по договору, а также особые характеристики результата интеллектуальной деятельности. Пользователь (услугополучатель) должен определить, что для него имеет первостепенное значение, так как от этого будет зависеть существо договора с исполнителем, изготовителем фонограммы и вещателем, его предмет и содержание.



Ключевые слова

автор, интеллектуальное право, исключительное право, исполнение, исполнитель, лицензионный договор, смежные права, фонограмма

Для цитирования: Бузова Н.В. Договорные отношения с участием исполнителей, изготовителей фонограмм и организаций вещания // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 5. С. 192–214. DOI: 10.17323/2072-8166.2021.5.167.192–214.

Research article

Contractual Relations with Participation of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations



Natalia V. Buzova

Russian State University of Justice, Moscow, Russia, nbuzova@yandex.ru, ip_laboratory@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0003-2268-0345>



Abstract

In the creative industry, private interests cannot be satisfied only through their own actions and the realization of their own creative abilities. Coordinated interaction between representatives of creative professions and show business is needed. Various types of contracts are concluded, which do not always relate to the exercise of intellectual rights. The Civil Code of the Russian Federation regulates in more detail contractual relations related to the use of copyrighted works, not paying due attention to agreements with performers, producers of phonograms and broadcasting organizations, which leads to a different interpretation of the legislation in the process of enforcement. Performers, producers of phonograms and broadcasting organizations conclude not only contracts on the disposal of exclusive rights, including assignment agreements and licences, contracts on the distribution of remuneration for use, on the management of rights, including entrusted management agreements and others are possible. The article discusses some types of civil law contracts related to objects of related rights. The author analyzes some contractual relations related to neighboring rights, both named in chapter 71 of the Civil Code of the Russian Federation and not named in it, but occurring in practice. A comparison is made of similar contractual relationships relating to copyright and neighboring rights. It is important to distinguish contracts in the field of services with participation of performers, producers of phonograms, broadcasting organizations from contracts on the exercise of intellectual rights. If in the contracts of the first group special attention deserves the useful effect achieved by the actions of the service

provider, then in the second group of contracts, the identity of the copyright holder as a party to the contract and the special characteristics of the result of intellectual activity are of great importance in the performance of the contract. The user (service recipient) must determine what is of paramount importance to him, since the essence of the contract with the performer, phonogram producer and broadcaster, its subject and content will depend on it.

Keywords

author, intellectual right, exclusive right, performance, performer, license contract, neighboring rights, phonogram

For citation: Buzova N.V. Contractual Relations with Participation of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, 2021, no. 5, pp. 192–214. (In Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2021.5.192.214.

Введение

В век, когда научно-технический прогресс создает новые информационные технологии и способы взаимодействия между людьми, романы, стихи, песни, музыкальные композиции, сценарии и другие произведения запылились бы на полках библиотек, архивов и домашних коллекций, если бы деятельность исполнителей, производителей фонограмм, организаций вещания не позволяла бы предъявить общественности (публике) результаты творческой деятельности как в живом исполнении, в записи, так и посредством вещания. Но вовлекая исключительные права на результаты деятельности указанных субъектов в коммерческий оборот, заинтересованные лица вступают с данными субъектами в правоотношения, в том числе заключают с ними различные договоры.

В отношении результатов интеллектуальной деятельности исполнителей, изготовителей фонограмм, организаций вещания, изготовителей баз данных и публикаторов (не путать с издателями!) в соответствии с Гражданским кодексом Российской Федерации (далее — ГК РФ) на территории России признаются смежные права и устанавливается порядок использования объектов смежных прав.

Правам, смежным с авторскими, посвящена гл. 71 ГК РФ, в которой нашли отражение некоторые положения, касающиеся договоров о распоряжении исключительным правом на объекты смежных прав (договора об отчуждении исключительного права и лицензионного договора о предоставлении права использования (ст. 1307, 1308)). Как следует из п. 2 ст. 1233 ГК РФ, к таким договорам применяются общие положения об обязательствах (ст. 307–419) и договоре (ст. 420–453). Другие договоры, касающиеся объектов смежных прав, в гл. 71 ГК РФ не поименованы. В то же время результаты интеллектуальной деятельности могут быть созданы совместно несколько-

ми лицами, и правообладатели соглашением сторон могут определить порядок реализации своих интеллектуальных прав. Осуществление интеллектуального права, принадлежащего правообладателю, возможно также через его представителя. Кроме того, исполнители дают концерты публике, изготовители фонограмм изготавливают мастер-кассеты, организации вещания транслируют художественные фильмы и другие аудиовизуальные произведения.

Во всех ли договорных правоотношениях будет идти речь об осуществлении смежных прав исполнителей, изготовителей фонограмм, вещательных организаций и других субъектов смежных прав?

1. Договоры с исполнителями, изготовителями фонограмм и организациями вещания: некоторые классификации

В юридической литературе приводится множество классификаций договоров в сфере интеллектуальной собственности. Например, некоторые специалисты выделяют систему договоров, обеспечивающих оборот исключительных прав [Минбалеев А.В., Рахматуллина Р.Ш., Санникова Л.В., Харитова Ю.С., 2018: 6], которую составляют договоры об отчуждении исключительных прав, о передаче исключительных прав, об оказании услуг в сфере интеллектуальной собственности, о представительстве и управлении.

Е.А. Моргунова помимо договоров о распоряжении исключительным правом выделяет еще четыре группы договоров в сфере интеллектуальной собственности: 1) договоры, направленные или связанные с созданием результатов интеллектуальной собственности; 2) договоры, направленные на осуществление иных интеллектуальных прав; 3) договоры на оказание юридических услуг в сфере интеллектуальной собственности; 4) соглашения о порядке осуществления интеллектуальных прав между их сообладателями [Карелина М.М. и др., 2019: 87].

Все ли эти группы договоров характерны для объектов смежных прав?

При заключении договоров следует учитывать, в частности, правовую природу результата, на достижение которого направлен договор, его правовые характеристики, юридические факты, которые являются основанием возникновения прав, содержание прав и обязанностей сторон и объем передаваемых или предоставляемых прав.

Можно выделить отдельную группу договорных отношений с участием исполнителей, изготовителей фонограмм, вещательных организаций, изготовителей баз данных и публикаторов, которые направлены на использование объектов смежных прав. Такую группу целесообразно отличать от

договорных отношений с участием указанных лиц, в результате которых возникают обязательства по оказанию услуг в сфере шоу-бизнеса.

С одной стороны, если зритель покупает билет на спектакль, то он вступает с исполнителем в договорные отношения по оказанию услуги. В результате оказания такой услуги возникает результат интеллектуальной деятельности — исполнение. Однако правоотношения зрителя и исполнителя по оказанию услуги не распространяются на дальнейшее публичное использование созданного в процессе спектакля исполнения. Та же ситуация возникает и когда исполнитель или его продюсер заинтересован в популяризации исполнения и заключает договор об оказании услуги с вещательной организацией по трансляции этого исполнения на радио или телевидении. С другой стороны, если вещательная организация или иное лицо заинтересовано в использовании исполнения, например, посредством записи и/или сообщения в эфир или по кабелю, ей необходимо заключить с исполнителем договор о распоряжении исключительным правом на исполнение.

В первом примере можно говорить о договоре оказания услуги в сфере индустрии творчества и шоу-бизнеса, а во втором — о договоре о распоряжении исключительным правом. В договоре о распоряжении исключительным правом (применительно к описанным выше случаям) предметом является объект смежных прав.

В договоре об оказании услуги в сфере индустрии творчества и шоу-бизнеса в качестве предмета следует рассматривать деятельность или действие исполнителей, изготовителей фонограмм, организаций вещания, изготовителя базы данных или публикатора (в некоторых странах к данной категории субъектов относят также продюсеров, организаторов зрелищных мероприятий), направленное на полезный эффект нематериального характера, возникающий при представлении исполнений, создании фонограмм, баз данных, трансляции произведений и посмертном обнародовании произведений. При этом в такой группе договоров наблюдается связь оказываемой услуги с личностью исполнителя (услугодателя), сам результат осуществленной деятельности не существует в отрыве от исполнителя по договору.

Указанные группы договоров направлены на достижение разного положительного эффекта. К договорам об оказании услуги в сфере индустрии творчества и шоу-бизнеса (в данной статье это понятие используется в широком смысле) условно можно отнести договор о создании мастер-кассеты, договор о предоставлении услуги абонентам оператором кабельной связи, договор доверительного управления, договор получения, агентский договор и др.

Практическое применение деления гражданско-правовых договоров, касающихся результатов интеллектуальной деятельности, в частности, объектов смежных прав, на две указанные группы выражается, например, в неко-

торых отличиях способов защиты, применяемых в случаях нарушения прав при исполнении договоров.

2. Договоры о распоряжении исключительным правом

К договорам о распоряжении исключительным правом относятся договоры об отчуждении исключительного права, лицензионный договор о предоставлении исключительного права, договор залога, договор коммерческой концессии.

В России договор об отчуждении исключительного права предполагает передачу исключительного права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации в полном объеме (ст. 1234 ГК РФ), в отличие от других правопорядков, в которых допускается передача прав частично (например, отдельных правомочий) или на ограниченный период, как это имеет место в Великобритании [Arlin T., Davis J., 2017: 150]. Передача исключительного права допускается в отношении всех объектов смежных прав (ст. 1307 ГК РФ); ограничений такой передачи ГК РФ не предусматривает.

Передача исключительного права на изобретения, полезные модели, промышленные образцы или товарные знаки, правовая охрана которых ограничена территорией того государства или региона, в котором зарегистрирован или на который распространяет свое действие регистрация такого объекта, осуществляется на территории действия такой регистрации, и как правило, может быть подтверждена сведениями из официального реестра, ведение которого осуществляет уполномоченный орган.

Применительно к объекту авторского права, заключая договор об отчуждении исключительного права, в текстах договоров стороны часто указывают на передачу исключительного права на территории всего мира, понимая под этим государства, где действует авторско-правовая охрана такого произведения (177 государств-участников Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений¹, включая Россию). Что касается объектов смежных прав, подход к передаче исключительного права требует дополнительного внимания.

Созданные в РФ объекты смежных прав охраняются не только в России, но и в других странах, в том числе на основе принципов взаимности и в соответствии с международными договорами. Единый международный договор, касающийся всех объектов смежных прав, отсутствует. Положения о

¹ См.: Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works. Contracting Parties. World Intellectual Property Organization. Available at: URL: <https://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/documents/pdf/berne.pdf> (дата обращения: 01.09.2019)

правах исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций находят отражение в нескольких многосторонних международных договорах, предусматривающих положения о национальном режиме, который должен предоставляться зарубежным правообладателям. К таким международным договорам относятся: Международная конвенция об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций (Рим, 26.10.1961) (далее — Римская конвенция) (ст. 2)², Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам (Женева, 20.12.1996) (ст. 4)³, Соглашение о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности (ст. 3)⁴.

Конвенция о распространении несущих программы сигналов, передаваемых через спутники (Брюссель, 21.05.1974), Конвенция об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм (Женева, 29.10.1971) не обещают международной правовой охраны передачам организаций вещания и фонограммам соответственно, а только дают правовые ориентиры такой охраны на национальном уровне договаривающихся сторон и принятия мер правовой защиты в случае нарушений.

Поскольку Россия участвует в перечисленных выше многосторонних международных актах в сфере интеллектуальной собственности, исполнения российских исполнителей, фонограммы российских изготовителей фонограмм и вещание организаций вещания охраняются, и права на них могут переходить по договору в тех государствах, где таким объектам обеспечивается охрана⁵. Вместе с тем международный договор, предусматривающий специальную международную правовую охрану баз данных, которые в России признаются объектами смежных прав, так и остался на уровне проекта, рассматриваемого в рамках Постоянного комитета по авторским и смежным правам Всемирной организации интеллектуальной собственности. Также не предусмотрено международной охраны права публикатора, хотя ряд европейских стран предоставляет такую охрану. В связи с этим права изготовителей баз данных и публикаторов на их объекты признаются в зарубежных странах и охраняются на основе принципа взаимности.

² International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations. Contracting Parties: World Intellectual Property Organization. Available at: URL: <https://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/documents/pdf/rome.pdf> (дата обращения: 01.09.2019)

³ WIPO Performances and Phonograms Treaty. Available at: URL: <https://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/documents/pdf/wppt.pdf> (дата обращения: 01.09.2019)

⁴ Национальный режим для исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций по Соглашению ТРИПС применяется только в отношении прав, предусмотренных данным международным соглашением.

⁵ При этом необходимо учитывать особенности передачи прав, предусмотренные национальными законодательными актами участников международных договоров.

В зарубежных правовых системах в отношении объектов смежных прав может быть предоставлен иной (отличный от предусмотренного в России) правовой режим, например, в Великобритании вещание отнесено к объектам авторского права. Кроме того, в зарубежных государствах отличаются подходы к распоряжению исключительным правом. Например, в Японии смежные права могут быть переданы в полном объеме или частично (ст. 103 и 61 Закона Японии от 06.05.1970 «Об авторском праве» с изменениями⁶), в Германии, как правило, говорят о лицензионных договорах. Кроме того, применительно к исполнителям в §§ 78 и 75 Закона Германии от 09.09.1965 «Об авторском праве и смежных правах»⁷ отмечается, что не могут быть уступлены права на запись, воспроизведение и распространение, а также право на получение вознаграждения за прокат и предоставление видео- или аудионосителей в безвозмездное пользование.

Таким образом, объем правовой охраны, к одной из характеристик которой относят территорию действия исключительного права, каждый раз будет подлежать уточнению. Так, например, специалисты предлагают при отчуждении исключительного права на базу данных указывать все государства, на территории которых передается данное право, поскольку при неуказании соответствующего государства исключительное право в таком государстве не перейдет [Калятин В.О., 2018: 107]. Данная позиция представляется дискуссионной, так как для отчуждения исключительного права правообладатель должен определить в договоре все те страны, где его объект охраняется. В противном случае нельзя однозначно сказать, что исключительное право перейдет к приобретателю в полном объеме, а любое ограничение права по договору дает основание рассматривать данный договор в соответствии с ГК РФ как лицензионный (п. 3 ст. 1233 ГК РФ).

В отдельных случаях законодатель поставил момент передачи смежных прав в зависимость от необходимости и возможности государственной регистрации результата интеллектуальной деятельности. Право на использование объекта смежных прав предоставляется и исключительное право на объекты смежных прав переходит, как правило, в момент подписания договора или в срок, указанный в договоре.

Для предоставления правовой охраны объектам смежных прав, осуществления и защиты прав на них, так же, как и на объекты авторского права, не требуется государственной или иной регистрации, депонирования или совершения каких-либо иных формальностей. Вместе с тем, если объектом

⁶ Copyright Act (Act No. 48 of May 6, 1970). World Intellectual Property Organization. Available at: <https://wipolex.wipo.int/en/text/577555> (дата обращения: 10.10.2020)

⁷ Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte. World Intellectual Property Organization. Available at: <https://wipolex.wipo.int/en/text/462249> (дата обращения: 01.09.2019)

смежных прав является база данных, ее правообладатель по своему желанию может регистрировать такую базу данных в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности, функции которой исполняет Роспатент (п. 3 ст. 1334 ГК РФ). Кроме того, что такая регистрация может служить в суде в случае спора одним из доказательств существования данной базы данных в объективной форме на определенную дату, факт государственной регистрации базы данных как объекта смежных прав является основанием применения к ней положений ст. 1232 и 1262 ГК РФ, а именно: отчуждение исключительного права на такую базу данных по договору также подлежит государственной регистрации, в противном случае переход исключительного права считается не состоявшимся (п. 6 ст. 1232)⁸. Право на такую базу данных переходит в момент государственной регистрации. Требование о государственной регистрации не распространяется на лицензионные договоры о предоставлении права использования зарегистрированной базы данных.

Каких-либо ограничений предоставления права использования объектов смежных прав в России законодательно также не установлено. Предусмотренные ст. 1236 ГК РФ виды лицензионных договоров применимы ко всем объектам смежных прав. Предоставление права использования объекта смежных прав возможно как на условиях простой (неисключительной) лицензии, так и на условиях исключительной лицензии (без сохранения за лицензиаром права выдачи лицензий другим лицам). Информации о предоставлении в России в отношении объектов смежных прав принудительных лицензий (ст. 1239 ГК РФ) не имеется.

С 2014 года ГК РФ дополнен положениями об открытых лицензиях на объекты смежных прав. Открытая лицензия на объект смежного права предполагает заключение лицензионного договора на условиях простой (неисключительной лицензии) в упрощенном порядке (п. 2 ст. 1308), к которому применяются положения ст. 1286.1 ГК РФ. Некоторые специалисты ставят под сомнение возможность распространения положений об открытых лицензиях на объекты смежных прав, отмечая, что в настоящее время предметом открытой лицензии в смысле ст. 1286.1 может быть только право использования произведения литературы, науки или искусства [Калятин В.О. (б), 2018: 60].

Такой лицензионный договор, как открытая лицензия, рассматривается в качестве договора присоединения. Открытая лицензия может предусматривать условия о том, что акцепт такого договора лицензиатом может выра-

⁸ Такое требование обусловлено необходимостью поддержания Реестра баз данных РФ, который ведет Федеральная служба интеллектуальной собственности, в актуальном состоянии в части сведений о правообладателях.

жаться в совершении им конклюдентных действий, определенных в данной лицензии (абз. 2 п. 1 ст. 1286.1 ГК РФ). Условия открытой лицензии должны быть доступны для ознакомления неопределенному кругу лиц (например, упаковка экземпляра, сайт правообладателя, информация, сопровождающая объект при попытке его загрузки на компьютер), и возможность ознакомления лицензиата с такой лицензией должна быть обеспечена лицензиаром до начала использования охраняемого объекта. Примером таких лицензионных договоров служат «оберточные лицензии», известные со времен Закона Российской Федерации от 23.09.1992 № 3523-I «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных» (п. 3 ст. 14), где все существенные условия лицензионного договора были изложены на экземплярах (упаковке) программы для ЭВМ или базы данных, и считается, что пользователь, вскрывая упаковку, соглашается с условиями лицензии.

В статье 1286.1 ГК РФ законодатель развил идею «оберточных лицензий», предоставив правообладателю более широкие возможности по заключению лицензионных договоров по различному типу моделей, в том числе получающему все большее распространение в сети Интернет использованию на условиях «Creative Commons».⁹

По общему правилу, установленному в п. 3 ст. 423 ГК РФ, гражданско-правовой договор предполагается возмездным, если из закона, иных правовых актов, содержания или существа договора не вытекает иное. Однако в отношении открытых лицензий предусмотрено иное правило. В абз. 1 п. 3 ст. 1286.1 ГК РФ установлена опровержимая презумпция безвозмездности такого договора, т.е. если в договоре не предусмотрено иное, открытая лицензия считается безвозмездной. В объем предоставляемых лицензиату правомочий может быть включено также право на использование принадлежащего ему произведения для создания нового результата интеллектуальной деятельности. Неуказание территории дозволенного использования охраняемого объекта предполагает возможность его использования на территории всего мира.

Такую лицензию не следует рассматривать как отказ правообладателя от своих прав, так как он сохраняет за собой контроль за использованием охраняемого объекта, право осуществления и распоряжения исключительным правом и право запрета использования объекта за пределами предоставленных прав. Правообладатель также вправе обращаться за защитой своих прав в случаях их нарушения и требовать применения мер защиты в соответствии ст. 1252 ГК РФ.

⁹ При этом необходимо делать оговорку: в каждой стране возможность такого использования и его пределы подлежат уточнению.

Может показаться, что отдельные элементы, касающиеся порядка и условий заключения открытых лицензий, раскрываются в ст. 1233 ГК РФ. Однако, как следует из абз. 9 п. 5 ст. 1233, положения указанного пункта ст. 1233 не применяются к открытым лицензиям. Заявления о предоставлении любым лицам возможности безвозмездно использовать принадлежащие ему объекты смежных прав на определенных правообладателем условиях и в течение указанного им срока отличаются от открытых лицензий. Размещение заявления является основанием для возникновения у правообладателя обязанности воздержаться от предоставления права использования соответствующего результата, а третьего лица — от права использования этого результата. Для правообладателя, сделавшего заявление, вне зависимости от использования третьим лицом или согласия на использование, указанного в заявлении результата интеллектуальной деятельности, наступают правовые последствия, в частности, приведенные в абз. 7 п. 5 ст. 1233, а также невозможность последующего заключения лицензионных договоров на условиях, определенных в заявлении.

В ст. 1233 законодатель предусмотрел самостоятельный способ распоряжения исключительным правом на произведения и объекты смежных прав. Некоторые специалисты расценивают положения п. 5 ст. 1233 как вводящие одностороннее ограничение правообладателем своего исключительного права с целью расширения возможностей использования объектов авторского права и смежных прав в Интернете [Павлова Е.А., 2018: 86].

Такое заявление не следует рассматривать как публичную оферту договора присоединения о предоставлении права использования на безвозмездной основе. Сделав заявление, предусмотренное п. 5 ст. 1233, правообладатель не может предоставлять третьим лицам по лицензионному договору право использования результата интеллектуальной деятельности в отношении тех способов использования, которые обозначены в заявлении. Однако редакция п. 5 допускает различное толкование.

В течение указанного правообладателем срока любое лицо вправе использовать данное произведение или данный объект смежных прав на определенных правообладателем условиях (п. 5 ст. 1233). Заявление правообладателя представляет собой действие, которое рассматривается как односторонняя сделка, а не юридически значимое сообщение (ст. 165.1 ГК РФ). Заявление обращено ко всем и каждому, кто заинтересован в использовании объекта, указанного в заявлении. Оно никуда не направляется и в отличие от юридически значимых сообщений не имеет конкретных адресатов.

Заявление делается путем размещения сообщения на сайте федерального органа исполнительной власти в Интернете. Федеральный орган исполнительной власти, ответственный за размещение соответствующих заявлений, а также порядок и условия их размещения определяются Правительством

РФ. Однако такой орган до настоящего времени не определен. Заявление, сделанное путем размещения информации на сайте федерального органа исполнительной власти, отдаленно схоже с открытыми лицензиями, предусмотренными для объектов патентного права (ст. 1368 ГК РФ). Хотя в отношении изобретений, полезных моделей и промышленных образцов речь идет не об односторонней сделке, как это следует из ст. 1233, а о лицензионном договоре, заключаемом впоследствии с патентообладателем.

По мнению О.М. Козырь, заявление, предусмотренное п. 5 ст. 1233, «представляет собой по существу “направленный” отказ лица от осуществления права на принадлежащий ему объект» [Павлова Е.А., 2018: 87]. Данный подход неоднозначен. Не следует рассматривать такое заявление в качестве отказа от осуществления исключительного права, так как заявление не ограничивает права в самостоятельном использовании (правообладатель может использовать результаты интеллектуальной деятельности самостоятельно), в распоряжении за пределами предоставленных прав (правообладатель может предоставлять право использования по договору способами, не поименованными в заявлении, или на территории, не указанной в заявлении), в запрете неправомерного использования и защите прав, в том числе в судебном порядке (о чем свидетельствует абз. 8 п. 5 ст. 1233 ГК РФ) и т.д. Возможно, имеет смысл объединить положения п. 5 ст. 1233 и ст. 1286.1 в единую правовую конструкцию, позволяющую заключать лицензионные договоры на предоставление права использования объектов авторского права и смежных прав в упрощенном порядке.

В последнее время многие объекты авторского права и смежных прав размещаются правообладателями в «облачных технологиях» с предоставлением к ним доступа через Интернет. В науке идет дискуссия, является ли предоставление доступа к таким объектам через Интернет использованием (а, значит, требует заключения лицензионных договоров), или речь идет о договорах об оказании услуг, поскольку непосредственно объекты на компьютер пользователя не загружаются, следовательно, нецелесообразно говорить о воспроизведении как об одном из способов использования результата интеллектуальной деятельности. В связи с этим возникает много вопросов к понятию использования объектов интеллектуальной деятельности в информационно-телекоммуникационных сетях.

В главе 71 ГК РФ практически не упоминается договор залога в отношении смежных прав, в связи с чем, например, Ю.С. Харитоновна не упоминает объекты смежных прав в качестве результатов интеллектуальной деятельности, исключительные права на которые могут быть предметом залога [Минбалеев А.В., Рахматуллина Р.Ш., Санникова Л.В., Харитоновна Ю.С. 2018: 66]. Однако это опровергается, в частности, положениями ст. 1319 ГК РФ, из которых следует, что исполнитель может заключить договор залога,

предметом которого будет исключительное право на конкретное исполнение, указанное в договоре и принадлежащее данному исполнителю. Если объект в достаточной степени конкретизирован в договоре, и залогодателем выступает непосредственно правообладатель, нет оснований не заключать в отношении объектов смежных прав договоры о залоге исключительного права на них.

По главе 23 ГК РФ залог относится к способам обеспечения исполнения обязательств, при этом залог исключительного права имеет большее правовое значение, так как представляет собой также и самостоятельный договор. Залогу исключительных прав посвящена отдельная ст. 358.1 ГК РФ. Предметом залога может быть исключительное право на любой результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации, в отношении которого допускается распоряжение. Запрета на распоряжение исключительным правом в отношении объектов смежных прав ни ГК РФ, ни другими законодательными актами РФ не предусмотрено, следовательно, ограничений залога в отношении объектов смежных прав не имеется. Как следует из ст. 358.1 ГК РФ, возможен залог исключительного права, а также залог прав по договору об отчуждении или по лицензионному договору. К договору залога исключительного права на исполнения, фонограммы и иные объекты смежных прав применяются общие положения о залоге (ст. 334–356 ГК РФ), а к договору залога прав по договорам — положения о залоге обязательственных прав (ст. 358.1–358.8). ГК РФ допускает использование исполнения, фонограммы и иного объекта смежных прав залогодателем, но, если договором не предусмотрено иное, отчуждение исключительного права без согласия залогодержателя не допускается.

Исходя из положений п. 5 ст. 346 ГК РФ, которые применяются к договорам залога исключительного права, залогодержатель вправе использовать в случаях, предусмотренных договором, результат интеллектуальной деятельности, определенный как предмет залога, регулярно направляя залогодателю отчет о таком использовании. Вместе с тем, коммерческий интерес к таким договорам применительно к смежным правам не будет столь же высок, как это имеет место в отношении исключительного права на товарные знаки.

3. Договоры, направленные или связанные с созданием результатов интеллектуальной деятельности

К договорам, направленным или связанным с созданием результатов интеллектуальной деятельности можно отнести, в частности, договор о создании аудиовизуального произведения (п. 4 ст. 1317 ГК РФ). В договорах на

создание результатов интеллектуальной деятельности к важным аспектам относится положение (условия) о распределении прав.

При создании аудиовизуального произведения (например, художественного, мультипликационного или иного фильма) изготовитель аудиовизуального произведения (продюсер) заключает договоры о создании аудиовизуального произведения с автором сценария, диалогов, художником-постановщиком, композитором, исполнителями и т.д. При заключении такого договора в соответствии с п. 4 ст. 1317 презюмируется, что исполнитель дает свое согласие на использование его исполнения в составе аудиовизуального произведения. Иной подход, например, необходимость заключения дополнительного лицензионного соглашения о предоставлении права использования исполнения после съемок фильма, должен непосредственно быть предусмотрен договором между продюсером и исполнителем. Что касается отдельного использования звука или изображения, которые были зафиксированы в аудиовизуальном произведении, то согласие исполнителя на их использование должно быть прямо выражено в договоре.

На практике с артистами-исполнителями заключаются, например, договоры на выступление исполнителя или договоры участия в съемках аудиовизуального произведения, которые предусматривают, в том числе отчуждение исключительного права на исполнение. Невнимательное изучение исполнителями условий таких договоров может привести к тому, что исполнитель снимался для создания одного аудиовизуального произведения, а его изображение и фрагменты исполнения были использованы в другом аудиовизуальном произведении, как это имело место в отношении актрисы, исполнившей роль в фильме «Тариф Новогодний».

Актриса не снималась в рекламе и не давала согласия на использование ее исполнения в рекламном ролике «Тариф Новогодний», однако кадры из указанного фильма были использованы для создания другого аудиовизуального произведения. Между актрисой и организацией, осуществляющей постановку кинофильма, в сентябре 2008 г. был заключен договор, согласно которому актриса передавала организации исключительное право на использование результатов услуг (исполнения роли) в полном объеме, в любой форме и любыми способами. В договоре указывалось, что актриса уступает (отчуждает) организации исключительное право на исполнение роли в полном объеме. При этом организация по договору обладала также «правом на изменение последовательности кадров, изменение содержания и названия фильма, использование фильма (в том числе и его названия) или его отдельных частей (любых фрагментов фильма) для создания новых аудиовизуальных и иных произведений»¹⁰. В связи с этим все попытки актрисы в

¹⁰ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 19.01.2011 № КГ-А40/17146-10 по делу № А40-168251/09-26-1216 // СПС КонсультантПлюс.

судебном признать исключительные имущественные смежные права на использование в рекламном ролике «Тараф Новогодний» и обязать ответчика опубликовать решение о допущенном нарушении оказались безрезультатными. Судебные органы отказали в удовлетворении иска.

Объекты авторского права могут быть созданы в результате выполнения работ по договорам подрядного типа, в частности, по договору авторского заказа, договору на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ по государственному или муниципальному контракту. В договоре авторского заказа может быть также определен порядок распределения (передачи или предоставления) прав на произведение, которое должно быть создано по такому договору. По общему правилу (п. 3 ст. 1228 ГК РФ) исключительное право первоначально возникает у автора, а договором авторского заказа может быть предусмотрено отчуждение или предоставление права использования произведения, создание которого определено договором заказа.

В ГК РФ предусмотрены положения, относящиеся к договорам заказа произведений науки, литературы и искусства, а также промышленных образцов (ст. 1288, 1372). В отношении объектов смежных прав законодатель не предусмотрел в ГК РФ специальных норм, касающихся договоров подрядного типа, как это имеет место применительно к объектам авторского права и патентных прав. Могут ли создаваться объекты смежных прав по договору заказа?

Договор заказа, который является самостоятельным видом договоров, направленным на создание результата интеллектуальной деятельности, часто рассматривают как договор подрядного типа, поскольку в нем должен быть обозначен результат выполненной работы (в данном случае результат интеллектуальной деятельности), зафиксированный на материальном носителе, и отражены основные характеристики такого результата. Для произведений науки, литературы и искусства могут быть определены объем, вид, жанр, сфере применения, название [Гаврилов Э.П., 2005: 206], тема, краткое содержание [Крашенинников П.В., 2014: 335], проблемные вопросы, сюжет и т.д.

Предварительно задать точные характеристики для некоторых объектов смежных прав проблематично. Заказчика в меньшей степени интересует процесс выполнения самой работы. В связи с этим для таких объектов, как исполнение и вещание, которые сами по себе являются процессом, применения положений о договоре заказа исключается. В отношении этих объектов можно говорить о результатах услуг.

Полагаю, что договор заказа занимает пограничное место. Договор может относиться к категории смешанных договоров и содержать элементы различных видов договоров. Многие условия в договоре заказа оставлены

на усмотрение сторон. Однако при его исполнении важна личность исполнителя, выполняющего определенные действия или осуществляющего конкретную деятельность. В качестве предмета такого договора можно рассматривать совершение действий, имеющих полезный эффект.

Такие результаты интеллектуальной деятельности, как исполнение и вещание, могут быть созданы в процессе оказания услуг по договору. Основная цель, на которую направлены осуществляемые действия по таким договорам — не создание охраняемого результата деятельности, а получение иного положительного эффекта в результате таких действий. Как отметила Е.А. Моргунова, услуга — это «действие, которое приносит пользу контрагенту» [Моргунова Е.А., 2008: 71]. В отношении объектов, которые могут быть созданы при оказании услуги заранее трудно предвидеть результат.

В то же время еще на стадии преддоговорных споров должна быть оговорена возможность записи исполнения, его сообщения в эфир или по кабелю. Например, заключая договор об оказании услуги по музыкальному сопровождению детского утренника, исполнитель может предоставить организатору мероприятия (или иному лицу) право на запись его исполнения и последующее использование записи исполнения на оговоренных в договоре условиях. При этом нельзя исключать возможности создания по договору подрядного типа базы данных, которая будет признаваться объектом смежных прав.

4. Договоры, направленные на осуществление иных интеллектуальных прав

Прежде чем говорить о договорах, направленных на осуществление иных интеллектуальных прав, следует проанализировать, какие иные интеллектуальные права можно выделить применительно к объектам смежных прав. К таким правам можно отнести право на получение вознаграждения за служебное исполнение (ст. 1320 и 1295 ГК РФ). В отношении размера вознаграждения и порядка его выплаты между работодателем и исполнителем может быть заключен договор о вознаграждении за служебное исполнение.

В то же время А.М. Голощاپов отмечает, что некоторые работодатели предусматривают в трудовом договоре положение, согласно которому вознаграждение за использование служебного объекта включено в заработную плату [Голощاپов А.М., 2009: 36]. Некоторые специалисты также указывают на то, что, когда речь идет о служебных результатах интеллектуальной деятельности, «выплата авторского вознаграждения осуществляется в форме премий, доплат, так и в форме гражданско-правовых вознаграждений», но работодатель часто не выплачивает отдельное авторское вознаграждение,

полагая, что заработная плата является не только оплатой труда, но и «оплатой перехода исключительного права» [Минбалеев А.В., Рахматуллина Р.Ш., Санникова Л.В., Харитонов Ю.С., 2018: 144–145]. Вместе с тем представляется, что заложенная в ст. 1295 и 1320 ГК РФ идея предполагает заключение самостоятельного (дополнительного) договора гражданско-правового характера между работодателем и исполнителем о выплате вознаграждения, которая на практике в отношении служебных исполнений часто не реализуется.

Однако нецелесообразно относить к иным правам: право на вознаграждение за свободное воспроизведение фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях (ст. 1245 ГК РФ), право на вознаграждение за публичное исполнение фонограммы, опубликованной в коммерческих целях, право на вознаграждение за сообщение в эфир или по кабелю фонограммы, опубликованной в коммерческих целях (ст. 1326). Указанные права представляют собой элементы исключительного права исполнителей и изготовителей фонограмм, в отношении которого ГК РФ установил ограничение. Полагаю, что договоры по осуществлению таких прав следует выделить в отдельную подгруппу в категории договоров об осуществлении интеллектуального права.

Несмотря на то, что выплата вознаграждения осуществляется в пользу правообладателей, в соответствии с законодательством договоры о выплате вознаграждения за публичное исполнение и сообщение в эфир или по кабелю фонограммы, опубликованной в коммерческих целях, заключаются между пользователями и аккредитованной организацией по управлению смежными правами на коллективной основе. В настоящее время это Общероссийская общественная организация «Общество по коллективному управлению смежными правами «Всероссийская Организация Интеллектуальной Собственности»». Реализация пользователем перечисленными выше способами своего права по использованию результата интеллектуальной деятельности, возникающего вследствие ограничения исключительного права правообладателя, создает для пользователя обязанность по заключению договора с организацией по коллективному управлению и выплате вознаграждения. Такая же обязанность по заключению договора возникает одновременно и у организации по коллективному управлению [Вальдес-Мартинес Э.Р., 2012:111].

По таким договорам пользователь (например, театр, кинотеатр, кафе, ресторан и т.д.) принимает на себя обязательства по выплате вознаграждения за использование фонограмм, опубликованных в коммерческих целях. В договоре определяются размер вознаграждения (например, «0,5% за каждый акт спектакля, в котором публично исполняется фонограмма, от сумм валового сбора, поступающих от продажи билетов»¹¹), условия выплаты (на-

¹¹ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 31.07.2017 по делу № А11-6529/2016 // СПС Консультант Плюс.

пример, выплата вознаграждения осуществляется «на основании подготовленной пользователем справки о публично исполняемых фонограммах»¹²⁾ и порядок выплаты вознаграждения (в частности, «ежемесячно, не позднее 20 числа месяца, следующего за отчетным периодом»¹³⁾).

Договоры о выплате вознаграждения за свободное воспроизведение фонограммы в личных целях заключаются между организацией по коллективному управлению авторскими и смежными правами на коллективной основе (в настоящее время такой организацией является Российский союз правообладателей) и изготовителями и импортерами оборудования и материальных носителей, используемых для воспроизведения фонограмм или аудиовизуальных произведений в личных целях.

Организации по коллективному управлению авторскими и смежными правами на коллективной основе в соответствии с полномочиями, предоставленными им правообладателями, могут заключать с пользователями лицензионные договоры о предоставлении им прав, переданных в управление правообладателями, на соответствующие способы использования. Вместе с тем договоры о выплате вознаграждения следует отличать от лицензионных договоров о предоставлении права использования результата интеллектуальной деятельности, так как право использования предоставляется пользователям на основании закона, договором определяются размер, условия и порядок выплаты вознаграждения.

Однако имеется некоторая неопределенность в части выплаты вознаграждения исполнителю за воспроизведение фонограммы в личных целях, на которую записано служебное исполнение, а также при публичном исполнении, сообщении в эфир или по кабелю фонограммы, опубликованной в коммерческих целях, если исключительное право на такое исполнение принадлежит работодателю или лицу, которому он его передал. Представляется, что право на вознаграждение за такое использование остается за исполнителем, а указанное использование исполнения осуществляется как исключение или ограничение исключительного смежного права.

5. Договоры об осуществлении интеллектуальных прав на совместные результаты интеллектуальной деятельности

Нередко исполнители объединяются в творческие коллективы: музыкальные группы, ансамбли. Для управления своими правами они могут пригласить продюсера, выбрать руководителя творческого коллектива из участников творческого коллектива либо осуществлять свои права сообща

¹² Там же.

¹³ Там же.

и без посторонней помощи. Между участниками группы могут заключаться соглашения о распоряжении правами на совместно созданные результаты интеллектуальной деятельности. В соглашении между членами коллектива исполнителей (ст. 1229, 1314 ГК РФ) определяется порядок осуществления прав, распределения доходов от использования совместного исполнения. Участники творческого коллектива могут принять решение о совместном распоряжении правами и зафиксировать его в соглашении или выбрать лицо, которое от их имени будет распоряжаться правами. В соглашении также может быть определено, что каждый участник творческого коллектива имеет право заключать договоры о распоряжении правами на совместные результаты (в частности, исполнения).

6. Договоры об оказании услуги в сфере индустрии творчества и шоу-бизнеса

Обязательства по оказанию услуг применительно к объектам смежных прав могут возникнуть, в частности, в договоре поручения (например, на подачу заявки на регистрацию базы данных в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности), агентском договоре (продюсер исполнителя выступает в роли его агента), договоре о передаче полномочий по управлению правами и других.

Исключительные смежные права также могут быть объектом доверительного управления (ст. 1013 ГК РФ). Такая ситуация возможна, когда правообладатель не может самостоятельно осуществлять свои права, но в то же время намерен получать вознаграждение от введения исключительных прав на созданные им результаты в гражданский оборот. В таком случае заключается договор доверительного управления. Доверительное управление также может потребоваться в силу определенных жизненных обстоятельств, например, когда малолетний исполнитель остался без родителей и над ним установлена опека, или в отношении исполнителя установлен патронаж.

Представляется, что помимо исключительного права, в доверительное управление могут быть переданы и другие интеллектуальные права, например, право на вознаграждение за служебное исполнение. Е.А. Суханов рассматривает договор доверительного управления как самостоятельную разновидность гражданско-правового договора, порождающего обязательства по оказанию услуг [Суханов Е.А., 2000: 118]. Доверительный управляющий совершает в отношении предоставленных ему прав как фактические, так и юридические действия, выступая при этом от собственного имени, но с указанием, что он является доверительным управляющим.

При этом мнения специалистов о передаче исключительного права (предоставления права использования) доверительному управляющему по дого-

вору доверительного управления расходятся. По мнению А.С. Аникина, передачи исключительного права по договору доверительного управления не происходит [Аникин А.С., 2008: 193–197]; противоположного мнения придерживается, например, З.Э. Беневоленская [Беневоленская З.Э., 2005: 153]. Специальных положений в ГК РФ по данному вопросу нет. Отсутствует в ГК РФ и запрет на отчуждение исключительного права и предоставление права использования по договору доверительным управляющим от своего имени, если такой запрет не предусмотрен договором доверительного управления [Аникин А. С., 2018: 124–125].

В то же время, если исходить из позиции, согласно которой по договору доверительного управления доверительному управляющему передается исключительное право или предоставляется право использования объекта интеллектуальной собственности, то такой договор, касающийся зарегистрированных результатов интеллектуальной деятельности, в соответствии с положениями ст. 1232 ГК РФ подлежит государственной регистрации.

Следует отличать договор доверительного управления от договора с организацией по управлению авторскими и смежными правами на коллективной основе. При договоре с организацией по коллективному управлению авторским или смежными правами такая организация выступает и совершает юридические действия не только в интересах, но и от имени правообладателя. Организации по коллективному управлению не могут совершать действия, связанные с осуществлением интеллектуальных прав правообладателей, от собственного имени. Помимо особенностей полномочий управляющих в доверительном управлении и управлении на коллективной основе различия таких договоров проводят также по субъектам (в частности, доверительными управляющими не могут быть некоммерческие организации, и, наоборот, коллективное управление относится к некоммерческой деятельности), предмету, требованиям к форме и порядку заключения [Моргунова Е.А., Фролова Н.М., 2021: 335–339].

Обратим внимание также на некоторые аспекты договора с операторами кабельной связи. Данный договор является договором по предоставлению услуги по обслуживанию коллективной антенны и/или предоставлению услуги связи, заключаемым между операторами кабельной связи и пользователями (абонентами). В результате предоставления такой услуги оператор делает возможным прием на техническое устройство абонента радио- или телепередачи, сообщенной в эфир или по кабелю организацией вещания.

Такие договоры не относятся к договорам о распоряжении исключительным правом на сообщение в эфир или по кабелю, так как операторы кабельной связи не являются первоначальными обладателями исключительного права на сообщение в эфир или по кабелю. Право использования сообщения радио- или телепередачи данные организации получают по лицензионным

договорам с организациями вещания. Такая услуга особенно востребована в крупных городах с многоэтажной застройкой, создающей помехи, препятствующие качественному приему сигналов, несущих радио- и телепередачи.

Заключение

Для творческой индустрии, в которой участвуют исполнители, изготовители фонограмм, организации вещания, характерны не только договорные отношения, связанные с распоряжением исключительным правом на результаты интеллектуальной деятельности, осуществлением интеллектуального права, оказанием услуг в сфере индустрии творчества и шоу-бизнеса, но и другие. Кроме договоров о распоряжении исключительными правами, отметим договор о вознаграждении за служебное исполнение, договоры о выплате вознаграждения за публичное исполнение и сообщение в эфир или по кабелю фонограммы, опубликованной в коммерческих целях, договоры об осуществлении интеллектуальных прав на совместные исполнения, агентский договор с продюсером исполнителя, договор о передаче полномочий по управлению смежными правами.

Договоры, касающиеся прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций, могут быть прямо указаны в части четвертой ГК РФ (например, договор об отчуждении исключительного права, лицензионный договор о предоставлении исключительного права), или же договорные отношения регулируются иными положениями ГК РФ (в частности, договор залога, договор коммерческой концессии).

Услуге как действию свойственна утилитарность, и договорные отношения, связанные с ее предоставлением, направлены на получение полезного эффекта, который может быть достигнут не только посредством действий услугодателя, но и с привлечением третьих лиц. При осуществлении интеллектуальных прав на результаты интеллектуальной деятельности, в том числе при использовании таких результатов, на первое место выдвигается личность создателя результата, его уникальность и незаменимость. В связи с этим при заключении договора важно четко определить его существо, так как от этого будут зависеть предмет и его содержание.



Список источников

1. Аникин А.С. Правовые риски, связанные с использованием конструкции договора доверительного управления для целей коммерциализации интеллектуальной собственности / Вопросы повышения эффективности судебной защиты прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации: Сборник статей. М.: РГУП, 2018. С. 121–126.

2. Аникин А.С. Содержание и осуществление исключительных прав: дис. к.ю.н. М., 2008. 239 с.
3. Беневоленская З.Э. Доверительное управление имуществом в сфере предпринимательства. М.: Волтерс Клувер, 2005. 282 с.
4. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга 1. Общие положения. М.: Статут, 2011. 847 с.
5. Вальдес-Мартинес Э.Р. Правовая характеристика договора о выплате вознаграждения за использование фонограмм // Журнал российского права. 2012. № 2. С. 107–115.
6. Витрянский В.В. Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги. М.: Статут, 2016. 431 с.
7. Гаврилов Э.П. Комментарий к закону об авторском праве и смежных правах. М.: Экзамен, 2005. 384 с.
8. Голощапов А.М. Проблемы выплаты авторского вознаграждения за служебные произведения // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2009. № 11. С. 35–37.
9. Калятин В.О. (а) Право интеллектуальной собственности. Правовое регулирование баз данных. М.: Юрайт, 2018. 186 с.
10. Калятин В.О. (б) Развитие системы регулирования распоряжения правами на интеллектуальную собственность в России // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2018. № 2. С. 54–63.
11. Крашенинников П.В. (ред.) Гражданский кодекс Российской Федерации: Авторское право. Права, смежные с авторскими. Постатейный комментарий к главам 69–71. М.: Статут, 2014. 510 с.
12. Карелина М.М. и др. Интеллектуальная собственность: проблемы судебной защиты. М.: РГУП, 2019. 296 с.
13. Минбалеев А.В., Рахматуллина Р.Ш., Санникова Л.В., Харитоновна Ю.С. Договоры, обеспечивающие оборот исключительных прав. М.: Институт государства и права РАН, 2018. 184 с.
14. Моргунова Е.А. Правовое регулирование договоров в области авторского права. М.: Патент, 2008. 112 с.
15. Моргунова Е.А., Фролова Н.М. Исключительное право в гражданском обороте. М.: Норма, 2021. 496 с.
16. Павлова Е.А. (ред.) Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный). М.: ИЦЧП, 2018. 928 с.
17. Суханов Е.А. (ред.) Гражданское право. Том II. М.: Бек, 2000. 544 с.
18. Aplin T., Davis J. Intellectual property law. Text, cases and materials. Oxford: University Press, 2017, 932 p.



References

1. Anikin A.S. (2018) Legal risks associated with the using design of a trust agreement for commercialization of intellectual property. In: Issues of increasing the efficiency of judicial protection of rights to the results of intellectual activity and means of individualization. Moscow: RGUP, pp. 121–126. (In Russ.).
2. Anikin A.S. (2008) The content and exercise of exclusive rights. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 239 p. (In Russ.).

3. Aplin T., Davis J. (2017) *Intellectual property law*. Oxford: University Press. 932 p.
4. Benevolenskaya Z.E. (2005) *Trust management of property in business*. Moscow: Wolters Kluwer, 282 p. (In Russ.).
5. Braginskiy M.I., Vitryanskiy V.V. (2011) *Contract law. General provisions*. Moscow: Statut, 847 p. (In Russ.).
6. Gavrilov E.P. (2005) Commentary on the law on copyright and related rights. Moscow: Ekzamen, 384 p. (In Russ.).
7. Goloschapov A.M. (2009) Issues of remuneration payment for the work for hire. *Imushhestvenny'e otnosheniya v Rossiyskoy Federacii* = Property Relations in Russia, no. 11, pp. 35–37. (In Russ.).
8. Kalyatin V.O. (a) (2018) *Intellectual Property Law. Legal regulation of databases*. Moscow: Yurayt, 168 p. (In Russ.).
9. Kalyatin V.O. (b) (2018) Development of a system for regulating the disposal of intellectual property rights in Russia. *Imushhestvenny'e otnosheniya v Rossijskoj Federacii* = Property Relations in Russia, no. 2, pp. 54–63. (In Russ.).
10. Karelina M.M. et al. (2019) *Intellectual property: issues of judicial protection*. Moscow: RGUP, 296 p. (In Russ.).
11. Krasheninnikov P.V. (ed.) (2014) Civil Code of the Russian Federation: Copyright. An article-by-article commentary. Moscow: Statut, 510 p. (In Russ.).
12. Minbaleev A.V., Raxmatullina R.S., Sannikova L.V. et al. (2018) *Agreements for the circulation of exclusive rights*. Moscow: RAN, 184 p. (In Russ.).
13. Morgunova E.A. (2008) *Legal regulation of contracts in the field of copyright*. Moscow: Patent, 112 p. (In Russ.).
14. Morgunova E.A., Frolova N.M. (2021) *Exclusive right in civil commerce*. Moscow: Norma, 496 p. (In Russ.).
15. Pavlova E.A. (ed.) (2018) Comments on part 4 of the Russian Civil Code (itemized). Moscow: Norma, 928 p. (In Russ.).
16. Suhanov E.A. (ed.) (2000) *Civil law*. Vol. 2. Moscow: Bek, 544 p. (In Russ.).
17. Valdez-Martinez E.R. (2012) Legal characteristics of the agreement on the payment of remuneration for the use of phonograms. *Zhurnal rossiyskogo prava* = Journal of Russian Law, no. 2, pp. 107–115. (In Russ.).
18. Vitryanskiy V.V. (2016) *Reforming Russian civil legislation: interim results*. Moscow: Statut, 431 p. (In Russ.).

Информация об авторе:

Н.В. Бузова — кандидат юридических наук, ведущий научный сотрудник.

Information about the author:

N.V. Buzova — Candidate of Science (Law), Leading Researcher.

Статья поступила в редакцию 08.05.2020; одобрена после рецензирования 18.09.2020; принята к публикации 14.01.2021.

The article was submitted 08.05.2020; approved after 18.09.2020; accepted for publication 14.01.2021.

Научная статья

УДК: 341.3

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.5.215.235

Формы и правовые последствия начала и окончания вооруженных конфликтов



Петр Петрович Кремнев

Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова, Москва, Россия, intermsu@rambler.ru, <https://orcid.org/0000-0002-6340-2352>



Аннотация

Целью публикации являются анализ проблематики на основе рассмотрения положений действующих международных конвенций, правовой доктрины (в том числе позиции Международного комитета Красного Креста) и межгосударственной практики. Методология статьи — историко-правовой, логический и системный методы научного познания. В контексте юридической доктрины рассматривается квалификация современных форм вооруженных конфликтов: война, международный вооруженный конфликт, вооруженный конфликт немеждународного характера, интернационализированный вооруженный конфликт (анализу которого уделено особое внимание). Основное содержание посвящено правовым последствиям начала и окончания каждой из рассмотренных форм вооруженных конфликтов. Указывается на ошибочность широко распространенных в отечественной правовой доктрине взглядов об автоматическом наступлении правовых последствий состояния войны (а именно на отсутствие соответствующих конвенционных или обычных норм в современном международном праве). Утверждается, что не зафиксировано ни одного официального объявления войны воюющей стороной ни в одном из вооруженных конфликтов, произошедших после окончания Второй Мировой войны. Автор отмечает и обосновывает закрепление в универсальных международно-правовых соглашениях положений о правовых последствиях начала и окончания иных форм (кроме войны) вооруженных конфликтов. Применительно к международным вооруженным конфликтам это касается, в частности, назначения державы-покровительницы, создания в нейтральной стране центрального справочного агентства по делам покровительствуемых лиц, учреждение национально-

го справочного бюро воюющими сторонами, требование освобождения и репатриации военнопленных сразу же по общему окончанию военных действий. В отношении правовых последствий вооруженных конфликтов немеждународного характера указывается на запрещение нападения на гражданских лиц и гражданские объекты, возможность амнистии участников незаконных вооруженных формирований, а также (sic!) на распространение на такие конфликты положений Конвенции о запрещении или ограничении применения видов обычного оружия 1980 года и пяти Протоколов к ней. Обосновывается применение принципа универсальной юрисдикции в отношении военных преступлений, в том числе совершаемых в ходе вооруженного конфликта на юго-востоке Украины.



Ключевые слова

международное право, доктрина, право вооруженных конфликтов, правовые последствия, формы вооруженных конфликтов, Женевские конвенции о защите жертв войны 1949 года

Для цитирования: Кремнев П.П. Формы и правовые последствия начала и окончания вооруженных конфликтов // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 5. С. 215–235. DOI: 10.17323/2072-8166.2021.5.215.235.

Law in the Modern World

Research article

Forms and Legal Consequences of Beginning and End of Armed Conflicts



Pyotr P. Kremnev

Lomonosov Moscow State University, Moscow, Russia, intermsu@rambler.ru, <https://orcid.org/0000-0002-6340-2352>



Abstract

The purpose of the publication is to analyze and draw conclusions on the research issues based on the consideration of the provisions of existing international conventions, legal doctrine (including the position of the International Committee of Red Cross) and international practice. Methodology contain historical and legal, logical and system methods of scholar knowledge. The main content of publication is devoted to the legal consequences of the beginning and the end of each of the forms of armed conflict considered. The article points to the fallacy of widely spread in the domestic legal doctrine views on the “automatic occurrence of the legal consequences of the state of war” (namely, the absence of such conventional or customary norms in modern international law), as well as justifiably argues

that there is no recorded case of an official declaration of war by the belligerent in any of the armed conflicts that occurred in the world after the end of the Second World War. At the same time, on the contrary, it is noted and justified the consolidation in existing international legal agreements of provisions on the legal consequences of the beginning and the end of other forms of armed conflict. In the case of international armed conflicts, this applies, inter alia, to the appointment of a Protecting Power, the establishment of a Central Information Agency for protected persons in a neutral country, the establishment of a National Information Bureau by the belligerents, the requirement for the release and repatriation of prisoners of war immediately after the general end of hostilities. With regard to the legal consequences of non-international armed conflicts, reference is made to the prohibition of attacks on civilians and civilian objects, the possibility of granting amnesty to members of illegal armed groups, and to extend to such non-international armed conflicts the provisions of the 1980 Convention and its Protocols prohibiting the use of certain conventional weapons, which is unjustifiably silent in domestic legal sources. The application of the principle of universal jurisdiction in relation to war crimes, including those committed during the armed conflict in the South-East of Ukraine, is substantiated.



Keywords

international law, doctrine, law of armed conflicts, forms of armed conflicts, legal consequences of armed conflicts, 1949 Geneva conventions

For citation: Kremnev P.P. Forms and Legal Consequences of Beginning and End of Armed Conflicts. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, 2021, no. 5, pp. 215–235. (In Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2021.5.215.235.

Введение

В международно-правовой доктрине, как и в межгосударственной практике в отношении правовых последствий начала и окончания вооруженных конфликтов прежде всего и главным образом указывают на такую форму конфликтов, как война или состояние войны между государствами. В то же время правовые последствия иных форм вооруженных конфликтов обходятся молчанием и остаются практически не рассмотренными в правовой науке. Между тем совокупность норм международного права вооруженных конфликтов (также именуемого «правом вооруженных конфликтов», «международным гуманитарным правом, применяемым в период вооруженных конфликтов», «международным гуманитарным правом») наряду с их главным предназначением — установлением общего порядка и правил ведения вооруженных конфликтов — также содержат конвенционные нормы, регулирующие начало и окончание таких конфликтов. Вышеизложенное объясняет актуальность и служит причиной и основной целью настоящей публикации.

Женевскими конвенциями о защите жертв войны 1949 года¹ и Дополнительными протоколами I и II 1977 года² все вооруженные конфликты подразделяются на международные вооруженные конфликты и вооруженные конфликты немеждународного характера (в англоязычных правовых источниках их также именуют «немеждународными вооруженными конфликтами» — “non-international armed conflicts”³). Следует указать, что формулировка конвенционных положений (ст. 2 Женевских конвенций 1949 г.: «...Конвенция будет применяться в случае объявленной войны или всякого другого вооруженного конфликта...если одна из сторон не признает состояния войны») предопределяет разделение вооруженных конфликтов между воюющими державами на две формы: международные вооруженные конфликты с объявлением состояния войны («война» — для краткости и удобства в изложении) и международные вооруженные конфликты без объявления/признания состояния войны (международные вооруженные конфликты). Основное различие между ними состоит в том, что в случае признания международного вооруженного конфликта состоянием войны презюмируется разрыв мирных отношений между воюющими сторонами, чего не предполагает международный вооруженный конфликт без объявления/признания состояния войны. В связи с этим в академической правовой литературе международные вооруженные конфликты подразделяются на две формы: войну и собственно международные вооруженные конфликты.

Правовая доктрина выделяет еще одну форму вооруженных конфликтов — «интернационализованные вооруженные конфликты». Таким образом, с учетом правовой природы конфликтов и в зависимости от состава участвующих сторон вооруженные конфликты следует разделять на четыре формы: война, международный вооруженный конфликт, вооруженный конфликт немеждународного характера, интернационализованный во-

¹ Женевские конвенции о защите жертв войны от 12.08.1949 (далее — Женевские конвенции 1949 года) включают четыре конвенции: Женевская конвенция от 12.08.1949 года об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях (далее — I Женевская конвенция, ЖК I); Женевская конвенция от 12.08.1949 об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море (далее — II Женевская конвенция, ЖК II); Женевская конвенция от 12.08.1949 об обращении с военнопленными (далее — III Женевская конвенция, ЖК III); Женевская конвенция от 12.08.1949 о защите гражданского населения (далее — IV Женевская конвенция, ЖК IV).

² Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12.08.1949, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (далее — Дополнительный протокол I, Протокол I); Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12.08.1949, касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (далее — Дополнительный протокол II, Протокол II).

³ См.: Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II).

оруженный конфликт. В контексте изложенной юридической конструкции правовые последствия начала и окончания вооруженных конфликтов находятся в прямой зависимости от формы таких конфликтов, и каждая из этих форм имеет свои особенности.

1. Война и ее правовые последствия: практика и юридическая действительность

Война — это юридическое состояние между воюющими державами, связанное в первую очередь с разрывом мирных отношений между ними, а также противоборством вооруженных сил воюющих государств между собой либо без ведения боевых действий между ними. Война или «состояние войны», которое объявляется (как того требует Гаагская конвенция об открытии военных действий (1907)⁴ (далее — III Гаагская конвенция 1907 года) уполномоченными органами или лицами воюющих государств. При этом непосредственные боевые действия могут так и не начаться [Строганов А.И., 1995: 77], главное при этом — юридическое состояние войны, разрыв мирных отношений между воюющими или переход от применения «права мира к праву войны». Помимо обязательного применения права нейтралитета [Bothe M., 2013: 549–680] (ст. 3 III Гаагской конвенции 1907 года), объявление состояния войны дает возможность воюющим сторонам осуществить первоочередные меры уменьшения жертв войны, в первую очередь, среди гражданского населения.

Международные вооруженные конфликты далеко не всегда приводят к состоянию войны между воюющими государствами. Как известно, после Второй Мировой войны произошло более 200 международных вооруженных конфликтов, но при этом крайне затруднительно привести примеры официального объявления войны воюющими государствами. Так, например, самым крупным после Второй Мировой войны является ирано-иракский конфликт с широкомасштабными боевыми действиями, продолжавшийся с 1980 по 1988 годы; по некоторым данным, с обеих сторон погибло около 1 миллиона человек. Однако ни одна из сторон конфликта не принимала официального акта об объявлении состояния войны, дипломатические отношения между ними также не были разорваны [Алиев Ш.М., 2015: 47–53].

В научной литературе отсутствуют упоминания о принятии уполномоченными национальным законодательством органами какого-либо государства актов об объявлении войны противоположной стороне вооруженного

⁴ Статья 1 Конвенции: «...военные действия между ними [воюющими державами] не должны начинаться без предварительного или недвусмысленного предупреждения, которое будет иметь или форму мотивированного объявления войны, или форму ультиматума с условным объявлением войны».

конфликта за весь послевоенный период. Таких официальных заявлений не было сделано, например, ни в ходе Суэцкого кризиса конца 1940-х–начала 1950-х годов⁵, ни во время индо-пакистанского вооруженного конфликта 1965 года [Блищенко В.И., Солнцева М.М., 2005: 340–343], ни за весь период широкомасштабного вооруженного конфликта между Ираком и Ираном 1980—1988 годов, ни в процессе вооруженного конфликта 1982 года между Великобританией и Аргентиной вокруг Фолклендских/Мальвинских островов (в условиях отрицания состояния войны парламент Великобритании тем не менее готов был принять соответствующий акт, если Аргентина объявит о состоянии войны)⁶.

Более того, существует презумпция, что, поскольку Устав ООН (п. 4 ст. 2 Устава) «запретил агрессивную войну» (т.е. неправомерное применение силы в международных отношениях), то факт объявления состояния войны может быть приравнен к акту агрессии. Такая презумпция дала основания «ученым теоретикам утверждать, что понятие войны исчезло» [Kolb R., 2009: 161]. В ответ можно возразить, что, поскольку Устав ООН не воспрещает применять силу в порядке индивидуальной или коллективной самообороны (ст. 51 Устава), то в ответ на акт агрессии подвергшееся вооруженному нападению государство вправе объявить состояние войны агрессору. В связи с этим являются преждевременными выводы, что институт объявления войны прекратил существование, хотя, по меткому выражению, «его постепенное отмирание не может остаться незамеченным» [Dinstein Y., 2011: 32].

Практически во всех отечественных учебных курсах по международному праву презюмируется, что «начало войны приводит прежде всего» [Кожевников Ф.И., 1987: 534] к разрыву дипломатических и консульских отношений между воюющими государствами⁷, сотрудникам дипломатических представительств должна быть дана возможность беспрепятственно покинуть территорию противника, договоры между воюющими сторонами (политические, экономические и иные, рассчитанные на мирное время) прекращают действие. При этом нередко между «формальным объявлением войны или ее фактическим началом» (т.е. началом боевых действий между воюющими сторонами без объявления состояния войны) в отношении правовых последствий практически не делалось различий [Кожевников Ф.Ф., 1987: 534]; [Тункин Г.И., 1982: 510].

В связи с этим необходимо заявить следующее: в международном праве отсутствуют конвенционные нормы, устанавливающие указанные выше

⁵ Security Council. Official Records. 549-th. Mtg. 26 July 1951, para 40–41.

⁶ United Kingdom Materials on International Law // British Yearbook of International Law. 1982: 519–520.

⁷ В некоторых англоязычных источниках говорится не об «автоматическом прекращении», а употребляется менее категоричная формулировка о «потенциальном разрыве дипломатических отношений» в случае объявления войны [Greenwood C., 1987: 283–306].

правовые последствия войны как юридического состояния. Так, в Венской конвенции о дипломатических сношениях (1961) отсутствуют какие-либо положения о разрыве/прекращении дипломатических отношений «как следствия состояния войны между государствами». В данной Конвенции лишь в одной статье устанавливается, что «даже в случае вооруженного конфликта» (sic!, термин «война» не употребляется) государство пребывания должно оказать содействие возможно скорому выезду сотрудников диппредставительства и членов их семей (ст. 44 Конвенции). Аналогичная ситуация складывается по поводу «прекращения действия договоров между воюющими»: в Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года также в единственной статье закреплена норма, что «положения настоящей Конвенции не предрешают ни одного из вопросов, которые могут возникнуть в отношении договора... из начала военных действий между государствами» (ст. 73).

Одновременно необходимо отметить отсутствие оснований полагать, что рассматриваемые нормы (т.е. разрыв дипломатических отношений и прекращение действия договоров между воюющими сторонами) могли иметь обычно-правовой характер, ибо, поскольку указанные Венские конвенции 1961 и 1969 годов являются кодифицирующими, то в случае существования таких международных обычаев они подлежали бы включению в эти конвенции и были бы кодифицированы. Таким образом, широко приводимые в учебных курсах рассмотренные «правовые последствия начала войны» не имеют нормативного происхождения, а основаны на практике Первой и Второй мировых войн. Они основаны на межгосударственной практике (при этом в доктрине отсутствуют доказательства всеобщности такой практики), но не получили признания в качестве правовой нормы.

Наряду с отмеченным, объявление состояния войны влечет внутригосударственные последствия, основанные на национальных актах, принятых в мирное время. Как правило, это законодательство о военном или чрезвычайном положении, вводимое на всей или части территории страны. В соответствии с такими актами меняется структура органов государственной власти и управления, происходит существенное сокращение прав и свобод граждан, осуществляется мобилизация, вводятся обязательные работы на нужды военного времени, устанавливается ответственность за «пособничество или оказание содействия вражескому государству» (в том числе осуществление экономических сделок или иных контактов с противной стороной) и т.п. Так, в СССР с началом Великой Отечественной войны был образован Государственный комитет обороны, которому передавалась вся полнота государственной власти и управления⁸. В первый же день войны, 22.06.1941,

⁸ См.: Указ Президиума Верховного Совета СССР от 30.06.1941 «Об образовании Государственного комитета обороны» // Ведомости Верховного Совета СССР. 1941. № 31.

Указом Президиума Верховного Совета СССР в Европейской части страны было введено военное положение, где власть переходила к военному командованию, объявлялась всеобщая мобилизация, учреждались военные трибуналы (вместо системы судебных органов), вводился комендантский час и другие меры военного времени⁹.

С учетом того, что окончание состояния войны (путем принятия соответствующих односторонних/двусторонних/многосторонних актов или заключения мирных договоров) и правовые последствия окончания такого состояния давно и в достаточной степени изложены в академической и учебной литературе [Грбарь В.Э., 2005: 567]; [Тункин Г.И., 1982: 527–528]; [Кожевников Ф.И., 1987: 561]; [Колосов Ю.М., Кузнецов В.И., 1999: 369–371]; [Кузнецов В.И., 2001: 557–559]; [Бекашев К.А., 2009: 852–853]; [Вылегжанин А.Н., 2009: 654–657], то данное обстоятельство избавляет от необходимости повторного рассмотрения этих вопросов в данной публикации.

В заключение следует отметить следующее. Состояние войны может быть связано с ведением боевых действий между государствами либо без непосредственного вооруженного противоборства между ними. Так, например, целый ряд государств Латинской Америки объявил состояние войны с Германией и ее союзниками лишь накануне образования ООН (что было условием приглашения на учредительную конференцию ООН в Сан-Франциско), но при этом участия в боевых столкновениях с Германией они не принимали, а лишь разорвали с Германией мирные отношения. В случае же объявления войны и ведения боевых действий отношения между воюющими сторонами также регулируются нормами международного вооруженного конфликта. Иными словами война — это международный вооруженный конфликт, сопряженный (или «отягощенный») юридическим состоянием войны между сторонами.

2. Конвенционные нормы начала и окончания международных вооруженных конфликтов

В отличие от состояния войны, обратная ситуация складывается в отношении правовых последствий иных форм вооруженных конфликтов. В доктрине и учебных курсах по непонятным причинам не рассматривается вопрос о том, что наряду с действием международно-правовых норм, регулирующих общий порядок ведения вооруженных конфликтов, начало и окончание международных вооруженных конфликтов сопряжены с рядом правовых последствий, имеющих конвенционное закрепление.

⁹ См.: Указ Президиума Верховного Совета СССР от 22.06.1941 «Об объявлении в отдельных местностях СССР военного положения» // Там же. № 29.

Вооруженное противоборство или использование регулярных вооруженных сил в отношениях между государствами есть ни что иное, как международный вооруженный конфликт — чему, собственно, и посвящены четыре Женевские конвенции 1949 года о защите жертв войны. Кроме этого, согласно Дополнительному протоколу I к такой форме конфликта также относится и ситуация, когда народы ведут борьбу против колониального господства и иностранной оккупации в осуществление своего права на самоопределение (п. 4 ст. 1 Протокола). Принципиальное отличие от предыдущей формы вооруженного конфликта — состояние войны при этом не объявляется. Как известно, содержание термина-понятия «международный вооруженный конфликт» не раскрывается в Женевских конвенциях 1949 года и Дополнительном протоколе I. Однако теоретико-правовой анализ этой формы конфликта и его характерные признаки достаточно представлены в правовой науке [Давид Э., 2000: 147]; [Kolb R., Hyde R., 2008: 75–76]. В целом можно согласиться с утверждением исследователей из Международного комитета Красного Креста (далее — МККК), что международный вооруженный конфликт происходит каждый раз, когда в результате применения силы в отношениях между державами появляются раненые либо во власть противной стороны попадают военнопленные или происходит военная оккупация всей или части территории другого воюющего государства [Сильвен В., 2009: 91–126]. Иными словами, указанные ситуации создают условия применения Женевских конвенций 1949 года.

К правовым последствиям, вытекающим из начала международных вооруженных конфликтов, относятся следующие. Прежде всего укажем на применение системы Держав-покровительниц, на которых возложена охрана интересов каждой из сторон, находящихся в конфликте. С самого начала международного вооруженного конфликта воюющие стороны обязаны без промедления назначить Державу-покровительницу и также без промедления разрешить деятельность Державы-покровительницы, признанной ею в качестве таковой после назначения противной стороной (ст. 5 Дополнительного протокола I). Конвенционные функции Держав-покровительниц важны и обширны — оказание содействия и осуществления контроля¹⁰ в применении I, II и III Женевских конвенций 1949 года (практически дословно совпадающая ст. 8 всех этих трех конвенций). Если по каким-либо причинам Держава-покровительница не назначена или не действует, то находящиеся в

¹⁰ Соответствующие положения статей на русском языке: «Настоящая Конвенция будет применяться при содействии и под контролем (выделено всюду автором. — П.К.) Держав-покровительниц...» (ст. 8 I-й Женевской конвенции) в тексте на английском языке изложены в менее категоричной формулировке: “*The present Convention shall be applied with the co-operation and under the scrutiny of the Protecting Powers...*” — «...при содействии и под наблюдением Держав-покровительниц...».

конflikте стороны обязаны без промедления принять предложение МККК или любой другой беспристрастной, гуманитарной и эффективной организации действовать в качестве субститута (п. 4 ст. 5 Дополнительного протокола I), т.е. фактически выполнять функции Державы-покровительницы.

В период Второй Мировой войны функции Державы-покровительницы военнопленных выполняли Швейцария (представляла интересы 35 государств), Швеция (интересы 28 стран) и США (интересы 12 государств до вступления в войну) [Давид Э., 2000: 434]. После принятия Женевских конвенций 1949 года данный институт практически не применялся, примеры об этом в доступной литературе отсутствуют. В отдельных изданиях МККК [Бьюнзон Ф., 2005: 1156–1157] имеются отрывочные упоминания о практике выполнения квази-функций Державы-покровительницы в отношении следующих международных вооруженных конфликтов: в период Суэцкого кризиса (1956), между Францией и Тунисом вокруг Бизерты (1961), в Гоа между Индией и Португалией (1961), между Индией и Пакистаном (1971), вокруг Фолклендских/Мальвинских островов между Аргентиной и Великобританией (1982)¹¹.

При этом в указанных Комментариях в качестве источников фигурируют не официальные издания правительственных заявлений (что снимало бы все сомнения) о выполнении «функций Державы-покровительницы», а ссылки на материалы негосударственного архива (Keesing's Contemporary Archives) и публикацию швейцарского автора Ж.–П. Нелльвольфа (Jean-Pierre Knellwolf, 1985). Данное обстоятельство заставляет задуматься о достоверности сведений «о пяти известных случаях назначения Державы-покровительницы». Одновременно в указанных источниках отмечается, что такая Держава-покровительница осуществляла не функции «содействия и контроля» в применении соответствующих положений Женевских конвенций 1949 года, а фактически выполняла дипломатические функции представительства и защиты интересов (“...represent ... protect interests”) одной из воюющих сторон на территории другой¹². Таким образом изложенное не дает оснований заявлять о «практике применения института Держав-покровительниц» в пяти указанных случаях.

Такое неудовлетворительное положение дел в дальнейшем и послужило причиной включения в Дополнительный протокол I положения о субституте Держав-покровительниц (п. 4 ст. 5 Протокола) и МККК до настоящего времени остается фактически единственным субъектом, осуществляющим содействие и мониторинг за соблюдением I–III Женевских конвенций и Протокола I [Давид Э., 2000: 435].

¹¹ Commentary on the First Geneva Convention. Cambridge, 2016. P. 395–396.

¹² Ibid. P. 396.

С самого начала конфликта и во всех случаях оккупации стороны конфликта должны учредить национальные справочные бюро по делам военнопленных и иных покровительствуемых лиц (ст. 122 ЖК III, ст. 136 ЖК IV), в обязанность которых входят сбор и концентрация необходимых сведений о раненых, больных и умерших неприятельской стороны и местах их захоронений (ст. 16, 17 ЖК I, ст. 19 ЖК II), военнопленных (ст. 122 ЖК III), интернированных и принудительно поселенных в определенном месте покровительствуемых лицах (ст. 136 ЖК IV). Все эти сведения о покровительствуемых лицах национальное справочное бюро без промедления должно направлять державе, гражданами которой они являются, через посредство Державы-покровительницы или Центрального справочного агентства.

Центральное справочное агентство по делам военнопленных и иных покровительствуемых лиц учреждается, в том числе при содействии МККК, в нейтральной стране (ст. 123 ЖК III, ст. 140 ЖК IV). Оно собирает полученные официальным и частным путем сведения о военнопленных и иных покровительствуемых лицах, а также свидетельства о смерти, опознавательные медальоны, иные документы и ценности, имеющие значение для семьи покровительствуемых лиц, и в кратчайший срок передает их державе, за которой числятся покровительствуемые лица (ст. 16 ЖК I, ст. 139 ЖК IV).

Правовые последствия окончания международных вооруженных конфликтов. Женевские конвенции 1949 года обходят молчанием вопрос о моменте окончания вооруженных конфликтов между воюющими сторонами. Практика свидетельствует, что такие конфликты редко заканчиваются подписанием мирных соглашений. В связи с этим, вероятно, следует согласиться с предположением, что указанный в IV Женевской конвенции (абзац 2 ст. 6) и Дополнительном протоколе I (п. "b" ст. 3) критерий «общего окончания военных действий» обозначает фактическое завершение международного вооруженного конфликта¹³. Последствиями наступления такого момента являются вопросы о прекращении применения положений соответствующих конвенций. Так, I Женевская конвенция устанавливает, что ее действие в отношении попавших в руки противника покровительствуемых лиц прекращается в момент их окончательной репатриации (ст. 5 Конвенции). Поскольку «военнопленные освобождаются и репатрируются тотчас же по прекращении военных действий» (ст. 118 III Женевской конвенции), то с их освобождением прекращает действие Конвенция об обращении с военнопленными 1949 года. При этом военнопленные подлежат освобождению и репатриации даже при отсутствии соответствующих постановлений в соглашении с целью прекращения военных действий между сторонами (абзац 2 ст. 118 Конвенции).

¹³ Комментарий к Женевской конвенции I. М., 2017. С. 119–123.

Помимо общего прекращения действия IV Женевской конвенции с момента окончания военных действий применение соответствующих положений данной Конвенции прекращается по истечении года после общего окончания военных действий (абзац 3 ст. 6 Конвенции). Примечательно, что Дополнительным протоколом I были внесены изменения в сроки «применения Конвенций [I–IV Женевских конвенций 1949 года] и настоящего Протокола...прекращается...на оккупированной территории — по прекращении оккупации» (п. “b” ст. 3 Протокола) [Давид Э., 2011: 598].

3. Вооруженные конфликты немеждународного характера (немеждународные вооруженные конфликты)

Анализ таких конфликтов традиционно осуществляется в контексте положений ст. 1 Дополнительного протокола II 1977 года: вооруженный конфликт, «...происходящий на территории какой-либо Высокой Договаривающейся Стороны между ее вооруженными силами и антиправительственными вооруженными силами или другими организованными вооруженными группами, которые, находясь под ответственным командованием, осуществляют такой контроль над частью ее территории, который позволяет им осуществлять непрерывные и согласованные военные действия и применять настоящий Протокол». Между тем ст. 3, общая для всех Женевских конвенций 1949 года, дает несколько иное определение такого конфликта: «...вооруженный конфликт, не носящий международного характера и возникающий на территории одной из Высоких Договаривающихся Сторон». Таким образом, в отличие от Дополнительного протокола II, под такой конфликт подпадает ведение антиправительственными вооруженными формированиями (незаконные вооруженные группы и формирования) не только против собственно правительственных регулярных вооруженных сил, но и против вооруженных формирований правоохранительных органов (например, МВД России) или спецподразделений (ФСБ, как во время вооруженного конфликта 1990-х годов на территории Чеченской Республики), а также боевые столкновения между самими незаконными вооруженными формированиями¹⁴. Кроме того, такие боевые действия могут быть не обязательно «непрерывными», но и «регулярными или периодическими», а незаконные вооруженные формирования могут и не иметь общего «ответственного» командования и действовать разрозненно. Таким образом, общая ст. 3 Женев-

¹⁴ Данное предположение не является «надуманной теоретической гипотезой». Многократные боевые столкновения между антиправительственными вооруженными формированиями (без какого-либо участия в этом правительственных вооруженных сил) в период вооруженного конфликта в Таджикистане в 1990-х годах подтверждают такое утверждение.

ских конвенций 1949 года очерчивает более широкие рамки для квалификации вооруженных конфликтов немеждународного характера.

Немеждународные вооруженные конфликты, несмотря на незначительное количество регулирующих их норм, также имеют правовые последствия, главным образом устанавливающие порядок ведения таких конфликтов обеими сторонами — как регулярными правительственными силами, так и участниками незаконных вооруженных формирований. К общим положениям относятся нормы гуманного обращения с прекратившими участие в непосредственных боевых действиях лицами, справедливое судебное разбирательство, общая защита гражданского населения и гражданских объектов от опасностей, связанных с ведением военных операций, введение на части территории государства режима чрезвычайного положения. Дополнительным протоколом II (наподобие «основной нормы» ст. 48 Протокола I о необходимости делать различие между воюющими и гражданским населением) устанавливается общее правило: гражданские лица не должны быть объектом нападения (ст. 13 Протокола II). Кроме этого, Конвенция о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта (1954) налагает на «каждую сторону конфликта», не имеющего международного характера, обязательства по «уважению культурных ценностей» и их защите (ст. 19 Конвенции).

На участников незаконных вооруженных формирований, в отличие от ситуации международного вооруженного конфликта, не распространяется режим военного плена; при попадании во власть правительственных вооруженных сил они должны рассматриваться как задержанные. По решению уполномоченных органов государства такие лица могут подлежать амнистии и быть освобождены от ответственности за участие в вооруженных столкновениях с правительственными силами (п. 5 ст. 6 Протокола II), кроме совершения ими общеуголовных преступлений. Иными словами, амнистирование участников незаконных вооруженных формирований является отнюдь не обязанностью государства, а находится в зависимости и от усмотрения уполномоченных органов последнего.

Одновременно необходимо отметить следующее обстоятельство, выпавшее из поля зрения отечественной правовой науки и правоприменительных органов. На проходившей в Женеве 21.12.2001 Второй конференции по рассмотрению действия Конвенции о запрещении или ограничении применения конкретных видов обычного оружия, которые могут считаться наносящими чрезмерные повреждения или имеющими неизбирательное действие (1980) (далее — Конвенция 1980 года), была принята и открыта для подписания и последующей ратификации Поправка к ст. 1 Конвенции 1980 года¹⁵.

¹⁵ Ст. 1 Конвенции 1980 года: «Настоящая Конвенция и прилагаемые к ней Протоколы применяются в ситуациях, указанных в статье 2, общей для Женевских конвенций 1949 года

Согласно п. 3 Поправки 2001 года положения Конвенции 1980 года и пяти протоколов к ней стали распространяться и на вооруженные конфликты немеждународного характера¹⁶. Поправку к ст. 1 Конвенции 1980 года ратифицировали около 90 государств, в том числе Афганистан (2017), Грузия (2009), Ирак (2014), Молдова (2005), Россия (2007), Турция (2005), Украина (2005), США (2009)¹⁷. Это значит, что в современных немеждународных вооруженных конфликтах на территории государств, ратифицировавших Поправку к ст. 1 Конвенции 1980 года (Афганистан, Ирак, Украина), военным преступлением является не только нападение на гражданское население и гражданские объекты, но и применение обычных видов вооружений, запрещенных протоколами¹⁸ к Конвенции 1980 года. На примере Украины — это применение зажигательного оружия против гражданского населения в условиях вооруженного конфликта на юго-востоке страны.

Окончание немеждународного вооруженного конфликта достигается либо соглашением правительства с ответственным командованием вооруженной оппозиции, либо официальным объявлением об окончании конфликта с последующим выводом правительственных вооруженных формирований из его зоны и поддержанием общественного порядка силами правительственных правоохранительных органов. К правовым последствиям окончания немеждународного вооруженного конфликта относятся прекращение действия норм Дополнительного протокола II 1977 года (или общей ст. 3 Женевских конвенций 1949 года) и последующее регулирование ситуации в зоне конфликта уже нормами внутригосударственного права. При этом амнистия участников незаконных вооруженных формирований может осуществляться властями государства как по окончании конфликта, так и в его процессе.

о защите жертв войны...». Это означает, что положения Конвенция 1980 года до этого были применимы лишь к международным вооруженным конфликтам (общая ст. 2 Женевских конвенций 1949 года: «...настоящая Конвенция будет применяться в случае объявленной войны или всякого другого вооруженного конфликта между двумя или несколькими Высокими Договаривающимися Сторонами»).

¹⁶ П. 3 Поправки 2001 года: «В случае вооруженных конфликтов, которые не носят международного характера и имеют место на территории одной из Высоких Договаривающихся Сторон, каждая сторона в конфликте обязана применять запрещения и ограничения настоящей Конвенции и прилагаемых к ней Протоколов».

¹⁷ См.: Multilateral Treaties Deposited with Secretary-General. Available at: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVI-2-c&chapter=26&clang=_en (дата обращения: 23.03.2019)

¹⁸ Примечательно, что помимо уже действующих пяти протоколов к Конвенции 1980 года в их число будут входить иные такие протоколы, «...принятые после 1 января 2002 года» (п. 7 Поправки 2001 года к ст. 1 Конвенции 1980 года).

4. Интернационализованный вооруженный конфликт: порядок ведения и правовые последствия

Интернационализованный вооруженный конфликт — немеждународный вооруженный конфликт, происходящий на территории одного государства (так называемое «территориальное государство»), в который вмешивается третье государство (или группа государств) на стороне правительственных сил либо незаконных вооруженных формирований. При этом необходимо исходить из того, что такое вмешательство третьего государства должно быть в форме прямого участия его вооруженных сил в конфликте, либо такого участия иных лиц/групп/подразделений, поведение которых может быть присвоено этому третьему государству. С недавнего времени в правовой доктрине (главным образом западной) в отношении данной формы конфликта также используется термин «вооруженный конфликт с двойной правовой квалификацией» [Ферраро Т., 2015: 1228]. Однако такой термин в целом не был воспринят отечественной доктриной, которая продолжает придерживаться традиционной терминологии — «интернационализованный вооруженный конфликт».

По мнению экспертов МККК, когда третье государство осуществляет вмешательство на территории другого государства против его воли с использованием военных средств, то налицо все условия вооруженного конфликта согласно общей ст. 2 (1) Женевских конвенций 1949 года. Все соответствующие положения этих Конвенций будут регулировать отношения воюющих сторон¹⁹, и «немеждународный вооруженный конфликт перерастает в международный вооруженный конфликт» [Cassese A., 2004: 1130–1140.]. Также может возникнуть ситуация, когда в такой внутренний вооруженный конфликт одновременно вмешиваются два или несколько государств в пользу противоборствующих сторон конфликта, т.е. одно (или несколько) иностранное государство выступает на стороне законного правительства, другое иностранное государство — на стороне незаконных вооруженных формирований. Нечто подобное происходило во время «гражданской войны» во Вьетнаме 1964-1975 годов, где северную часть страны поддерживали КНР и СССР (вооружением, советниками и ограниченными военными контингентами), а южную часть — США (в боевых действиях против северян непосредственное участие одновременно принимали сотни тысяч военнослужащих регулярных вооруженных сил США²⁰).

¹⁹ Комментарий к Женевской конвенции I. Конвенция (I) об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях. Комментарий к статьям 1, 2 и 3. С. 114–115.

²⁰ По неофициальным данным, во «вьетнамскую войну» были вовлечены более 2,5 млн. американских военнослужащих, из которых более 50 тыс. были убиты, а более 300 тыс. ранено. Available at: URL: <https://www.ria.ru/20150302/1050377278.html> (дата обращения: 22.03.2019)

В таких случаях возникает следующая правовая ситуация. Отношения между правительственными силами и незаконными вооруженными формированиями продолжают регулироваться нормами Дополнительного протокола II (или общей ст. 3 к Женевским конвенциям 1949 года, если государство не является участником Протокола II). Однако, что принципиально важно, отношения между третьим государством и стороной конфликта, против которой направлено это вмешательство (т.е. вооруженными силами законного правительства либо незаконными вооруженными формированиями²¹) подпадают под действие международно-правовых норм, регулирующих порядок ведения (в том числе правовые последствия начала и окончания) международных вооруженных конфликтов, т.е. Женевских конвенций 1949 года, Дополнительного протокола I 1977 года и других соответствующих соглашений. Следует согласиться с позицией экспертов МККК²² в том, что распространение таких норм продиктовано самой логикой событий — применение силы в отношениях между государствами (третье государство против правительственных сил территориального государства), либо третьего государства против антиправительственных вооруженных формирований (пусть и незаконных) на территории иностранного государства.

Таковыми же положениями (нормами международного вооруженного конфликта) регулируются отношения в случае прямых боевых столкновений между вооруженными формированиями иностранных государств, поддерживающих разные стороны конфликта. Иначе говоря, когда такие третьи

²¹ В качестве иллюстрации приведем следующий пример. После вывода советских войск из Афганистана в 1989 году на территории этой страны продолжался вооруженный конфликт (уже немеждународного характера) между силами признанного правительства Северного альянса под предводительством Ахмадшаха Масуда и вооруженными формированиями движения Талибан. После памятных событий 11.09.2001 армейские подразделения США, вмешавшись в конфликт на стороне Северного альянса, вступили в вооруженное противоборство с боевыми частями талибов. Отношения между подразделениями вооруженных сил США и вооруженными формированиями Талибан подлежат регулированию, таким образом, положениями Дополнительного протокола I и иных Женевских конвенций 1949 года. Захваченные силами США в ходе столкновений боевики-талибы были этапированы (в том числе в кандалах) в тюрьму на американскую военную базу Гуантанамо на Кубе. Парадокс ситуации (на который одними из первых обратили внимание американские правозащитники) состоит в том, что на захваченных талибов должен распространяться режим военного плена, а их содержат в тюрьме в качестве уголовных преступников по абсурдному обвинению в совершении актов терроризма против США. Кроме того, о завершении военных действий в рамках рассматриваемого конфликта давно было объявлено руководством США, но отсутствуют сообщения об освобождении и репатриации военнопленных-талибов, как требуют положения Третьей Женевской конвенции 1949 года.

²² International Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts. Report prepared for the 28th International Conference of the Red Cross and Red Crescent. Geneva, 2003; Commentary on the First Geneva Convention. Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Cambridge, 2016.

государства применяют вооруженные силы друг против друга на территории государства такого конфликта, то между ними возникает ситуация международного вооруженного конфликта. Таким образом, порядок ведения и правовые последствия начала и окончания интернационализированных вооруженных конфликтов возникают с учетом квалификации формы вооруженного конфликта между участвующими сторонами — соответственно, немеждународного вооруженного конфликта (между вооруженными силами государства и антиправительственными вооруженными формированиями) или международного вооруженного конфликта (между вмешавшимся третьим государством и правительственными силами территориального государства, либо третьим государством и антиправительственными незаконными формированиями территориального государства).

5. Универсальная юрисдикция в отношении военных преступлений

В международном праве в отношении военных преступлений установлен принцип универсальной юрисдикции: в соответствии с общей ст. 1 Женевских конвенций 1949 года государства-участники «...*обязуются* при любых обстоятельствах *соблюдать и заставлять соблюдать* (выделено автором — П.К.) настоящую Конвенцию». Для целей толкования общей ст. 1 необходимо уяснить смысловую нагрузку и юридическое содержание процитированных терминов «*обязуются соблюдать*» и «*заставлять соблюдать*» настоящую Конвенцию. В решении по делу о геноциде в качестве толкования термина-понятия «государства *”обязуются”*». Международный Суд ООН определенно указал, что данное словосочетание «является не увещательным или случайным. Данное обязательство носит безоговорочный характер»²³. Аналогичное толкование общей ст. 1 Конвенций 1949 года существует и в доктрине: на уровне ученых-теоретиков и экспертов в области международного гуманитарного права достигнуто «общее согласие в том, что это безусловно правовое обязательство»²⁴, а отнюдь не рекомендация.

Поскольку практически все международное сообщество является участником Женевских конвенций 1949 года²⁵, то «*обязательство соблюдать*» Конвенцию при любых обстоятельствах не допускает отклонений и носит

²³ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro). Judgment. ICJ. Reports. 2007. P.162.

²⁴ International Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts. Report prepared for the 28th International Conference of the Red Cross and Red Crescent. Geneva, 2003. P. 22.

²⁵ 196 государств-участников. Available at: URL: <https://www.icrc.org/ru/resource-centre> (дата обращения: 23.03. 2019)

характер императивной нормы общего международного права. Обязательство всех государств (не только участников вооруженных конфликтов) «заставлять соблюдать» Конвенцию следует толковать «в пределах, допустимых международным правом, в первую очередь, в соответствии с Уставом ООН». Одно из релятивных действий по соблюдению всеми «обязанности заставлять соблюдать Конвенцию» прямо предусмотрено общим международным правом. Так, во всех четырех Женевских конвенциях 1949 года прямо закреплено положение, что государства-участники будут «разыскивать лиц», обвиняемых в совершении военных преступлений и «предавать их своему суду» независимо от их гражданства (ст. 49 ЖК I, ст. 50 ЖК II, ст. 129 ЖК III, ст. 146 ЖК IV).

Таким образом, уполномоченные органы государств-участников Женевских конвенций 1949 года и Поправки к ст. 1 Конвенции 1980 года не только наделены полномочиями, но и обязаны осуществлять юрисдикцию в отношении лиц, совершивших военные преступления по смыслу рассмотренных выше норм общего международного права.

Заключение

Вероятно, не будет ошибочным утверждение, что в общественных и научных кругах различных стран широко бытует суждение: «история человечества есть история войн». Учреждение в 1945 г. ООН и закрепление в ее Уставе принципа запрещения применения силы в межгосударственных отношениях не привело, к сожалению, к искоренению вооруженных конфликтов. В зависимости от юридической природы и состава участников конфликтов международно-правовые нормы и юридическая доктрина определяют четыре формы таких конфликтов: война, международный вооруженный конфликт, вооруженный конфликт немеждународного характера и интернационализированный вооруженный конфликт. Целью настоящей публикации являлось не систематизация норм о порядке и правилах ведения вооруженных конфликтов, а рассмотрение недостаточно исследованной юридической наукой проблематики правовых последствий начала и окончания указанных форм конфликтов. Так, в действующем международном праве в отношении войны как юридического состояния между воюющими державами не установлено норм о правовых последствиях начала войны, распространенная в доктрине позиция об «автоматическом наступлении» таких последствий является отражением практики Первой и Второй мировых войн. Напротив, в современном международном праве закреплены конвенционные нормы о том, что с самого начала вооруженного конфликта в зависимости от его формы воюющие стороны обязаны совершать действия, связанные именно с началом конфликта: назначение Державы-покровительницы, учреждение

Национального справочного бюро в каждом воюющем государстве, создание в нейтральной стране Центрального справочного агентства по делам покровительствуемых лиц, Центрального агентства по делам военнопленных, распространение на немеждународные вооруженные конфликты действия Конвенции 1980 г. и пяти Протоколов к ней и т.п. Действующее международное право налагает на все международное сообщество универсальную юрисдикцию в отношении военных преступлений вне зависимости от территории, на которой происходит вооруженный конфликт, и гражданства лиц, совершивших такие преступления. Настоящая публикация является попыткой автора восполнить пробел в отечественной правовой доктрине по затронутой проблематике.



Список источников

1. Алиев Ш.М. Правовые последствия начала и окончания международных вооруженных конфликтов // Евразийский юридический журнал. 2015. № 8. С. 47–53.
2. Арцибасов И.Н., Лукашук И.И. Право вооруженных конфликтов / Курс международного права. В 7 т. Т. 6. М.: Наука, 1992. С. 218–307.
3. Бекашев К.А. (отв. ред.) Международное публичное право. М.: Проспект, 2009. 997 с.
4. Блищенко В.И., Солнцева М.М. Региональные конфликты и международное право (вторая половина XX — начало XXI века). М.: Городец, 2005. 496 с.
5. Вылегжанин А.Н. (отв. ред.) Международное право. М.: Юрайт, 2009. 1011 с.
6. Грабарь В.Э. Материалы к истории литературы международного права в России (1647–1919). М.: Зерцало, 2005. 888 с.
7. Давид Э. Принципы права вооруженных конфликтов. М.: МККК, 2000. 718 с.
8. Кожевников Ф.И. (отв. ред.) Международное право. М.: Международные отношения, 1987. 591 с.
9. Колосов Ю.М., Кузнецов В.И. (отв. ред.) Международное право. М.: Международные отношения, 1999. 618 с.
10. Кузнецов В.И. (отв. ред.) Международное право. М.: Юристъ, 2001. 681 с.
11. Сильвен В. Типология вооруженных конфликтов в международном гуманитарном праве: правовые концепции и реальные ситуации. М.: Международный Комитет Красного Креста, 2009. С. 3–30.
12. Тункин Г.И. (отв. ред.) Международное право. М.: Юридическая литература, 1982. 457 с.
13. Ферраро Т. Правовая позиция МККК по вопросу вооруженных конфликтов с участием иностранного вмешательства и по определению МГП, применимого к этому типу конфликтов // Международный журнал Красного Креста. 2015. № 97. С. 1227–1252.
14. Bothe M. The Law of Neutrality / The Handbook of International Humanitarian Law. D. Fleck (ed.). Oxford: University Press, 2013. 714 p.
15. Cassese A. The Special Court and International Law: The Decision Concerning the Lome Agreement Amnesty. Journal of International Criminal Justice, 2004, no. 4, pp. 1130–1140.

16. Dinstein Y. *War, Aggression and Self-Defense*. Cambridge: University Press, 2011. 376 p.
17. Greenwood C. The Concept of War in Modern International Law. *International and Comparative Law Quarterly*, 1987, no. 2, pp. 283–306.
18. Kolb R., Hyde R. *An Introduction to the International Law and Armed Conflicts*. Oxford: Hart, 2008. 310 p.



References

1. Aliev S.M. (2015) Legal consequences of the beginning and end of international armed conflicts. *Evraziyskiy juridicheskiy zhurnal* = Eurasian Law Journal, no. 8, pp. 47–53. (In Russ.).
2. Artsibasov I.N., Lukashuk I.I. (1992) Law of armed conflicts. In: *International Law Course*. Vol. 6. Moscow: Nauka, pp. 218–307. (In Russ.).
3. Blishchenko V.I., Solntseva M.M. (2005) *Regional conflicts and international law (XX – beginning of XXI century)*. Moscow: Gorodets, 496 p. (In Russ.).
4. Bothe M. (2013) The Law of Neutrality. In: *The Handbook of International Humanitarian Law*. D. Fleck (ed.). Oxford: University Press, 714 p.
5. Cassese A. (2004) The Special Court and International Law: Decision Concerning the Lome Agreement Amnesty. *Journal of International Criminal Justice*, no. 4, pp. 1130–1140.
6. David E. (2000) *Principles of the law of armed conflicts*. Moscow: International Committee of Red Cross, 718 p. (In Russ.).
7. Dinstein Y. (2011) *War, Aggression and Self-Defense*. Cambridge: University, 376 p.
8. Ferraro T. (2015) The ICRC's legal position on armed conflicts involving foreign interference and on the definition of IHL applicable to this type of conflicts. *Mezhdunarodnyi zhurnal Krasnogo Kresta* = International Journal of the Red Cross, no. 97, pp. 1227–1252. (In Russ.).
9. Grabar V.E. (2005) *Materials to the history of the literature of international law in Russia (1647–1917)*. Moscow: Zertsalo, 888 p. (In Russ.).
10. Greenwood C. (1987) Concept of War in Modern International Law. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 36, pp. 283–306.
11. *International Law* (1982) Tunkin G.I. (ed.). Moscow: Juridicheskaya literatura, 457 p. (In Russ.).
12. *The International Law* (1999) Yu. M. Kolosov, V. I. Kuznetsov (eds.). Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniya, 618 p. (In Russ.).
13. *The International Law* (2001) V. I. Kuznetsov V.I. (ed.). Moscow: Yurist, 681 p. (in Russ.).
14. *The International Law* (2009) K. A. Bekyashev (ed.). Moscow: Prospekt, 997 p. (in Russ.).
15. *The International Law* (2009) A. N. Vylegzhanin (ed.). Moscow: Yurait, 1011 p. (in Russ.).
16. Kolb R., Hyde R. (2008) *Introduction to the International Law and Armed Conflicts*. Oxford: Hart, 310 p.
17. Kozhevnikov F.F. (1987) International Law and War. In: *International Law*. Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniya, 591 p. (In Russ.).
18. Silven V. (2009) *Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and reality*. Moscow: International Committee of Red Cross, pp. 3–30. (In Russ.).

Информация об авторе:

П.П. Кремнев — доктор юридических наук, профессор.

Information about the author:

P.P. Kremnev — Doctor of Science (Law), Professor.

Статья поступила в редакцию 16.08.2019; одобрена после рецензирования 21.02.2020; принята к публикации 11.12.2020.

The article was submitted 16.08.2019; adopted after reviewing 21.02.2020; accepted for publication 11.12.2020.

Научная статья

УДК 343+341.45

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.5.236.255

Электронная информация по уголовным делам в рамках международного сотрудничества (правовая природа и классификация)



Кирилл Константинович Клевцов

Московский государственный институт международных отношений (университет) Министерства иностранных дел Российской Федерации, Москва, Россия, klevtsov001@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-2918-175X>



Аннотация

Статья посвящена теоретико-правовому исследованию такого многогранного явления, как «электронная информация». Целью является определение концепта, правовой природы и видов такой информации в контексте уголовного процесса. В ходе анализа использованы материалистическая диалектика, юридическая герменевтика (правовая экзегеза), специально-юридический, сравнительно-правовой методы, социологический и лингвистический подходы (компонентный анализ лексических значений и анализ переводческих трансформаций), а также метод прогнозирования. В процессе изучения показано, что в законодательстве, доктрине и правоприменительной практике отсутствует и до сих пор не сформирован единый подход к понимаю электронной информации по уголовным делам. Это связано с тем, что зачастую ее сравнивают с электронным доказательством, упуская при этом из виду ее уголовно-процессуальную природу. Автор приходит к выводу об отсутствии законодательного определения понятия «электронные доказательства» и возможности оперировать на сегодняшний день термином «электронная информация» с учетом его межотраслевого предназначения, соответственно, предлагается соответствующее определение указанного концепта. Кроме того, предпринята попытка определить виды электронной информации по уголовным делам, в том числе испрашиваемой в рамках международного сотрудничества в сфере уголовной юстиции, а именно, оказания взаимной правовой помощи. В качестве теоретической базы исследования послужили работы как отечественных, так и зарубежных юристов, а в качестве нормативной основы использованы как международные документы, так и законодательство Российской Федерации и ряда зарубежных государств. Немаловажным является и использование в качестве эмпирической базы исследования материалов

уголовных дел, в которых фигурировал феномен «электронная информация», а также сведений, содержащихся в Практическом руководстве по порядку запроса электронных доказательств из других стран, подготовленном совместно Управлением ООН по наркотикам и преступности, Исполнительным директором Контртеррористического комитета Совета Безопасности ООН и Международной ассоциацией прокуроров во взаимодействии с программами EuroMed Justice и Euromed Police.



Ключевые слова

уголовное судопроизводство, электронная информация, цифровая информация, компьютерная информация, электронные доказательства, международное сотрудничество, правовая помощь, экстерриториальность

Для цитирования: Клевцов К.К. Электронная информация по уголовным делам в рамках международного сотрудничества (правовая природа и классификация) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 5. С. 236–255. DOI: 10.17323/2072-8166.2021.5.236.255.

Research article

General Description of Electronic Information on Criminal Cases in the Framework of International Cooperation



Kyrill K. Klevtsov

Moscow State Institute of International Relations (University), Moscow, Russia.
klevtsov001@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-2918-175X>



Abstract

The article is devoted to theoretical and legal research of such a complex and multifaceted phenomenon as “electronic information”. The aim is to determine the concept, legal nature and types of such information in the context of the criminal process. The analysis used materialistic dialectics, legal hermeneutics (legal exegesis), special legal, comparative legal methods, sociological and linguistic approach (component analysis of lexical meanings and analysis of translation transformations), as well as the forecasting method. In the course of the study, it was shown that in the legislation, doctrine and law enforcement practice, there is no and still has not formed a unified approach to understanding electronic information in criminal cases. This is due to the fact that it is often compared with electronic evidence, while ignoring its criminal procedural nature. The author comes to conclusion that there is no legal legislative definition of the concept of “electronic evidence” and the possibility of operating with the term “electronic information” today, taking into account its cross-sectoral purpose, accordingly, an appropriate definition of this concept is proposed. In addition, an attempt was made to determine the types of electronic information on criminal cases, including those requested within the framework of international cooperation in the field of criminal justice, namely, the provision of mutual legal assistance, thereby such information takes on a supranational connotation. The works of both domestic and foreign lawyers served as a theoretical basis for

the study, and among the regulatory framework, both international documents and the national legislation of the Russian Federation and a number of foreign countries were identified. It is also important to use in this manuscript as an empirical basis for research the materials of some criminal cases in which the phenomenon of “electronic information” appeared, as well as the information contained in the Practical Guide on the procedure for requesting electronic evidence from other countries jointly prepared by the UN Office on Drugs and Crime, the UN Security Council Counter-Terrorism Executive Directorate and the International Association of Prosecutors in collaboration with EuroMed Justice and Euromed Police programs.

Keywords

criminal justice, electronic information, digital information, machine information, computer information, electronic evidence, international cooperation, legal assistance, extraterritoriality

For citation: Klevtsov K.K. General Description of Electronic Information on Criminal Cases in the Framework of International Cooperation. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, 2021, no. 5, pp. 236–255. (In Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2021.5.236.255.

Введение

На сегодняшний день на доктринальном уровне и у правоприменителей отсутствует четкое понимание феномена «электронная информация» и его места в системе права, в том числе в науках уголовно-правового цикла. Все это порождает серьезные трудности в использовании электронных данных в качестве доказательств по уголовным делам. Это вызвано отсутствием четкого восприятия всеобъемлющего термина «информация», которое также требует научного переосмысления на основе современных реалий.

Сегодняшнее время на доктринальном уровне определяется как информационное [Раенко С.И., 2013: 3]; [Idowu S.O., Capaldi N., Zu L., Gupta A.D., 2013: 5–7], поскольку информация (informatio)¹ интересна как ученым, так и обществу в целом. Однако до сих пор в философии и в других науках отсутствует единый подход к пониманию данного концепта. В связи с этим уместно утверждение В.М. Полонского, полагающего, что «состояние понятийно-терминологического аппарата науки позволяет судить о степени развития соответствующей ему теории, высветить различные стороны, отношения реальных объектов и многообразии познавательных задач...» [Полонский В.М., 1999: 16].

1. Общая характеристика концепта информации

Толковые словари русского языка определяют информацию, как: (1) сведения об окружающем мире и протекающих в нем процессах, воспринимаемые человеком или специальным устройством; и (2) сообщения, ос-

¹ Разъяснение, изложение (лат.)

ведомляющие о положении дел, о состоянии чего-нибудь [Ожегов С.И., Шведова Н.Ю., 2006: 250]. Подобное определение встречается и в словарях по юриспруденции [Борисов А.Б., 2010: 260].

Однако данный концепт рассматривается по-разному в зависимости от соответствующих направлений науки, что привело к отсутствию единого подхода к его формированию. На этот счет, как нам представляется, верно говорит В.Ф. Васюков, что подобная ситуация вызвана комплексным характером отношений, опирающихся на теоретические построения многих наук: информатики, теории связи, теории информации, кибернетики, философии, семиотики, информодинамики (науки об открытых информационных системах), информатиологии (науки о получении, сохранении и передаче информации для различных множеств объектов) [Васюков В.Ф., 2020: 43–44].

В философии по общему правилу сформированы две теории — функциональная и атрибутивная. Под первой подразумевается тот факт, что информация является продуктом человечества, следовательно, познается только индивидуумом. Согласно второй концепции, она представляет собой материю наряду с пространством и временем [Урсул А.Д., 1975: 29]; [Жданко А.В., 2013: 238]. В то же время в информатике информация является первичным понятием по аналогии с «материей», «энергией», вследствие чего не может быть определена через простые категории, которые имеют четкие грани [Бауэр Ф.Л., Гооз Г., 1990: 18].

На сегодняшний день имеется законодательное определение рассматриваемого нами феномена. Согласно п. 1 ст. 2 Федерального закона от 27.07.2006 №149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» под ней понимаются сведения (сообщения, данные) независимо от формы их представления². Вероятно, приведенная легальная дефиниция должна быть пересмотрена, поскольку, во-первых, с момента ее определения прошло немало времени и информация приобрела несколько иную форму, а во-вторых, эта дефиниция носит собирательный и в некотором роде расплывчатый характер.

2. Уголовно-процессуальная природа электронной информации

В уголовно-процессуальной науке также предпринимались попытки дать определение информации в контексте разработки теории доказательств. Так, например, В.Я. Дорохов подразумевал под ней «любые сведения, используемые как доказательство в уголовном процессе, имеющие сигнальную природу» [Дорохов В.Я., 1964: 110]. В то же время профессор А.А. Давлетов ука-

² СЗ РФ. 2006 № 31 (Часть I). Ст. 3448

зывает, что информация является элементом ретроспективного познания, средством, при помощи которого субъект познания устанавливает наличие или отсутствие факта [Давлетов А.А., 1991: 24]. Стоит разделить мнение А.И. Зазулина о том, что в уголовно-процессуальном и криминалистическом познаниях зачастую участники встречаются с аналоговой³ или дискретной информацией⁴, поскольку она сама воспринимается через опрос, показания участников, следы преступлений, а результаты обличаются либо в документах, содержащих результаты оперативно-разыскной деятельности, либо в протоколах следственных и судебных действиях [Зазулин А.И., 2018: 79].

2.1. Машинная, компьютерная и цифровая информация как смежные категории

Особую группу составляет электронная информация, которая имеет специфические черты, отличающие ее от обыденной. В ряде работ по уголовно-процессуальному праву, криминалистике и оперативно-розыскной деятельности встречаются схожие термины: «машинная информация», «компьютерная информация», «цифровая информация». Например, И.З. Карась под машинной информацией предлагает понимать информацию, циркулирующую в вычислительной среде, зафиксированную на физическом носителе, в форме, доступной восприятию ЭВМ, или передающуюся по телекоммуникационным каналам [Карась И.З., 1990: 40].

Следует отметить, что от оперирования приведенным выше термином в уголовно-правовых науках и в ходе борьбы с преступностью, по общему правилу, отказались. Это связано с использованием во многих правовых документах понятия «компьютерная информация»⁵ или «компьютерные данные»⁶.

³ Аналоговым сигналом является речь человека или изображение на фотографии.

⁴ Таковой является текст, состоящий из букв, символов.

⁵ В силу п «б» ст. 1 Соглашения о сотрудничестве государств-участников Содружества Независимых Государств в борьбе с преступлениями в сфере информационных технологий, заключенного в Душанбе 28.09. 2018 (далее — Конвенция СНГ о компьютерных преступлениях) под последней разумеется информация, находящаяся в памяти компьютера, на машинных или иных носителях в форме, доступной восприятию ЭВМ, или передающаяся по каналам связи. См.: Информационный вестник Совета глав государств и Совета глав правительств СНГ. 2018. № 1 (37). С. 138-145. Примечание к ст. 272 УК РФ определяет ее как сведения (сообщения, данные), представленные в форме электрических сигналов, независимо от средств их хранения, обработки и передачи. Стоит обратить внимание и на недавно введенное оперативно-розыскное мероприятие — «получение компьютерной информации», предусмотренное п. 15 ст. 6 ФЗ от 12.08.1995 № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» // СЗ РФ. 1995. № 33. Ст. 3349.

⁶ Пункт «б» ст. 1 Конвенции о преступности в сфере компьютерной информации ЕТС № 185, принятой в Будапеште 23.11.2001 (далее — Будапештская конвенция, Конвенция Совета Европы о компьютерных преступлениях), гласит, что «компьютерные данные означают

При этом, несмотря на имеющуюся международную легитимацию данного понятия, в научных кругах до сих пор идут дискуссии относительно его определения. Так, А.В. Касаткин полагает, что компьютерная информация — это фактические данные, которые обработаны компьютером и получены на выходе в форме, доступной восприятию ЭВМ или человеком [Касаткин А.В., 1997: 26]. В то же время В.В. Крылов под ней понимает сведения, знания или набор команд (программ), предназначенных для использования в ЭВМ или управления ею, находящиеся в ЭВМ или на машинных носителях [Крылов В.В., 1997: 27]. Несколько расплывчатое определение дает Н.А. Зигура. По ее мнению, компьютерная информация представляет собой сведения, которые существуют в электронно-цифровой форме на материальном носителе [Зигура Н.А., 2010: 28].

Каждое из приведенных определений, несомненно, отражает те или иные характерные черты рассматриваемого нами феномена. Однако все же стоит указать на то, что понятие «компьютерная информация» применительно к наукам антикриминального цикла имеет некоторые отличительные признаки, которые, думается, необходимо учитывать при его определении.

В то же время следует задаться важным как с теоретической, так и практической точки зрения вопросом: информация, находящаяся в смартфонах, умных часах, планшетах, относится в юридическом смысле к компьютерной информации, хотя в обыденной жизни данные носители являются разновидностью компьютеров⁷. Неоднозначной информацией по своей правовой природе являются сведения, содержащиеся в цифровых фотоаппаратах, видеорегистраторах, в роботах-пылесосах и т.д.

К сожалению, российское законодательство однозначного ответа на данные вопросы не дает, что, полагаем, негативным образом сказывается в ходе правоохранительной деятельности, в том числе оперативно-разыскной и уголовно-процессуальной. К примеру, из-за отсутствия в Федеральном законе «Об оперативно-розыскной деятельности» от 12.08.1995 № 144-ФЗ раскрытия детально порядка оперативно-розыскных мероприятий и обилия документов закрытого характера в зависимости от оперативно-розыскного органа возникают трудности в получении информации, передаваемой по каналам систем мгновенных сообщений, а именно — с помощью какого вида оперативно-розыскного мероприятия такие данные можно получить? Посредством снятия информации с технических каналов связи (п. 11 ст. 6) либо получения компьютерной информации (п. 15 ст. 6)? На сегодняшний

любое представление фактов, информации или понятий в форме, подходящей для обработки в компьютерной системе, включая программы, способные обязать компьютерную систему выполнить ту или иную функцию» // СПС КонсультантПлюс.

⁷ См.: понятие «компьютер». Available at: URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki/Компьютер> (дата обращения: 01.12.2021)

день данный вопрос остается дискуссионным, несмотря на его регламентацию в отдельных ведомственных правовых актах. В связи с этим, к примеру, В.А. Мещеряков считает необходимым отказаться от термина «компьютерная информация», и предлагает заменить его на термин «электронно-цифровой объект» [Мещеряков В.А., 2004: 163].

Впрочем, некоторые ученые предлагают использовать формулировку «цифровая информация», принимая во внимание многообразие форм, в которых могут существовать и передаваться такие сведения [Walker С., 2001: 87–88]. Например, Н.И. Иванов полагает, что цифровая информация означает информацию, зафиксированную на машинных носителях, или передаваемую в пространстве в виде дискретных сигналов вне зависимости от их физической природы [Иванов Н.А., 2013: 97]. В свою очередь, С.П. Кушниренко под ней подразумевает информацию, представленную в виде последовательности цифр, доступную для ввода, обработки, хранения, передачи с помощью технических устройств [Кушниренко С.П., 2006: 43]. Некоторые ученые пошли дальше и предложили оригинальный термин, считая его аналогом цифровой информации. Это — «информация, представленная в электронном виде, которая зафиксирована на машинных носителях вне зависимости от их физической природы» [Кувычков С.И., 2016: 60].

Дабы не увязнуть в дискуссии по многочисленным частным вопросам данного понятия, целесообразно использовать более широкое и известное в правоприменительной деятельности по уголовным делам словосочетание «электронная информация». К примеру, в ст. 164¹ Уголовного процессуального кодекса Российской Федерации (далее — УПК РФ) говорится об особенностях изъятия электронных носителей информации и копирования с них информации при производстве следственных действий, а в ч. 7 ст. 185 УПК РФ используются термины «электронные сообщения», «сообщения, передаваемые по сетям электросвязи». На доктринальном уровне отмечается неоднозначность некоторых формулировок в данных статьях российского уголовно-процессуального закона [Васюков В.Ф., 2016: 15-18]; [Шайдуллина Э.Д., Шмелева О.Г., 2018: 44–49]; [Стельмах В.Ю., 2021: 146-155]. Следовательно, исходя из формальной логики, делается умозаключение, что данная информация является электронной. Заметим, что в научных кругах также оперируют данным концептом [Салиновский К.В., Маркелова Г.Ю., 2001: 18]; [Маслов А.В., Соскова К.А., 2017: 57–59]. Иностранные коллеги тоже в большинстве случаев выбирают подобный подход⁸.

⁸ См.: Уголовно-процессуальный кодекс Федеративной Республики Германии (Strafprozessordnung (StPO). Available at: <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/>; Уголовно-процессуальный кодекс Французской Республики // <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006071154/> (дата обращения: 01.12.2021)

К электронной информации относятся различные файлы, которые содержат текст, фотографии, видеосъемку, звукозапись, в том числе передаваемую через систему мгновенных сообщений, базы данных и программы, системные файлы, служебные утилиты и протоколы их работы. При этом подобная информация может располагаться как физически на устройствах, так и удаленно (к примеру, в облачном хранилище данных — cloud storage)⁹. Очевидно, подобная электронная информация может быть использована в уголовно-процессуальном доказывании.

2.2. Электронная информация и электронные доказательства: равнозначные или диаметрально противоположные явления?

Одним из спорных также является вопрос о соотношении понятий «электронная информация» и «электронное доказательство». Прежде всего, это связано с не утихающими до сих пор дискуссиями о понятии доказательств [Вышинский А.Я., 1941]; [Полянский Н.Н., 1946]; [Владимиров Л.Е., 2000].

Впрочем, российский законодатель дал легальную дефиницию рассматриваемому феномену¹⁰, заложив в него системный подход, состоящий из трех элементов: фактические данные (сведения о фактах); источники фактических данных; способы и порядок собирания, закрепления и проверки этих фактических данных (сведений о фактах) [Балакшин В.С., 2002: 31].

Сложнее обстоит дело с определением правовой природы электронных доказательств, о чем свидетельствуют в свою очередь доктринальная «палитра» мнений по этому поводу. Некоторые ученые отмечают, что доказательства, закрепленные в электронной форме, следует относить к традиционным видам доказательств. Например, С.П. Ворожбит в свете гражданско-процессуального права пишет, что «в зависимости от того, какие из данных, сохраненных в электронной форме, имеют доказательственное значение, т.е.

⁹ Модель онлайн-хранилища, в котором данные хранятся на многочисленных распределенных в сети серверах, предоставляемая в пользование клиентам, в основном, третьей стороной. В отличие от модели хранения данных на собственных выделенных серверах, приобретаемых или арендуемых специально для подобных целей, количество или какая-либо внутренняя структура серверов клиенту, в общем случае, не видна. Данные хранятся и обрабатываются в так называемом «облаке», которое представляет собой, с точки зрения клиента, большой виртуальный сервер. Физически такие серверы могут располагаться удаленно друг от друга географически. Available at: URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki/> (дата обращения: 01.12.2021)

¹⁰ Исходя из ч. 1 ст. 74 УПК РФ доказательствами по уголовному делу являются любые сведения, на основе которых суд, прокурор, следователь, дознаватель в порядке, определенном УПК РФ, устанавливают наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию при производстве по уголовному делу, а также иных обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела.

содержат сведения, необходимые для установления обстоятельств дела, будет зависеть отнесение их к письменным, вещественным доказательствам, аудио- или видеозаписи» [Ворожбит С.П., 2011: 8].

Другие полагают, что электронные доказательства — особые группы в рамках уже существующих видов доказательств, вследствие чего их следует наделять специфическим статусом, принимая во внимание их сущностные признаки. К примеру, Ю.Н. Соколов предлагает закрепить в ст. 81 УПК РФ отдельно формулировку, позволяющую признавать вещественным доказательством также информацию, представленную в электронном виде, которая служила орудием преступления или сохранила на себе следы преступления, либо на которую направлены преступные действия [Соколов Ю.Н., 2010: 116]. Данная позиция является спорной, поскольку не демонстрирует отличий от действующей редакции приведенной статьи российского уголовно-процессуального закона (ст. 81).

Наконец, третья группа исследователей полагает, что электронные сведения — исключительно новый вид доказательств наряду с другими, закрепленными в ч. 4 ст. 74 УПК РФ, поскольку он обладает специфическими свойствами, которые делают его отличным от других видов доказательств [Зигура Н.А., Кудрявцева А.В., 2011: 30].

Заметим, что отечественная правоприменительная практика относит так называемые электронные доказательства к вещественным доказательствам, поскольку это напрямую предусмотрено ст. 81 и ст. 84 УПК РФ, вследствие чего мы разделяем позицию первой группы ученых, относящих их к традиционным видам доказательств.

Применительно к данной проблеме Р.И. Оконенко подметил, что, к примеру, при появлении в обществе фотоаппаратов, диктофонов и видеокамер, это не привело в следственно-прокурорской практике отнесения сведений, содержащихся в данных устройствах, к иному (особому) виду доказательств [Оконенко Р.И., 2016: 25]. Также это не вызвало появления новых следственных действий, которые позволяли получать такие экстраординарные доказательства. Стоит признать, что криминалистические особенности получения такой электронной информации, безусловно, имеются.

Об этом также показательно рассуждает профессор Л.В. Головкин. По его мнению, если протоколы следственных и судебных действий будут составляться в электронной форме, то никакого нового «вида» доказательств здесь не будет, поскольку протоколы так и останутся протоколами вне зависимости от формы своего изготовления (рукописная, электронная и т.д.). В результате ученый приходит к мнению, что в специальных электронных доказательствах нет нужды [Головкин Л.В., 2019: 22–25].

Возвращаясь к вопросу о терминологических аспектах двух поднятых ранее терминов, заметим, что некоторые международные документы опериру-

ют именно словосочетанием «электронные доказательства»¹¹. В зарубежной доктрине подобная терминология также используется [Moussa A.F., 2021]; [Kerr O.S., 2005: 279]; [Mason S., 2014].

2.2.1. Опыт иностранных государств

Терминологическая «неразбериха» детерминирована различием подходов государств к определению в целом доказательств и их правовой природы. К примеру, в странах, входящих в группу англосаксонской правовой семьи (системы общего права), используется понятие доказательств в широком смысле, не вкладывая его отечественного процессуального оттенка, в результате чего к нему правомерно добавляется слово «электронные».

Так, в США отсутствует разграничение доказательств на виды, и в большей степени сделан акцент на формальных правах участников уголовного процесса при собирании и использовании в судах доказательств [Пицци У., 2019: 21–46]; [Бернам У., 2006: 207–216]; [Решетникова И.В., 1997]. Стоит подчеркнуть, что Федеральные правила о доказательствах США, являющиеся по сути фундаментальным документом по американскому доказательственному праву [Rothstein P.F., Raeder M.S., Crump D., 2012: 2], не содержат понятия «электронные доказательства», а используют словосочетание «информация, хранящаяся в электронной форме» (electronically stored information).

Как отмечает профессор О.А. Зайцев, в большинстве стран, входящих в романо-германскую правовую семью (система континентального права), допустимость использования электронной информации регламентируется общими положениями законодательства о традиционных доказательствах [Зайцев О.А., 2019: 50].

2.2.2. Оптимальный вариант

Не вдаваясь в серьезные размышления на этот счет, отметим, что на сегодняшний день в силу отсутствия нормативного и доктринального однозначного ответа на обозначенный выше вопрос следует использовать словосочетание «электронная информация», а не доказательства. В подтверждение этого вывода приведем позиции отечественных ученых в области уголовного процесса. Так, М.С. Строгович писал, что пока доказательство не закреплено процессуально, не стоит утверждать, что оно действительно суще-

¹¹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on European Production and Preservation Orders for electronic evidence in criminal matters COM/2018/225 final — 2018/0108 (COD). Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2018%3A225%3AFIN> (дата обращения: 01.12.2021); Practical guide for requesting electronic evidence across borders. Vienna, 2019.

ствует [Строгович М.С., 1986: 302]. В то же время профессор С.А. Шейфер утверждал, что признать объект доказательством, ввести его в процесс является исключительно прерогативой органа предварительного расследования, прокурора и суда, поскольку именно решение о приобщении предмета или документа к делу представляет собой завершающий момент в формировании доказательства [Шейфер С.А., 1981: 45–46]. Примерно аналогичную позицию разделяют и другие ученые [Балакшин В.С., 2004: 94–109].

То же распространяется на сведения, полученные в рамках оперативно-розыскной деятельности по поручению следователя и дознавателя¹², а также в рамках проверки сообщения о преступлении (ст. 144 УПК РФ), которые могут считаться доказательством только после их «процессуальной оценки».

Рациональное зерно по данному вопросу содержится в рассуждениях Н.А. Зигуры, считающей, что представленная участниками уголовного процесса или иными лицами компьютерная информация «станет считаться доказательством» только после признания ее следователем относимой и допустимой, а это произойдет после воспроизведения, осмотра, составления протокола осмотра и удовлетворения ходатайства о приобщении носителя компьютерной информации к делу [Зигура Н.А., 2010: 131].

Отсюда следует: любая электронная информация, являющаяся *de facto* доказательством по уголовному делу, остается информацией, пока она не будет собрана, проверена и оценена по правилам российского уголовного судопроизводства (Раздел III УПК РФ «Доказательства и доказывание»). Тот же самый аргумент относится и к электронной информации по уголовным делам, полученной в рамках международного сотрудничества.

3. Виды электронной информации в контексте международного сотрудничества по уголовным делам

Определившись в общих чертах с терминологией и правовой природой электронной информации по уголовным делам, стоит перейти к еще одному интересному с теоретической точки зрения вопросу, не лишенному своего прикладного предназначения, — к вопросу о классификации указанных сведений. Данный вопрос нашел подробное урегулирование в рамках криминалистических исследований цифровых следов [Мещеряков В.А., 2002: 103]; [Волеводз А.Г., 2002: 159–161]; [Смушкин А.Б., 2012]; [Льянов М.М., 2020],

¹² В порядке, предусмотренном Приказами МВД России № 776, Минобороны России № 703, ФСБ России № 509, ФСО России № 507, ФГС России № 1820, СВР России № 42, ФСИН России № 535, ФСКН России № 398, СК России № 68 от 27.09. 2013 «Об утверждении инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или суду» // СПС КонсультантПлюс.

не затрагивая при этом вопросы получения электронной информации по уголовным делам в свете международного сотрудничества.

Итак, оставляя за скобками технические и криминалистические аспекты, предлагается следующая классификация приведенной выше информации.

В зависимости от этапов производства по уголовному делу: получение электронной информации в рамках досудебного производства (Часть 2 УПК РФ) и в ходе судебного производства (Часть 3 УПК РФ). При этом получение таких сведений в ходе досудебного производства может быть как в стадии возбуждения уголовного дела (Раздел VII УПК РФ), так и в период предварительного расследования (там же, раздел VIII)¹³.

С учетом места ее хранения: а) информация, физически находящаяся в сети национальных серверов (национальные информационные ресурсы); (b) сведения, хранящиеся за рубежом (экстерриториальная информация).

По содержанию. Электронная информация может быть: (a) общедоступной; (b) конфиденциальной, т.е. содержать государственную или иную охраняемую законом тайну¹⁴.

Применительно к правовой основе получения электронной информации. Она может быть истребована на основании: национального (внутригосударственного) законодательства¹⁵ и/или норм международного права¹⁶.

По субъектам. В зависимости от доступа к электронной информации такими могут быть: физические лица, располагающие электронным носителем информации¹⁷, на котором подобные сведения хранятся и который имеет

¹³ Исходя из предмета и целей исследования, автор рассматривает исключительно получение электронной информации в рамках досудебного производства по уголовным делам.

¹⁴ В российском законодательстве к таким сведениям относятся: государственная тайна; коммерческая тайна; банковская тайна; служебная тайна; профессиональная тайна (к примеру, адвокатская, врачебная) и др. Указанная классификация вытекает из системного толкования положений УПК РФ, ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»; Закона РФ от 21.07.1993 № «О государственной тайне»; ФЗ от 29.07.2004 № 98-ФЗ «О коммерческой тайне»; Трудовой кодекс Российской Федерации и законы о службе в правоохранительных органах; Гражданский кодекс Российской Федерации (например, ст. 857), ФЗ от 02.12.1990 № 395-1 «О банках и банковской деятельности», ФЗ от 31.05.2002 № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», ФЗ от 30.12.2008 № 307-ФЗ «Об аудиторской деятельности», ФЗ от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»; Закон Российской Федерации от 02.07.1992 № 3185 «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании» [Попов Л.Л., 2010: 125–189].

¹⁵ Например, ч. 4 ст. 21 УПК РФ, п. 3¹ ч. 3 ст. 10¹ ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации».

¹⁶ К примеру, в рамках Будапештской конвенции, Конвенции СНГ о компьютерных преступлениях и др.

¹⁷ Подобная терминология закреплена на нормативном уровне (например, ст. 164¹ УПК РФ). Кроме того, по ГОСТу 2.051-2013 под электронным носителем понимается материаль-

доступ к ней; поставщик-услуг¹⁸ либо представительство поставщика-услуг в другом государстве.

С учетом механизма получения таких сведений, можно поделить на электронную информацию, получаемую посредством: оперативно-розыскных средств, в том числе при международном полицейском сотрудничестве (к примеру, сотрудники оперативных подразделений направили запрос о содействии правоохранительным органам иностранных государств на основании межправительственных и межведомственных соглашений либо через Национальное центральное бюро Интерпола); следственных и иных процессуальных действий (например, через направление следователем запроса об оказании взаимной правовой помощи компетентным органам иностранного государства; самостоятельного предоставления необходимых сведений субъектом, имеющим физический или удаленный доступ к такой информации — поставщик-услуг либо владелец электронного носителя информации); в зависимости от уголовно-процессуальной судьбы электронной информации. Так, полученные в рамках международного взаимодействия данные могут быть признаны вещественными доказательствами (ст. 81 УПК РФ), так и в качестве иных документов (ч. 2 ст. 84 УПК РФ), либо не признаны таковыми, а при предоставлении электронных носителей информации возвращены обратно компетентным органам иностранного государства.

В рамках международного сотрудничества по уголовным делам, как правило, запрашиваются следующие виды электронной информации.

Основная (базовая) информация об абоненте (Basic Subscriber Information) указывает имя абонента (пользователя), а также может содержать сведения, как долго абонент использовал услугу и IP-адрес, с которого впервые был совершен вход в систему.

Информация о трафике (без информации о содержании) (Transactional Information), представляющая метаданные, связанные с оказанием услуг; включает: данные, касающиеся подключения, трафика или местоположения коммуникации (к примеру, IP-адрес или MAC-адрес); журналы регистрации доступа, в которых регистрируется время и даты доступа к услуге конкрет-

ный носитель, используемый для записи, хранения и воспроизведения информации, обрабатываемой с помощью средств вычислительной техники. Электронные носители информации могут использоваться как самостоятельные объекты (флеш-накопители, карты памяти, различные съемные накопители, компакт-диск и т.п.), так и входить в состав различных объектов (серверов, системных блоков, ноутбуков, видеорегистраторов, планшетов, мобильных телефонов и т.п.). См. также: Информационное письмо Следственного комитета Российской Федерации 12.03.2019 № Исоп-226/2-8811-19 «Особенности применения статей 164 и 164¹ УПК РФ при производстве следственных действий».

¹⁸ В настоящем исследовании под ним понимаются организации (компании), оказывающие услуги информационно-телекоммуникационной сети Интернет, кабельной сети, спутниковой сети, услуги социальных сетей и передающие информацию электронным способом.

ным физическим лицом, а также IP-адрес, с которого осуществляется доступ к услуге; журналы операций, в которых фиксируются продукты, полученные конкретным физическим лицом от поставщика или третьего лица (например, приобретение места в облачном хранилище).

Информация о содержании (content). Она составляет тело или текст электронного письма (сообщения), блога или поста, видео, изображения или звук, хранящиеся в цифровом формате (кроме данных об абоненте или метаданных) [Малов А.А., 2018: 57–58]¹⁹.

Так, в ходе уголовного преследования правоохранительными органами Франции террориста А., который убил двух офицеров французской полиции в их жилище, возникла необходимость в получении учетных записей злоумышленника социальной сети Facebook на смартфоне iPhone, который был изъят в рамках осмотра места происшествия. Одна учетная запись была создана на имя А., а вторая — на вымышленное имя, где преступник разместил видеоролик о двойном убийстве и сделал заявление об атаке.

Французские компетентные органы направили запрос об оказании взаимной правовой помощи в отношении информации о содержании обеих учетных записей Facebook правоохранительным органам США: поставщик-услуг находится под юрисдикцией американских властей. Последние сообщили, что стандарт достаточного основания был соблюден только в отношении учетной записи на вымышленное имя ввиду размещения видеоролика об убийстве, но не в отношении личной учетной записи. Учетная запись на вымышленное имя имеет прямую связь с преступным деянием, тогда как у личной учетной записи такой связи нет²⁰.

Заключение

В правоприменительной практике и доктрине сформировались различные подходы к пониманию информации, которая представлена в электронной форме, и задействуется при раскрытии и расследовании преступлений. Для ее обозначения используются различные термины, а именно: «машинная информация», «компьютерная информация», «цифровая информация», «электронная информация», а в некоторой части — и «электронные доказательства». В силу отсутствия законодательного закрепления указанных по-

¹⁹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on European Production and Preservation Orders for electronic evidence in criminal matters and Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on the appointment of legal representatives for the purpose of gathering evidence in criminal proceedings. P. 43.

²⁰ Из архива автора.

нятий и единой точки зрения в науке относительно их правовой природы оперировать этими понятиями как состоявшимися категориями преждевременно. На сегодняшний день стоит исходить из более привычного и лаконочного термина — «электронная информация», поскольку именно он обладает всеми необходимыми функциональными признаками, учитывая при этом его многогранную уголовно-процессуальную сущность.

Под электронной информацией по уголовным делам (в широком смысле) предлагается понимать сведения, передаваемые посредством любых физических сигналов (как правило, в электронной форме), содержащиеся на соответствующих материальных (цифровых) носителях, т.е. в пригодном для восприятия человеком, и которые используются в ходе уголовного судопроизводства, в частности для установления обстоятельств, подлежащих доказыванию (ст. 73 УПК РФ). Вместе с тем следует учитывать также и классификацию электронной информации при раскрытии и расследовании преступлений в зависимости от: этапов производства по уголовному делу; месторасположения информации; содержания; правовой регуляция получения; обладателей; механизма предоставления; порядка использования. Относительно международного сотрудничества в сфере оперативно-разыскной деятельности и уголовного судопроизводства, как правило, запрашивается следующая электронная информация: базовая информация об абоненте; сведения о сетевых транзакциях; данные о содержании.



Список источников

1. Бауэр Ф.Л., Гооз Г. Информатика. Вводный курс. М.: Мир, 1990. 336 с.
2. Балашкин В.С. Доказательства в российском уголовном процессе: понятие, сущность, классификация. Екатеринбург: УрГЮА, 2002. 112 с.
3. Балашкин В.С. Доказательства в теории и практике уголовно-процессуального доказывания. Екатеринбург: УМЦ УПИ, 2004. 298 с.
4. Борисов А.Б. Большой юридический словарь. М.: Книжный мир, 2010. 848 с.
5. Бернам У. Правовая система США. М.: Новая юстиция, 2006. 1216 с.
6. Васюков В.Ф. Некоторые вопросы проведения следственных действий, направленных на обнаружение, фиксацию и изъятие электронных сообщений, переданных посредством мобильных абонентских устройств сотовой связи // Российский следователь. 2016. № 23. С. 15–18.
7. Васюков В.Ф. Теоретические и правовые аспекты расследования преступлений с использованием абонентской информации. Орел: Картуш, 2020. 340 с.
8. Владимиров Л.Е. Учение об уголовных доказательствах. Тула: Автограф, 2000. 464 с.
9. Ворожит С.П. Электронные средства доказывания в гражданском и арбитражном процессе: автореф. дис. ... к. ю. н. СПб., 2011. 235 с.
10. Волеводз А.Г. Противодействие компьютерным преступлениям: правовые основы международного сотрудничества. М.: Юрлитинформ, 2002. 485 с.

11. Вышинский А.Я. Теория судебных доказательств в советском праве. М.: Юридическое изд-во, 1941. 248 с.
12. Головкин Л.В. Цифровизация в уголовном процессе: локальная оптимизация или глобальная революция? // Вестник экономической безопасности. 2019. № 1. С. 22–25.
13. Давлетов А.А. Основы уголовно-процессуального познания. Свердловск: Изд-во Уральского университета, 1991. 152 с.
14. Дорохов В.Я. Понятие доказательств в советском уголовном процессе // Советское государство и право. 1964. № 9. С. 108–117.
15. Жданко А.В. Введение в общую историологию. СПб.: Алетейя, 2013. 277 с.
16. Зайцев О.А. Особенности использования электронной информации в качестве доказательств по уголовному делу: сравнительно-правовой анализ зарубежного законодательства // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2019. № 4. С. 42–57.
17. Зазулин А.И. Правовые и методологические основы использования цифровой информации в доказывании по уголовному делу: дис....к.ю.н. Екатеринбург, 2018. 251 с.
18. Зигура Н.А. Компьютерная информация как вид доказательства в уголовном процессе России: дис. ... к.ю.н. Челябинск, 2010. 234 с.
19. Зигура Н.А., Кудрявцева А.В. Компьютерная информация как вид доказательства в уголовном процессе России. М.: Юрлитинформ, 2011. 176 с.
20. Иванов Н.А. Цифровая информация в уголовном процессе // Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2013. № 5. С. 93–102.
21. Карась И.З. Экономический и правовой режим информационных ресурсов // Право и информатика. 1990. № 2. С. 40–59.
22. Касаткин А.В. Тактика собирания и использования компьютерной информации при расследовании преступлений: дис. ... к.ю.н. М., 1997. 215 с.
23. Крылов В.В. Информационные компьютерные преступления. Учебное и практическое пособие. М.: Норма, 1997. 285 с.
24. Кушниренко С.П. Цифровая информация как самостоятельный объект криминалистического исследования // Вестник криминалистики. 2006. № 2. С. 43–47.
25. Кувычков С.И. Использование в доказывании по уголовным делам информации, представленной в электронном виде: дис. ... к.ю.н. Н. Новгород, 2016. 273 с.
26. Льянов М.М. Современный подход к классификации виртуальных следов // Сибирские уголовно-процессуальные и криминалистические чтения. 2020. № 4. С. 47–55.
27. Малов А.А. Получение электронных доказательств от иностранных юрисдикций (на примере США) // Законность. 2018. № 9. С. 56–60.
28. Маслов А.В., Соскова К.А. Электронная информация как доказательство по уголовным делам // Центральный научный вестник. 2017. № 11. С. 57–59.
29. Мещеряков В.А. Электронные цифровые объекты в уголовном процессе и криминалистике // Воронежские криминалистические чтения. 2004. № 5. С. 153–169.
30. Мещеряков В.А. Преступления в сфере компьютерной информации: основы теории и практики расследования. Воронеж: Изд-во Воронежского государственного университета, 2002. 407 с.
31. Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка: 80000 слов и фразеологических выражений. М.: ТЕМП, 2006. 944 с.

32. Оконенко Р.И. «Электронные доказательства» и проблемы обеспечения прав граждан на защиту тайны личной жизни в уголовном процессе: сравнительный анализ: дис. ... к.ю.н. М., 2016. 158 с.
33. Полонский В.М. Понятийно-терминологический аппарат педагогики // Педагогика. 1999. № 8. С. 16–24.
34. Полянский Н.Н. Доказательства в иностранном уголовном процессе: вопросы и тенденции нового времени. М.: Юрид. изд-во, 1946. 142 с.
35. Пицци У. Судопроизводство без истины: почему наша система уголовного судопроизводства стала дорогой ошибкой и что нам необходимо сделать, чтобы восстановить ее. М.: Инфотропик Медиа, 2019. 280 с.
36. Попов Л.Л. Информационное право. М.: Норма, 2010. 495 с.
37. Раенко С.И. К вопросу о становлении информационного общества // Наука и современность. 2013. № 20. С. 189–194.
38. Решетникова И.В. Доказательственное право Англии и США. Екатеринбург: Ур-ГЮА, 1997. 237 с.
39. Салиновский К.В., Маркелова Г.Ю. Доказательственное значение «электронной» информации в российском уголовном процессе // Российский следователь. 2001. № 6. С. 18–19.
40. Стельмах В.Ю. Необходимость изменения конструкции следственных действий, направленных на получение сведений, передаваемых по средствам связи // Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России. 2021. № 1. С. 146–155.
41. Соколов Ю.Н. Информационные технологии в уголовном судопроизводстве. Екатеринбург: Телекоммуникационное право, 2010. 418 с.
42. Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса: в 2-х томах. Т.1. М.: Наука, 1986. 470 с.
43. Смушкин А.Б. Виртуальные следы в криминалистике // Законность. 2012. № 8. С. 43–48.
44. Урсул А.Д. Проблема информации в современной науке. Философские очерки. М.: Наука, 1975. 287 с.
45. Шайдуллина Э.Д., Шмелева О.Г. Законодательное закрепление наложения ареста на электронную переписку в уголовном судопроизводстве // Вестник Дальневосточного юридического института МВД России. 2018. № 2. С. 44–49.
46. Шейфер С.А. Следственные действия. Система и процессуальная форма. М.: Юрлитинформ, 2001. 208 с.
47. Idowu S., Capaldi N., Zu L., Gupta A.D. Encyclopedia of Corporate Social Responsibility. Berlin: Springer, 2013. 2772 p.
48. Kerr O.S. Digital Evidence and the New Criminal Procedures. Columbia Law Review, 2005, vol. 105, pp. 279–318.
49. Mason S. Electronic evidence: dealing with encrypted data and understanding software, logic and proof. Journal of the Academy of European Law, 2014, vol. 15, pp. 25–36.
50. Moussa A.F. Electronic evidence and its authenticity in forensic evidence. Egyptian Journal of Forensic Sciences, 2011, vol. 11, pp. 1–20.
51. Rothstein P.F., Raeder M.S., Crump D. Evidence in a Nutshell: State and Federal Rules. Minneapolis: West Publishing Company, 2012. 816 p.
52. Walker C. Digital Evidence and Computer Crime: Forensic Science, Computers and the Internet. Crime Prevention and Community Safety, 2001, vol. 3, pp. 87–88.



References

1. Bauer F.L., Gooz G. (1990) *Computer science. Introductory course*. Moscow: Mir, 336 p. (In Russ.).
2. Balakshin V.S. (2002) *Evidence in Russian criminal procedure: concept, essence, classification*. Ekaterinburg: Ural State Law Academy, 112 p. (In Russ.).
3. Balakshin V.S. (2004) *Evidence in theory and practice of criminal procedural proof*. Ekaterinburg: Ural University, 298 p. (In Russ.).
4. Borisov A.B. (2010) *Big law dictionary*. Moscow: Knizhnyi mir, 848 p. (In Russ.).
5. Burnham U. (2006) *US legal system*. Moscow: Novaya justitsia, 1216 p. (In Russ.).
6. Davletov A.A. (1991) *Basics of criminal procedural knowledge*. Sverdlovsk: University, 152 p. (In Russ.).
7. Dorokhov V. Ia. (1964) The concept of evidence in Soviet criminal procedure. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo* = Soviet State and Law, no. 9, pp. 108–117. (In Russ.).
8. Golovko L.V. (2019) Digitalization in Criminal Procedure: Local Optimization or Global Revolution? *Vestnik ekonomicheskoi bezopasnosti* = Herald of Economic Security, no. 1, pp. 22–25. (In Russ.).
9. Idowu S., Capaldi N., Zu L., Gupta A.D. (2013) Encyclopedia of Corporate Social Responsibility. https://doi.org/10.1007/978-3-642-28036-8_100896.
10. Ivanov N.A. (2013) Digital information in criminal proceedings. *Biblioteka kriminalista* = Library of Criminalist, no. 5, pp. 93–102. (In Russ.).
11. Karas' I.Z. (1990) Economic and legal regime of information resources. *Pravo i informatika* = Law and Informatics, no. 2, pp. 40–59. (In Russ.).
12. Kasatkin A.V. (1997) Collecting and using computer information in the investigation of crimes. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 215 p. (In Russ.).
13. Kerr O.S. (2005) Digital Evidence and the New Criminal Procedures. *Columbia Law Review*, vol. 105, pp. 279–318.
14. Krylov V.V. (1997) *Information computer crimes*. Moscow: Norma, 285 p. (In Russ.).
15. Kushnirenko S.P. (2006) Digital information as an independent object of forensic research. *Vestnik kriminalistiki* = Herald of Criminaltics, no. 2, pp. 43–47. (In Russ.).
16. Kuvychkov S.I. (2016). Use of information presented in electronic form in proving in criminal cases. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Nizhny Novgorod, 273 p. (In Russ.).
17. L'ianov M.M. (2020) Modern classification of virtual traces. *Sibirskie ugovno-protsessual'nye i kriminalisticheskie chteniia* = Siberian Criminalistics Transactions, no. 4, pp. 47–55 (In Russ.).
18. Malov A.A. (2018) Obtaining electronic evidence from foreign jurisdictions (United States as a case). *Zakonnost'* = Legality, no. 9, pp. 56–60. (In Russ.).
19. Maslov A.V., Soskova K.A. (2017) Electronic information as evidence in criminal cases. *Tsentral'nyi nauchnyi vestnik* = Central Scholar Herald, no.11, pp. 57–59. (In Russ.).
20. Mason S. (2014) Electronic evidence: dealing with encrypted data and understanding soft-ware, logic and proof. *Journal of the Academy of European Law*, vol. 15, pp. 25–36.
21. Meshcheriakov V.A. (2004) Electronic digital objects in criminal procedure and forensic science. *Voronezhskie kriminalisticheskie chteniia* = Voronezh Criminalistics Transactions, no. 5, pp. 153–169. (In Russ.).
22. Meshcheriakov V.A. (2002) *Computer information crimes: theory and practice of investigation*. Voronezh: University, 407 p. (In Russ.).

23. Moussa A.F. (2021) Electronic evidence and its authenticity in forensic evidence. *Egyptian Journal of Forensic Sciences*, vol. 11, pp. 1-20. <https://doi.org/10.1186/s41935-021-00234-6>.
24. Okonenko R.I. (2016). Electronic evidence and ensuring rights of citizens to protect private life in criminal proceedings: a comparative analysis. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 158 p. (In Russ.).
25. Ozhegov S.I., Shvedova N. Yu. (2006) Explanatory dictionary of the Russian language. Moscow: Temp, 944 p. (In Russ.).
26. Polianskii N.N. (1946) *Evidence in foreign criminal proceedings: modern issues and trends*. Moscow: Yuridicheskoe izdatelstvo, 142 p. (in Russian);
27. Polonskii V.M. (1999) Conceptual and terminological apparatus of pedagogy. *Pedagogika = Pedology*, no. 8, pp.16–24. (In Russ.).
28. Pitstsi U. (2019) *Litigation Without Truth: Why Our Criminal Trial System Has Become a Costly Error and What We Need to Do to Rebuild It*. Moscow: Infotropik Media, 280 p. (In Russ.).
29. Popov L.L. et al. (2010) *Information Law*. Moscow: Norma, 495 p. (In Russ.).
30. Raenko S.I. (2013) Building information society. *Nauka i sovremennost'* = Science and Modernity, no 20, pp. 189–194. (In Russ.).
31. Reshetnikova I.V. (1997) *The law of evidence in England and the USA*. Ekaterinburg: Ural State Law Academy, 237 p. (In Russ.).
32. Rothstein P.F., Raeder M.S., Crump D. (2012) *Evidence in a Nutshell: State and Federal Rules*. Minnesota: West Publishing Company, 816 p.
33. Salinovskii K.V., Markelova G. Uu. (2001) Evidence-based value of electronic information in the Russian criminal process. *Rossiiskii sledovatel'* = Russian Investigator, no. 6, pp.18–19. (In Russ.).
34. Shaidullina E.D., Shmeleva O.G. (2018) Legislative consolidation of the seizure of electronic correspondence in criminal proceedings. *Vestnik Dal'nevostochnogo iuridicheskogo instituta MVD* = Herald of Far Eastern Law Internal Ministry Institute, no. 2, pp. 44–49. (In Russ.).
35. Smushkin A.B. (2012) Virtual traces in forensics. *Zakonnost'* = Legality, no. 8, pp. 43–48 (In Russ.).
36. Sheifer S.A. (2001) *Investigation. System and procedure*. Moscow: Yurlitinform, 208 p. (In Russ.).
37. Sokolov Yu. N. (2010) *Information technologies in criminal proceedings*. Ekaterinburg: Telekommunikatsionnoe pravo, 418 p. (In Russ.).
38. Stel'makh V. Yu. (2021) The need to change the design of investigative actions aimed at obtaining information transmitted by means of communication. *Vestnik Sankt-Peterburgskogo universiteta MVD* = Herald of Peterburg University of Internal Ministry, no. 1, pp. 146–155. (In Russ.).
39. Strogovich M.S. (1986) *Soviet criminal procedure*. Moscow: Nauka, 470 p. (In Russ.).
40. Ursul A.D. (1975) *Information in modern science. Philosophical essays*. Moscow: Nauka, 287 p. (In Russ.).
41. Vasiukov V.F. (2016) Some issues of conducting investigative actions aimed at detecting, fixing and seizure of electronic messages transmitted through mobile subscriber devices of cellular communication. *Rossiiskii sledovatel'* = Russian Investigator, no. 23, pp. 15–18. (In Russ.).

42. Vasiukov V.F. (2020) *Theoretical and legal aspects of crime investigation using subscriber information*. Orel: Kartush, 339 p. (In Russ.).
43. Vladimirov L.E. (2000) *Doctrine of criminal evidence*. Tula: Avtograf, 464 p. (In Russ.).
44. Vorozhbit S.P. (2011) Electronic means of evidence in civil and arbitration proceedings. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Saint Petersburg, 235 p. (In Russ.).
45. Volevodz A.G. (2002) *Countering computer crimes: legal framework for international cooperation*. Moscow: Yurлитinform, 485 p. (In Russ.).
46. Vyshinskii A.Ya. (1941) *Theory of forensic evidence in Soviet law*. Moscow: Yuridicheskoe izdatel'stvo, 248 p. (In Russ.).
47. Walker C. (2001) Digital Evidence and Computer Crime: Forensic Science, Computers and the Internet. *Crime Prevention and Community Safety*, vol. 3, pp. 87–88.
48. Zaitsev O.A. (2019) Using electronic information as evidence in a criminal case: a comparative analysis of foreign legislation. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya* = Journal of Foreign Legislation and Comparative Law, no. 4, pp. 42–57. (In Russ.).
49. Zazulin A.I. (2018) Legal and methodological foundations for using digital information as proof in a criminal case. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Ekaterinburg, 251 p. (In Russ.).
50. Zhdanko A.V. (2013) *Introduction to General Historiology*. Saint Petersburg: Aleteiya, 277 p. (In Russ.).
51. Zigura N.A. (2010) Computer Information as a type of evidence in criminal procedure in Russia. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Chelyabinsk, 234 p. (In Russ.).
52. Zigura N.A., Kudriavtseva A.V. (2011) *Computer information as a type of evidence in the criminal process of Russia*. Moscow: Yurлитinform, 176 p. (In Russ.).

Информация об авторе:

К.К. Клевцов — кандидат юридических наук, доцент.

Information about the author:

K.K. Klevtsov — Candidate of Science (Law), Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 10.09.2021; одобрена после рецензирования 22.11.2021; принята к публикации 29.11.2021.

The article was submitted 10.09.2021; approved after reviewing 22.11.2021; accepted for publication 29.11.2021.

Научная статья

УДК 341.23

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.5.256.285

Международно-правовые механизмы регулирования доступа к технологиям здравоохранения



Владислав Сергеевич Маличенко

Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, Москва, Россия, vlad.malichenko@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-3136-8054>



Аннотация

За последние десятилетия увеличилось количество системных проблем в сфере охраны здоровья, охватывающих каждое государство вне зависимости от уровня экономического благосостояния. Это является следствием социально-демографических потрясений, геополитической нестабильности, а также отсутствия системного подхода к развитию нормативно-правового регулирования сферы охраны здоровья на международном и национальном уровнях. Технологии здравоохранения являются фундаментальной основой обеспечения охраны здоровья, социальной помощи, а также противодействия чрезвычайным ситуациями естественного и преднамеренного характера. Доступ к технологиям здравоохранения регулируется различными отраслями международного права, что определяет комплексность данного процесса, а также необходимость формирования специальных международно-правовых механизмов позволяющих обеспечить систематическое противодействие угрозам в сфере охраны здоровья, включая чрезвычайные ситуации. В настоящей статье дан анализ значения доступа к технологиям здравоохранения в переосмыслении концепции безопасности человека на международном уровне, а также в рамках стратегий национальной безопасности ведущих мировых держав. Автором последовательно рассматриваются основные направления развития регулирования передачи технологий здравоохранения, включая защиту исключительных прав разработчиков, формирование глобальных партнерств в сфере закупки, а также гармонизацию нормативно-правового регулирования в рамках инициатив региональной экономической интеграции. Отдельное внимание в статье уделяется анализу основных международных механизмов передачи данных и научных знаний, необходимых для развития передачи технологий здравоохранения, а также оценке правового регулирования развития передачи технологий здравоохранения

на уровне государств. На основе анализа автором сформулированы предложения о совершенствовании международно-правовых механизмов, определяющих доступ к технологиям здравоохранения.



Ключевые слова

международное право, безопасность, право на здоровье, технологии здравоохранения, передача технологий, гармонизация, доступ

Для цитирования: Маличенко В.С. Международно-правовые механизмы регулирования доступа к технологиям здравоохранения // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 5. С. 256–285. DOI: 10.17323/2072-8166.2021.5.256.285.

Research article

International Law Regulation of Access to Health Technologies



Vladimir S. Malichenko

Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of Russian Federation, Moscow, Russia, vlad.malichenko@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-3136-8054>



Abstract

Over the past decades, the number of system challenges in health protection has rapidly increased, impacting every country, regardless of the economic well-being level. The situation is mainly driven by socio-demographic shocks, geopolitical instability, as well as the lack of a systematic approach to the development of legal regulation of the health sector at the international and national level. Health technologies are fundamental to providing health care, social care, and responding to natural and deliberate emergencies. Access to healthcare technologies is regulated by various branches of international law, which determines the complexity of this process, as well as the need to form special international legal mechanisms to ensure systematic counteraction to threats in the field of health protection, including emergencies. This article presents analysis of the access to health technologies role in rethinking the concept of human security at the international level, as well as in the framework of national security strategies. The author consistently examines the main directions for the development of health technologies transfer regulation, including the protection of the IP rights, the formation of global partnerships in the field of procurement, as well as the harmonization of legal regulation within the framework of regional economic integration initiatives. Special attention in the article is paid to the analysis of the main international regulation for data transfer and access to scientific knowledge necessary for health technologies transfer, as well as the assessment of national regulation. Based on the conducted analysis, the author formulates proposals for improving the international legal mechanisms regulating access to health technologies.

 **Keywords**

international law, security, right to health, health technologies, technology transfer, harmonization, access

For citation: Malichenko V.S. International Law Regulation of Access to Health Technologies. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, 2021, no. 5, pp. 256–285. (In Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2021.5.256.285.

Введение

Со времен первых Международных санитарных конференций в начале XIX века и создания Международного бюро общественной гигиены (далее — МБОГ) до истечения первых десятилетий существования Всемирной организации здравоохранения (далее — ВОЗ) основным направлением международного сотрудничества и появления актов международного права в сфере охраны здоровья являлось противодействие распространению инфекционных заболеваний. Под влиянием технологических достижений, позволивших обеспечить контроль над распространением инфекционных заболеваний, произошло смещение приоритетов международного сотрудничества на вопросы, связанные с противодействием неинфекционным заболеваниям (онкология, сахарный диабет, сердечно-сосудистые заболевания; далее — НИЗ) и обеспечением всеобщего охвата услугами здравоохранения. Терапия НИЗ предполагает постоянное применение различных технологий здравоохранения, например, медицинских изделий для контроля за изменением течения заболевания, лекарственных средств для сдерживания развития заболевания. Повышение потребности в применении технологий здравоохранения формирует «порочный круг», увеличивая экономическое бремя для систем здравоохранения и, как следствие, ограничивая доступ к технологиям здравоохранения, в особенности, для уязвимых категорий населения, приводя к инвалидизации, утрате трудоспособности. В итоге это приводит к сокращению национального дохода. Долгосрочные социально-экономические последствия для каждого государства вследствие распространения НИЗ определили внимание к данной проблеме не только со стороны ВОЗ, но также стали основой проведения совещаний высокого уровня на площадке ООН в 2011, 2014 и 2018 гг.

Необходимо отметить, что несмотря на существенные достижения в разработке антибиотиков и увеличении темпов вакцинации, инфекционные заболевания становятся все большей угрозой. В различных регионах мира было зафиксировано более 30 вспышек инфекционных заболеваний, которые являлись индикатором несовершенства организационно-правовых ме-

ханизмов контроля за их распространением, сформированным за предыдущее столетие [Mukherjee S., 2017: 459–467]. Основными причинами подобной ситуации наряду с систематическими проблемами в сфере регулирования вопросов охраны здоровья в деятельности ВОЗ и других международных организаций стало отсутствие комплексных механизмов регулирования доступа к технологиям здравоохранения.

1. Определение понятия технологий здравоохранения

Термин «технология» происходит от греч. “*techne*” — навык, искусство, ремесло или способ, применяемый для изготовления какого-либо объекта, и “*logos*” — слово, посредством которого выражается мысль. Руководствуясь Докладом Генерального секретаря ООН, технологии представляют основной фактор обеспечения благосостояния человека и государственного развития, позволяя создать новые рабочие места, увеличить производительность труда, снизить стоимость товаров и услуг, расширить доступность медико-социальной помощи¹.

Несмотря на первые упоминания о применении технологий здравоохранения в VII веке до н.э., к настоящему времени в документах международных организаций и в научных исследованиях не было сформулировано унифицированного определения понятия «технология здравоохранения». Согласно одной из первых попыток сформулировать определение данного понятия в рамках резолюции Всемирной ассамблеи здравоохранения WHA 60.20, под технологией здравоохранения необходимо понимать применение систематизированных знаний и навыков в формате различных средств медицинского применения (лекарственных средств, медицинских изделий и др.), направленных на улучшение качества жизни и решение глобальных проблем в сфере охраны здоровья².

Необходимо констатировать, что по прошествии десятилетия под влиянием стремительного технологического прогресса определение ВОЗ уже не отражает в полной мере всего спектра решений, активно внедряемых в систему медико-социальной помощи. В частности, данный тезис подтверждает Генеральный директор ВОЗ, подчеркивающий нарастающую роль технологий геномного редактирования, роботизированной хирургии, 3-D печат-

¹ Воздействие стремительных технологических изменений на устойчивое развитие. Доклад Генерального секретаря. Экономический и Социальный Совет. Комиссия по науке и технике в целях развития. E/CN.16/2019/2. 2019. 17 с.

² Health technologies. Sixtieth World Health Assembly. WHA 60.29. 23 May 2007. Available at: https://www.who.int/healthsystems/WHA60_29.pdf (дата обращения: 22.02.2021)

ти, искусственного интеллекта (далее — ИИ) для систем здравоохранения³. Кроме того, в контексте увеличения темпов инвалидизации населения и регулирования вопросов социальной защиты в деятельности МОТ и других международных организаций необходимо упомянуть об ассистивных технологиях, направленных на повышение качества жизни и интеграции лиц с ограниченными возможностями в общественные процессы [Ruikai D., Luanjiao H., 2021: 1–19]⁴.

Необходимо также упомянуть о подходах к определению понятия «технология здравоохранения» на национальном уровне, где данный термин не закреплен в рамках актов национального права, но в то же время представлен в официальных документах, подготовленных уполномоченными национальными учреждениями. ФГБУ «ЦЭКМП» Минздрава России определило технологии здравоохранения как любое вмешательство, которое может быть использовано для укрепления здоровья, профилактики, диагностики, лечения болезни, реабилитации пациентов или обеспечения ухода, включая лекарства, медицинские изделия, процедуры и организационные системы⁵. Национальный информационный центр исследований в области медицинских услуг и технологий здравоохранения (далее — NICHSR) США определил под технологиями здравоохранения практическое применение знаний для улучшения или поддержания здоровья человека и населения, сформулировав три способа описания технологий здравоохранения на основании их физической природы (медицинские изделия, программное обеспечение, лекарственные средства и др.), цели применения (профилактика, реабилитация, диагностика и др.) и стадии внедрения в практику (экспериментальная, исследуемая, концептуальная и др.)⁶.

Принимая во внимание стремительное увеличение внимания международного сообщества к проблеме доступа к технологиям здравоохранения в контексте пандемии COVID-19 и других системных проблем в сфере охраны здоровья, необходимо сформулировать актуальное определение данного понятия на площадке ВОЗ.

³ WHO, WIPO, WTO Joint Technical Symposium on Cutting-Edge Health Technologies: Opportunities and Challenges. Available at: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_gc_20.pdf (дата обращения: 22.02.2021)

⁴ Rehabilitation in health systems. Geneva, 2017, p. 35. Available at: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_gc_20.pdf (дата обращения: 22.02.2021)

⁵ Центр экспертизы и контроля качества медицинской помощи» Министерства здравоохранения Российской Федерации. Available at: URL: <https://rosmedex.ru/hta/> (дата обращения: 22.02.2021)

⁶ National Information Center on Health Services Research and Health Care Technology (NICHSR). Available at: <https://www.nlm.nih.gov/nichsr/hta101/ta10104.html> (дата обращения: 22.02.2021)

2. Состояние мирового рынка технологий здравоохранения

Под влиянием технологического процесса, сопровождаемого увеличением продолжительности жизни населения и повышением потребности в оказании медико-социально помощи, технологии здравоохранения являются одним из наиболее динамично развивающихся мировых рынков. К 2025 г. только фармацевтический сегмент рынка технологий здравоохранения достигнет 1,6 трлн. долл. США без учета затрат на вакцинацию от COVID-19, которые составят 157 млрд. долл. США. При этом необходимо отметить, что пандемия COVID-19 привела к увеличению ожидаемого объема фармацевтического рынка на 88 млрд. долл. США. Основными источниками роста фармацевтического рынка ближайших лет станут препараты для лечения онкологических и иммунологических заболеваний. В ближайшие пять лет ожидается регистрация 100 новых препаратов онкологического сегмента, при этом общемировые затраты достигнут 260 млрд. долл. США к 2025 г.⁷

Отдельного внимания заслуживают исследования в сфере разработки генно-клеточных технологий, ознаменовавших эру персонализированной медицины и предполагающие новые подходы к оказанию медицинской помощи. В 2020 г. исследования в сфере генно-клеточных продуктов составляли 12% общего числа клинических исследований⁸. При этом преобладающим источником финансирования подобных исследований являются не фармацевтические производители, а государственные научно-исследовательские институты и венчурные фонды. Так, объем финансирования исследований генно-клеточных технологий Правительством США ежегодно составляет более 550 млн. долл. США⁹.

В 2020 г. под влиянием пандемии COVID-19 произошла стремительная «цифровизация» системы оказания медицинской помощи, что оказало существенное влияние на рынок технологий здравоохранения, а также сформировало потребность в совершенствовании правового регулирования данного сегмента. На сегодняшний день количество различных мобильных приложений в сфере здравоохранения превысило 350 тыс., из которых

⁷ Global Medicine Spending and Usage Trends: Outlook to 2025. IQVIA 2021. Available at: <https://www.iqvia.com/-/media/iqvia/pdfs/institute-reports/global-medicine-spending-and-usage-trends-outlook-for-2025/iqvia-institute-global-medicines-and-usage-trends-to-2025-0421-forweb.pdf> (дата обращения: 02.09.2021)

⁸ Available at: <https://www.mckinsey.com/industries/life-sciences/our-insights/biopharma-portfolio-strategy-in-the-era-of-cell-and-gene-therapy> (дата обращения: 02.09.2021)

⁹ Past budgets. National Center for Advancing Translational Sciences. Available at: <https://ncats.nih.gov/about/center/budget/past> (дата обращения: 02.09.2021)

90 тыс. было запущено в 2020 г.¹⁰ Цифровой сегмент технологий здравоохранения характеризуется существенной инвестиционной привлекательностью. В 2020 г. в разработку цифровых решений для сферы здравоохранения было инвестировано 24 млрд. долл. США.

В контексте стремительного увеличения темпов роста инвестиций в научно-исследовательскую деятельность, а также появления новых категорий технологий здравоохранения, характеризующихся особенностями обращения на рынке и применения в системе оказания медицинской помощи, возрастает потребность в формировании устойчивых международно-правовых механизмов, обеспечивающих справедливый доступ всем группам населения.

3. Доступ к технологиям здравоохранения в повестке международных организаций

Принимая во внимание комплексный характер регулирования сферы обращения технологий здравоохранения, каждый из этапов которого оказывает существенное влияние на показатель доступности среди населения, необходимо отметить, что данный вопрос охватывается не только ВОЗ, но и другими специализированными учреждениями ООН, а также иными участниками международных отношений в сфере охраны здоровья.

Впервые доступ к технологиям здравоохранения в качестве важного элемента охраны здоровья и концепции безопасности человека был определен в рамках доклада ПРООН «Новые измерения безопасности человека» (1994). Однако полноценно значение доступа к технологиям здравоохранения в международной повестке было сформулировано в рамках Целей развития тысячелетия (далее — ЦРТ), утвержденных Генеральной Ассамблеей ООН (далее — ГА ООН) в 2000 г. В частности, достижение трех из восьми основных целей (борьба с ВИЧ/СПИД, малярией и другими заболеваниями, улучшение охраны материнства и сокращение детской смертности, обеспечение доступности основных лекарственных средств в развивающихся странах) напрямую зависит от доступности технологий здравоохранения. В дальнейшем в рамках Целей устойчивого развития (далее — ЦУР), также утвержденных ГА ООН в 2015 г. в качестве продолжателей ЦРТ, доступ к технологиям здравоохранения был определен в качестве одной из задач ЦУР №3 «Обеспечение здорового образа жизни и содействие благополучию для всех в любом возрасте».

¹⁰ Digital Health Trends 2021: Innovation, Evidence, Regulation, and Adoption. IQVIA 2021. Available at: <https://www.iqvia.com/-/media/iqvia/pdfs/institute-reports/digital-health-trends-2021/iqvia-institute-digital-health-trends-2021.pdf> (дата обращения: 02.09.2021)

Отдельное внимание в международной повестке уделяется обеспечению контроля за использованием антибиотиков как при оказании медицинской помощи, так и в сельском хозяйстве. Полномочия в отношении регулирования данной проблематики закреплены в мандате ВОЗ, ФАО, ВООЗЖ и ЮНЕП. В частности, вопросы антибиотикорезистентности рассматриваются в рамках деятельности Комиссии Кодекса Алиментариус, учрежденной ФАО совместно с ВОЗ¹¹.

Реализация мер по охране здоровья является одной из девяти основных сфер социальной защиты и предполагает обеспечение необходимого уровня здоровья населения посредством доступа к необходимым технологиям здравоохранения, в частности, включая основные медицинские услуги, а также лекарственные средства и медицинские изделия. В соответствии с Уставом МОТ наравне с ВОЗ играет важную роль в формировании международно-правовых механизмов, обеспечивающих доступ к технологиям здравоохранения. В частности, необходимо упомянуть принятые в рамках МОТ Конвенцию № 102 о минимальных нормах социального обеспечения (1952), Конвенцию № 130 о медицинской помощи и пособиях по болезни (1969), а также Рекомендацию № 202 о минимальных уровнях социальной защиты (2012).

Соглашения системы ВТО оказывают важное значение в регулировании доступа к технологиям здравоохранения. Существенное влияние на формирование современной системы регулирования передачи и доступа к технологиям здравоохранением оказало принятие Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС) (1995), цели которого — упрощение передачи и доступа к технологиям для развития технологического прогресса, а также поддержание баланса интересов производителей и потребителей. Существенное влияние на увеличение темпов торговли медицинскими услугами оказало расширение участия частного сектора в организации оказания медико-социальной помощи. Генеральное соглашение по торговле услугами (ГАТС) (1995) является первым и единственным многосторонним соглашением универсального характера, регулирующим торговлю услугами и содержащим положения в отношении передачи технологий в интересах развивающихся стран.

4. Роль технологий здравоохранения в достижении национальных приоритетов

За последние десятилетия вопросы доступа к технологиям здравоохранения постепенно интегрировались в национальные приоритеты каждого

¹¹ Codex Alimentarius (Пищевой Кодекс) — свод пищевых международных стандартов, принятых Международной комиссией ФАО/ВОЗ по внедрению кодекса стандартов и правил по пищевым продуктам.

государства в качестве важного компонента обеспечения социально-экономического благополучия, здоровья воинского состава, а также защиты от угроз невоенного характера, послужив основой переосмысления стратегий национальной безопасности. Каждые пять лет начиная с 2009 г. Президент Российской Федерации утверждает Стратегию национальной безопасности. Каждая из трех редакций документа затрагивает вопросы регулирования передачи технологий здравоохранения¹². В частности, одной из приоритетных задач определено преодоление технологической зависимости посредством развития отечественной фармацевтической промышленности для обеспечения гарантированного доступа населения к лекарственным средствам. В последней редакции Стратегии в качестве одного из приоритетов национальной безопасности определено научно-технологическое развитие, включая развитие перспективных высоких технологий в сфере медицины и создание резервов средств медицинского применения для противодействия различным угрозам¹³. Пандемия коронавирусной инфекции послужила стимулом дальнейшего развития концепции безопасности посредством утверждения Федерального закона «О биологической безопасности Российской Федерации» в конце 2020 г.¹⁴, сформулировавшего задачи по разработке, производству и внедрению новых технологий и методов ведения деятельности, связанной с использованием патогенов, а также организации научной деятельности в области обеспечения биологической безопасности.

В США вопросы в сфере охраны здоровья, оказывающие прямое влияние на безопасность страны, уже долгое время рассматриваются в рамках отдельных стратегий. С 2009 г. для реагирования на чрезвычайные ситуации в сфере здравоохранения Министерство здравоохранения и социальных служб разрабатывает стратегию национальной безопасности в сфере здравоохранения (далее — NHSS). В редакции Стратегии 2015–2018 гг. отдельной целью сформулировано усиление национального потенциала в разработке, производстве и эффективном применении различных средств медицинского применения, включая лекарственные средства. В последней

¹² Указ Президента от 12.05.2009 № 537 «Стратегия национальной безопасности Российской Федерации до 2020 г.» // СЗ РФ. 2009. № 20. Ст. 2444; п. 9 Стратегия национальной безопасности Российской Федерации, утв. указом Президента Российской Федерации от 31.12.2015 № 683 // СЗ РФ. 2016. № 1 (ч. II). Ст. 212.

¹³ Указ Президента от 02.07.2021 № 400 «О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации» // СЗ РФ. 2021. № 27. Ст. 5351.

¹⁴ Постановление Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации от 25.12.2020 г. №661-СФ О Федеральном законе «О биологической безопасности в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2021. № 2. Ст. 370.

версии Стратегии 2019–2022 гг. затрагиваются различные аспекты доступа к технологиям здравоохранения¹⁵. В частности, подчеркивается необходимость кибербезопасности в условиях распространения цифровых технологий в системе оказания медицинской помощи, а также обращается внимание на необходимость развития генно-клеточных технологий как основы оказания персонализированной помощи. В документе также уделено внимание потенциальной угрозе преднамеренного применения биологических и химических веществ в ходе военных действия или террористической активности.

Вопросы охраны здоровья фигурируют в стратегиях безопасности региональных международных организаций. Руководствуясь ст. 152 Договора об учреждении Европейского сообщества (1957), деятельность Европейского сообщества должна дополнять государственную политику, направленную на улучшение общественного здравоохранения, предотвращение распространения заболеваний и устранение источников опасности для человеческого здоровья. В ноябре 2009 г. Европейской комиссией был разработан рабочий документ по вопросам безопасности сферы здравоохранения в ЕС и на международном уровне, резюмирующий приоритеты ЕС в отношении противодействия различным угрозам, включая обеспечение разработки необходимых технологий здравоохранения. В июле 2020 г. Европейской комиссией принята Стратегия безопасности ЕС на 2020–2025 гг.¹⁶ В документе подчеркивается зависимость современного общества от различных технологий, что было продемонстрировано в условиях пандемии COVID-19, и формулируется задача по наращиванию потенциала для быстрого своевременного противостояния чрезвычайным ситуациям в сфере охраны здоровья. Внимание в документе также уделено негативным последствиям развития дефицита технологий, выражающимся в увеличении преступной деятельности и воздействия на системы здравоохранения.

На основании анализа стратегий национальной безопасности ведущих мировых держав следует сделать вывод об окончательном формировании сферы охраны здоровья в качестве одного из важнейших компонентов обеспечения безопасности государства и определения национальных целей создания необходимых условий доступа к технологиям здравоохранения.

¹⁵ National Health Security Strategy 2019–2022 24 p. Available at: URL: <https://www.phe.gov/Preparedness/planning/authority/nhss/Documents/NHSS-Strategy-508.pdf> (дата обращения: 31.08.2021)

¹⁶ Communication from the Commission to the European Parliament, The European Council, The Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the EU Security Union Strategy COM/2020/605 final.

5. Права человека и доступ к технологиям здравоохранения

Доступ к технологиям здравоохранения является одним из важнейших компонентов реализации права на наивысший достижимый уровень здоровья, сформулированным практически во всех актах универсального и регионального характера в области защиты прав человека. В частности, в ст. 12 Международного Пакта об экономических, социальных и культурных правах (далее — МПЭСКП) определены основные компоненты права человека на здоровье, включая необходимость обеспечения надлежащей медицинской помощи, предполагающей доступ к технологиям здравоохранения. Доступ к технологиям здравоохранения в качестве одного из основных элементов права человека на здоровье подчеркнут в Замечании общего порядка № 14 (2000), подготовленного Комитетом по экономическим, социальным и культурным правам (далее — КЭСКП), закрепившем четыре взаимосвязанных элемента данного понятия: наличие, доступность, приемлемость, качество (далее — AAAQs)¹⁷. Право на доступ к технологиям здравоохранения было включено в Декларацию о праве на развитие, принятую ГА ООН в 1986 г. и сформулировавшую право каждого человека участвовать в таком экономическом, социальном, культурном и политическом развитии, при котором возможно полноценно реализовать все права и свободы человека. Декларация установила, что государства должны обеспечить равенство возможностей в части доступа к основным ресурсам в области охраны здоровья.

Для оценки практических аспектов взаимосвязи права на здоровье и обеспечения доступа к технологиям здравоохранения необходимо обратиться к решениям судебных органов. На региональном международном уровне в решениях судебных органов по правам человека доступ к технологиям здравоохранения напрямую не рассматривался в качестве компонента реализации права на здоровье (за исключением ряда решений Межамериканского суда по правам человека¹⁸). Однако на национальном уровне сложилась более обширная судебная практика, признающая значение доступа к технологиям здравоохранения в реализации права человека на здоровье. Во многом данная тенденция обусловлена увеличением частоты обращений граждан в

¹⁷ Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 14 on the right to the highest attainable standard of health, 11 August 2000, UN Doc. E/C.12/2000/4, at para. 17. Available at: <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/escgencom14.htm> (дата обращения: 31.08.2021)

¹⁸ IACtHR, *Caso Duque Vs Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Ruling of 26 February, 2016, Serie C, No 310, para. 174; *Caso Cuscul Pivaral y otros vs Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, Ruling of 23 August, 2018, Serie C, No 359, paras. 108-114.

судебные органы ввиду ограничения доступа к технологиям здравоохранения, в особенности, в развивающихся регионах мира.

В Индии еще в 1987 г. решением Верховного Суда Индии охрана здоровья, включая программы обеспечения доступа к лекарственным средствам по разумным ценам в соответствии с Перечнем ВОЗ, была определена как часть реализации права на жизнь, закрепленного в Конституции страны¹⁹. В дальнейшем Высокий суд штата Карнатаки сформулировал в своем решении, что ограничение доступа к лекарственным средствам в рамках Перечня ВОЗ является нарушением государственной политики в сфере лекарственного обеспечения²⁰. В дальнейшем в серии решений Верховного суда Индии была сформулирована необходимость увеличения доступности антиретровирусных препаратов для лечения ВИЧ/СПИД²¹.

Конституционный суд ЮАР, руководствуясь правом на здоровье, закрепленном в ст. 27 Конституции, установил необоснованность введенных правительством ограничений в отношении доступа к антиретровирусным препаратам²². В Нигерии Федеральный высокий суд, основываясь на ст. 16 Африканской хартии прав человека и народов, закрепляющей право человека на здоровье, счел нарушением ограничение доступа заключенных с ВИЧ/СПИД к необходимой медицинской помощи²³. Конституционная палата Верховного суда Коста-Рики в 1997 году вынесла два постановления, в которых антиретровирусная терапия была признано обязательной в системе социального обеспечения²⁴.

Право на доступ к технологиям здравоохранения, равно как и право на развитие неразрывно связаны с правом на доступ к достижениям научного прогресса, а также с правом на участие в научном прогрессе, сформулированными в ст. 27 Всеобщей декларации прав человека (1948) (далее — ВДПЧ), в ст. 15 п. 1 (b) МПЭКСП, а также в региональных договорах (в частности, ст. 13 п. 2 Американской декларации прав и обязанностей человека (1948), ст. 14 п. 1 c) Дополнительного протокола к Американской конвенции о правах

¹⁹ Vincent Panikurlangara v Union of India, 1987 AIR 990, Judgement of 03 March 1987.

²⁰ KS Gopinath v Union of India, Karnataka High Court, 21618/2002, Judgement of 12 November 2002, para. 19.

²¹ Sahara House v Union of India and others, Writ Petitions 535 of 1998, 512 of 1999, 61 of 2003 and 311 of 2003, Order of 02 December 2013.

²² Minister of Health et al. v. Treatment Action Campaign et al, Constitutional Court of South Africa, Case CCT 8/02, Judgement of July, 2002, paras 34-36 and Order of the Court.

²³ Festus Odefe and Others v Attorney-General and Others, Federal High Court of Nigeria, Port Hartcourt judicial division, Suit FHC/PH/CS/680/2003, Decision of 23 February 2004.

²⁴ Luis Guillermo Murillo Rodríguez et al v Caja Costarricense de Seguro Social, Sala Constitucional, Decisión 6096-97, 1997; William García Álvarez v Caja Costarricense de Seguro Social, Decisión 5934-97, 1997.

человека в области экономических, социальных и культурных прав (1988) (Сан-Сальвадорский протокол), ст. 1 Протокола № 1 (1952) к Конвенции о защите прав человека и основных свобод (1950) (далее — ЕКПЧ). На практике реализация права на доступ к достижениям научного прогресса предполагает поиск баланса с необходимостью обеспечения охраны прав интеллектуальной собственности [Plomer A., 2021: 54–76]. Согласно позиции КЭСКП, интеллектуальная собственность — социальный продукт, несущий соответствующую функцию, что обязывает государства формировать правовые режимы исключительных прав разработчиков для обеспечения баланса соблюдения прав, закрепленных в МПЭСКП.

6. Основные направления развития регулирования доступа к технологиям здравоохранения

Как было отмечено ранее, обращение технологий здравоохранения является комплексным процессом, каждый этап которого регулируется актами универсального и регионального характера, формирующими различные отрасли международного права, расширяя или ограничивая доступ к технологиям здравоохранения.

Обеспечение экономической доступности технологий здравоохранения, в первую очередь, связывают с нормативно-правовыми актами международного и национального уровней, регулиющими защиту исключительных прав разработчиков технологий здравоохранения. Институт патентной защиты, безусловно, стал основной систематического развития инновационной деятельности, что особенно прослеживается в сегменте технологий здравоохранения. Вместе с тем существенное количество публикаций свидетельствует об обратном, определяя патентную защиту в качестве существенного барьера, ограничивающего реализацию права человека на здоровье [Dosi G., Marengo L., Staccioli J., Virgillito M., 2021: 1–36].

Однако патентная защита, являясь наиболее обсуждаемой проблемой в научных публикациях последних лет, представляет лишь вершину айсберга. Чрезвычайные ситуации в сфере охраны здоровья продемонстрировали проблему физического наличия необходимых технологий к моменту распространения заболеваний. Исследования свидетельствуют, что существенная доля финансирования научно-исследовательской деятельности приходится на заболевания, преобладающие в развитых регионах мира, что обусловлено потенциальными объемами прибыли. Своевременная разработка технологий здравоохранения возможна путем создания необходимых механизмов передачи научных данных и биологических материалов, а также надлежущего инвестирования в научно-исследовательскую деятельность [Yegros-Yegros A. et al., 2020: 1–14]. Другим барьером обеспечения доступа

к технологиям здравоохранения является развитие дефицита необходимых медицинских средств [Tucker E., Cao Y., Fox E., Sweet B., 2020: 1150–1155]. Противодействие дефициту возможно путем создания программ планирования и организации закупок жизненно важных лекарственных и медицинских изделий как на универсальном, так и на региональном уровнях. Немаловажным способом противодействия дефициту является создание необходимых производственных мощностей для обеспечения потребности регионов [Dill S., Ahn J., 2021: 93–98].

Дефицит технологий здравоохранения в чрезвычайных ситуациях приводит к увеличению распространенности фальсифицированной и низкокачественной продукции, что обостряет проблемы контроля безопасности и качества различных средств медицинского применения, а также противодействия противоправной деятельности [White C., 2021: 93–98]. Государства не способны самостоятельно обеспечить необходимое качество контрольно-надзорных мероприятий и развитие регуляторной среды, что является основой гармонизации нормативно-правового регулирования на региональном уровне.

7. Правовые механизмы передачи технологий здравоохранения

Регулирование передачи технологий занимает особое место в системе регулирования основополагающих отраслей международного права: 48 из 169 задач, намеченных в рамках ЦУР, напрямую основываются на обеспечении доступа к технологиям. В частности, обеспечение доступа к технологиям выделено в качестве отдельного направления в рамках ЦУР № 17 по расширению трехстороннего, регионального и международного сотрудничества в областях науки, техники и инноваций между существующими механизмами на уровне ООН, а также с помощью глобального механизма содействия передаче технологий²⁵.

Пока практически отсутствуют акты универсального характера, способствующие обеспечению систематической передачи технологий здравоохранения. Единственными международно-правовыми механизмами, позволяющими обеспечить передачу непосредственно технологии здравоохранения, является принудительное и добровольное лицензирование, отдельно рассматриваемые в дальнейшем в рамках статьи. Определенным успехом можно считать разработку механизмов, способствующих передаче научных данных, необходимых для проведения исследовательской деятельности и

²⁵ Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН A/RES/70/1. Преобразование нашего мира: Повестка дня в области устойчивого развития на период до 2030 года.

разработки технологий здравоохранения. В частности, своевременный обмен патогенами и совместное использование результатов исследований имеют существенное значение в различных технологиях противодействия инфекционным пандемиям. В частности, Конвенция о биологическом разнообразии (1992) подчеркивает значение доступа к генетическим ресурсам и технологиям в удовлетворении потребностей сферы охраны здоровья. Положения Конвенции распространяются на вирусы, содержащие в своей структуре нуклеиновые кислоты, которые следует относить к генетическому материалу. Доступ к отдельным вирусам имеет существенное значение в развитии научного потенциала и своевременной разработке технологий, необходимых для противодействия пандемиям.

Другим международным механизмом передачи данных для создания технологий здравоохранения является «Механизм обеспечения готовности к пандемическому гриппу», признающий принцип суверенных прав государств на их биологические ресурсы и определяющий основной целью обмен вирусами гриппа, обладающими пандемическим потенциалом, а также научными данными и разработками²⁶. Уникальным аспектом Механизма является вовлеченность частного сектора посредством заключения двух типов «стандартных соглашений о передаче материалов», обеспечивающих передачу образцов вируса разработчикам, а также формирующих встречные обязательства разработчиков поставить определенные объемы вакцин или других произведенных технологий здравоохранения государству, предоставившему образец.

В рамках Механизма выделяют три категории участников соглашения: производители вакцин и противовирусных лекарственных средств (категория А), производители медицинских изделий (категория В), научно-исследовательский институт (категория В). На сегодняшний день действует 73 соглашения с исследовательскими институтами, в рамках которых предусматривается проведение образовательных мероприятий для создания государственных исследовательских центров и лицензирование производства разрабатываемых технологий. 14 действующих соглашений с фармацевтическими производителями позволили гарантировать направление нуждающимся странам 420 млн. доз вакцин от пандемии, а также 10 млн. курсов противовирусных препаратов. Кроме того, в рамках двух соглашений с производителями медицинских изделий зарезервировано 250 тыс. диагностических наборов и 25 млн. одноразовых шприцев²⁷.

²⁶ Готовность к пандемическому гриппу: обмен вирусами гриппа и доступ к вакцинам и другим преимуществам. ВНА 64.5. Резолюция ВА3. 2011 г.

²⁷ Pandemic Influenza Preparedness Framework: annual progress report, 1 January — 31 December 2020. Geneva, 2021.

На национальном уровне сформировался более системный, хотя и не унифицированный подход к формированию нормативно-правовых механизмов, создающих благоприятные условия для производства необходимых технологий здравоохранения и способствующих формированию научного потенциала в данной области. Переломным моментом в развитии системы передачи технологий здравоохранения в США стало принятие Закона Стивенсона-Уайлдера (1980)²⁸, закрепившего механизм передачи технологий из государственных учреждений в частный сектор в рамках Закона Бей-Доула (1980), позволившего университетам, малым предприятиям и некоммерческим организациям патентовать и лицензировать технологии, непосредственно разработанные в рамках федеральных исследований или в рамках соглашений о сотрудничестве²⁹.

В России формирование нормативно-правовых механизмов, способствующих развитию передачи технологий здравоохранения, началось относительно недавно и в большей мере было направлено на обеспечение финансовой поддержки и иных экономических преференций для отечественных предприятий медицинской и фармацевтической промышленности, а также иностранных компаний, планирующих обеспечить перенос технологии для производства на территории России. Основой развития национального потенциала в области разработки и производства технологий здравоохранения стала «Госпрограмма развития медицинской и фармацевтической промышленности 2013–2020», определившая целевые мероприятия по обеспечению разработки и производства лекарственных средств и медицинских изделий на территории страны. Другим механизмом развития переноса технологий для их производства на отечественной территории стал Специальный инвестиционный контракт (далее — СПИК), предусмотренный Федеральным законом от 31.12.2014 № 488-ФЗ (ред. от 31.12.2017) «О промышленной политике в Российской Федерации»³⁰. СПИК заключается для технологий из 15 отраслей промышленности (включая медицинский и фармацевтический секторы), включенных в перечень современных технологий, формируемый на основании правил, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 21.03.2020 № 319³¹. СПИК заключается на срок, не превышающий 10 лет, и предусматривает ряд государственных преференций производству на российской территории.

²⁸ Stevenson-Wydler Act of 1980. Public Law 96, 480.

²⁹ The Bayh-Dole Act of 1980. Public Law 96, 517.

³⁰ СЗ РФ. 2015. № 1. Ст. 41.

³¹ Постановление Правительства Российской Федерации от 21.03.2020 №319 Об утверждении Правил формирования и актуализации перечня видов технологий, признаваемых современными технологиями в целях заключения специальных инвестиционных контрактов // СЗ РФ. 2020. № 13. Ст. 1931.

8. Регулирование научно-исследовательской деятельности

Научная деятельность является основой обеспечения доступа к технологиям здравоохранения. Надлежащее правовое регулирование исследований в совокупности с необходимыми объемами инвестиций позволяют сформировать благоприятные условия разработки технологий здравоохранения. Одним из главных условий финансирования со стороны компаний является привлекательность исследуемой области в контексте окупаемости инвестиций. Традиционно фундаментальные исследования финансируются государством, в то время как прикладные исследования, направленные на разработку определенной технологии (лекарственного средства, медицинского изделия и др.), поддерживаются частными компаниями [Schweitzer S.O., Lu Z.J., 2018: 39]. При этом недостаток государственного финансирования компенсируется различного рода преференциями производителям.

Соотношение между объемом инвестиций в научно-исследовательскую область и объемом продаж фармацевтических компаний в пять раз превышает данный показатель средней компании обрабатывающей промышленности в США³². Темпы роста фармацевтического рынка, безусловно, повлияли на увеличение расходов на исследования. Ныне количество клинических исследований лекарственных препаратов достигло исторического максимума. Только с вакцинами и лекарственными препаратами для лечения COVID-19 проводится более 850 клинических исследований. Общий объем затрат на исследования лекарственных препаратов в 2020 г. составил 198 млрд. долл. США³³. При этом объем инвестиций 11 крупнейших фармацевтических производителей достигает 86,3 млрд. долл.³⁴

Острым вопросом научно-исследовательской деятельности является объем затрат, необходимых для разработки и вывода на рынок одного лекарственного препарата. Стоимость исследований и разработок постоянно растет. По данным отдельных публикаций, за последние 35 лет расходы на научные исследования увеличились почти в 10 раз. Так, в 2010 г. вывод лекарственного препарата на рынок обходился примерно в 1,3 млрд. долл. по сравнению с 138 млн. долл. в 1975 г. [DiMasi J.A., Grabowski H.G., 2007: 469–479]; [DiMasi J.A., Hansen R.W., Grabowski H.G., 2003: 151–185]. Однако,

³² USCBO. Research and Development in the Pharmaceutical Industry, Congress of the United States, Congressional Budget Office. 2006. P. 65. Available at: <https://www.cbo.gov/sites/default/files/109th-congress-2005-2006/reports/10-02-drug-r-d.pdf> (дата обращения: 29.08.2021)

³³ Available at: <https://www.statista.com/statistics/309466/global-r-and-d-expenditure-for-pharmaceuticals/> (дата обращения: 29.08.2021)

³⁴ Available at: <https://www.evaluate.com/vantage/articles/data-insights/other-data/roche-remains-big-pharmas-biggest-rd-spender> (дата обращения: 29.08.2021)

анализируя многообразие исследований по данному вопросу, необходимо констатировать, что до сих пор нет единого понимания стоимости разработки лекарственного препарата. В частности, один из последних обзоров по данному вопросу свидетельствует о чрезвычайной вариативности стоимости разработки лекарственного препарата — от 161 млн. долл. до 4.5 млрд. долл. — и необходимости формирования унифицированных подходов к оценке уровня инвестиций в данную область [Schlander M., Hernandez-Villafuerte K., Cheng C., 2021: 1243–1269].

Высокая стоимость лекарственных средств и других технологий здравоохранения в большинстве случаев обосновывается высокими объемами инвестиций в исследовательскую деятельность. Вместе с тем часто основной объем финансирования приходится на ранние стадии исследований, которые проводятся в исследовательских организациях на средства государственных бюджетов и в последующем передаются под определенными условиями частным компаниям. Как отмечено в докладе комиссии журнала «Ланцет» по обеспечению доступа к основным лекарственным средствам (2016) для всеобщего охвата услугами здравоохранения необходимо сформировать процедуры на национальном уровне, учитывающие объем государственных инвестиций при формировании цены на технологию здравоохранения [Wirtz V.J., Hogerzeil H.V., Gray A.L., 2017: 403–476].

Объем инвестиций в разработку определенных технологий здравоохранения чрезвычайно непропорционален. Так, количество клинических исследований в сфере онкологии будет существенно превышать исследования в лечении инфекций, распространенных только в ограниченном числе стран. Кроме того, механизмы защиты патентов и эксклюзивности данных, сформировавшиеся в промышленно развитых странах в целом, а также иные преференции зачастую способствуют разработке лекарственных средств без существенных дополнительных терапевтических преимуществ по сравнению с аналогами. Подобная группа лекарственных препаратов получила название «me too». Не обладая дополнительной ценностью для системы здравоохранения, препараты данной группы отпускаются по более высокой цене по сравнению с аналогами ввиду патентной защиты.

9. Роль механизмов защиты прав интеллектуальной собственности

Изучая основные факторы, оказывающие влияние на доступ к технологиям здравоохранения, международные организации и исследователи уделяют внимание механизмам защиты исключительных прав разработчиков на результаты интеллектуальной деятельности. Регистрация патента предусматривает полное раскрытие данных своих изобретений, позволяя другим субъектам в будущем использовать данную технологию. При этом заявитель

получает эксклюзивные права на изобретение, действующие в пределах фиксированного отрезка времени.

Безусловно, механизм патентной защиты является ныне базовым правовым инструментом, позволяющим его обладателям единолично устанавливать цену на технологию здравоохранения для обеспечения возмещения затрат на исследования. Прогнозировать необходимый объем инвестиций в разработку на начальных этапах невозможно, так как на практике лишь единицы первоначально отобранных молекул лекарственных препаратов или прототипов медицинских изделий демонстрируют показатели, необходимые для регистрации.

Практически до конца XX века подходы к обеспечению патентной защиты технологий здравоохранения существенно отличались в различных государствах. К началу Уругвайского раунда торговых переговоров (1986), завершившегося созданием ВТО, 49 из 98 государств-участников Парижской конвенции по охране промышленной собственности (1883) исключали из перечня объектов, подлежащих патентной защите, фармацевтические продукты, 10 — фармацевтические технологические процессы, и 22 — химические технологические процессы [Dutfield G., 2003: 304]. Страны различались по срокам действия патентной защиты и (или) по наличию иных ограничений прав патентообладателей. Подобные исключения были широко распространены и в западных странах. Например, патенты на фармацевтическую продукцию не выдавались в следующих странах Европы: Франции (до 1960 г.), Швейцарии (до 1977 г.), Италии (до 1978 г.), Швеции (до 1978 г.) и в Испании (до 1992 г.).

Первым многосторонним договором, закрепившим основные критерии патентоспособности и утвердившим унифицированные стандарты для предоставления патентов на различную продукцию, включая технологии здравоохранения, стало Соглашение ТРИПС (1995). В Соглашении также указывается, что срок охраны составляет 20 лет с даты подачи заявки. Соглашение ТРИПС предусматривало ряд переходных периодов, в том числе внедрение патентования для поэтапной реализации обязательств.

По мнению большинства научных исследований, патентная защита является основным фактором установления высоких цен на лекарственные средства и другие средства медицинского применения. При этом уровень цен может существенно отличаться в зависимости от региона мира, что все чаще является предметом обсуждения правительствами различных стран, а также международных организаций. В частности, резкий рост цен на запатентованные лекарственные средства в США стал объектом расследования Комитета по надзору и реформам Палаты представителей в 2020 г.³⁵

³⁵ The US House Committee on Oversight and Reform. Investigation of Skyrocketing Prescription Drug Prices. Available at: <https://oversight.house.gov/investigations/investigation-of-skyrocketing-prescription-drug-prices> (дата обращения: 29.08.2021)

Пандемия коронавирусной инфекции усилила давно обсуждаемую возможность добровольного отказа от патентной защиты для отдельных технологий здравоохранения при чрезвычайных ситуациях. Так, в октябре 2020 г. Индия и ЮАР предложили ВТО отказаться от патентной защиты вакцин в условиях пандемии для обеспечения их международной доступности³⁶. Данное предложение было поддержано 100 странами из двух ключевых групп ВТО: Африканской группы и группы наименее развитых стран, но встретило отказ ЕС, США и ряда промышленно развитых стран.

В контексте обсуждения роли патентной защиты важным вопросом являются критерии патентоспособности, в особенности при применении технологий искусственного интеллекта при разработке технологий здравоохранения. Великобритания стала первой страной, принявшей Закон об авторском праве, промышленных образцах и патентах (1988; CDPA), содержащий положения в отношении произведений, созданных с помощью искусственного интеллекта. Бюро регистрации авторских прав США с 1973 года применяет требование об авторстве человека, которое запрещает регистрацию «произведений, созданных с помощью машины или механического процесса, который работает случайным образом или автоматически без творческого участия или вмешательства человека-автора»³⁷. Ни в одной из юрисдикций нет законов или правил, касающихся изобретений, созданных с помощью искусственного интеллекта. Возрастающая роль искусственного интеллекта в разработках технологий вызывает дискуссии о легитимности регистрации патентов на технологии здравоохранения³⁸. В подобных условиях велика вероятность пересмотра критериев патентоспособности, а также признаков нарушения исключительных прав разработчиков технологий.

Наравне с патентной защитой все большее влияние на доступность технологий здравоохранения оказывают механизмы защиты эксклюзивности данных клинических исследований, ограничивающие возможность их использования другими производителями для регистрации аналогичных технологий на определенный законом срок. В США регулирование защиты

The US House Committee on Oversight and Reform. Oversight Committee Announces Major Hearings with Drug Company CEOs After Sweeping 18-Month Investigation. Available at: <https://oversight.house.gov/news/pressreleases/oversight-committee-announces-major-hear> (дата обращения: 29.08.2021)

³⁶ WTO. Waiver from certain provisions of the TRIPS agreement for the prevention, containment, and treatment of COVID-19: communication from India and South Africa IP/C/W/669, 2020. Available at: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/IP/C/W669.pdf&Open=True> (дата обращения: 29.08.2021)

³⁷ U.S. Copyright Office, *Compendium of copyright office practices* § 2.8.3 (1st ed. 1973).

³⁸ *Intelligent drug discovery Powered by AI*, Deloitte, 2019. Available at: <https://www2.deloitte.com/us/en/insights/industry/life-sciences/artificial-intelligence-biopharma-intelligent-drug-discovery.html> (дата обращения: 02.09.2021)

эсклюзивности данных было внедрено в рамках Закона о ценовой конкуренции лекарств и продлении срока действия патентов (1984) (известного как Закон Хэтча-Ваксмана), предусмотревшего пять лет защиты для низкомолекулярных химических соединений, три года защиты при регистрации новых показаний зарегистрированных лекарственных препаратов, четыре года для биологических препаратов.

Практически в то же время ЕС принял Директиву 87/21/ЕЕС 1987, установившая шестилетний период защиты эксклюзивности данных впервые зарегистрированных лекарственных препаратов. Кроме того, члены ЕС наделены правом увеличивать срок защиты эксклюзивности данных до 10 лет при существенной потребности системы здравоохранения. В 2004 г. вследствие гармонизации регулирования на всем пространстве ЕС сформировался единый режим защиты эксклюзивности данных, предполагающий 8 лет защиты всех лекарственных препаратов и дополнительные два года, в рамках которых возможна регистрация воспроизведенных препаратов без их ввода в гражданский оборот, а также дополнительный год при регистрации нового показания к применению с существенным преимуществом по клинической эффективности³⁹.

Важно отметить, что отказ от патентной защиты не позволит обеспечить устойчивого доступа к технологиям здравоохранения, а скорее уменьшит темпы исследований. Необходимо учитывать глобальное неравенство в производственных мощностях. Если определенная страна, стремящаяся к принудительному лицензированию, не находит производителя с возможностью и желанием осуществлять необходимое производство, вопрос о разрешении остается спорным. Экономический контекст, лежащий в основе наименее развитых и развивающихся стран, где присутствие местных фармацевтических производителей ограничено, препятствует широкому доступу к основным лекарственным средствам в чрезвычайных ситуациях, несмотря на расширение гибкости Соглашения ТРИПС.

10. Применение «гибких механизмов». Соглашение ТРИПС

Ограничение доступа к технологиям здравоохранения вследствие их высокой стоимости определило целесообразность применения специальных механизмов, позволяющих обеспечить правомерное производство более доступных аналогов. Соглашение ТРИПС содержит ряд положений, которые могут быть использованы странами-участницами при определенных

³⁹ Directive 2004/27/EC on the Community code relating to medicinal products for human use [2004] OJ L136/34.

обстоятельствах для преодоления патентной защиты и, в частности, для расширения доступа к лекарственным средствам. Данные положения, обычно называемые «гибкими положениями Соглашения ТРИПС в области здравоохранения», предусматривают ряд важных механизмов и гарантий, которые страны могут использовать для снижения цен и расширения доступа к патентованным и непатентованным технологиям здравоохранения [Solovy E., Krishnamurthy P., 2017: 69].

Одним из подобных механизмов является принудительное лицензирование, применявшееся в качестве инструмента доступа к инновациям в различных регионах мира не одно столетие. Вопросы внедрения принудительного лицензирования рассматривались в Законе о монополиях Великобритании (1623), Первом патентном законе США (1790) и патентном регулировании Саксонии (Германия) (1853) [Chien C., 2003: 853-907]. В Канаде принудительное лицензирование активно применялось с 1923 г. вплоть до заключения Североамериканского соглашения о свободной торговле (НАФТА). В 1979–1985 гг. США и другие развитые страны неоднократно пытались инициировать пересмотр Парижской конвенции для ограничения применения принудительного лицензирования.

Торговое представительство США определяет принудительное лицензирование «как разрешение, предоставляемое на специальных условиях третьим лицам для использования запатентованной продукции без разрешения патентообладателя»⁴⁰. Принудительная лицензия может выдаваться одному или нескольким лицам на использование патентованной продукции без разрешения на то патентообладателя при условии выплаты достаточной денежной компенсации патентообладателю.

Соглашением ТРИПС (ст. 31) не предусмотрены какие-либо ограничения оснований, по которым могут выдаваться принудительные лицензии, при условии, что порядок их выдачи удовлетворяет установленным минимальным требованиям. В то же время на уровне стран могут быть предусмотрены дополнительные требования в отношении применения принудительного лицензирования. Например, в Ирландии принудительные лицензии на любом основании могут быть выданы только через три года после выдачи патента. Обычно это не является значительным практическим ограничением использования принудительных лицензий, ибо получение разрешения регулирующих органов на использование технологии занимает гораздо больше времени.

⁴⁰ TRIPs and Health Emergencies. Office of the United States Trade Representative. 2001. Available at: https://ustr.gov/archive/Document_Library/Press_Releases/2001/November/TRIPs_Health_Emergencies.html (дата обращения: 02.09.2021)

Коронавирусная инфекция ускорила системное переосмысление возможности принудительного лицензирования в различных регионах мира. Так, в 2020 г. в Канаде приняты законы, способствующие ускоренной выдаче принудительных лицензий. ФРГ приняла Закон о профилактике и борьбе с инфекционными заболеваниями, наделяя Министерство здравоохранения полномочиями предоставлять принудительные лицензии в соответствии с разделом 13 Закона о патентах в случае объявления национальной эпидемии. Аналогичные меры также приняты во Франции Законом о чрезвычайном положении № 2020-290 от 23.03. 2020 для борьбы с эпидемией COVID-19, который ввел новую статью L.3131-15 в Кодекс здравоохранения, уполномочивающую премьер-министра принимать меры в целях обеспечения здоровья населения, включая предоставление государственного использования запатентованных изобретений.

В России применение принудительного лицензирования в интересах обороны и безопасности с выплатой держателю патента соразмерной компенсации допускается ст. 1360 ГК РФ. При этом следует отметить, что до апреля 2021 г. эта статья не предусматривала специальных положений в отношении лекарственных препаратов. Впервые на основе положений упомянутой статьи в декабре 2020 г. распоряжением Правительства отечественному производителю было дано право на производство препарата для лечения COVID-19. Федеральным законом от 30.04.2021 №107-ФЗ внесены изменения в ст. 1360 ГК РФ, дополнившие основания для предоставления принудительной лицензии целями охраны жизни и здоровья граждан⁴¹.

Обсуждая вопрос принудительного лицензирования, необходимо упомянуть о возможности добровольного предоставления патентообладателем права на пользование патентом третьим сторонам на основе лицензионных соглашений, разрешающих третьей стороне использовать интеллектуальную собственность при установлении платы лицензионного или какого-то иного вознаграждения, применительно к определенной области использования, на определенной территории и на определенный срок, который может совпадать со сроком действия патента. Развитие тенденции передачи прав на производство препаратов, в частности, для лечения ВИЧ/СПИД, по лицензионным соглашениям производителям генерических препаратов послужило стимулом к созданию патентного пула лекарственных средств [Bermudez J., Hoen E., 2010: 37]. В рамках переговорного процесса патентный пул достигает договоренности с патентообладателями о возможности предоставления соответствующих прав на производство лекарств для лечения ВИЧ, гепатита и туберкулеза другим производителям на неисключительной и недискриминационной основе для распространения на территории стран

⁴¹ СЗ РФ. 2021. № 18. Ст. 3051.

с низким уровнем экономического развития. При этом патентообладатели получают лицензионное вознаграждение за доступ к их интеллектуальной собственности.

11. Глобальные партнерства по закупке технологий здравоохранения

Различный уровень развития систем здравоохранения, а также непропорциональный уровень благосостояния стран формируют барьеры на пути полноценного доступа к жизненно важным технологиям здравоохранения. Необходимо взаимодействие международных организаций, неправительственных организаций, транснациональных корпораций и др. в отношении доступа к наиболее востребованным технологиям здравоохранения. В качестве примера в первую очередь упомянем глобальные инициативы по закупке средств для профилактики и лечения ВИЧ/СПИД, туберкулеза и малярии в развивающихся регионах мира (ЮНИТЭЙД, Фонд Гейтса, Альянс ГАВИ, Глобальный ФОНД). Пандемия COVID-19 усилила потребность в организации глобальных инициатив, направленных на обеспечение доступа к технологиям здравоохранения. Стремительное развитие дефицита различных технологий здравоохранения определило необходимость формирования глобальных инициатив для поддержки наиболее пораженных стран. В 2020 г. по инициативе ВОЗ была начата инициатива ускорения доступа к средствам борьбы с COVID-19 (АСТ), четыре ее основных направления: доступ к средствам диагностики, к лечению, к вакцинам и укрепление систем здравоохранения. В частности, в рамках цели по расширению доступа к вакцинам под руководством ВОЗ и Альянса ГАВИ предполагается создание необходимых производственных мощностей и справедливое распределение 2 млрд. доз вакцин к концу 2021 г.

Анализ особенностей организации доступа к технологиям здравоохранения продемонстрировал лидирующие позиции различных глобальных инициатив, не являющихся традиционными субъектами международного права, но обладающих сопоставимым с ВОЗ политическим влиянием. Увеличение роли глобальных партнерств актуализирует вопросы пересмотра концепции правосубъектности в международном праве, а также определения возможности привлечения к ответственности как субъектов международного права при нанесении вреда здоровью и благосостоянию населения отдельных государств.

Существенное влияние на доступность вакцин оказали двусторонние соглашения о предварительной закупке между производителями и ЕС. Идея создания единого механизма закупки технологий здравоохранения начала обсуждаться в ЕС с момента вспышек вируса SARS и птичьего гриппа. Ре-

шением № 1082/2013/ЕС «О серьезных трансграничных угрозах здравоохранению» была сформирована правовая основа для принятия в апреле 2014 г. Европейской комиссией Объединенного соглашения о закупке для закупки различных средств медицинского применения с целью противодействия трансграничным угрозам здоровью.

В Стратегии по вакцинам, принятой Европейской комиссией в июне 2020 г., подчеркивается необходимость централизованной процедуры закупки вакцин. В рамках поддержки разработки и производства вакцин Комиссия заключает соглашения с отдельными производителями от имени государств-членов. В обмен на право приобрести определенное количество доз вакцины в заданные сроки и по заданной цене часть первоначальных затрат, которые несут производители вакцин, будет финансироваться из средств Инструмента экстренной поддержки (ESI). Параллельно законодательством ЕС предусмотрены другие механизмы, позволяющие обеспечить систематическое противодействие угрозам и вызовам здоровью. В рамках специальной процедуры «rescEU», предусмотренной механизмом гражданской защиты ЕС, Генеральный директорат Европейской комиссии по гражданской защите и гуманитарной помощи формирует резерв жизненно необходимой медицинской продукции для противодействия развитию дефицита вследствие пандемии коронавирусной инфекции.

Опыт ЕС является показательным в контексте формирования единого фармацевтического рынка и рынка медицинских изделий стран ЕАЭС и рассмотрения перспективы формирования механизмов централизованной закупки отдельных технологий здравоохранения при определенных ситуациях, являющихся угрозой безопасности государств.

12. Значение процессов гармонизации в обеспечении безопасности и качества технологий здравоохранения

Ввиду процессов глобализации основные этапы обращения технологий здравоохранения, включающие разработку, производство, транспортировку, оборот, более не осуществляются в рамках одного государства, предполагая вовлечение в каждый этап различные регионы мира. Однако различия в уровне социально-экономического благополучия государств существенно влияют как на организационно-технический потенциал выполнения контрольно-надзорных функций, так и на уровень развития нормативно-правового регулирования обращения технологий здравоохранения.

Процессы гармонизации регулирования обращения технологий здравоохранения, реализуемые на региональном уровне, в первую очередь, направлены на внедрение единой регуляторной базы, позволяющей обеспечить унифицированный стандарт безопасности и качества. Значительная часть

инициатив гармонизации регулирования обращения технологий здравоохранения реализуется на базе процессов региональной экономической интеграции, среди которых Европейский союз, Евразийский экономический союз, Африканский союз.

Обеспечение регулирования обращения лекарственных препаратов на территории ЕС осуществляется посредством директив и регламентов. Регламент, в первую очередь, выступает в качестве инструмента унификации права. ЕС является ярким примером не только гармонизации регулирования в сфере охраны здоровья и, в частности, обращения технологий здравоохранения на всем пространстве государств-участников, но также формирования наднациональных структур, ответственных за координацию и имплементацию данных процессов. Подобной структурой является Европейское агентство по лекарственным средствам (ЕМА), учрежденное Регламентом (ЕС) № 726/2004 Европейского парламента и Совета от 31.03. 2004. Деятельность Агентства регулируется Директивой 2001/83/ЕС Европейского парламента и Совета от 6.11.2001 о кодексе Сообщества о лекарственных препаратах для медицинского применения и вышеназванным Регламентом, устанавливающим союзные процедуры регистрации и надзора препаратов медицинского и ветеринарного применения и учреждающим Европейское агентство по лекарственным средствам.

Развитие интеграционных процессов на примере деятельности ЕС продемонстрировало действенность разработки наднациональной системы регулирования отдельных этапов обращения технологий здравоохранения, что является важным этапом формирования аналогичного подхода на территории стран Евразийского экономического союза (ЕАЭС). ЕАЭС выступает в первую очередь в роли международной организации региональной экономической интеграции, затрагивающей такие сферы регулирования, как экономика, наука, образование, культура, экология и торговля. 1.01.2021 вступили в силу положения, определяющие деятельность единого фармацевтического рынка стран ЕАЭС, во многом повторяющего интеграционный принцип конвергенции регулирования технологий здравоохранения, сформировавшейся в рамках ЕАЭС. Безусловно создание единых рынков направлено на максимальное сближение регулирования медицинской и фармацевтической промышленности государств-членов ЕАЭС с Европейским союзом.

Процессы гармонизации постепенно развились в африканском регионе. В январе 2005 г. в рамках Нового партнерства по развитию Африки (NEPAD) был разработан План развития фармацевтического производства в Африке, направленный на расширение доступа к безопасным, качественным и эффективным технологиям здравоохранения. В дальнейшем в 2009 г. NEPAD также была учреждена Инициатива по гармонизации регулирования лекарственных средств в Африканском регионе (AMRH). На базе инициативы в

январе 2016 г. был разработан проект Типового закона Африканского союза о регулировании медицинских товаров, впоследствии утвержденный Комитетом по вопросам здравоохранения, труда и социальных дел Панафриканского парламента Африканского союза. Документ был направлен на гармонизацию регулирования различных технологий здравоохранения. Ассамблея Африканского союза на 32-й сессии в Аддис-Абебе в 2019 г. приняла договор об учреждении Африканского агентства по лекарственным средствам (АМА), деятельность которого будет распространяться на 55 стран африканского региона, формирующих восемь различных региональных экономических объединений. Договор вступит в силу после ратификации 15 странами региона.

Заключение

За последние годы произошло существенное увеличение частоты чрезвычайных ситуаций в сфере охраны здоровья. Технологический прогресс позволяет обеспечить лечение и контроль распространения смертельно опасных заболеваний, повышая значение технологий здравоохранения в достижении международных целей в области развития, обеспечении национальной безопасности и социально-экономического благополучия государств. Однако на глобальном уровне отсутствует системный подход к регулированию сферы передачи технологий здравоохранения. Первостепенное значение для своевременного доступа к технологиям здравоохранением имеет формирование правового механизма, обеспечивающего внедрение мер увеличения темпов разработки технологий, необходимых для противодействия жизнеугрожающим заболеваниям. Среди подобных мер — устойчивое финансирование, передача данных научных исследований между государствами, а также доступ к биологическим материалам, необходимым для разработки технологий здравоохранения. Положительный опыт формирования патентных пулов определяет необходимость систематического применения добровольного лицензирования технологий здравоохранения для производства необходимых объемов средств медицинского применения, а также развития локальных производственных мощностей в развивающихся регионах. В контексте формирования единого рынка фармацевтических средств и медицинских изделий стран ЕАЭС показателен опыт европейского и африканского регионов в создании наднационального органа, регулирующего обращение технологий здравоохранения. Создание аналогичной организации, обладающей наднациональными полномочиями с целью регулирования обращения технологий здравоохранения на пространстве стран-участниц ЕАЭС, будет способствовать контролю безопасности, качества и эффективности. Решение поставленных задач потребует

систематического вовлечения международных организаций и применения различных отраслей международного права для формирования актов универсального характера, направленных на обеспечение устойчивого доступа к необходимым технологиям здравоохранения.



Список источников

1. Bermudez J., Hoen E. The UNITAID patent pool initiative: bringing patents together for the common good. *The open AIDS Journal*, 2010, vol. 4, pp. 37–40.
2. Chien C. Cheap Drugs at What Price to Innovation: Does the Compulsory Licensing of Pharmaceuticals Hurt Innovation? *Berkeley Technology Law Journal*, 2003, vol. 18, pp. 853–907.
3. Dill S., Ahn J. Drug shortages in developed countries—reasons, therapeutic consequences, and handling. *European Journal of Clinic Pharmacology*, 2014, vol. 70, no. 12, pp. 1405–1412.
4. DiMasi J.A., Grabowski H.G. The Cost of Biopharmaceutical R&D: Is Biotech Different? *Managerial and Decision Economics*, 2007, vol. 28, issue 4–5, pp. 469–479.
5. DiMasi J.A., Hansen R.W., Grabowski H.G. The Price of Innovation: New Estimates of Drug Development Costs. *Journal of Health Economics*, 2003, vol. 22, issue 2, pp. 151–185.
6. Dosi G., Marengo L., Staccioli J., Virgillito M. Big pharma and monopoly capitalism: a long-term view. Pisa: Sant'Anna School of Advanced Studies, 2021, pp. 1–36.
7. Dutfeld G. Intellectual property rights and the life science industries: a twentieth century history. London: Routledge, 2003, 304 p.
8. Mukherjee S. Emerging infectious diseases: Epidemiological perspective. *Indian Journal of Dermatology*, 2017, vol. 5, pp. 459–467.
9. Plomer A. IP Rights and Human Rights. What History Tells Us and Why It Matters. *The Right to Science*. Cambridge: University Press, 2021, pp. 54–76.
10. Ruikai D., Luanjiao H. Inclusive communications in COVID-19: a virtual ethnographic study of disability support network in China. *Disability & Society*, 2021, pp. 1–19.
11. Schlandler M., Hernandez-Villafuerte K., Cheng C. How Much Does It Cost to Research and Develop a New Drug? A Systematic Review and Assessment. *Pharmaco Economics*, 2021, vol. 39, pp. 1243–1269.
12. Schweitzer S.O., Lu Z.J. *Pharmaceutical economics and policy: perspectives, promises, and problems*. Oxford: Oxford University Press, 2018, 432 p.
13. Solovy E., Krishnamurthy P. TRIPS Agreement Flexibilities and Their Limitations: A Response to the UN Secretary-Generals' s High Level Panel Report on Access to Medicines. *Geo. Wash. Int'l L. Review*, 2017, vol. 50, pp. 1–19.
14. Tucker E.L. et al. The Drug Shortage Era: A Scoping Review of the Literature 2001–2019. *Clinic Pharmacology Therapy*, 2020, vol. 108, pp. 1150–1155.
15. White C. Counterfeit drugs: A major issue for vulnerable citizens throughout the world and in the United States. *Journal of the American Pharmacists Association*, 2021, vol. 1, pp. 93–98.
16. Wirtz V.J., Hogerzeil H.V. et al. Essential medicines for universal health coverage. *The Lancet*, 2017, vol. 389, pp. 403–476.

17. Yegros-Yegros A., Van de Klippe W., Abad-Garcia M.F., Rafols I. Exploring why global health needs are unmet by research efforts: the potential influences of geography, industry and publication incentives. *Health research policy and systems*, 2020, no. 18, pp. 1–14.



References

1. Bermudez J., Hoen E. (2010) The UNITAID patent pool initiative: bringing patents together for the common good. *The open AIDS Journal*, vol. 4, pp. 37–40.
2. Chien C. (2003) Cheap Drugs at What Price to Innovation: Does the Compulsory Licensing of Pharmaceuticals Hurt Innovation? *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 18, pp. 853–907.
3. Dill S., Ahn J. (2014) Drug shortages in developed countries—reasons, therapeutic consequences, and handling. *European Journal of Clinic Pharmacology*, vol. 70, no. 12, pp. 1405–1412.
4. DiMasi J.A., Grabowski H.G. (2007) The Cost of Biopharmaceutical R&D: Is Biotech Different? *Managerial and Decision Economics*, vol. 28, issue 4–5, pp. 469–479.
5. DiMasi J.A., Hansen R.W., Grabowski H.G. (2003) The Price of Innovation: New Estimates of Drug Development Costs. *Journal of Health Economics*, vol. 22, issue 2, pp. 151–185.
6. Dosi G., Marengo L., Staccioli J., Virgillito M. (2021) Big pharma and monopoly capitalism: a long-term view. Pisa: Sant'Anna School of Advanced Studies, pp. 1–36.
7. Dutfield G. (2003) *Intellectual property rights and the life science industries: a twentieth century history*. London: Routledge, 304 p.
8. Mukherjee S. (2017) Emerging infectious diseases: Epidemiological perspective. *Indian Journal of Dermatology*, vol. 5, pp. 459–467.
9. Plomer A. (2021) *IP Rights and Human Rights. What History Tells Us and Why It Matters. The Right to Science*. Cambridge: University Press, pp. 54–76.
10. Ruikai D., Luanjiao H. (2021) Inclusive communications in COVID-19: a virtual ethnographic study of disability support network in China. *Disability & Society*, pp. 1–19.
11. Schlander M., Hernandez-Villafuerte K., Cheng C. (2021) How Much Does It Cost to Research and Develop a New Drug? A Systematic Review and Assessment. *Pharmaco Economics*, vol. 39, pp. 1243–1269.
12. Schweitzer S.O., Lu Z.J. (2018) *Pharmaceutical economics and policy: perspectives, promises, and problems*. Oxford: Oxford University Press, 432 p.
13. Solovy E., Krishnamurthy P. (2017) TRIPS Agreement Flexibilities and Their Limitations: A Response to the UN Secretary-Generals' s High Level Panel Report on Access to Medicines. *Geo. Wash. Int'l L. Review*, vol. 50, pp. 1–19.
14. Tucker E.L. et al. (2020) The Drug Shortage Era: A Scoping Review of the Literature 2001–2019. *Clinic Pharmacology Therapy*, vol. 108, pp. 1150–1155.
15. White C. (2021) Counterfeit drugs: A major issue for vulnerable citizens throughout the world and in the United States. *Journal of the American Pharmacists Association*, vol. 1, pp. 93–98.
16. Wirtz V.J., Hogerzeil H.V. et al. (2017) Essential medicines for universal health coverage. *The Lancet*, vol. 389, pp. 403–476.
17. Yegros-Yegros A., Van de Klippe W., Abad-Garcia M.F., Rafols I. (2020) Exploring why global health needs are unmet by research efforts: the potential influences of geography, industry and publication incentives. *Health research policy and systems*, no. 18, pp. 1–14.

Информация об авторе:

В.С. Маличенко — кандидат юридических наук, старший научный сотрудник.

Information about the author:

V.S. Malichenko — Candidate of Science (Law), Senior Researcher.

Статья поступила в редакцию 21.09.2021; одобрена после 22.11.2021; принята к публикации 29.11.2021.

The article was submitted 21.09.2021; adopted after reviewing 22.11.2021; accepted for publication 29.11.2021.

Научная статья

УДК: 342

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.5.286.309

Международно-правовые и национально-правовые аспекты регулирования радиочастотного спектра



Жос Дюмортье¹,



Ирина Юрьевна Богдановская²,



Нильс Вандезанде³

¹ Timelex Lawyers, Брюссель, Бельгия, Jos.dumortier@timelex.eu.

² Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Москва, Россия, ibogdanovskaya@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0002-6243-4301>

³ Timelex Lawyers, Брюссель, Бельгия, Niels.vandezande@timelex.eu.



Аннотация

В настоящее время научному сообществу необходимы крупные испытательные сети, работающие с радиочастотным ресурсом и способные поддерживать новые технологии и сервисы. Переход к развертыванию реальных сетей необходим для более качественной проверки сложных систем, таких как подключенные автомобили, массовое внедрение Интернета вещей (IoT) или решений в области электронного здравоохранения (eHealth). В большинстве стран научные работники имеют доступ к передовым телекоммуникационным сетям и инфраструктуре научного сообщества, позволяющим испытывать и демонстрировать результаты исследований. Обычно эти сети финансируются правительством или региональными властями. Предпринимались также европейские и международные инициативы по международному сотрудничеству для обеспечения доступа к научным сетям в более широком масштабе. В сфере беспроводной связи ситуация иная — отчасти потому, что здесь исследователи должны так или иначе получать права на использование радиочастотного ресурса. Все государства — члены ЕС разрешают выдавать краткосрочные лицензии на использование радиочастотного ресурса в исследовательских и опытно-экспериментальных целях, но требования, предъявляемые при их выдаче, и стоимость таких лицензий существенно различаются. Межгосударственные различия не позволяют создать постоянно действующую общеевропейскую сеть беспроводной связи для проведения исследований, испытаний и

экспериментов. Предмет исследования — правовое регулирование использования радиочастотного спектра как на международном, так и на национальном уровне. В результате формулируются общие и особенные подходы к его регулированию, перспективы их дальнейшего развития. Работа основана на системном подходе. Используются различные методы, такие как формально-логический, сравнительно-правовой, исторический. В совокупности они дают возможность составить полную картину развития правового регулирования в исследуемой теме.



Ключевые слова

управление, радиочастотный спектр, лицензии, разрешительный порядок, Международный телекоммуникационный союз, Кодекс об электронной связи

Для цитирования: Дюмортье Ж., Богдановская И.Ю., Вандезанде Д. Международно-правовые и национально-правовые аспекты регулирования радиочастотного спектра. Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 5. С. 286–309. DOI: 10.17323/2072-8166.2021.5.286.309.

Research article

International and National Law Aspects of Radio Frequency Spectrum Regulation



Jos Dumortier¹,



Irina Yurievna Bogdanovskaya²,



Niels Vandezande³

^{1,3} Timelex Lawyers, Brussels, Belgium.

² HSE University, Moscow, Russia.

¹ Jos.dumortier@timelex.eu.

² ibogdanovskaia@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0002-6243-4301>

³ Niels.vandezande@timelex.eu



Abstract

In most countries academic researchers have access to advanced academic telecommunications networks and infrastructures to test and demonstrate the results of their research work. These networks are usually funded by national or regional public authorities. To provide access to the academic networks on a wider scale, European and international collaboration initiatives have been taken. For the fixed network environment this may suffice but the situation is different in the wireless context, partly because here, researchers must, in one way

or another, obtain spectrum usage rights. Today spectrum usage rights can be quite easily obtained in the restricted territorial space of a testbed. Yet, small-scale testbeds are not sufficient anymore for realistic validation, and the scientific community today needs large-scale field deployments working with the same radio spectrum as the commercial networks and capable of supporting new technologies and services. The evolution from lab testbeds to field deployments is required to increase the validation capabilities for complex systems like connected cars, massive Internet of Things (IoT) or eHealth solutions. Appropriate frequency bands, needed by researchers to carry out, for example, large-scale 5G experiments, are generally allocated via auctions and on an exclusive basis to large mobile network operators. While it is perfectly feasible for these MNOs to keep dedicated slices for tests and demonstrations in their networks separate from their day-to-day operations without negative effects for the latter, there are few regulatory mechanisms for stimulating MNOs to make parts of their spectrum usage rights available for the academic research community. All EU Member States allow short-term licenses for the use of radio spectrum for research, testing, and experimental purposes, but procedures, requirements, and costs for obtaining such license vary significantly. These national differences do not allow for the creation of a persistent and pan-European network of wireless capacity for research, testing, and experimental purposes. On the secondary market, leasing or transferring radio spectrum usage rights is possible, and procedures seem more harmonized. The subject of the study is the legal regulation of the use of the radio frequency spectrum both at the international and national levels. As a result, general and specific approaches to its regulation, prospects for their further development are formulated. The work is based on a systematic approach. Various methods are used, such as formal-logical, comparative-legal, historical. Together, they make it possible to compile a complete picture of the development of legal regulation in the topic under study.

Keywords

management, Radio Frequency Spectrum, licencies, permissive order, International telecommunication union, Code of E-network

For citation: Dumortier J., Bogdanovskaya I. Yu., Vandesinde D. International and National Law Aspects of Radio Frequency Spectrum Regulation. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, 2021, no. 5, pp. 286–309. (In Russ.) DOI: 10.17323/2072-8166.2021.5.286.309.

Введение

Традиционно национальные исследовательские и образовательные сети (так называемые NREN или НИОС) обеспечивали связь научных учреждений. Вместе с тем, в разных странах стоит задача облегчения доступа научного сообщества, исследователей и студентов в университетах к Интернету, инфраструктуре электронной связи. В Европе сеть GÉANT связывает организации, обеспечивающие работу НИОС, с общеевропейской опорной сетью, что позволяет исследователям, ученым и студентам общаться между собой и с коллегами за пределами Европы. Сеть GÉANT крайне важна для реализации европейской стратегии по развитию электронной инфраструктуры: она обеспечивает открытую науку электронной инфраструктурой, передовыми сервисами для взаимодействия на основе доверенного доступа. Кроме того, GÉANT осущест-

влияет динамичное выделение испытательных сетевых ресурсов, что позволяет исследователям сосредоточить внимание на реальных экспериментах. Такая гибкость облегчает первоначальную разработку инноваций, связанных с приложениями и сервисами, реализуемыми в масштабах Интернета.

Сегодня НИОС не оказывают научному сообществу подобных услуг в беспроводной среде. Полевые испытания с использованием мобильных сетей в основном базируются на сетях коммерческих операторов (ОМС), которые зачастую не предоставляют доступа ни к результатам, ни к развернутой ими инфраструктуре. Однако с усложнением мобильных сетей научное сообщество нуждается в средствах для более реалистичных испытаний, которые позволят проверять новые идеи как в сфере качества обслуживания (QoS) или качество восприятия (QoE). В настоящее время исследования в контексте мобильных сетей ограничены платформами, установленными за счет частного или государственного финансирования. Однако малые испытательные стенды имеют ограниченные возможности и не подходят, к примеру, для реального моделирования тысячи устройств для приложений Интернета вещей, не учитывают сложную реальность развертывания технологий в реальной жизни. Поэтому научному сообществу необходимы крупные испытательные сети, способные поддерживать новые технологии и сервисы.

Переход от стендовых испытаний в лаборатории необходим для более качественной проверки сложных систем, таких как подключенные автомобили, массовое внедрение Интернета вещей (IoT) или решений в области электронного здравоохранения (eHealth). В связи с этим Европейская комиссия уже поддерживает экспериментальные системы, в частности, путем увязки нынешних испытательных стендов с полевыми испытаниями. В рамках инициативы Future Internet Research and Experimentation (FIRE), выдвинутой в контексте многолетних исследовательских программ Европейского Союза, проводилось расширение исследовательской инфраструктуры информационно-коммуникационных технологий в Европе.¹ Лишь недавно Европейская комиссия начала финансировать обеспечение научного сообщества выделенной беспроводной связью в рамках крупных действующих мобильных сетей.

1. Основные подходы к регулированию радиочастотного ресурса

Подходы к регулированию радиочастотного ресурса определяются их природой². Радиоволны «легки в использовании, имеют хорошие характе-

¹ Available at: URL: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/future-internet-research-and-experimentation> (дата обращения: 22.04.2020)

² История данной технологии восходит к концу XIX века, когда Генрих Герц доказал возможность передавать электричество посредством электромагнитных волн. Радиосвязь — это

ристики распространения и сравнительно безопасны» [Ellingson S.W., 2016]. Согласно экономической теории благ [Samuelson P.A., 1954: 387–389], различают четыре типа благ по двум критериям: исключаемости и конкурентности. Исключаемость блага означает, что люди не имеют доступа к нему, например если не заплатили за него. Соответственно, неисключаемое благо — это благо, доступ к которому нельзя запретить. Конкурентное благо — то, потреблять которое может в одно время лишь один человек. Напротив, неконкурентное благо могут потреблять ряд лиц одновременно. Хороший пример неконкурентного блага — Интернет: веб-сайты может одновременно просматривать множество лиц.

Радиочастотный ресурс целесообразно считать конкурентным благом. Его можно перегрузить избытком мобильных устройств, использующих одни и те же частоты [Herter C.A., 1985: 651–663]. Это приводит к помехам, которые затрудняют нормальную работу служб электронной связи. Хотя новые технологии могут ограничить такого рода помехи, с ростом числа устройств, использующих радиочастотный спектр, проблема конкурентности все же способна возникнуть — например, если в одном месте заработают несколько маршрутизаторов Wi-Fi. И все же радиочастотный ресурс в принципе можно считать неисключаемым благом. Поскольку радиоволны — повсюду вокруг нас, помешать кому-либо их использовать трудно, если вообще возможно. Можно принять законы, ограничивающие использование радиочастотного спектра, но это не мешает людям пользоваться им. Приходится использовать другие методы, такие как шифрование сигнала, чтобы помешать людям получить не предназначенные для них сообщения.

Характер радиочастотного ресурса как конкурентного, но неисключаемого блага предполагает, что если его использованием не управлять, то может возникнуть ситуация, которую Г. Хардин описал известной фразой «трагедия ресурсов общего пользования» (tragedy of the commons): нерегулируемый ресурс может подвергнуться избыточному потреблению, потенциально способному его уничтожить [Hardin G., 1968: 1243–1248]³. С радиочастотами нечто подобное произошло в 20-х годах прошлого века, когда сотни новых радиостанций выходили в эфир и использовали «любые частоты, какие хо-

передача сигналов путем модулирования электромагнитных волн. Эти сигналы распространяются по эфиру в виде радиоволн. Радиоволны не имеют определенной направленности и распространяются в пространстве во все стороны, как круги по воде [Dopovan J., 2019]. Радиоволновые частоты составляют от 30 Гц 3000 ГГц, что соответствует длине волны от 10000 км до 0,1 мм. Спектр радиочастот обычно делится на диапазоны. Каналы одного диапазона, как правило, предназначаются для одной и той же цели.

³ Под трагедией ресурсов общего пользования понимается ситуация, описанная в статье Г. Хардина. Речь идет о ситуации, когда множество лиц, действуя поодиночке и лишь в эгоистических интересах, в конечном счете уничтожат совместно используемый ограниченный ресурс, даже если понятно, что это не соответствует ничьим долгосрочным интересам.

тели, невзирая на помехи, которые создавали другим». В результате «когда все вещали, в эфире никого нельзя было слышать»⁴.

Различается несколько подходов к регулированию радиочастотного ресурса. Первая модель — саморегулирование, предложенная Е. Остромом [Ostrom E., 1990]. Его позиция поддерживается и в настоящее время. Недавно возникло движение за подлинное саморегулирование в отношении радиочастотного спектра общего пользования [Brito J., 2006].

Другая модель — государственное регулирование. Она больше всего критиковалась Е. Остромом за государственное вмешательство в частную собственность, но именно эта модель получила наиболее широкое распространение. Большинство государств ввели ее у себя [Rishabh D., 2016]. Прибегая к государственному вмешательству (именуемому также «командно-контрольной системой»), государство создает правовую базу, в которой определяет частотные диапазоны, их конкретное назначение, технологию использования и порядок выдачи разрешений пользователям. При данном подходе вводится централизованный контроль и узаконивается использование радиочастотного ресурса для определенных целей.

В последние годы стала развиваться третья модель. Государства передают полный контроль над конкретными диапазонами частным игрокам посредством публичных аукционов. Такой переход от государственного вмешательства к частной собственности основывается на позиции Р. Коуза, согласно которой частная собственность может обеспечить более эффективное использование радиочастотного ресурса [Coase R.M., 1959: 1–40]. Более того, государства отвели некоторые зоны радиочастотного спектра для исключительного использования частными компаниями, получившим на это лицензию.

1.1. Регулирование использования радиочастотного ресурса на международном уровне

При регулировании радиочастотного ресурса необходимо учитывать международные аспекты. Разумеется, это связано с тем, что радиоволны не останавливаются на национальных границах и потенциально могут создать помехи передачам другого государства или заглушить их вовсе [Hook S.A., 1993: 319–360]. Поэтому, хотя государства осуществляют суверенные права на регулирование радиочастотного ресурса на собственной территории, требуется международное сотрудничество на нескольких уровнях в целях согласованного распределения радиочастот и эффективного управления ими.

⁴ National Broadcasting Co. v. United States, 319 U.S. 190 (1943).

А) Международный союз электросвязи

На глобальном уровне использование радиочастотного ресурса регулирует Международный союз электросвязи (МСЭ), насчитывающий 193 государства-члена⁵. Помимо Устава и Конвенции МСЭ, главным правовым документом, регулирующим радиочастотный спектр, является Регламент радиосвязи. Этот административный документ обязателен для членов МСЭ.

Регламент радиосвязи принимается на всемирных конференциях радиосвязи (ВКР), которые проводятся, как правило, раз в четыре года. В Регламенте проводится различие между распределением, выделением и присвоением радиочастотного спектра. Распределение — это разделение спектра радиочастот на диапазоны. Это разделение закрепляется в Таблице распределения частот. Выделение — это отведение определенной полосы частот для конкретной категории служб радиосвязи. Выделение может действовать в одной или нескольких указанных странах или географических зонах при определенных условиях. Это означает, что выделение частот не обязательно должно быть единым во всем мире, а может различаться в разных регионах с учетом их региональных нужд.

Присвоение означает, что администрация — как правило, на национальном уровне — дает той или иной организации разрешение использовать на определенных условиях конкретный частотный канал. Государства-члены должны стараться «ограничить количество частот и ширину используемого спектра до минимума, требующегося для обеспечения удовлетворительной работы необходимых служб» (ст. 4.1 Регламента радиосвязи). Новые присвоения должны производиться так, чтобы избежать создания помех на частотах, уже присвоенных согласно Таблице распределения частот (ст. 4.3 Регламента). Однако государства-члены вправе заключать специальные соглашения «в отношении дальнейшего распределения полос частот соответствующим службам стран, участвующих в этих соглашениях» (ст. 6.1 Регламента).

Б) Европейский региональный уровень

На европейском региональном уровне регулированием занимается учрежденная в 1959 г. Европейская конференция почтовых и телекоммуникационных ведомств (СЕПТ), в которую входят 48 государств, в том числе Российская Федерация⁶. Главная цель СЕПТ — «сотрудничать для согласования регламентов электросвязи, использования радиочастот и почтовой связи с тем, чтобы повысить их эффективность и улучшить координацию связи к выгоде европейского общества»⁷. Первоначально СЕПТ выступала органом

⁵ Available at: URL: <https://www.itu.int> (дата обращения: 22.04.2020)

⁶ Available at: URL: <https://cept.org>. (дата обращения: 22.04.2020)

⁷ Available at: URL: http://cept.org/files/1047/CEPT%20Leaflet_June%202018.pdf (дата обращения: 22.04.2020)

по координации деятельности государственных монополистов в области электросвязи и почтовых ведомств. Однако по мере приватизации этих организаций в 1990-х годах Конференция стала работать с компетентными работниками политики и регуляторами. В рамках СЕРТ Комитет электронной связи (КЭС) вырабатывает общую политику и регламенты электронной связи для Европы и служит центром обмена информации об использовании частотного ресурса. Он обеспечивает согласованное и эффективное использование спектра радиочастот, спутниковых орбит и ресурса нумерации по всей Европе, готовит общие предложения, представляя интересы Европы в МСЭ и других международных организациях. Поддержку самому КЭС оказывают рабочие и проектные группы, которые проводят экспертные исследования и дают консультации по регуляторным и техническим вопросам; они учитываются при выработке политики КЭС. Многие решения СЕРТ касаются согласованного использования конкретных частотных диапазонов для определенных функций⁸.

В) Политика Европейского Союза по управлению радиочастотным ресурсом

В 2012 году ЕС принял Программу «Политика в отношении радиочастотного спектра» (ППРЧС)⁹. Цель ППРЧС — разработать поэтапный план развития внутреннего рынка для беспроводных технологий и услуг. В Программе излагаются принципы регулирования, задачи политики и приоритеты; она призвана повысить эффективность и гибкость использования частотного ресурса, с тем чтобы усилить конкуренцию на этом рынке. В Программе указано: «Государства-члены и Комиссия будут сотрудничать с научным сообществом для определения ряда инициатив в области научных исследований и разработок, а также прикладных инноваций, которые могут иметь большой социально-экономический эффект и/или инвестиционный потенциал; рассмотрят потребность в частотном ресурсе для этих мероприятий, а при необходимости — возможность выделения для них достаточного частотного ресурса на согласованных технических условиях и при наименее обременительных административных процедурах» (ст. 8 ППРЧС).

В 2002 году ЕС принял Решение о радиочастотном спектре, в котором призвал координировать регулирование радиочастотного ресурса на уровне

⁸ См, напр.: Решение КЭС от 13.03.2009 о согласованном использовании частотного диапазона 63,72–65,88 ГГц для интеллектуальных транспортных систем (ИТС), с поправками, внесенными 4.03. 2016 и 5.07. 2019. Available at: URL: <https://www.ecodocdb.dk/download/09d84da1-2776/ECCDEC0901.PDF> (дата обращения: 22.04.2020)

⁹ Решение № 243/2012/EU Европейского парламента и Совета от 14.03.2012 об учреждении многолетней программы — политики в отношении радиочастотного спектра // OJ L 81 от 21.03. 2012.

ЕС¹⁰. Решение имело целью облегчить выработку политики ЕС в отношении радиочастотного ресурса (в соответствии с политикой, принятой на уровне СЕРТ и МСЭ), и обеспечить ее эффективную реализацию. Этим решением был учрежден Комитет по радиочастотному спектру, призванный консультировать Европейскую комиссию в вопросах, касающихся радиочастотного ресурса. Была также создана Группа по политике в отношении радиочастотного спектра (RSPG, ГПРЧС)¹¹. Эта консультативная группа высокого уровня, состоящая из представителей государств-членов и Европейской комиссии, помогает Комиссии разрабатывать политику в отношении радиочастотного ресурса. При этом она учитывает также экономические, политические, социокультурные, стратегические и медицинские факторы, тогда как вышеупомянутый Комитет по радиочастотному спектру уделяет внимание главным образом техническим аспектам управления радиочастотным ресурсом.

BEREC служит агентством по регулированию рынка телекоммуникаций в ЕС. В этом качестве он консультирует Европейскую комиссию по вопросам ее политики в данной области. Его правление состоит из представителей компетентных национальных регуляторов.

На уровне ЕС основные положения, касающиеся управления радиочастотным ресурсом, закреплены в Кодексе электронной связи, принятом в 2018 г.¹²

Регулирование частотного ресурса имеет и такие национальные аспекты, как выделение частот службам, организация лицензионных аукционов, координация действий с соседними странами и с международными и наднациональными организациями, такими как МСЭ, СЕРТ и ЕС. Но государства все же могут проводить собственную политику и выставлять фрагменты радиочастотного ресурса, находящегося под их суверенным контролем, на аукцион.

Государства-члены будут и далее координировать использование радиочастотного ресурса во избежание трансграничных помех (ст. 28(1)). Государства-члены по-прежнему будут обеспечивать доступ к частотному ресурсу согласно объективным, прозрачным, недискриминационным и пропорциональным критериям, поощряющим конкуренцию, а также с соблюдением международных соглашений (ст. 45 (1)).

¹⁰ Решение № 676/2002/ЕС Европейского парламента и Совета 07.03.2002 о рамках регулирования политики в отношении радиочастотного спектра в Европейском союзе (Решение о радиочастотном спектре) // OJ L 108. 24.04. 2002.

¹¹ Решение Комиссии 2002/622/ЕС 26.07.2002 о создании Группы по политике в отношении радиочастотного спектра // OJ L 198. 27.07.2002.

¹² Директива (EU) 2018/1972 Европейского парламента и Совета 11.12. 2018 о введении в действие Европейского кодекса об электронной связи // OJ L321. 17.12.2018.

Законодатель ЕС в принципе нейтрален по отношению к типам оказываемых услуг и к применяемым технологиям (ст. 45, п. 4–5). Хотя базовым принципом остается общее разрешение, в некоторых случаях государства-члены все же могут выдавать ограниченные или индивидуальные разрешения (ст. 46 (1)). Использование радиочастотного ресурса может сопровождаться условиями (ст. 47(1)). Индивидуальные права могут предоставляться на ограниченное время при обеспечении держателям прав «предсказуемого регулирования на срок не менее 20 лет в отношении условий инвестирования в инфраструктуру, зависящую от использования такого радиочастотного ресурса» (ст. 49, пп. 1–2).

При необходимости государства-члены могут ограничить число предоставляемых прав на часть частотного ресурса посредством конкурентной или сравнительной процедуры отбора, «придавая должное значение необходимости достижения национальных целей и целей внутреннего рынка» (ст. 54, пп. 1-2).

1.2. Национальное управление радиочастотным ресурсом

1.2.1. Общая характеристика национальных подходов

Во многих аспектах пользование радиочастотным ресурсом регулируется на международном, региональном или наднациональном уровне; однако национальные правительства и регуляторы сохраняют за собой значительные компетенции в данном вопросе и, таким образом, остаются главным регулятором радиочастотного ресурса. Национальные власти должны разработать национальную таблицу распределения частот. Хотя суверенное государство в принципе не обязано точно следовать разработанной МСЭ региональной таблице распределения, делать это, разумеется, целесообразно для максимального согласования и для минимизации помех. Кроме того, в данном случае национальная таблица распределения закрепляет международное и региональное распределение частот во внутригосударственном праве.

Национальные власти определяют также порядок регулирования использования частотного спектра. Здесь имеются несколько вариантов. В общем плане их можно разделить на системы с общим разрешением и индивидуальными разрешениями.

При наличии общего разрешения использование радиочастотного ресурса — или, как минимум, некоторых диапазонов — в принципе освобождается от лицензирования. Это означает, что, как правило, не требуется получать индивидуальной лицензии, чтобы использовать спектр радиочастот (или его часть). Уведомлять об их использовании также не нужно. Эта модель часто используется для устройств потребительского класса, таких как мобильные телефоны, устройства малого радиуса действия и любительские

радиостанции. Тем не менее, могут действовать некоторые правила, например, в отношении стандартов устройств. Кроме того, какая-то полоса частот может быть объявлена диапазоном общего пользования: использовать ее в принципе могут любой пользователь и любое устройство [Medeisis A., 2011]. Здесь также могут действовать общие правила, например, по ограничению взаимных помех. Такая модель избавляет власти от излишнего администрирования и от необходимости координировать использование радиочастотного ресурса. Частным лицам и отрасли она позволяет быстро и дешево вводить в эксплуатацию радиочастотные устройства. Недостаток, разумеется, в том, что это может привести к неконтролируемому использованию этой части спектра и к неустраняемым помехам.

Противоположный вариант — выдача индивидуальных разрешений. В этом случае пользоваться частотным ресурсом (частью его) могут только те, кто получил индивидуальную лицензию. Лицензии, как правило, не подлежат передаче и должны регулярно возобновляться (обычно — каждый год). Кроме того, при их выдаче взимается лицензионный сбор для покрытия расходов, понесенных властями. Основная выгода такой модели в том, что она обеспечивает наибольшую безопасность и защиту от помех. Однако она, конечно, ограничивает использование частотного ресурса более широкой публикой и заставляет власти организовывать процедуру лицензирования, нередко — сложную и дорогую. Порядок выдачи лицензий различается.

В Европе, особенно в секторе телекоммуникаций, применяется аукционная модель. На аукционе компетентный орган объявляет конкурс заявок на получение лицензии, и лицензию на использование выставленного на аукцион частотного ресурса получит только тот, кто предложит наибольшую плату [Cave M., Nichols R., 2017: 5–6]. Участие в торгах, в принципе, открыто для всех, однако власти могут установить минимальные требования к заинтересованным организациям. Основное преимущество данного механизма в том, что он достаточно прост и сулит выгоду для государственного бюджета. Хотя аукцион проводится на свободном рынке, понятно, что подать заявку могут позволить себе только крупные компании. Поэтому, хотя при этой модели решает рынок, можно также утверждать, что она позволяет тем, кто уже доминирует на рынке, еще сильнее закрепиться на нем [Beltrán F., 2016].

Лицензии можно также выдавать по принципу «первым пришел, первым обслужили». В этом случае свободные частоты выделяются в порядке подачи заявок. Эта модель используется часто, но страдает рядом недостатков. Так, она работает, только если соответствующие частоты не слишком дефицитны. Также нет гарантии того, что получившая лицензию организация будет использовать ее эффективно. Отчасти это связано с тем, что данная модель заставляет компании подавать заявки как можно скорее, даже если они не собираются пользоваться лицензией немедленно.

Другие способы присуждения лицензий — лотереи и «конкурсы красоты». В первом случае все решает жребий, а во втором проводится процедура государственных закупок, в ходе которой компетентные органы устанавливают ряд критериев (им может быть придан разный вес), согласно которым отбирают организацию, более других отвечающую этим критериям. Разумеется, организовать такую лотерею или «конкурс красоты» труднее, нежели аукцион. В некоторых случаях для более ограниченного числа пользователей можно предусмотреть упрощенную процедуру, более сходную с описываемой далее моделью, но все же обладающую признаками индивидуального лицензирования.

В промежутке между этими вариантами находится модель «легкого лицензирования». Здесь использование (части) радиочастотного спектра подлежит регистрации. При регистрации проверяют, не будет ли целевое использование ресурса создавать помехи ранее зарегистрированным пользователям; таким образом, модель действует по принципу «первым пришел — первым обслужили». Поскольку данный процесс можно полностью автоматизировать, он требует лишь минимального участия властей или вообще обходится без него. В то же время правило регистрации позволяет государству контролировать и ограничивать использование радиочастотного ресурса, а также взимать пошлину как средство стимулирующего ценообразования. Поэтому данный метод подходит для оказания услуг, пользующихся высоким, но нестабильным спросом, таких как лицензирование любительской и судовой радиосвязи.

1.2.2. Регулирование использования радиочастотного спектра в Российской Федерации

В России информационные технологии и связь согласно ст. 71(и) Конституции РФ находятся в ведении Российской Федерации, что позволяет в условиях федерации устанавливать единообразный подход на всей государственной территории. Соответственно, регулирование использования радиочастотного спектра¹³ — это исключительное право федерального центра, который обеспечивает эффективное использование радиочастотного

¹³ Российское законодательство оперирует понятием «радиочастотный спектр», т.е. упорядоченная совокупность радиочастот в установленных Международным союзом электросвязи пределах, которые могут быть использованы для функционирования радиоэлектронных средств или высокочастотных устройств (ст.2 Федерального закона «О связи» от 07.07.2003 № 126-ФЗ (ред. от 02.07.2021) (далее — ФЗ РФ «О связи»); Решение Государственной комиссии по радиочастотам при Минкомсвязи РФ от 04.07.2017 № 17-42-06 “О Концепции развития системы контроля за излучениями радиоэлектронных средств и (или) высокочастотных устройств гражданского назначения в Российской Федерации на период до 2025 года”// СПС КонсультантПлюс.

спектра в различных сферах — социальной сфере и экономике, для нужд государственного управления, обороны страны, безопасности государства и обеспечения правопорядка (ст. 22 ФЗ «О связи»). Оно осуществляется посредством комплексного подхода — сочетания экономических, организационных и технических мероприятий. Их цель заключается в ускорении внедрения перспективных технологий, расширении использования радиочастотного спектра радиоэлектронными средствами гражданского назначения (конверсии радиочастотного спектра).

Деятельность федеральных государственных органов исполнительной власти играет ключевую роль в регулировании¹⁴ использования радиочастотным спектром. Сама система органов продолжает развиваться и совершенствоваться.

Использование радиочастотного спектра регулируется Правительством Российской Федерации, Министерством цифрового развития, связи и массовых коммуникаций Российской Федерации, другими федеральными органами в рамках их компетенции. В ведении правительства Российской Федерации находится целый ряд наиболее значимых вопросов, связанных с регулированием радиочастотного спектра (распределение перечня подлежащих регистрации радиоэлектронных средств и высокочастотных устройств; утверждение Таблицы распределения радиочастот; планирование перспективного использования радиочастотного ресурса; установление платы за его использование).

Министерство цифрового развития, связи и массовых коммуникаций Российской Федерации, в свою очередь, выделяет радиочастоту или радиочастотный канал для радиоэлектронных средств гражданского назначения, разрешает принудительную смену радиочастоты или радиочастотного канала в исключительных случаях и лицензирует оказание услуг электронной связи¹⁵.

Важную роль в регулировании использования радиочастотного спектра играет Государственной комиссии по радиочастотам (ГКРЧ). Она обладает всей полнотой полномочий в области регулирования радиочастотного спектра и отвечает за формирование государственной политики в области его распределения и использования¹⁶. Основной задачей ГКРЧ является обе-

¹⁴ Наряду с этим понятием в литературе (прежде всего, технической направленности) и документах Государственной комиссии по радиочастотам (ГКРЧ) используется понятие «управление использованием радиочастотного спектра» Терминологически оно ближе к терминам, применяемым в зарубежном праве, хотя в известной степени имеет технический характер.

¹⁵ Постановление Правительства РФ от 02.06.2008 № 418 (ред. от 29.09.2021) «О Министерстве цифрового развития, связи и массовых коммуникаций Российской Федерации»// СПС КонсультантПлюс.

¹⁶ Постановление Правительства РФ от 02.07.2004 № 336 (ред. от 17.04.2021) «Об утверждении Положения о Государственной комиссии по радиочастотам»// СЗ РФ. 2004. № 28. Ст. 2905.

спечение эффективного и надлежащего использования радиочастотного ресурса, находящегося под юрисдикцией Российской Федерации, в интересах всех пользователей в соответствии с установленными приоритетами. Именно ГКРЧ разрабатывает для утверждения Правительством Российской Федерации Таблицы распределения полос частот между радиослужбами Российской Федерации, план перспективного использования радиочастотного спектра. ГКРЧ определяет порядок проведения экспертизы о возможности использования заявленных радиоэлектронных средств.

ГКРЧ определяется в законодательстве как межведомственный координационный орган, действующий при Министерстве цифрового развития, связи и массовых коммуникаций Российской Федерации и осуществляющий на коллегиальной основе регулирование использования радиочастотного спектра в Российской Федерации. В отличие от других органов, статус ГКРЧ в доктрине и практике вызвал неоднозначную оценку.

Именно межведомственный характер Комиссии стал предметом рассмотрения Конституционным Судом Российской Федерации¹⁷. В том числе стоял вопрос о том, может ли Комиссия осуществлять нормотворческие и правоприменительные полномочия как орган исполнительной власти. Суд установил, что ГКРЧ не относится к органам исполнительной власти, наделенным государственно-властными полномочиями, в том числе правоустановительного и правоохранительного характера.

Позиция Конституционного Суда Российской Федерации обосновывалась тем, что Конституция Российской Федерации не упоминает о коллегиальных межведомственных органах. Их, как и другие организации, координационные и совещательные органы вправе образовывать и учреждать Правительство Российской Федерации как высший исполнительный орган государственной власти.¹⁸ ГКРЧ не является федеральным органом исполнительной власти. Комиссия действует при Министерстве и ее решения становятся обязательными после утверждения им.

Постановление Конституционного Суда Российской Федерации имеет два значения. Установив, что ГКРЧ не входит в систему органов исполнительной власти, Суд свел ее назначение к выполнению технических задач регулирования использования радиочастотного спектра. Другое значение

¹⁷ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 28.02. 2006 г. № 2-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «О связи» в связи с запросом Думы Корякского автономного округа» // СЗ РФ. 2006.№ 11. Ст.1230.

¹⁸ Межведомственные координационные органы регулируется Регламентом Правительства Российской Федерации (утвержден Постановлением Правительства Российской Федерации от 1.06.2004 № 260) (в ред.06.09.2021) и Типовым регламентом взаимодействия федеральных органов исполнительной власти (утвержден Постановлением Правительства Российской Федерации от 19.01.2005 № 30 (ред. от 20.10.2021).

Постановления заключается в том, что оно внесло вклад в формирование теории административного права об органах исполнительной власти.

В регулировании использования радиочастотного спектра принимает участие радиочастотная служба.¹⁹ Она представляет собой единую систему организаций, осуществляющих деятельность в области обеспечения надлежащего использования радиочастот и радиочастотных каналов, радиоэлектронных средств и (или) высокочастотных устройств гражданского назначения, экспертизы и мониторинга соблюдения законодательства в установленной сфере деятельности Федеральной службы по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор). Данная служба осуществляет организацию деятельности радиочастотной службы.

В 2020 г. получила завершение система контроля (надзора) в рассматриваемой сфере²⁰. Государственный контроль (надзор) осуществляет Федеральная служба по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций и ее территориальными органами Закон устанавливает административный порядок обжалования решений контрольного (надзорного) органа, его территориальных органов, должностных лиц.

Административный контроль играет важную роль и рассматривается как необходимый элемент информационной безопасности [Шохин Д.В., 2010: 63–64]; [Стахов А.И. 2009: 25–29].

Вместе с тем, возникает вопрос не только о формировании системы органов управления радиочастотным ресурсом, но и о методах государственного регулирования.

Очевидно, что деятельность государственных органов может как способствовать должному управлению, так и формировать административные барьеры. Для преодоления административных барьеров требуется дальнейшая юридикация управления радиочастотным ресурсом. Ее основой выступают принципы, сформулированные в ФЗ «О связи». Они определяют как развитие законодательства в данной сфере, так и правоприменительную практику.

Прежде всего, ФЗ «О связи» устанавливает разрешительный порядок доступа пользователей к радиочастотному спектру²¹.

¹⁹ Постановление Правительства РФ от 14.05.2014 № 434 (ред. от 29.09.2021)//СПС КонсультантПлюс.

²⁰ Федеральный закон от 31.07.2020 № 248-ФЗ «О государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле в Российской Федерации», Положение о федеральном государственном контроле (надзоре) в области связи, утверждено Постановлением Правительства Российской Федерации от 29.06. 2021 г. № 1045// СПС КонсультантПлюс

²¹ Разрешительная система — «это урегулированная административно-правовыми нормами совокупность общественных отношений между наделенными публично-властными

В настоящее время в правовой науке и практике не содержится единого подхода к определению данного понятия, завершённой концепции разрешительной системы [Субанова Н.В., 2012: 288]. Справедливо суждение, что разрешения — это не «специальный метод», а функция управления, реализуемая государством с целью предупреждения природных, техногенных, социальных и других катаклизмов, ставящих под угрозу человеческие жизни и благополучие общества в целом [Ноздрачев А.Ф. и др., 2015:928].

Такой порядок предполагает получение специального разрешения. С заявлением о его получении может обратиться гражданин Российской Федерации или юридическое лицо. На основании заявления радиочастотной службой проводится экспертиза о возможности использования заявленных радиоэлектронных средств и их электромагнитной совместимости с действующими и планируемыми для использования радиоэлектронными средствами.

Конституционный Суд Российской Федерации установил, что решение о выделении полосы не является специальным разрешением на осуществление конкретного вида деятельности (лицензией) и принимается для обеспечения надлежащего функционирования радиоэлектронных средств и высокочастотных устройств, принадлежащих пользователям радиочастотного спектра, их электромагнитной совместимости и недопущения столкновения интересов пользователей сетей связи²². Действительно, «решение о выделении полосы не является лицензией, но оно — необходимое условие получения лицензии на оказание услуг связи с использованием радиочастотного спектра» [Ноздрачев А.Ф. и др., 2015: 928].

По российскому законодательству допускается две формы разрешений — выделение полосы радиочастот²³ и присвоение (назначение) полосы радиочастоты или радиочастотного канала.²⁴ Выделение полосы радиочастот пред-

полномочиями субъектами, с одной стороны, физическими и юридическими лицами — с другой, возникающих при предоставлении разрешений на осуществление деятельности (совершение действий) и надзоре за соблюдением ее правил в целях обеспечения безопасности личности, общества и государства» [Стахов А.И., 2009: 25–29].

²² Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 28 февраля 2006 г. № 2-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «О связи» в связи с запросом Думы Корякского автономного округа» // СЗ РФ. 2006. № 11. Ст. 1230.

²³ Выделение полос радиочастот производится в соответствии с решением ГКРЧ при Минкомсвязи России от 20 декабря 2011 г. № 11-13-01 (ред.05.04.2015) «Об утверждении Порядка рассмотрения материалов и принятия решений о выделении полос радиочастот, оформления решений и внесения в них изменений» // СПС КонсультантПлюс

²⁴ Присвоение (назначение) радиочастот или радиочастотных каналов осуществляется в порядке, установленном Приказом Минкомсвязи РФ от 9 декабря 2011 г. № 337(ред. от 05.12.2016) «Об утверждении Административного регламента предоставления Федеральной

полагает разрешение на использование конкретной полосы радиочастот, в том числе для разработки, модернизации, производства в Российской Федерации и (или) ввоза в Российскую Федерацию радиоэлектронных средств или высокочастотных устройств с определенными техническими характеристиками. Особый порядок предусмотрен для выделения полос радиочастот для радиоэлектронных средств, обеспечивающих органы государственной власти, оборону страны, безопасность государства.

Присвоение (назначение) радиочастоты или радиочастотного канала представляет собой разрешение на использование конкретной радиочастоты или радиочастотного канала с указанием конкретного радиоэлектронного средства, целей и условий такого использования.

Выдача разрешения на использование радиочастот или радиочастотных каналов осуществляется Роскомнадзором.

В российском праве предусматривает и лицензии. Лицензированию подлежит деятельность юридических лиц и индивидуальных предпринимателей по возмездному оказанию услуг связи.

Законодательство предусматривает особую форму предоставления лицензии по результатам торгов²⁵. Торги проводятся в двух случаях. В первом случае, если при доступном для оказания услуг связи радиочастотном спектре ограничивается возможное количество операторов связи на данной территории. Такая ситуация определяется ГКРЧ. Во втором случае на территории имеются ограниченные ресурсы сети связи общего пользования, и количество операторов связи на данной территории должно быть ограничено. В данном случае это устанавливает федеральный орган исполнительной власти. Данные положения направлены на то, чтобы обеспечить равные условия для бизнеса, против возможности получения доминирующего положения.

Лицензии на использование радиочастот остаются срочными, выдаются на срок от трех до 25 лет с учетом срока, указанного в заявке, характера службы связи и срока, указанного ГКРЧ.

Еще один важный принцип, содержащийся в ФЗ «О связи», касается сближения распределения полос радиочастот и условий их использования в Российской Федерации с международным распределением полос радиоча-

службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций государственной услуги по присвоению (назначению) радиочастот или радиочастотных каналов для радиоэлектронных средств гражданского назначения» // СПС КонсультантПлюс.

²⁵ Правительство РФ устанавливает порядок проведения торгов в форме аукциона и конкурса. Правила проведения торгов (аукциона, конкурса) на получение лицензии на оказание услуг связи. Утверждены постановлением Правительства Российской Федерации от 24 мая 2014 г. № 480 (ред.17.04.2021) // СПС КонсультантПлюс.

стот. Природа радиочастот такова, что регулирование использования невозможно без международных договоров Российской Федерации. ФЗ «О связи» признает верховенство международного права в данной сфере: если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены данным федеральным законом, применяются правила международного договора (ст.4).

Российское право в данной сфере следует международным обязательствам, вытекающих из ратифицированных Российской Федерацией Устава, Конвенции, Регламента²⁶ МСЭ. Согласно ФЗ «О связи», международно-правовая защита присвоения (назначения) радиочастот или радиочастотных каналов — правовые, технические, организационные и научно-исследовательские мероприятия, осуществляемые в целях обеспечения международного признания присвоения (назначения) радиочастот или радиочастотных каналов для радиоэлектронных средств различных радиослужб РФ (ст. 20).

Международные вопросы относятся как к ведению Правительства Российской Федерации²⁷, так и ГКЧР, которая осуществляет также координацию в России работ по международно-правовой защите частотных присвоений²⁸ для радиоэлектронных средств, проводимых заинтересованными федеральными органами.

Еще один принцип, который получил толкование в административной и судебной практике, — это принцип платности использования радиочастотного спектра. Во всех случаях платность (разовая или ежегодная) рассматривалась как форма государственного контроля²⁹. Плата за использование радиочастотного спектра, согласно толкованию Департамента развития контрактной системы Минэкономразвития России, «представляет собой плату за оказание услуг и предназначена для возмещения расходов государства на обеспечение системы контроля радиочастот, конверсии радиочастотного спектра и финансирования мероприятий по переводу действующих радио-

²⁶ Постановлением Правительства РФ от 26 мая 2000 г. № 413 «О сближении распределения и условий использования полос радиочастот в Российской Федерации с международным распределением полос радиочастот» // СПСКонсультантПлюс.

²⁷ Постановление Правительства РФ от 14.11. 2014 № 1194 (ред. от 25.09.2018) О международно-правовой защите присвоения (назначения) радиочастот или радиочастотных каналов и порядке использования на территории Российской Федерации спутниковых сетей связи, находящихся под юрисдикцией иностранных государств, а также о внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации // СЗ РФ. 2014. № 47. Ст.6554.

²⁸ Постановлением Правительства РФ от 14 ноября 2014 г. № 1194 «О международно-правовой защите присвоения (назначения) радиочастот или радиочастотных каналов и порядке использования на территории Российской Федерации спутниковых сетей связи, находящихся под юрисдикцией иностранных государств, а также о внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации» // СПСКонсультантПлюс.

²⁹ Этот контроль осуществляет и Правительство Российской Федерации.

электронных средств в другие полосы радиочастот и не является закупкой в понимании Закона № 223-ФЗ³⁰. Плата вносится за само обладание таким разрешением (зарезервированные частоты) и не зависит от факта использования, уточняется судебным толкованием³¹. Порядок платежей определяет Правительство Российской Федерации³².

Конституционность еще одного принципа — недопустимости бессрочного выделения полос радиочастот, присвоения радиочастот или радиочастотных каналов — была подтверждена Конституционным Судом РФ³³. Ограниченность радиочастотного спектра требует оптимальности его использования. Конституционный Суд признал, что в данном случае международные стандарты определения сроков использования радиочастот не противоречат Конституции Российской Федерации³⁴. При бессрочном выделении полос радиочастот невозможно следовать положению Устава МСЭ, предписывающее членам МСЭ ограничивать количество частот и ширину используемого спектра до минимума, требующегося для обеспечения удовлетворительной работы необходимых служб, использовать радиочастоты рационально, эффективно и экономно, обеспечивать справедливый доступ к этим частотам разным странам.

Кроме этих принципов, ФЗ «О связи» содержит такие принципы как принцип конверсии радиочастотного спектра, т.е. расширение использования радиочастотного спектра радиоэлектронными средствами гражданского назначения; прозрачности и открытости процедур распределения и использования радиочастотного спектра; доступа всех пользователей к радиочастотному спектру. Законодательная формулировка последнего принципа составлена тем, что непосредственно содержит в себе предполагаемые ограничения. К ним относятся государственные приоритеты, в том числе обеспечение радиочастотным спектром радиослужб Российской Федерации в целях обеспечения безопасности граждан, обеспечения связи для нужд

³⁰ Письмо Минэкономразвития России от 21 августа 2015 № ОГ-Д28-11178 // СПС КонсультантПлюс.

³¹ Постановлении Арбитражного суда Северо-Западного округа от 27 июня 2016 г. № Ф07-3287/2016 по делу № А56-56742/2015.

³² Размер разовой платы и ежегодной платы за использование в РФ радиочастотного спектра и Правила взимания такой платы утверждены Постановлением Правительства РФ от 16 марта 2011 г. № 171 «Об установлении размеров разовой платы и ежегодной платы за использование в Российской Федерации радиочастотного спектра и взимания такой платы»//СПСКонсультантПлюс.

³³ Постановлением Конституционного Суда РФ от 28 февраля 2006 г. № 2-П // СПС КонсультантПлюс.

³⁴ Постановление Конституционного Суда РФ от 28 февраля 2006 г. № 2-П // СПС КонсультантПлюс.

органов государственной власти, обороны страны и безопасности государства, правопорядка, экологической безопасности, предотвращения чрезвычайных ситуаций техногенного характера.

Таким образом, развитие рынка связи, централизованное регулирование радиочастотного спектра ведет, с одной стороны, к дальнейшей организации государственного управления в данной сфере, с другой — к необходимости сочетать техническое и правовое регулирование.

Заключение

Все государства-члены ЕС позволяют получить лицензию на использование радиочастотного ресурса, в том числе для исследований, испытаний и экспериментов. Однако поскольку этот вопрос не согласован на уровне ЕС, порядок получения такой лицензии и предъявляемые требования значительно разнятся. Кроме того, сильно различается срок действия таких лицензий: от всего нескольких недель в одних государствах-членах до нескольких лет с возможностью продления в других (в среднем он составляет один год). Процедура получения лицензии для трансграничных испытаний и экспериментов отсутствует. В результате, когда испытания или эксперимент охватывают территории нескольких государств-членов, приходится получать лицензию в каждом государстве. Однако ввиду отсутствия координации в данном вопросе нет гарантии, что для таких трансграничных мероприятий удастся получить лицензию на одни и те же полосы частот.

В отношении первичного рынка частот главный вывод состоит в том, что во всех государствах-членах ЕС существует принципиальная возможность получить лицензии для проведения исследований, испытаний и экспериментов, в том числе в ныне используемых диапазонах 3G и 4G. Однако ввиду того, что такие лицензии обычно выдаются на довольно короткий срок, и несогласованности наличия диапазонов для этих целей на уровне ЕС общий вывод таков, что данный метод не позволяет создать устойчивой общеевропейской системы радиочастотной поддержки для исследований, испытаний и экспериментов.

В данной области всегда существует базовый уровень согласования, хотя точные процедуры все же могут различаться в разных государствах-членах. В целом установлено, что государства-члены требуют предварительно уведомлять компетентный орган о планируемой передаче прав. Этот орган обычно выполняет ряд проверок, прежде всего выясняя, соблюдаются ли лицензионные требования и не нарушит ли передача прав конкуренцию на рынке. При отсутствии замечаний орган разрешает передачу прав. Как мы выяснили, лишь в одном государстве-члене компетентный орган необходи-

мо уведомить, но его предварительного разрешения не требуется. В целом установлено, что порядок этих действий всюду аналогичен.

Передача прав, разумеется, стала бы еще более надежным решением, поскольку здесь все права и обязанности передаются на весь срок действия лицензии. Однако такая передача предполагает, что получатель должен соблюдать все требования лицензии, для чего в некоторых государствах-членах необходимо юридическое лицо, зарегистрированное в качестве оператора.



Список источников

1. Разрешительная система в Российской Федерации: научно-практическое пособие / отв. ред. А.Ф. Ноздрачев. М.: ИНФРА-М, 2015. 928 с.
2. Стахов А.И. Меры административно-публичного обеспечения безопасности // Законы России: опыт, анализ, практика. 2009. № 9. С. 25–29.
3. Субанова Н.В. Разрешительные полномочия органов исполнительной власти в Российской Федерации. М.: Юриспруденция, 2012. 288 с.
4. Шохин Д.В. Сущность и назначение разрешительной системы // Вестник Московского университета. Сер. 11. Право. 2010. № 6. С. 63–64.
5. Anker P. From spectrum management to spectrum governance. *Telecommunications Policy*, 2017, vol. 41, pp. 486–497.
6. Beltrán F. *A Review of the Evolution of Auctions As a Method for Radio Spectrum Assignment*. 2016. Available at: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2828543>. (accessed: 22.04.2020)
7. Beltran G. Accelerating the introduction of spectrum sharing using market-based mechanisms. *IEEE Communications Standards Magazine*, 2017, no. 1, pp. 66–72.
8. Berge E., Kranakis E. Technology-dependent commons: the radio spectrum. *International Journal of the Commons*, 2011, pp. 86–91.
9. Brito J. The Spectrum Commons in Theory and Practice. *Stanford Technology Law Review*, 2006.
10. Cave M., Nichols R. The use of spectrum auctions to attain multiple objectives: Policy implications. *Telecommunications Policy*, 2017, no. 5–6, pp. 367–378.
11. Coase R. H. The Federal Communications Commission. *The Journal of Law and Economics*, 1959, pp. 1–40.
12. Cramton P. Spectrum auction design. *Review of Industrial Organization*, 2013, vol. 42, pp. 161–190.
13. Dahlberg C. et al. A techno-economic framework of spectrum combining for indoor capacity provisioning. In: *Proc. IEEE 24th Int. Symp. Pers. Indoor Mobile Radio Commun.* London: IEEE, 2013. pp. 2759–2763.
14. Donovan J. *How Do Wireless Networks Transmit Data*. 2019. Available at: <https://blog.comscopetraining.com/how-do-wireless-networks-transmit-data>. (accessed: 22.04.2020)
15. Ellingson S.W.) *Radio Systems Engineering*. Cambridge: Cambridge University Press. 2016.

16. Feasey R. Confusion, denial and danger: The response of the telecommunications industry to the challenge of the Internet. *Telecommunications Policy*, 2015, vol. 39, pp. 444–449.
17. Hardin G. The Tragedy of the Commons. *Science*, 1968, vol. 162, no. 3859, pp. 1243–1248.
18. Herter C.A. The Electromagnetic Spectrum: A Critical Natural Resource. *National Resources Journal*, 1985, vol. 25, issue 3. pp. 651–663.
19. Hook S. A. Allocation of the Radio Spectrum: Is the Sky the Limit? *Indiana International & Comparative Law Review*, 1993, vol. 3. pp. 319–360.
20. Martin O. *The “Hidden” Prehistory of European Research Networking*. Bloomington: Trafford Publishing, 2012, 126 p.
21. Matinmikko-Blue M. *Stakeholder analysis for the development of sharing-based spectrum governance models for mobile communications*. PhD dissertation. University of Oulu, 2018.
22. Olla P., Patel N. A value chain model for mobile data service providers. *Telecommunications Policy*, 2002, no. 26, pp. 551–571.
23. Ostrom E. *Governing the commons: the evolution of institutions for collective action*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
24. Rishabh D. Governing Spectrum Commons. *TPRC 44: The 44th Research Conference on Communication, Information and Internet Policy*, 2016.
25. Samuelson P. The pure theory of public expenditure. *The Review of Economics and Statistics*, 1954, no. 4, pp. 387–389.



References

1. Anker P. (2017) From spectrum management to spectrum governance. *Telecommunications Policy*, vol. 41, pp. 486–497.
2. Beltrán F. (2016) *A Review of the Evolution of Auctions As a Method for Radio Spectrum Assignment*. Available at: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2828543>. (accessed: 22.04.2020)
3. Beltran G. (2017) Accelerating the introduction of spectrum sharing using market-based mechanisms. *IEEE Communications Standards Magazine*, no. 1, pp. 66–72.
4. Berge E., Kranakis E. (2011) Technology-dependent commons: the radio spectrum. *International Journal of the Commons*, pp. 86–91.
5. Brito J. (2006) The Spectrum Commons in Theory and Practice. *Stanford Technology Law Review*.
6. Cave M., Nichols R. (2017) The use of spectrum auctions to attain multiple objectives: Policy implications. *Telecommunications Policy*, no. 5–6, pp. 367–378.
7. Coase R.H. (1959) The Federal Communications Commission. *The Journal of Law and Economics*, pp. 1–40.
8. Cramton P. (2013) Spectrum auction design. *Review of Industrial Organization*, vol. 42, pp. 161–190.
9. Dahlberg C. et al. (2013) A techno-economic framework of spectrum combining for indoor capacity provisioning. In: *Proc. IEEE 24th Int. Symp. Pers. Indoor Mobile Radio Commun*. London: IEEE, pp. 2759–2763.

10. Donovan J. (2019) *How Do Wireless Networks Transmit Data*. Available at: <https://blog.commscopetraining.com/how-do-wireless-networks-transmit-data>. (accessed: 22.04. 2020)
11. Ellingson S.W. (2016) *Radio Systems Engineering*. Cambridge: Cambridge University Press.
12. Feasey R. (2015) Confusion, denial and danger: The response of the telecommunications industry to the challenge of the Internet. *Telecommunications Policy*, vol. 39, pp. 444–449.
13. Hardin G. (1968) The Tragedy of the Commons. *Science*, Vol. 162, No. 3859, pp. 1243–1248.
14. Herter C.A. (1985) The Electromagnetic Spectrum: A Critical Natural Resource. *National Resources Journal*, Vol.25, issue 3. pp. 651–663.
15. Hook S. A. (1993) Allocation of the Radio Spectrum: Is the Sky the Limit? *Indiana International & Comparative Law Review*, vol. 3. pp. 319–360.
16. Martin O. (2012) *The “Hidden” Prehistory of European Research Networking*. Bloomington: Trafford Publishing. 126 p.
17. Matinmikko-Blue M. (2018) *Stakeholder analysis for the development of sharing-based spectrum governance models for mobile communications*. PhD dissertation. University of Oulu.
18. Olla P., Patel N. (2002) A value chain model for mobile data service providers. *Telecommunications Policy*, no. 26, pp. 551–571.
19. Ostrom E. (1990) *Governing the commons: the evolution of institutions for collective action*. Cambridge: Cambridge University Press.
20. Permissive system in the Russian Federation: scientific and practical manual /A.F. Nozdachev. M.: INFA. 2015. 928 p.
21. Rishabh D. (2016) Governing Spectrum Commons. *TPRC 44: The 44th Research Conference on Communication, Information and Internet Policy*.
22. Samuelson P. (1954) The pure theory of public expenditure. *The Review of Economics and Statistics*, no. 4, pp. 387–389.
23. Shokhin V.D. (2010) Nature and Assignment of the Permission System. *Herald of Moscow State University. Law*, no. 6, pp. 63–64. (In Russ.).
24. Stahov A.I. (2009) Public Administrative Measures for Providing Security. *Zakony Rosii: opyt, analiz, praktika*=Russian Laws: Experience, Analysis, Practice, no. 9, pp. 25–29. (In Russ.).
25. Subanova N.V. (2012) *Permissive Powers of Executive Bodies in Russian Federation*. Moscow: Jurisprudencia, 288 p. (In Russ.).

Информация об авторах:

Ж. Дюмортье — партнер, адвокат.

И.Ю. Богдановская — доктор юридических наук, профессор.

Н. Вандезанде — юридический консультант.

Information about the authors:

J. Dumortier — Partner, lawyer.

I.Yu. Bogdanovskaya — Doctor of Science (Law), Professor.

N. Vandezande — Legal Consultant.

Статья поступила в редакцию 12.10.2020; одобрена после рецензирования 11.10.2021; принята к публикации 01.11.2021.

The article was submitted 12.10.2020; approved after reviewing 11.10.2021; accepted for publication 01.11.2021



XXIII ЯСИНСКАЯ (АПРЕЛЬСКАЯ) МЕЖДУНАРОДНАЯ НАУЧНАЯ КОНФЕРЕНЦИЯ ПО ПРОБЛЕМАМ РАЗВИТИЯ ЭКОНОМИКИ И ОБЩЕСТВА



Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» открывает прием заявок на участие в XXIII Международной научной конференции по проблемам развития экономики и общества. По решению Ученого совета университета, начиная с 2022 года, конференция будет называться Ясинской в честь почетного научного руководителя НИУ ВШЭ Е.Г. Ясина, инициировавшего проведение ежегодной крупнейшей в России конференции по общественным наукам и определившего ее основные черты.

Основные мероприятия XXIII Ясинской (Апрельской) международной научной конференции по проблемам развития экономики и общества (XXIII ЯМНК) состоятся в Москве с 4 по 8 апреля 2022 года.

В рамках тематических секций XXIII ЯМНК будут представлены и обсуждены доклады о результатах новых научных исследований, отобранные на основе рассмотрения заявок. Наряду с этим конференция будет, по сложившейся традиции, включать экспертные обсуждения по наиболее актуальным вопросам глобальной и национальной научной повестки, почетные доклады выдающихся ученых из разных стран мира, а также ряд ассоциированных мероприятий. Мероприятия конференции проводятся на русском или английском языке, в отдельных случаях на двух языках с синхронным переводом.

Секционные заседания XXIII ЯМНК будут проводиться по следующим тематическим направлениям:

- Арктические исследования
- Государственное управление, местное самоуправление и сектор НКО
- Демография и рынки труда
- Инструментальные методы в экономических и социальных исследованиях
- Макроэкономика и макроэкономическая политика
- Международные отношения
- Менеджмент
- Методология экономической науки
- Мировая экономика

- Наука и инновации
- Образование
- Политические процессы
- Развитие здравоохранения
- Региональное и городское развитие
- Право в цифровую эпоху
- Сетевой анализ
- Социальная и экономическая история
- Социальная политика
- Социокультурные процессы
- Социология
- Спортивные исследования
- Теоретическая экономика
- Цифровая экономика
- Финансовые институты, рынки и платежные системы
- Фирмы и рынки

Более подробно о конференции можно узнать на официальном портале: <https://conf.hse.ru/>

Приглашаем зарегистрироваться в качестве слушателя XXIII ЯМНК: <https://conf.hse.ru/2022/application>

Журнал учрежден в качестве печатного органа Национального исследовательского университета «Высшей школы экономики» с целью расширения участия НИУ ВШЭ в развитии правовой науки, в совершенствовании юридического образования.

Главные задачи:

- стимулирование научных дискуссий
- опубликование материалов по наиболее актуальным вопросам права
- содействие реформе юридического образования, развитию образовательного процесса, в том числе разработке новых образовательных курсов
- укрепление взаимодействия между учебными и научными подразделениями НИУ ВШЭ
- участие в расширении сотрудничества российских и зарубежных ученых-юристов и преподавателей
- вовлечение молодых ученых и преподавателей в научную жизнь и профессиональное сообщество
- организация круглых столов, конференций, чтений и иных мероприятий

Основные темы:

Правовая мысль (история и современность)
Портреты ученых-юристов
Российское право: состояние, перспективы, комментарии
Судебная практика
Право в современном мире
Реформа юридического образования
Научная жизнь
Дискуссионный клуб
Рецензии

Журнал рассчитан на преподавателей вузов, аспирантов, научных работников, экспертное сообщество, практикующих юристов, а также на широкий круг читателей, интересующихся современным правом и его взаимодействием с экономикой.

«Право. Журнал Высшей школы экономики» включен в перечень ведущих российских рецензируемых научных журналов и изданий, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией Минобрнауки России для публикации основных научных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук по направлению «Юриспруденция».

Журнал выходит раз в квартал и распространяется в России, странах СНГ и дальнего зарубежья.

Журнал входит в **Web of Science Core Collection Emerging Sources Citation Index, Russian Science Citation Index (RSCI) на базе Web of Science.**

Журнал включен в следующие базы данных:

Киберленинка, HeinOnline, Ulrichsweb, Open J-Gate, Gale

АВТОРАМ

Требования к оформлению текста статей

Представленные статьи должны быть оригинальными, не опубликованными ранее в других печатных изданиях. Статьи должны быть актуальными, обладать новизной, содержать выводы исследования, а также соответствовать указанным ниже правилам оформления. В случае неадекватного 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 20.12.2021. Формат 70×100/16
Усл. печ. л. 16,75. Тираж 400 экз. Заказ №

Отпечатано ООО «Фотоэксперт»,
109316, Москва, Волгоградский проспект, д.42