

# 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](mailto: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](mailto:id.hse@mail.ru)  
[www.hse.ru](http://www.hse.ru)

© НИУ ВШЭ, 2020

## ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

### 4/2020



ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

### Правовая мысль: история и современность

- А.В. Малько, Д.А. Липинский, Р.С. Маркунин**  
Юридическая ответственность как средство предупреждения правонарушений: актуальные проблемы . . . . . 4
- Д.Е. Зайков**  
Принцип равных прав и свобод мужчин и женщин: современное состояние и перспективы . . . . . 25

### Российское право: состояние, перспективы, комментарии

- Р.М. Янковский**  
Криптовалюты в российском праве: суррогаты, «иное имущество» и цифровые деньги . . . . . 43
- Л.Г. Ефимова, И.Е. Михеева, Д.В. Чуб**  
Сравнительный анализ доктринальных концепций правового регулирования смарт-контрактов в России и зарубежных странах . . . . . 78
- Ю.П. Гармаев, Э.А. Иванов, С.А. Маркунцов**  
О формировании междисциплинарной концепции антикоррупционного комплаенса в Российской Федерации . . . . . 106

### С.А. Курочкин

- Критерии и показатели эффективности гражданского судопроизводства . . . . . 129
- Н.И. Дивеева, А.В. Кузьменко, Ф.К. Ногайлиева, М.В. Филиппова**  
Перспективы института приемной семьи для пожилых граждан и инвалидов: зарубежные доктрины и опыт российского законодателя . . . . . 155

### А.Н. Kozyrin, А.А. Yalbulganov

- Russian Legislation and Protection from Production and Consumption Waste Pollution . . . . . 181

### Право в современном мире

- Ю.С. Ромашев**  
Клаузула rebus sic stantibus в праве международных обычаев . . . . . 194
- В.Р. Авхадеев**  
Правовое регулирование освоения морских биоресурсов Арктики: нормы международного права и механизмы сотрудничества государств . . . . . 216
- Р.Ш. Давлетгильдеев, С.И. Цыганцова**  
Мобильность исследователей как проявление интегрированности правового регулирования в Европе . . . . . 240

# 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 Triokhsviatitskiy Per.,  
Moscow 109028, Russia

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

#### Legal Thought: History and Modernity

**A.V. Malko, D.A. Lipinsky, R.S. Markunin**

Legal Responsibility as a means to prevent offences . . . . . 4

**D.E. Zaykov**

The Principle of Equal Rights and Freedoms of Men and Women:  
Current States and Prospects . . . . . 25

#### Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

**R. Jankovskiy**

Cryptovalues in the Russian Law: Surrogates, Other Property  
and Digital Money . . . . . 43

**L.G. Efimova, I.E. Mikheeva, D.V. Chub**

Comparative Analysis of Doctrinal Concepts of Legal Regulating  
Smart Contracts in Russia and Foreign States . . . . . 78

**Yu.P. Garmaev, E.A. Ivanov, S.A. Markuntsov**

On the Development of an Interdisciplinary Concept  
of Anti-Corruption Compliance in the Russian Federation . . . . . 106

**S.A. Kurochkin**

Civil Litigation Efficiency: Criteria and Indicators . . . . . 129

**N.I. Diveeva, A.V. Kuzmenko, F.K. Nogaylieva, M.V. Filippova**

Outcomes of Foster Family Placement for Elderly and Disabled:  
Foreign Doctrines and Russian Experience. . . . . 155

**A.N. Kozyrin, A.A. Yalbulganov**

Russian Legislation and Protection from Production  
and Consumption Waste Pollution . . . . . 181

#### Law in the Modern World

**Yu.S. Romashev**

The Clause *rebus sic stantibus* in Law of International Customs . . . . . 194

**V.R. Avkhadeev**

Legal Regulation of Arctic Marine Bioresources Development:  
International Law and State Cooperation Mechanisms . . . . . 216

**R.Sh. Davletgildeev, S.I. Tsygantsova**

Researchers Mobility as a Manifestation of Integrated Legal  
Regulation in Europe. . . . . 240

**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**

# Юридическая ответственность как средство предупреждения правонарушений: актуальные проблемы

---

---



## А.В. Малько

Профессор, Тольяттинский государственный университет, доктор юридических наук, заслуженный деятель науки РФ. Адрес: 445020, Российская Федерация, Тольятти, ул. Белорусская, 14. E-mail: alex25-58@mail.ru



## Д.А. Липинский

Профессор кафедры публичного права ФГБОУ ВО «Самарский государственный экономический университет». Адрес: 443090, Самара, Самарская обл., ул. Советской Армии, 141. E-mail: Dmitri8@yandex.ru



## Р.С. Маркунин

Доцент, кафедра теории государства и права, Саратовская государственная юридическая академия, кандидат юридических наук. Адрес: 410056, Российская Федерация, Саратов, ул. Вольская, 1. E-mail: markunin88@gmail.com

---



## Аннотация

Цель исследования заключается в выявлении роли и значения юридической ответственности как средства предупреждения негативных явлений общественной жизни с позиции ее понимания как целостного правового явления, включающего позитивный и негативный аспекты реализации. Предметом исследования является эволюция понятия и значения юридической ответственности, правовые нормы, закрепляющие юридическую ответственность. В статье анализируется эволюция понимания явления социальной ответственности в целом и юридической, в частности. Выявлены характерные признаки социальной ответственности и установлены взаимосвязи с отдельным ее видом, а именно, с ответственностью юридической. Показана роль юридической ответственности в качестве средства предупреждения девиантного поведения. Приведены доводы, доказывающие наличие в правовой системе России не только негативной юридической ответственности за нарушения правовых норм, но также и позитивной составляющей данного явления. Обосновывается зависимость предупреждения правонарушений не столько от действия негативной юридической ответственности, сколько от позитивной ответственности. Высказывается мнение, что противоположности проявлений юридической ответственности могут быть представлены в виде парных категорий. Подобная парность является выражением противоречивого характера каждого проявления ответственности. Доказана необходимость дальнейшего исследования позитивной юридической ответственности в контексте предупреждения правонарушений различными способами правового регулирования.

Устанавливается ряд важнейших функций системы юридической ответственности. Затрагивается проблема юридической ответственности государственных органов. Авторы полагают, что от эффективности ответственности зависит функционирование ее видов, формирование правового государства, а в конечном счете и предупреждение правонарушений. Сделаны выводы о историческом характере нормативности позитивной юридической ответственности, ее предопределенности всей правовой системой и необходимостью общественного развития. При этом превенция правонарушений посредством позитивной юридической ответственности осуществляется «мягкими» способами и средствами. В контексте диалектического взаимодействия позитивной и негативной составляющих юридической ответственности делаются выводы о возможности позитивной ответственности предупреждать как правонарушения, так и негативную юридическую ответственность как таковую.

---



### Ключевые слова

юридическая ответственность, социальная ответственность, органы публичной власти, социально активное поведение, гражданское общество, правовое государство, добросовестное исполнение обязанностей, предупреждение правонарушений.

---

**Благодарности:** статья подготовлена при поддержке Российского фонда фундаментальных исследований, проект № 19-011-00103 «Юридическая ответственность в правовой системе России: концепция взаимодействия, взаимосвязей и устранения противоречий с иными элементами правовой системы».

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

**Для цитирования:** Малько А.В., Липинский Д.А., Маркунин Р.С. Юридическая ответственность как средство предупреждения правонарушений: актуальные проблемы // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 4. С. 4–24.

УДК: 340.1; 347.1

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.4.4.24

## Введение

В современном обществе правонарушения и иные разновидности отклонений от социальных норм носят массовый характер и образуют значительную по количеству совокупность конфликтных общественных отношений, которые негативным образом влияют на всю систему нормативного регулирования, показывая в действительности проявления одного из законов диалектики — единства и борьбы противоположностей. Так, с одной стороны, требования, изложенные в социальных нормах, носят нормативный характер, как и нормативно поведение субъекта, соответствующее данным требованиям. С другой стороны, социальные отклонения также имеют нормативную основу, поскольку смоделированы в виде запрещенного поведения в

социальных нормах, но не со знаком плюс (как в случае поведения, соответствующего предписаниям), а со знаком минус, что в свою очередь является свойством двоичности информации, содержащейся в социальных нормах. Необходимость должного уровня нормативности в обществе и отсутствия аномии (безнормности) обуславливает потребность в регулировании общественных отношений. Ни одна общественно-экономическая формация не способна нормально функционировать в условиях отсутствия нормативности. Иными словами, обеспечение нормативности — это одна из задач, которая стоит перед обществом в целях его должного функционирования. На протяжении всей истории человечества были разработаны различные приемы и средства разрешения задачи обеспечения нормативности. При этом каждому периоду общественного развития свойственны определенные социальные регуляторы, а появление новых обусловлено общественным прогрессом.

На разных этапах общественного развития существовало разное соотношение обязанностей и дозволений, запретов и поощрений, а самые простые социальные регуляторы содержали только запреты на совершение тех или иных действий, которые, в свою очередь, были обусловлены опытом предшествующих поколений. Социальные нормы в той или иной форме выражения, а также с учетом существования их различных разновидностей — это регулятор общественных отношений. Ввиду закрепления в ней дозволенного и запрещенного поведения социальная норма является образцом и главным ориентиром для всех субъектов общественных отношений. На основе социальных норм поведение людей оценивается с точки зрения одобряемого, поощряемого и наказуемого деяния. При этом свойство наказуемости, которое, в свою очередь, производно от понятия «наказание», характерно не только для юридических норм. Наказание и наказуемость — это общесоциальные институты, как и противоположные им парные юридические категории — поощрение и поощряемость. Все вышеназванные категории «пронизаны» нормативностью, которая рассматривается нами не только в ее узком специально-юридическом значении, но и с широких общесоциальных позиций как закон общественного развития и осознанная необходимость.

Можно сформулировать своеобразную триаду, показывающую взаимосвязь социальных явлений: нормативность — ответственность — общественный порядок. Становится вполне очевидным, что в данной триаде нет места различным социальным отклонениям от нормы, так как главная цель нормативности и ответственности — упорядочивание (регулирование) общественных отношений и предупреждение правонарушений. Причем речь идет прежде всего о позитивной ответственности, которая в современном обществе развивается и трансформируется, приобретая все большее значе-

ние. Ее развитие коррелирует с эволюцией прав человека, когда по мере возникающих потребностей человека и общества появлялись новые поколения прав человека. Так, позитивную составляющую в зарубежной литературе стали рассматривать с позиции ответственности субъектов за окружающую среду, безопасность использования атомной энергии, сохранения человечества как биологической популяции. В работах обосновывается, что именно в ней находится одна из основ регулирования и предупреждения как правонарушений, так и иных отклонений от требования социальных норм [Jonas H., 1987: 327]; [Jonas H., 1984: 432]. Сама по себе идея не нова. Ее высказывал еще И. Кант, отмечавший, что «человек ответственен за человечество в своем лице» [Кант И., 1965: 448]. В исследованиях указывается, что ответственность должна стать принципом третьего тысячелетия [Weber M., 1993: 600] и без нее невозможно нормальное функционирование общества. При этом особое внимание уделяется позитивной ответственности в политико-конституционной сфере ввиду важности самой сферы деятельности субъектов, от которых зависит состояние отношений ответственности других субъектов права. Между тем в отечественных юридических исследованиях до настоящего времени продолжают видеть в юридической ответственности инструмент возмездия за прошлые действия субъекта, рассматривая ее в плане кары и частной превенции [Дуюнов В.К., 2000: 460]; [Лесниветски-Костарева Т.А., 2000: 400].

В связи с этим, несмотря на относительную разработанность понятия юридической ответственности, возникает новая необходимость в исследовании как минимум нескольких аспектов. Во-первых, эволюция понятия социальной ответственности в контексте предупреждения различных социальных отклонений. Во-вторых, взаимосвязь основных признаков и характеристик юридической ответственности с ответственностью социальной. В-третьих, исследование позитивной составляющей юридической ответственности как одного из факторов предупреждения правонарушений.

## **1. Эволюция понимания социальной ответственности**

Нормативность находит отражение во всех сферах общественной жизни, и она обязательна для выстраивания и обеспечения общественного порядка. В обществе с помощью требований, обусловленных предыдущим опытом, ограничиваются действия субъектов социальных отношений. Данные требования формализуются в социальных нормах, воздействуют на психику субъектов в процессе его социализации, что в свою очередь формирует у них различные побудительные мотивы и внутреннее отношение, которое затем опредмечивается в их практической деятельности. При этом система

социального регулирования устроена так, что различные нормы действуют на поведение субъектов системно, а не изолированно друг от друга, и от их эффективного взаимодействия в конечном итоге зависит формирование поведения, которое отвечает существующим требованиям. В конечном счете от уровня нормативности в прямой корреляции находится и ответственность субъекта, которая диалектически взаимосвязана с ней и ею же и обусловлена.

В истории человеческого общества первые социальные нормы представляли собой запреты, а также закрепляли ответственность за их нарушение. Уже на заре человеческой цивилизации ответственность выступала атрибутивным элементом общества. Она, с одной, стороны образовывалась ввиду нормативности как явление общественного прогресса, а, с другой, опосредовалась психикой субъекта и материализовалась в рамках взаимодействия людей друг с другом, т.е. в общественных отношениях. Поэтому можно утверждать, что общественные отношения, не являющиеся девиантными, пронизаны социальной ответственностью за будущие действия.

Понимание социальной ответственности прошло длительный эволюционный путь. Так, еще древние ученые осознали, что от состояния ответственности в обществе зависит его функционирование. Поэтому явление социальной ответственности было в центре внимания в трудах философов и мыслителей, которые в своих работах пытались осознать столь сложный феномен, выявить его признаки и обосновать значение как для самого человека, так и для общества с государством. Так, Сократ считал, что любой мыслящий человек при возникновении какой-либо альтернативы совершает выбор на основе собственной ответственности. Ошибка в выборе между добром и злом означает недостаточную осознанность ответственности лицом [Брамбо Р.С., 2002: 120]. Платон соотносил ответственность с соблюдением законов. Большая часть философии Платона посвящена исследованию взаимосвязи государства и закона, из которого вытекает ответственность [Завьялова Г.И., 2013: 29]. Аристотель более двух тысяч лет назад связал ответственность с поступками самого лица и свободой выбора. Философ утверждал, что боги лишь следят за поведением человека со своего трона, не вмешиваясь в жизнь полиса, порядочный человек сам способен принимать решения. Исполнение нравственного долга человека выступает у Аристотеля в качестве ответственности. Он определяет ответственность как «эвдони» («счастье») — то, что присуще лишь человеку. Счастье заключается в достижении душой добродетели, и чем выше данное счастье, тем более развита у человека ответственность [Голик Н.В., 2000: 42].

Стоицизм внес в вопрос понимания ответственности элемент страдания. Стоики подчеркивали существенное значение ударов судьбы для формиро-

вания состояния долженствования, что является характерной чертой человеческой природы. По их мнению, долг жизни заключался в освобождении от привязанности к материальным ценностям и в осознании своего места в космическом миропорядке. При этом осознание ответственности они рассматривали как победу разума над влечениями [Гаджикурбанова П.А., 2012: 200]. Учение Фомы Аквинского связывается с обогащением идеи долженствования метафизическим и политическим содержанием, поскольку независимость и общеобязательность права, установленного государством, подкрепляется не только за счет произвола со стороны государственных органов, но и в связи с соответствием божественным законам [Пермяков Ю.В., 2017: 337]. Ф. Ницше упразднил вопрос о метафизической ответственности, заявив, что человека следует рассматривать в виде свободного существа, чтобы существовала возможность его судить, наказывать и признавать виновным [Ницше Ф., 1993: 56].

При всем разнообразии учений о социальной ответственности и ее предназначении в обществе в них есть общая сущностная характеристика: явление ответственности рассматривается как позитивная составляющая субъектов общественных отношений (следует признать, что термин «позитивная» появился намного позже, но подразумевалась, прежде всего, ответственность за будущие и настоящие действия). При этом негативная или ретроспективная составляющая уходила на второй план и являлась уже следствием отсутствия ответственности и проявлением безответственности. Главенствующая роль отводилась именно позитивной ответственности субъекта, от совокупности действий которого зависело его собственное развитие и развитие общества с государством в целом. Вместе с тем понимание роли и предназначения ответственности в конкретном обществе существенно зависит от уровня его развития, духовных и исторических традиций, менталитета и национальной идеи. Состояние социальной ответственности в общественных отношениях и уровень развития общества — два взаимосвязанных явления, которые влияют друг на друга, так как в конечном итоге не только правовые нормы, но и все разновидности социальных норм производны от общественных отношений и совокупности названных выше факторов.

С течением времени понятие ответственности эволюционирует, но меняется оно не произвольно, и ученые только выявляют данные изменения. Трансформация понимания социальной ответственности во многом обусловлена развитием учения о свободе воли человека, провозглашением и закреплением различных поколений прав человека, появлением учения о правовом государстве и его воплощении в социальную практику. Постепенно свобода воли человека стала пониматься в виде осознания им важности его деятельности в настоящем времени, а также в будущем. Свойство свободы

человека признавалось с момента его рождения. При этом коррелирующая категория меры свободы становится главным критерием ответственности, однако принцип зависимости человека от окружающего его социума сохраняется, в связи с чем ответственность продолжает пониматься как подотчетность требованиям, предъявляемым к субъекту.

Философии новейшего времени удалось разрушить идею о подчиненном характере человека перед социумом. Она раскрыла созидательные свойства субъекта, что послужило выравниванию социальной значимости социума и отдельно взятого субъекта и придало ответственности в большей степени перспективный характер [Родионова Е.В., 2007: 15]. Позитивная ответственность стала рассматриваться не в виде линейной связи (требования общества — поведение субъекта), а в качестве сложного взаимодействующего явления, в рамках которого само общество берет на себя ответственность за формирование личности, которая может предъявить к нему требования. Кроме того, позитивная ответственность субъекта стала связываться с его созидательной активностью, направленной на совершенствование общественных отношений, видоизменение самого социума, чему во многом способствовало воплощение в действительность ряда принципов правового государства и активное становление институтов гражданского общества.

Значительный вклад в формирование системы знаний о феномене ответственности внесла психология. Становление различных отраслей психологической науки послужило предпосылкой появления новых идей в области ответственности, которые в свою очередь в порядке взаимосвязей различных отраслей научного знания повлияли и на формирование понимания как социальной ответственности в целом, так и юридической — в частности. Однако и психологическая наука в исследовании ответственности прошла путь от ее интерпретации как возмездия и кары до понимания с позиции позитивной составляющей и приданию ему еще большего значения. Так, Фрейд акцентировал внимание на ответственности в виде неотъемлемого компонента совести, которая детерминирована социальным страхом [Фрейд З., 2015: 40]. Описывая жизнь древних сообществ, известный психолог вкладывает в содержание ответственности карательное содержание. Она выступает в виде ноши, передаваемой обществом человеку для корректировки его поведения с помощью механизма санкционирования [Фрейд З., 2017: 51]. Психологическую предпосылку ответственности составляет возможность выбора варианта поведения. В результате ответственность способствует созданию своего «Я» [Кашапова Г.И., 2012: 400]. Она может быть представлена в виде элемента самовыражения, движущих сил поведения субъекта и позиции, которую лицо будет занимать в обществе [Быков С.В., 2004: 75]. Ныне в психологической литературе ответственность определяется как самокон-

троль, которому присущи различные формы, благодаря нормам и правилам, действующим в обществе [Головин С.Ю., 1998: 410].

Категория ответственности исследуется не только в рамках философии и психологии. Ей посвящены труды в области социологии, педагогики, экономики, этики, политологии и других гуманитарных наук. Так, в социологических исследованиях ответственность рассматривается как категория, которая отражает объективные отношения, складывающиеся между обществом и человеком. Эти отношения выражаются во взаимных обязательствах и в «правильном» для данного общества поведении [Чиксентмихайи М., 2011: 12]. Социальная ответственность позволяет установить уровень отклика субъекта на решение проблем в соответствии с социальными ценностями, моральными обязанностями и т.д. Степень осознания субъектом необходимости социальной ответственности связывается с наличием ряда факторов: мотивационных, познавательных, личностных, ситуационных и др.

У социальной ответственности существуют взаимосвязи с большинством сфер общественной жизни. Ответственность в современном обществе может быть представлена в виде многогранного явления, включающего в себя культурные, психологические, моральные, религиозные, юридические, политические и иные аспекты. Одновременно социальной ответственности в чистом виде не существует, она всегда находит свое выражение в том или ином видовом проявлении. При этом различные виды социальной ответственности тесно взаимосвязаны друг с другом. В частности, юридическая ответственность включает в себя как собственные формальные аспекты, так и основывается на системе нравственных и религиозных требований, которые, в свою очередь, лежат в основе юридической нормативности.

На современном этапе развития общества (и не только российского) социальная ответственность не сводится исключительно к исполнению обязанностей, она основывается на потенциальных возможностях самореализации субъектов отношений и их свободе. Однако абсолютной свободы не бывает. Абсолютная свобода — это произвол. Поэтому ответственность предоставляет свободу, основывается на ней и одновременно ограничивает ее. Помимо самой идеи свободы субъектов отношений явление ответственности включает в себя и ограничения, связанные с соблюдением тех или иных требований, предъявляемых со стороны общества.

Социальная ответственность выступает в виде диалектической взаимосвязи общества и личности, в рамках которой реализуются права и обязанности субъектов, исполняются социальные нормы. В случае нарушения подобных ориентиров начинает действовать механизм негативной ответственности, выражающийся в порицании, осуждении лица и применении мер неблагоприятного характера. Такое поведение часто именуется безот-

ответственным или безнормативным [Durkheim E., 2003: 49]. В нормативной основе социальных норм формулируются требования, предъявляемые к различным субъектам общественных отношений. Социальная ответственность в виде наказания и подотчетности не имеет перспективного характера, она основывается на прошлом поведении и свидетельствует о неэффективности позитивной (перспективной) ответственности, так как основная цель последней предупредить нарушение социальной нормы и направить поведение субъекта в соответствии с требованиями социальных норм, а также и на их сверхисполнение.

Явление ответственности многогранно. Оно может быть представлено в виде внутренней и внешней формы. Внешняя ответственность связана с требованиями общества и предполагает ответственность перед другими субъектами. Внутренняя ответственность формируется исходя из требований конкретной личности и представлена в виде ответственности субъекта перед собой. Переход от внешней к внутренней ответственности можно представить как эволюционный путь. В процессе развития личности и его социализации должно происходить совпадение внешних требований с внутренним отношением к ним. При этом личность от простого исполнителя требований переходит к более высокому уровню своего развития, когда требования не только осознаются, но и воспринимаются на уровне уважения, а не простого послушания и обычного исполнения, основанного на страхе перед возмездием. Формирование осознания и законоуважения соответствует концепции правового государства и гражданского общества, становление которого невозможно на взаимодействии субъектов, основанном на страхе перед наказанием. Активное правомерное поведение, связанное с реализацией субъективных прав, выступает основой гражданского общества и правового государства. Переход от одной формы ответственности к другой для субъекта означает эволюцию ценностей — от внешних правил к внутренним установкам, определенным ценностным ориентирам поведения и деятельности. Показателем результативности здесь будут являться социально ответственное поведение лица в виде самоконтроля и способности принимать верные решения в ситуации выбора и отвечать за их последствия как перед обществом, так и перед самим собой [Барановская Л.А., 2006: 414]. В свою очередь, со стороны общества также возможна реакция в виде поощрения положительного поведения личности либо воздействия негативного характера в случае нарушения нормативных требований [Витрук Н.В., 2009: 48].

На основе изложенного можно утверждать, что социальная ответственность в свое содержание включает как требования, основанные на принуждении, так и различные возможности, дозволения, в основе которых находятся предоставленные права, поощрения и дозволения. В социальной

ответственности диалектически взаимосвязаны как внешняя, так и внутренняя сторона, а также инстанция оценки поведения субъектов общественных отношений.

Социальная ответственность — единый механизм, крупным элементом которого является негативная ответственность. Ее механизм до момента совершения деяния, нарушающего требования социальных норм, находится в статическом состоянии и воздействует только на психологическом уровне, сообщая субъекту о неблагоприятных последствиях, которые могут наступить в случае акта девиантного поведения. Действие механизма негативной ответственности возможно только в случае нарушения социальных норм. Если обратиться к статистике правонарушаемости (только преступлений в нашей стране совершается свыше двух миллионов в год), то можно прийти к выводу, что различные нарушения социальных норм носят массовый характер и составляют большой пласт конфликтных отношений, но количество актов правомерного поведения, которое отвечает требованиям общества, несомненно, больше. В том числе и поэтому позитивную социальную ответственность называют главенствующей в обществе, ею «пронизана» большая часть общественных отношений.

## **2. Эволюция понимания юридической ответственности**

Как уже отмечалось, по мере становления цивилизации и усложнения общественных отношений первобытные социальные регуляторы перестают справляться со своей задачей, что на определенном этапе исторического развития обуславливает возникновение государства, права и юридической ответственности, которая, с одной стороны, выступает в качестве правовой надстройки, а, с другой, ее же и обеспечивает. Изначально в древнем праве были слабо дифференцированы как отрасли права, так и институты юридической ответственности. С течением времени появляются как новые отрасли права, так и новые виды юридической ответственности, изменяется их содержание, принципы цели и функции, усложняются взаимосвязи как внутри института юридической ответственности, так и с иными видами социальной ответственности. В связи с увеличением роли права в государственно-организованном обществе усиливается и значение юридической ответственности, но именно ее позитивной, а не негативной стороны. Взаимная ответственность — один из основополагающих принципов правового государства, но, прежде всего, подразумевается позитивная ее составляющая. В противном случае можно было бы прийти к выводу, что в основе правового государства находятся кара и возмездие, которые применяют к

друг другу в процессе постоянного функционирования личность и государство.

При всей важности понятия «юридическая ответственность» в отечественной правовой науке до настоящего времени не выработано его общепринятого определения. Отсутствует оно и в действующем законодательстве. Известное изречение И. Канта: «Юристы до сих пор ищут свое определение права», вполне применимо и к юридической ответственности. Юридическая ответственность является разновидностью социальной ответственности, и как формальная логика, так и реалии общественной жизни подчеркивают, что между социальной и юридической ответственностью существует соотношение рода и вида. Следовательно, сущностные признаки, которые свойственны социальной ответственности, присущи и ответственности юридической. Юридическая ответственность взаимосвязана с родовым явлением, а именно, с ответственностью социальной. Так, их характеризует общность оснований, функций и ряда принципов, самое важное — наличие позитивного аспекта, который не «исчезает» у юридической ответственности, а наполняется несколько иным содержанием и своими особенностями. Одновременно ей свойственны и свои собственные признаки, которые выделяют юридическую ответственность среди других видов социальной ответственности, а именно: государственное обеспечение, характеризующееся рациональным сочетанием убеждения, принуждения и поощрения; реализация в установленной процессуальной форме; наличие правовых последствий одобрения (поощрения) или осуждения с применением особого карательного механизма; формальное (правовая норма) и фактическое основания (правонарушение или правомерное поведение). Кроме того, она исходит от государства или санкционируется им. Подчеркнем, что мы назвали признаки юридической ответственности, в которых аккумулируется как позитивный, так и негативный аспекты ее реализации.

Следует отметить, что многие ученые-юристы в своих исследованиях излишне акцентируют внимание на уникальности юридической ответственности, при этом игнорируя имеющиеся связи с ее родовым явлением. Результатом таких исследований выступает отрицание позитивной юридической ответственности и вынесение на первый план ответственности негативной, что в современных условиях не соответствует концепции правового государства и его основополагающим принципам. Причем обоснование рядом ученых существования позитивной юридической ответственности — это скорее всего дань традициям и приверженность научной школе, корни которых уходят в 1960-е годы, когда впервые был поставлен вопрос о позитивной юридической ответственности, и начиная с данного периода в юридической науке периодически вспыхивают споры о ее существовании. Причем

к выводам о юридическом характере позитивной ответственности пришли не только в отечественных, но и в зарубежных исследованиях [Schmutzer R., 1973: 29]; [Spraak T., 2003: 469].

Юридическая ответственность едина. Она является частью социальной действительности и находит выражение как в позитивной, так и в негативной формах. К юридической ответственности, как и к любым реальным явлениям, можно применить принцип диалектики, заключающийся в рассмотрении объекта, исходя из принципа единства и борьбы противоположностей. Позитивное и негативное в юридической ответственности — это две парные категории, которым свойственны единство, различия, взаимодействия, взаимные переходы, а также взаимосвязи с параллельно существующими системами (других видов социальной ответственности) и системами более высокого уровня (права и всего социального регулирования).

Проявления позитивной ответственности многообразны. Так, одним из ее элементов выступает добросовестное (надлежащее) исполнение субъектом возложенных на него обязанностей [Матузов Н.И., 1987: 208]. Позитивная составляющая юридической ответственности лишена реального внешнего принуждения, которое может действовать только на психологическом уровне, сообщая субъекту о возможных неблагоприятных последствиях неисполнения обязанностей или несоблюдения запретов. Однако на современном этапе развития общества и на основании целей, которые закреплены Конституцией России (построение правового государства) важное значение приобретает ответственное поведение субъектов, основанное не на запретах с обязанностями, а связанное с предоставлением прав, которые выступают ограничителем государственной власти. Позитивная ответственность в отличие от негативной ответственности постоянна и добровольна и осознана лицом в настоящем и будущем.

Позитивная юридическая ответственность носит нормативный характер. Государство, закрепляя норму права, формулирует в ней разрешенный и запрещенный варианты поведения лица посредством прав, обязанностей и запретов, которые являются мерами свободы и юридической ответственности. Одна из целей нормы права — определить степень связанности субъекта требованиями, которые к нему предъявляет государство, а также отразить результат их выполнения или невыполнения с последующей оценкой в виде возможного поощрения или одобрения. Норма права — формальное основание позитивной юридической ответственности. Вместе с тем существуют и глубинные общесоциальные основания позитивной юридической ответственности, вытекающие из самой потребности регулирования общественных отношений. Позитивная юридическая ответственность — регулятор общественных отношений в настоящем и в будущем. Добровольное осу-

ществление требований можно представить как динамику ответственности, противовес правонарушениям и наказанию за их совершение. При осуществлении своих прав и обязанностей лицо должно соизмерять свои действия с установленными законодателем моделями поведения, которые выступают в виде мер свободы и ответственности субъекта.

Позитивная юридическая ответственность находит свое выражение и в поощрении субъектов, но не сводится только к ним. Анализ действующих нормативно-правовых актов показывает, что меры позитивной юридической ответственности могут применяться за высокий уровень результативности работы, показатели в трудовой деятельности и т.д. Вид и мера позитивной ответственности зависят от степени заслуг субъекта. Вместе с тем действие позитивной ответственности может усматриваться и в добросовестном исполнении обязанностей субъектом правоотношения.

Сторонники существования лишь ретроспективной юридической ответственности утверждают, что настолько противоречивые проявления внутри одного единого явления невозможны. Однако при рассмотрении этого вопроса стоит понять, что наука на современном этапе познания при открытии и объяснении новых явлений постоянно встречается с различными противоположностями. Определяющим моментом для успешного дальнейшего исследования является решение вопроса о том, как мы будем относиться к такому роду противоположностям. Вариантов немного и они включают в себя либо представление их в виде неподвижных крайностей, которые существуют в изолированном состоянии, либо при анализе стоит учитывать такие свойственные им параметры, как гибкость, взаимообусловленность друг другом с установлением многих связей и переходов. Очевидно, что для проведения более глубокого исследования требуется второй вариант.

Противоположности проявлений юридической ответственности могут быть представлены в виде парных категорий. Подобная парность является выражением противоречивого характера каждого проявления ответственности. Одна категория реальна лишь если она будет неразрывно связана со второй.

Выстроенная система юридической ответственности обеспечивает выполнение ряда функций.

Во-первых, обеспечительная функция заключается в том, что система юридической ответственности обеспечивает нормальную работу механизма правового регулирования, воздействуя на регулируемые общественные отношения.

Во-вторых, охранительная функция системы ответственности позволяет поддерживать необходимый уровень законности и правопорядка в стране и участвует в защите провозглашенных прав от всевозможных нарушений.

В-третьих, восстановительная функция предполагает возвращения сторон в первоначальное положение, существовавшее до нарушения путем возмещения причиненного ущерба, являющегося следствием данного правонарушения.

В-четвертых, карательная функция системы ответственности представляет необходимость претерпевания субъектом ответственности определенных лишений в виде принадлежащих ему благ.

В-пятых, воспитательная функция системы ответственности заключается в формировании у общества идей и взглядов, влекущих законопослушное поведение.

Юридическая ответственность занимает важное место в механизме правового регулирования и ее исследование исключительно с позиции последствия за правонарушения не отвечает современным требованиям развития общества. В правовой сфере ответственность следует представлять в виде регулятора общественных отношений за будущие деяния и их последствия. Право выступает не только в качестве меры свободы, но и ответственности, в связи с чем последняя не может не выполнять регулятивную функцию. Экономически выгоднее и целесообразнее избежать наступления принудительной формы реализации ответственности и не допустить противоправного поведения, чем приводить в действие меры общественного и государственного принуждения. Для обеспечения подобного режима требуется изучение механизмов формирования и обеспечения социально полезных, одобряемых обществом деяний, в том числе и позитивной юридической ответственности.

Позитивное и негативное в явлении ответственности диалектически взаимосвязаны и непосредственно направлены на предупреждение правонарушений, что вытекает из приведенных ниже характеристик. Во-первых, действие мер негативной ответственности направлены на обеспечение ее позитивного проявления. Чем выше уровень ответственности в позитивном смысле, тем реже имеет место проявление негативной ответственности, и таким образом выстраивается диалектическое единство. Во-вторых, позитивное проявление юридической ответственности направлено на формирование будущего правомерного поведения личности, в котором действие негативной ответственности не требуется. В данном случае позитивная ответственность способна выстроить идеальную модель поведенческой деятельности индивида без необходимости ограничения его прав и свобод. В-третьих, позитивная юридическая ответственность позволяет помимо формирования у субъекта правомерной модели поведения также повысить общий уровень эффективности и результативности его деятельности. Позитивный аспект связывается не только с добросовестным исполнением

обязанностей, но и с инициативным, творческим использованием правовых возможностей. И, наконец, позитивная составляющая ответственности акцентирует внимание на проблемах низкого уровня правосознания и правовой культуры, поскольку данный аспект ответственности предусматривает добровольное и глубоко осознанное поведение личности в настоящем и будущем, на которое оказывает влияние правосознание самого индивида и общества в целом.

В условиях затянувшегося построения правового государства важное значение приобретает юридическая ответственность органов публичной власти, так как от их деятельности зависит ответственность во всех ее проявлениях других субъектов права. Органы публичной власти способны оказывать наибольшее влияние на общественные отношения и определять перспективу их дальнейшего развития. В связи с чем их функционирование должно строиться в соответствии с такими качественными признаками, как эффективность, прозрачность работы, неразрывная связь с институтами гражданского общества. Ответственность органов публичной власти — неперемный атрибут правового государства и гражданского общества и такой же ограничитель государственной власти, как права и свободы человека и гражданина.

Существование системы юридической ответственности органов публичной власти и их должностных лиц является важной характерной чертой современной демократии. Проявление ответственности в работе данных органов должно оказывать положительное влияние на уровень правосознания и обеспечивать устойчивую правовую психологию членов общества.

Юридическая ответственность самих органов публичной власти составляет часть современной правовой системы, позволяющей осуществлять защиту прав и свобод членов общества от потенциальных правонарушений со стороны органов власти. Она воплощает в себе важную гарантию укрепления законности и правопорядка в процессе функционирования органов власти. На основании изложенного юридическую ответственность органов публичной власти, как и юридическую ответственность в целом, необходимо определять в единстве позитивного и негативного проявлений.

Позитивная ответственность органов публичной власти и институтов гражданского общества является основой построения модели партнерства между данными субъектами и должна находить отражение на всех этапах государственно-властной деятельности, в том числе при правотворчестве, толковании нормативно-правовых актов, правоохранительной деятельности и т.д.

Было бы ошибочно игнорировать наличие нравственной природы в позитивной юридической ответственности. Она является базовым элементом

при построении партнерской модели между органами публичной власти и гражданским обществом, раскрывая психологические закономерности работы общественной системы. Однако существенное значение при изучении роли позитивной ответственности в социальном механизме взаимодействия органов власти и общества имеет ее правовой аспект, так как право играет роль наиболее эффективного связующего звена между обществом и органами публичной власти [Сигалов К.Е., Чувальникова А.С., 2016: 43].

Позитивная юридическая ответственность находит свое проявление в правовых актах различной юридической силы, затрагивающих деятельность органов публичной власти. Преамбула Конституции России содержит указание на ответственность «за свою Родину перед нынешними и будущими поколениями». Также статья 4 второго раздела Основного Закона страны подчеркивает позитивную ответственность правительства, а именно «совет Министров — Правительство РФ со дня вступления в силу настоящей Конституции приобретает права, обязанности и ответственность Правительства Российской Федерации, установленные Конституцией РФ». Статья 3 Федерального конституционного закона от 17.12.1997 №2-ФКЗ «О Правительстве Российской Федерации» рассматривает ответственность в качестве принципа деятельности. В пункте 2 статьи 1 Федерального закона от 06.10.2003 №131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления Российской Федерации» законодатель отмечает, что местное самоуправление является одной из форм осуществления власти народом, которое реализуется благодаря самостоятельным решениям, принимаемым населением или органом местного самоуправления под свою ответственность. Приведенные примеры свидетельствуют о закреплении в действующем законодательстве позитивного аспекта юридической ответственности.

Реализация негативной юридической ответственности в отношении органов власти осуществляется по действующему законодательству в публично-правовом и гражданско-процессуальном порядке. Публично-правовая ответственность проявляется в таких мерах, как: отрешение главы государства от должности (ст. 93 Конституции); отставка Правительства (ст. 35 ФКЗ «О Правительстве Российской Федерации»); отзыв депутата выборного органа местного самоуправления (ст. 24 ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления») и др. Гражданско-правовая ответственность представляет собой комплекс негативных гражданско-правовых последствий в отношении органов публичной власти в связи с нарушениями договорных обязательств или в результате причинения вреда.

Закрепленный в законодательстве механизм юридической ответственности органов публичной власти способен создавать гарантию высокой результативности работы данных субъектов, что плодотворно сказывается на

состоянии всего современного российского общества и государства. По этой причине уже сегодня необходимо исследовать вопросы юридической ответственности и отдельных ее самостоятельных систем с анализом как негативного, так и позитивного аспектов проявления данного явления.

## **Заключение**

Позитивная социальная ответственность с момента ее появления как одного из регуляторов поведения субъектов ставила перед собой основную цель упорядочивания поведения субъектов. Одновременно она являлась и средством предупреждения различных социальных отклонений, но не только посредством страха перед будущим возмездием, а в большей степени путем формулирования обязанностей, запретов, дозволений и поощрений. В системе социального регулирования она выступает интегративным элементом, который, с одной стороны, обеспечивает действие социальных норм, с другой стороны, самими социальными нормами и предусмотрена, с третьей — она находит свое отражение в психике субъектов и опредмечивается в общественных отношениях, не являющихся конфликтными, которые, в свою очередь, являются выражением ответственности. Дальнейшее исследование феномена социальной ответственности должно происходить не только в аспекте совершенствования механизма негативной социальной ответственности, а в большей степени механизма ответственности позитивной, которая направлена на упреждение не только девиантного поведения, но и на возникновение реализации негативной ответственности.

Юридическая ответственность — разновидность социальной ответственности и, несмотря на особенности, она не теряет существенного свойства, присущего социальной ответственности, а именно ее позитивной составляющей. Основная цель позитивной ответственности — создание упорядоченного состояния общественных отношений, а цель предупреждения правонарушений достигается прежде всего в процессе регулирования посредством обязанностей, запретов, дозволений и поощрений. Исследование предупреждения правонарушений и позитивной ответственности должно происходить в контексте концепции формирования гражданского общества и построения правового государства, принципом которого как раз и является взаимная позитивная юридическая ответственность. Предупредительный потенциал позитивной юридической ответственности посредством создания должного уровня нормативности в правовой науке еще не раскрыт должным образом. Теория и практика общественного развития показывают, что концепция позитивной ответственности возникла не как идеология, свойственная социалистическому строю, а развивалась в различных отраслях научного знания и во многом была обусловлена теорией правового государства.



## Библиография

- Барановская Л.А. Социальная ответственность в системе педагогических ценностей // Вестник Красноярского государственного аграрного университета. 2006. N 11. С. 414–418.
- Брамбо Р. Философы древней Греции. М.: Центрполиграф, 2002. 320 с.
- Быков С.В. Проблемы психологии ответственности личности. Тольятти: ВУиТ, 2004. 213 с.
- Витрук Н.В. Теория юридической ответственности. М.: Норма, 2009. 259 с.
- Гаджигурбанова П.А. Этика ранней Стои: учение о должном. М.: Ифран, 2012. 219 с.
- Голик Н.В. К истокам идеи ответственности / История философии, культура и мировоззрение. СПб.: Философское общество, 2000. С. 40–46.
- Головин С.Ю. Словарь практического психолога. М.: АСТ, 1998. 800 с.
- Дуюнов В.К. Проблемы уголовного наказания в теории, законодательстве и судебной практике. Курск: РОСИ, 2000. 460 с.
- Завьялова Г.И. Становление категории ответственности и свободы в античной философии // Вестник Оренбургского государственного университета. 2013. N 1. С. 27–31.
- Кант И. Сочинения в 6 т. М.: Мысль, 1965. Т. 4. 544 с.
- Кашапова Г.И. Ответственность как социально-психологический феномен и уровни ее развития // Казанский педагогический журнал. 2012. N 1. С. 110–112.
- Лесниевски-Костарева Т.А. Дифференциация уголовной ответственности. Теория и законодательная практика. М.: Норма, 2000. 400 с.
- Матузов Н.И. Правовая система и личность. Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1987. 294 с.
- Ницше Ф. Сумерки кумиров. СПб.: Художественная литература, 1993. 670 с.
- Пермяков Ю.В. Обоснование идеи ответственности в философии права / Юридическая ответственность: философский, социологический, психологический и междотраслевой аспекты. М.: Юрлитинформ, 2017. 600 с.
- Родионова Е.В. Становление социальной ответственности // История государства и права. 2007. N 18. С. 15–17.
- Сигалов К.Е., Чувальникова А.С. Позитивная ответственность в праве: поиск концептуальных оснований построения конструктивной модели государственно-частного партнерства // Юрист. 2016. N 22. С. 41–46.
- Фрейд З. Психопатия обыденной жизни. М.: Эксмо, 2015. 460 с.
- Фрейд З. Психология масс и анализ человеческого «Я». М.: Азбука, 2017. 192 с.
- Чиксентмихайи М. Поток психологии оптимального переживания. М.: Альпина, 2011. 248 с.
- Durkheim E. Sociologist of modernity. Oxford: OUP, 2003, 306 p.
- Jonas H. Technik, Medizin und Ethik: zur Praxis des Prinzip Verantwortung. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1987, 324 p.
- Jonas H. Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1984, 432 p.
- Schmutzer R. Probleme der Verantwortung aus arbeitsrechtlicher Sicht. Staat und Recht, 1973, issue 3, pp. 29–35.

Spaak T. Legal positivism, law's normativity, and the normative force of legal justification. *Ratio Juris*, 2003, issue 4, pp. 469–485.

Weber M. *Politik als Beruf*. Berlin: Duncker & Humblot, 2010, 661 p.

---

## **Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 4**

### **Legal Responsibility as a Means to Prevent Offences**



#### **Alexander Malko**

Professor, Master's Department, Togliatti State University, Doctor of Juridical Sciences. Address: 14 Belorusskaya Str., Togliatti 445020, Russian Federation. E-mail: alex25-58@mail.ru



#### **Dmitry Lipinsky**

Professor, Master's Department, Togliatti State University, Doctor of Juridical Sciences. Address: 45 Belorusskaya Str., Togliatti 445020, Russian Federation. E-mail: Dmitri8@yandex.ru



#### **Roman Markunin**

Associate Professor, Theory of Law and State Department, Saratov State Legal Academy, Candidate of Juridical Sciences. Address: 1 Volskaya Str., Saratov 410056, Russian Federation. E-mail: markunin88@gmail.com



#### **Abstract**

The purpose of the study is to identify the role and importance of legal responsibility as a means of prevention from the standpoint of its understanding as an integral legal phenomenon, including the positive and negative aspects of implementation. The subject of the study is the evolution of the concept and meaning of legal responsibility, legal norms that enshrine legal responsibility. The article analyzes the evolution of understanding of the phenomenon of social responsibility in general and legal in particular. The characteristic signs of social responsibility are revealed and interrelations with its separate type, namely legal responsibility, are established. The derivative of legal responsibility from social is shown, which in the aggregate of all its manifestations and types is aimed at preventing deviant behavior. Arguments are presented proving the presence in the legal system of Russia of not only negative legal liability for violations of legal norms, but also a positive component of this phenomenon. The dependence of the prevention of offenses is substantiated not so much on the effect of negative legal liability, but on positive. The opinion is expressed that the opposites of the manifestations of legal responsibility can be represented in the form of paired categories. Such pairing is an expression of the contradictory nature of each manifestation of responsibility. The necessity of further research of positive legal responsibility in the context of the prevention of offenses in various ways of legal regulation is proved. A number of the most important functions of the legal liability system are being established. The problem of legal responsibility of state bodies is touched upon, the functioning of other types of legal responsibility, the formation of a rule of law, and ultimately the prevention of offenses, depends on its effectiveness. Conclusions are drawn about the historical nature of the

normative nature of positive legal responsibility, its predetermination by the entire legal system and the very need for social development. Moreover, the prevention of offenses by means of positive legal responsibility is carried out by “soft” methods and means. In the context of the dialectical interaction of the positive and negative component of legal responsibility, conclusions are drawn about the prevention of the positive responsibility of not only offenses, but also of negative legal responsibility as such.



## Keywords

legal responsibility; social responsibility; public authority bodies; socially active behavior; civil society; law-based state; diligent execution of duties; prevention of offences.

**Acknowledgments:** The article was written with support of the Russian Foundation for Basic Research, project no 19-011-00103 “Legal Responsibility in the Russian Legal System: Concept of Interaction, Interrelations and Elimination of Contradictions with Other Elements of Legal System”.

The paper is published within the project of supporting the publications of the authors of Russian educational and research organizations in the NRU HSE academic publications.

**For citation:** Malko A.V., Lipinsky D.A., Markunin R. (2020) Legal Responsibility as a Means to Prevent Offences. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 4–24 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.4.4.24



## References

- Baranovskaya L.A. (2006) Social responsibility in the system of pedagogical values. *Vestnik Krasnoyarskogo agrarnogo universiteta*, no 11, pp. 414–418 (in Russian)
- Brambo R.S. (2002) *Philosophers of ancient Greece*. Moscow: Centerpolygraph, 320 p. (in Russian)
- Bykov S.V. (2004) *Psychology of personal responsibility*. Togliatti: VUIT, 213 p. (in Russian)
- Chiksentmihayi M. (2011) *Stream psychology of optimal experience*. Moscow: Alpina, 248 p. (in Russian)
- Durkheim E. (2003) *Sociologist of modernity*. Oxford: OUP, 306 p.
- Duyunov V.K. (2000) *Criminal punishment in theory, law and judicial practice*. Kursk: ROSI, 460 p. (in Russian)
- Freud Z. (2015) *Psychopathy of everyday life*. Moscow: Eksmo, 460 p. (in Russian)
- Freud Z. (2017) *Psychology of the masses*. Moscow: Azbuka, 192 p. (in Russian)
- Gadzhikurbanova P.A. (2012) *The ethics of the early stoi*. Moscow: Ifran, 219 p. (in Russian)
- Golik N.V. (2000) Sources of the idea of responsibility. In: *Istoriya filosofii, kul'tura i mirovozzrenie*. Saint Petersburg: Philosophical Society, pp. 40–46 (in Russian)
- Golovin S.Yu. (1998) The dictionary of practical psychologist. Moscow: AST, 800 p. (in Russian)
- Jonas H. (1984) *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*. Frankfurt: Suhrkamp, 432 p.
- Jonas H. (1987) *Technik, Medizin und Ethik: zur Praxis des Prinzip Verantwortung*. Frankfurt: Suhrkamp, 324 p.

- Kant I. (1965) *Works*. Vol. 4. Moscow: Mysl', 544 p. (in Russian)
- Kashapova G.I. (2012) Responsibility as a socio-psychological phenomenon. *Kazanskij pedagogicheskiy zhurnal*, no 1, pp. 110–112 (in Russian)
- Lesnievsky-Kostareva T.A. (2000) Differentiation of criminal liability. Theory and legislative practice. Moscow: Norma, 400 p. (in Russian)
- Matuzov N.I. (1987) *Legal system and personality*. Saratov: University, 294 p. (in Russian)
- Nietzsche F. (1993) *Twilight of the idols*. Saint Petersburg: Khudozhestvennaya literatura, 670 p. (in Russian)
- Permyakov Yu.V. (2017) Justification of the idea of responsibility in the philosophy of law. In: *Yuridicheskaya otvetstvennost': filosofskij, sociologicheskij, psihologicheskij i mezhotraslevoj aspekt*. Moscow: Yurlitinform. 600 p. (in Russian)
- Rodionova E.V. (2007) The formation of social responsibility. *Istoriya gosudarstva i prava*, no 18, pp. 15–17 (in Russian)
- Sigalov K.E., Chuvalnikova A.S. (2016) Positive responsibility in law: the search for conceptual foundations for constructing a constructive model of public-private partnership. *Yurist*, no 22, pp. 41–46 (in Russian)
- Schmutzer R. (1973) Probleme der Verantwortung aus arbeitsrechtlicher Sicht. *Staat und Recht*, issue 3, pp. 29–35.
- Spaak T. (2003) Legal positivism, law's normativity, and the normative force of legal justification. *Ratio Juris*, issue 4, pp. 469–485.
- Vitruk N.V. (2009) *General theory of legal responsibility*. Moscow: Norma, 259 p. (in Russian)
- Weber M. (2010) *Politik als Beruf*. Berlin: Duncker & Humblot, 661 p.
- Zavyalova G.I. (2013) Formation of the category of responsibility and freedom in ancient philosophy. *Vestnik Orenburgskogo universiteta*, no 1, pp. 27–31 (in Russian)

# Принцип равных прав и свобод мужчин и женщин: современное состояние и перспективы

---



**Д.Е. Зайков**

Доцент, кафедра гражданского права, международного частного права и гражданского процесса, Юридической институт Российского университета транспорта, кандидат юридических наук. Адрес: 127994, Российская Федерация, Москва, ул. Образцова, 9. E-mail: joburist@yandex.ru

---



## **Аннотация**

Равенство является важнейшим принципом взаимодействия и взаимоотношений между людьми, выступая при этом одним из основных социально-правовых регуляторов общественных отношений, отражая степень одинакового значения их субъектов для общества и государства, наличия у граждан равных прав, свобод и обязанностей, а также возможностей для их реализации. Принцип равных прав и свобод мужчин и женщин представляет собой один из наиболее показательных примеров наличия проблематики установления и реализации конституционного принципа равенства. Степень развития и реализации принципа равных прав и свобод мужчин и женщин представляет собой один из важнейших показателей правового государства, в котором человек вне зависимости от признака пола признается высшей ценностью. В статье на примере Национальной стратегии действий в интересах женщин на 2017–2022 годы, утвержденной распоряжением Правительства Российской Федерации от 08.03.2017, анализируется современное состояние принципа равных прав и свобод мужчин и женщин в России. Указанный правовой акт объективно и всесторонне раскрывает существующий этап развития принципа гендерного равенства, отражая имеющийся дисбаланс соответствующих отношений, в основе которого лежит представление о необходимости представления женщинам дополнительных прав и привилегий в целях преодоления исторически сложившегося стереотипа об их второстепенных ролях и значимости для общества. Автор статьи приходит к выводу о сохранении патерналистской модели отношения государства к женщинам, что создает предпосылки для нарушения принципа полового равенства в отсутствие необходимых для этого оснований. В то же время игнорирование законодателем необходимости совершенствования правового положения мужчин, в том числе и как лиц с семейными обязанностями, является причиной нарушения баланса прав и свобод мужчин и женщин. Важнейшей задачей, стоящей перед законодателем в целях осуществления принципа равных прав и свобод мужчин и женщин, является разработка и реализация государственной гендерной политики.

---



## **Ключевые слова**

равенство, мужчины и женщины, дискриминация, отцовство, материнство, привилегии, права, обязанности.

---

**Для цитирования:** Зайков Д.Е. Принцип равных прав и свобод мужчин и женщин: современное состояние и перспективы // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 4. С. 25–42.

УДК: 342.7

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.4.25.42

## **Введение. Постановка проблемы**

Идеалом справедливости государственного и общественного устройства является принцип равенства между людьми, установление и фактическое применение которого является важнейшей задачей правового и демократического государства. Однако реализация в общественной и государственной жизни различных форм и видов равенства до сих пор не только не осуществляется в полном объеме, а нередко фактически неисполнима в связи с наличием законодательных, политических, моральных и мировоззренческих барьеров.

Данное положение зачастую усугубляется неверным пониманием сущности равенства, перекосом в его применении в различных правоотношениях, обусловленным, с одной стороны, чрезмерной идеализацией равенства, его необоснованно широким и подчас не ограниченным использованием, с другой стороны — неоправданным сужением сферы реализации равенства, его двойственным толкованием, иногда вплоть до эгалитаристских (фактически уравнилельных) требований, и в целом — отсутствием достаточной теоретической и практической основы его реализации. Все это замедляет развитие отдельных отраслей и институтов права, иногда делает невозможным совместное и взаимообусловленное функционирование общества и государства, ставит под угрозу злоупотребления равенством как важнейшим социально-правовым регулятором общественных отношений.

С учетом изложенного сегодня особое значение принимает такой правовой институт, как равенство мужчин и женщин: история человечества есть история взаимодействия мужчин и женщин в различных сферах их жизнедеятельности, а с развитием общества и государства, прогрессом в различных областях науки, формированием нового мировоззрения направленность этого взаимодействия переживает глубокую внутреннюю трансформацию.

Равенство мужчин и женщин (гендерное равенство) — это социально-правовое явление, характеризующее существующие общественные отношения, отражающее степень одинакового значения субъектов для общества и государства, наличие у граждан равных прав, свобод и обязанностей, а также возможностей их реализации вне зависимости от признака пола.

Принцип равных прав и свобод мужчины и женщины и возможностей для их реализации (далее — принцип равенства) лежит в основе установ-

ления единых правил поведения для субъектов правоотношений, находящихся в схожих условиях и характеризующихся одинаковыми обстоятельствами, а также установления различных правил поведения (установление запретов, ограничений, предоставление дополнительных прав, возложение юридических обязанностей, повышенной ответственности и т.п.) для субъектов правоотношений, находящихся в схожих условиях, характеризующихся различными обстоятельствами, на основе критериев, закрепленных в нормативных правовых актах.

Существует мнение, что полное и подлинное равенство между мужчинами и женщинами является существенно важным элементом справедливого и демократического общества, основанного на верховенстве закона. Целостное развитие общества и повышение благополучия всех его членов требуют равных возможностей для полного и равного участия мужчин и женщин<sup>1</sup>. Однако насколько верно такое утверждение, достижимо ли такое равенство и есть ли в этом потребность общества и государства?

В юридической науке, как и в обществе, существуют различные подходы к вопросам гендерного равенства, начиная с того, что полное равноправие мужчин и женщин является правовой фикцией [Слепко Г.Е., 2104: 29], и кончая запредельным феминизмом [Какителашвили М.М., 2016: 95]; [Корсаненкова Ю.Б., 2010: 10]; [Воробьев Е.Г., Печенев И.В., 2014: 97–110]. При рассмотрении проблемы равенства прав и свобод мужчин и женщин нельзя забывать, что женщины и мужчины не смогут быть полностью равными, не смогут фактически обладать равными правами и обязанностями [Лебедев В.А., 2015: 6], что обусловлено как физиологическими особенностями их организма, так и выполняемыми ими в обществе функциями.

Само содержание принципа равенства обуславливает наличие одинакового объема прав и обязанностей. При этом в идеале принцип равенства прав и свобод мужчин и женщин не должен зависеть от различных объективных факторов (пол, беременность, наличие детей, возраст и др.), однако на практике данное условие не только не выполнимо, но и противоречит принципу социальной справедливости.

Принцип равенства не исключает наличия у отдельных категорий лиц, например, женщин, специальных прав и преимуществ, предназначение которых — обеспечение нормальных, достойных условий жизни, соответствующих их физиологическому или социальному состоянию (беременность, одинокая мать, имеющая малолетних детей). Безусловно, льготы, установленные законодательством об охране семьи, материнства и детства, жизненно необходимы, но применять их ко всем без исключения женщинам вне

<sup>1</sup> Пункт 40 Документа Московского совещания Конференции по человеческому измерению СБСЕ (подписан в Москве 03.10.1991) // Советский журнал международного права. 1991. № 3–4. С. 115–133.

зависимости от соответствующих объективных факторов и оправдывать такую возможность исключительно принадлежностью к женскому полу, является не только несправедливым по отношению к мужчинам, но и представляется нарушением принципа внутриполового равенства<sup>2</sup>. Уже прошел тот этап истории, когда правовой статус мужчины был эталонным и все совершенствование правового положения женщины было направлено на его достижение, соответствие ему.

К сожалению, имевшее место длительное время ущемление прав и свобод женщин, их подчиненное по отношению к мужчинам правовое положение создало у законодателя определенный комплекс вины, который по настоящее время находит выражение в издании правовых актов, защищающих исключительно права и свободы женщин, предоставляющих им особые привилегии по признаку пола, а также в принятии решений, направленных на улучшение правового положения только женщин и в их интересах<sup>3</sup>.

С учетом изложенного развитие гендерного равенства осуществляется во многом в одностороннем порядке, нередко игнорируя необходимость законодательного закрепления специфики правового положения мужчин в различных сферах общественных отношений, в том числе и на конституционном уровне [Акимова Ю.А., 2016: 143].

## **1. Нормативная реализация государственной политики в отношении женщин**

Национальная стратегия действий в интересах женщин на 2017–2022 годы, утвержденная распоряжением Правительства Российской Федерации от 08.03.2017 № 410-р (далее — Национальная стратегия), определила основные направления государственной политики в отношении женщин, нацелена на реализацию принципа равных прав и свобод мужчины и женщины и создание равных возможностей их реализации женщинами в соответствии с положениями Конституции России, общепризнанными принципами и нормами международного права, международными договорами Российской Федерации.

---

<sup>2</sup> Равенство между субъектами правоотношений (гражданами), принадлежащими к одному полу.

<sup>3</sup> См., напр.: Указ Президента Российской Федерации от 04.03.1993 № 337 «О первоочередных задачах государственной политики в отношении женщин» // Российская газета. 1993. № 50; Положение о комиссии по вопросам женщин, семьи и демографии при Президенте Российской Федерации, утвержденное Указом Президента Российской Федерации от 15.11.1993 № 1908 (утр. силу) // Собрание актов Президента и Правительства Российской Федерации. 1993. № 47. Ст. 4524; Национальный план действий по улучшению положения женщин и повышению их роли в обществе до 2000 года, утвержденный постановлением Правительства Российской Федерации от 29.08.1996 № 1032 // СЗ РФ. 1996. № 37. Ст. 4300, и др.

Наименование указанного документа, как и анализ его содержания приводит к выводу о его целевой направленности на анализ статуса женщин, но игнорировании лежащей в основе идеи Национальной стратегии — равенство прав и свобод мужчин и женщин. По нашему мнению, оценка правового и фактического положения женщин, которой посвящена значительная часть указанного правового акта, не может быть полной и объективной без анализа соответствующих положений в отношении мужчин.

Так, например, численность женщин превышает 53,65 % от общего числа населения страны<sup>4</sup>, при этом Национальная стратегия почему-то не принимает во внимание тот факт, что средняя продолжительность жизни мужчин (64,7 года) более чем на 10 лет ниже средней продолжительности жизни женщин (75,6 лет)<sup>5</sup>. Это наиболее объективный показатель как качества жизни, так и правового статуса граждан<sup>6</sup>.

Согласно Национальной стратегии в 2015 году инвалидами были впервые признаны 330 тыс. женщин (47% от всех впервые признанных инвалидами), женщины составляют 46% безработных, совершили преступления 172,2 тыс. женщин (16% правонарушителей). Однако проблема в том, что среди мужчин таковых больше — 53%, 54% и 84% соответственно.

Отдельные положения Национальной стратегии являются и вовсе неуместными.

Несмотря на то, что вопрос состояния здоровья женщин, а также охраны труда и техники безопасности с их участием Национальная стратегия ставит одним из приоритетных, в качестве негативного обстоятельства, ущемляющего права и свободы женщин, она одновременно указывает на сохранение ограничений по видам работ, на которых женщины могут осуществлять

---

<sup>4</sup> Тенденция меньшей численности мужского населения страны сохраняется многие годы. Available at: URL: <http://ruschippies.com/analysis/sootnoshenie-chisla-myzhchin-i-zhenshin-v-rossii> (дата обращения: 29.04.2017)

<sup>5</sup> См.: Женщины и мужчины России. 2016: Стат. сб. / Росстат. М., 2019. С. 29.

<sup>6</sup> Напр., установление для мужчин и женщин различного возраста в качестве условия для приобретения права на страховую пенсию по старости, предусмотренного ч. 1 ст. 8 Федерального закона от 28.12.2013 № 400-ФЗ «О страховых пенсиях». Это значительное различие в правовом статусе мужчин и женщин, и оно, безусловно, оказывает существенное влияние на продолжительность жизни соответствующих категорий граждан. При этом Конституционный Суд Российской Федерации при проведении пенсионной реформы не исключил возможности решения вопроса о том, чтобы условия для назначения пенсии мужчинам и женщинам были одинаковы (Определение Конституционного Суда от 21.12.2000 № 276-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалоб граждан Березкина Владимира Рейновича, Бушмелева Геннадия Николаевича, Корниенко Николая Николаевича, Кропотова Геннадия Ивановича и Мамаева Александра Степановича на нарушение их права на пенсионное обеспечение положениями статей 10 и 12 Закона Российской Федерации «О государственных пенсиях в Российской Федерации» и статьи 242 КЗоТ Российской Федерации» // СПС Гарант.

трудовую деятельность<sup>7</sup>, а также отсутствие изменений в их составе. Ссылаясь при этом на то, что развитие техники и технологий существенно изменяет условия труда, минимизируя воздействие вредных производственных факторов на здоровье женщины. Вместе с тем психофизиологические особенности организма работающих приняты во внимание при установлении определенных ограничений для применения труда женщин, введенных в связи с необходимостью их особой защиты от вредных производственных факторов, негативно воздействующих на женский организм, прежде всего, на репродуктивную функцию.

Части 1 и 2 ст. 253 Трудового кодекса Российской Федерации (далее — ТК РФ) ограничивают<sup>8</sup> использование труда женщин на тяжелых работах, работах с вредными и (или) опасными условиями труда, а также на подземных работах, т.е. в условиях, оказывающих неблагоприятное влияние на женский организм, и имеют целью оградить репродуктивное здоровье женщины от воздействия вредных производственных факторов.

Реализация принципа юридического равенства не может осуществляться без учета общепризнанной социальной роли женщины в продолжении рода, что обязывает государство устанавливать дополнительные гарантии для женщин, в том числе в сфере трудовых отношений, направленные на охрану материнства. При этом в соответствии с международно-правовыми актами принятие специальных мер, направленных на охрану материнства, не считается дискриминационным; меры, принятые для защиты женщин на определенных видах работ с учетом физиологических особенностей их организма, не должны считаться дискриминационными<sup>9</sup>.

## 2. Женщина и мужчина в современном обществе

Концепция демографической политики Российской Федерации на период до 2025 года, утвержденная Указом Президента Российской Федерации от

---

<sup>7</sup> См.: Перечень тяжелых работ и работ с вредными или опасными условиями труда, при выполнении которых запрещается применение труда женщин, утвержденный постановлением Правительства РФ от 25.02.2000 № 162 // СЗ РФ. 2000. № 10. Ст. 1130.

<sup>8</sup> В литературе высказывается мнение о необходимости закрепления в ст. 253 Трудового кодекса Российской Федерации нормы о запрете (вместо ограничения) на применение труда женщин на работах с вредными и (или) опасными условиями труда, а также на подземных работах [Петров А.Я., 2016: 35].

<sup>9</sup> Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 22.03.2012 № 617-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Клевцев Анны Юрьевны на нарушение ее конституционных прав частями первой и третьей статьи 253 Трудового кодекса Российской Федерации и пунктом 374 раздела XXX Перечня тяжелых работ и работ с вредными или опасными условиями труда, при выполнении которых запрещается применение труда женщин» // СПС Гарант.

09.10.2007 № 1351, подчеркивает, что тяжелый физический труд значительной части работающих женщин (около 15%) является одной из причин отрицательного влияния на рождаемость. Изложенное поднимает давно возникшую проблему предназначения женщины для общества и государства и ее собственного представления об этом.

Национальная стратегия следующим образом попыталась разрешить имеющееся противоречие: «Препятствиями для более полной реализации женщинами всего комплекса их прав и свобод являются сложившиеся в обществе представления о социальной роли женщины, которые отрицательно сказываются на самореализации и развитии индивидуальности женщин, препятствуют свободному выбору ими профессии и образа жизни и создают барьеры на пути достижения фактического равноправия женщин и мужчин как в общественно-политической, так и в социально-экономической жизни.

В соответствии с этими представлениями наиболее значимыми социальными ролями женщины признаются роли домохозяйки и матери, а профессиональные и карьерные достижения остаются второстепенными. Между тем признание общей ответственности женщин и мужчин за выполнение семейных обязанностей способствовало бы укреплению семьи и ценностей семейной жизни, а также созданию условий для успешного сочетания женщинами профессиональных и семейных обязанностей».

Безусловно, признание за женщиной роли домохозяйки и матери (хотя целесообразно поменять местами указанные термины) обуславливается не только исторически, но и психофизиологически. Попытка замены такого значения женщины на роль «кормилицы», карьеристки неизбежно приведет к упадку традиционных ценностей, снижению рождаемости, негативным последствиям в воспитании детей, и, наверняка, не станет причиной экономического или технологического «чуда».

При этом идея Национальной стратегии о необходимости признания общей ответственности женщин и мужчин за выполнение семейных обязанностей почему-то не находит поддержки законодателя с точки зрения защиты и обеспечения прав отцовства<sup>10</sup>. Конечно, ни одного предложения по совершенствованию правового регулирования указанного правового института Национальная стратегия, к сожалению, не вносит. Где здесь можно разглядеть принцип равенства прав и свобод мужчин и женщин?

---

<sup>10</sup> Например, Национальная стратегия действий в интересах детей на 2012–2017 годы, утвержденная Указом Президента Российской Федерации от 01.06.2012 № 761, даже не использовала термин «отцовство». При этом в ее введении указано, что Конституция гарантирует государственную поддержку семьи, материнства и детства. Случайно или нет, но ч. 2 ст. 7 Конституции Российской Федерации воспроизведена без упоминания о государственной поддержке отцовства.

Несмотря на закрепленное в ч. 3 ст. 19 Конституции гендерное равенство, концептуальные основы семейной политики России во многом носят патриархальный характер, не учитывая проблем мужчин-отцов, а презюмируя материнские. Отсутствие в ст. 38 Конституции упоминания об отцовстве либо родительстве как объектах защиты государства только усугубляет гендерное неравенство родителей [Шахова Е.С., 2016: 27].

Так, А.В. Даниленков в качестве одной из основных проблем в семейном праве и правоприменении называет геноцид отцовства в России, который, по его мнению, представляет собой целенаправленную политику государства, направленную на воспрепятствование отцам в осуществлении их родительских функций посредством конституционно-правового закрепления и правоприменительной реализации принципа приоритетной защиты материнства [Даниленков А.В., 2014]. В обоснование своего вывода автор приводит судебную практику применения принципа 6 Декларации прав ребенка<sup>11</sup> в спорах о детях [Даниленков А.В., 2013: 12–15] (малолетний ребенок не должен, кроме случаев, когда имеются исключительные обстоятельства, быть разлучаем со своей матерью) [Дергунова В.А., 2016: 52–54].

Другой пример. Национальная стратегия указывает: «Законодательно закрепленная норма о создании мужчинам и женщинам, являющимся членами политической партии, равных возможностей для представительства в руководящих органах политической партии, включения в списки кандидатов в депутаты и на иные выборные должности в органах государственной власти и органах местного самоуправления на практике реализуется медленно. При широком участии в избирательных кампаниях (женщины работают в избирательных комиссиях, участвуют в выборах в качестве наблюдателей, включаются в избирательные списки политических партий) представительство женщин в законодательных органах власти сохраняется на низком уровне. На 1 января 2017 г. доля женщин среди членов Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации составила 17%, среди депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации — 15,6%. Доля женщин, замещающих государственные должности в органах законодательной власти субъектов Российской Федерации, составляет 17,4%, доля женщин, замещающих муниципальные должности в представительных органах муниципальных образований — 30,8%»<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Принята Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций 20.11.1959 Резолюцией 1386 (XIV) на пленарном заседании Генеральной Ассамблеи ООН.

<sup>12</sup> При этом Национальная стратегия почему-то умалчивает о том, что по данным Росстата за 2015 год соотношение мужчин и женщин, занимающих государственные должности и должности государственной гражданской службы, составляло 30% к 70% в пользу женщин как на федеральном уровне, так и в регионах. При этом соотношение мужчин и женщин в категории «руководители» приблизительно составляет: мужчины — 38% и женщины — 62% [Какителашвили М.М., 2016: 97].

По меньшей мере странно проводить зависимость между таким участием женщин в избирательных кампаниях, как работа в избирательных комиссиях, участие в выборах в качестве наблюдателей и представительством женщин в законодательных органах власти. При этом, если констатация факта о «широком участии женщин в избирательных кампаниях» в итоге приводит к выводу о несущественной доле женщин в представительных органах власти, то это не только проблема реализации принципа равенства прав и свобод мужчин и женщин, но и вопрос к лицам женского пола, реализующим свое пассивное избирательное право, и к избирателям.

Наличие равных возможностей мужчин и женщин для участия в выборах не является безусловной причиной равного представительства мужчин и женщин в органах власти. Реализация в правоприменительной практике положений ст. 19 Конституции России не может и не должна оказывать влияния на реализацию гражданами права избирать, предусмотренное ст. 32 Конституции, в зависимости от признака пола соответствующих кандидатов.

### **3. Значение Национальной стратегии для реализации принципа равных прав и свобод мужчин и женщин**

Национальная стратегия в целях улучшения экономического положения женщин и обеспечения роста их благосостояния ставит задачи, содержание которых представляется неоднозначным.

1. Создание условий для получения женщинами профессионального образования в наиболее передовых областях экономики, предоставляющих широкие возможности для трудоустройства на высокооплачиваемые рабочие места.

Чем обусловлено предоставление такого приоритета по признаку пола? Согласно ч. 1 ст. 43 Конституции Российской Федерации, каждый имеет право на образование, а установление привилегий женщинам в виде создания для них условий получения образования в отдельных (высокооплачиваемых) отраслях экономики представляется дискриминационным. При этом Национальная стратегия не приводит обстоятельств, которые бы свидетельствовали о нарушении права женщин на образование в конкретных сферах экономики<sup>13</sup>.

2. Сокращение разницы в оплате труда мужчин и женщин.

Как указано в Национальной стратегии, причиной более низкой по сравнению с мужчинами заработной платы женщин<sup>14</sup> является отраслевая сегре-

<sup>13</sup> Необходимо отметить, что число женщин, занятых в экономике и имеющих высшее профессиональное образование, составляет 56% против 46% таких мужчин. См.: Женщины и мужчины России. 2019: Стат. сб. / Росстат. М., 2019. С. 66).

<sup>14</sup> В 2015 году заработная плата женщин России составляла 67,9% средней заработной платы мужчин.

гация. Иными словами, концентрация женщин в традиционных секторах экономики на относительно низко оплачиваемой работе (сельское хозяйство, образование, социальная сфера и др.)<sup>15</sup>.

Однако является ли объективным сравнение уровня заработной платы мужчин и женщин в целом по экономике? По нашему мнению, соответствующий вывод должен основываться на соотношении размеров заработных плат работников по признаку пола в одной сфере деятельности. При этом можно привести обратный пример: такие государственные институты, как нотариат или судебная система, являются традиционно «женскими» и высокооплачиваемыми.

В то же время необходимо понимать разницу в формировании заработной платы в государственном и частном секторах экономики. Если в первом случае соблюдение требований трудового законодательства в целом высоко, но размер заработной платы жестко привязан к определенным значениям<sup>16</sup>, то во втором многое оправдывается целью осуществления предпринимательской деятельности — получением прибыли.

Кроме того, задача по сокращению разницы в оплате труда мужчин и женщин может решаться разными путями. Например, как повышением уровня заработной платы в «матриархальных» сферах занятости (здравоохранение, образование и др.), так и снижением уровня заработной платы в отраслях экономики, исторически являющихся «патриархальными» (например, строительство, управление и др.). Навряд ли второй вариант будет справедливым и уместным. Главное в данной ситуации, чтобы цель не оправдывала средства.

Рассматриваемая задача должна решаться в целом по экономике страны и не зависеть от пола работника.

3. Расширение возможностей занятости женщин в сфере малого и среднего предпринимательства.

Что под этим понимается? Трудоустройство женщин у работодателей, относящихся к субъектам малого или среднего предпринимательства? Но тогда в чем разница по сравнению с другими работодателями? Государственная

<sup>15</sup> Хотя текущая ситуация в целом свидетельствует о существенном изменении указанных обстоятельств. См., напр.: Указ Президента Российской Федерации от 07.05.2012 № 597 «О мероприятиях по реализации государственной социальной политики» // СЗ РФ. 2012. № 19. Ст. 2334.

<sup>16</sup> См., напр.: постановление Правительства Российской Федерации от 05.08.2008 № 583 «О введении новых систем оплаты труда работников федеральных бюджетных, автономных и казенных учреждений и федеральных государственных органов, а также гражданского персонала воинских частей, учреждений и подразделений федеральных органов исполнительной власти, в которых законом предусмотрена военная и приравненная к ней служба, оплата труда которых осуществляется на основе Единой тарифной сетки по оплате труда работников федеральных государственных учреждений» // СЗ РФ. 2008. № 33. Ст. 3852.

поддержка малого и среднего предпринимательства с участием женщин<sup>17</sup>? Почему она должна осуществляться по признаку пола? Половая принадлежность для бизнеса значения не имеет и иметь не должна. Противоположный подход законодателя чреват дискриминацией.

#### 4. Повышение социальной защищенности женщин.

Данная задача фактически свидетельствует о ничем не обусловленном предоставлении женщинам дополнительных привилегий, что само по себе представляет собой нарушение принципа равенства прав и свобод мужчин и женщин.

Как представляется, одной из проблем, которые лежат в основе данного противоречия, является неверное понимание сущности указанного принципа. С одной стороны, равенство мужчин и женщин — это идеальная категория, которая не должна зависеть от каких-либо факторов, однако, с другой стороны, безусловное равенство мужчин и женщин в значении абсолютной одинаковости их прав и обязанностей также неприменимо, что обуславливает различное правовое регулирование отдельных правоотношений с участием разнополых субъектов права с учетом особенностей психофизических особенностей их организмов.

Появление объективных обстоятельств (беременность, воспитание ребенка без отца (матери), многодетность, и др.), негативно влияющих на права и возможности, увеличивающих объем обязанностей субъекта права (мужчины или женщины), влечет за собой необходимость «выравнивания» его правового положения посредством предоставления соответствующих привилегий (льгот, социальных гарантий, компенсаций).

Данный процесс реализуется через законное неравенство — механизм преодоления фактического неравенства, который направлен на реализацию принципа социальной справедливости и обеспечение исполнения важнейших функций общества и государства посредством применения способов выравнивания (ограничения) правового положения субъектов общественных отношений, обусловленных объективными обстоятельствами (например, пол, возраст, выполняемая работа, место жительства и др.) и соответствующими существу регулируемых отношений.

«Любая дифференциация правового регулирования, приводящая к различиям в правах и обязанностях субъектов права должна осуществляться законодателем с соблюдением требований Конституции Российской Федерации, в том числе вытекающих из принципа равенства (статья 19, части 1 и 2), в силу которых различия допустимы, если они объективно оправданны, обоснованы и преследуют конституционно значимые цели, а используемые

<sup>17</sup> Национальная стратегия указала это в качестве одной из мер по укреплению позиций женщин в российском обществе.

для достижения этих целей правовые средства соразмерны им. Соблюдение конституционного принципа равенства, гарантирующего защиту от всех форм дискриминации при осуществлении прав и свобод, означает, помимо прочего, запрет вводить такие различия в правах лиц, принадлежащих к одной и той же категории, которые не имеют объективного и разумного оправдания (запрет различного обращения с лицами, находящимися в одинаковых или сходных ситуациях)<sup>18</sup>.

Учитывая изложенное, в основе содержания равенства мужчин и женщин должно лежать не абсолютное равенство их прав и обязанностей или, тем более, приоритет женщин, как наименее защищенных членов общества, выполняющих важнейшую репродуктивную функцию, а комплексный подход, учитывающий психофизические особенности как мужчин, так и женщин, специфику правового положения лиц с семейными обязанностями (без половой стратификации), а также другие объективные обстоятельства.

Таким образом, нельзя говорить о необходимости повышения социальной защищенности женщин. Это допустимо и даже необходимо, но только в отношении отдельных категорий женщин (беременные женщины, женщины, имеющие детей, матери-одиночки, несовершеннолетние и т.д.) [Максимов А.А., 2016: 15], при этом нельзя оставлять без внимания (в целях соблюдения принципа равенства прав и свобод мужчин и женщин) и соответствующие отдельные категории мужчин. Подход законодателя должен быть обоснованным, учитывающим специфику правового статуса таких граждан. Показательным примером этого является проблема предоставления отпуска по уходу за ребенком до достижения возраста трех лет военнослужащим мужского пола<sup>19</sup> [Лапаева В.В., 2012: 81–85].

---

<sup>18</sup> См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 15.06.2006 № 6-П «По делу о проверке конституционности положений подпункта 1 пункта 2 статьи 2 Федерального закона «О введении в действие Жилищного кодекса Российской Федерации» и части первой статьи 4 Закона Российской Федерации «О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации» (в редакции статьи 12 Федерального закона «О введении в действие Жилищного кодекса Российской Федерации») в связи с запросом Верховного Суда Российской Федерации и жалобой граждан М.Ш. Орлова, Х.Ф. Орлова и З.Х. Орловой» // СЗ РФ. 2006. № 26. Ст. 2876.

<sup>19</sup> См.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 15.01.2009 № 187-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалоб гражданина Маркина Константина Александровича на нарушение его конституционных прав положениями статей 13 и 15 Федерального закона «О государственных пособиях гражданам, имеющим детей», статей 10 и 11 Федерального закона «О статусе военнослужащих», статьи 32 Положения о порядке прохождения военной службы и пунктов 35 и 44 Положения о назначении и выплате государственных пособий гражданам, имеющим детей» // СПС Гарант и Постановление Европейского суда по правам человека по делу «Konstantin Markin против России» («Konstantin Markin v. Russia», жалоба № 30078/06) от 07.10.2010 // СПС Гарант.

При этом Национальная стратегия так и не дает ответа о выборе дальнейшего вектора развития положения женщин в трудовых отношениях: формальное равенство возможностей мужчин и женщин без всяких преимуществ (эгалитарный феминизм) либо сохранение за женщинами льгот, связанных с особенностями их организма и материнством (неолиберальный феминизм) [Лушников А.М., 2015: 188].

Стоит указать, что Концепция улучшения положения женщин в Российской Федерации, утвержденная постановлением Правительства Российской Федерации от 8.01.1996 № 6<sup>20</sup>, ставила еще более «грандиозные» цели: 1) добиваться установления фактического равенства прав и возможностей женщин и мужчин на рынке труда — это в принципе неосуществимо по вполне объективным причинам<sup>21</sup>; 2) предусмотреть систему санкций за нарушение законодательства и допущение дискриминации в отношении женщин — представляется, что эта цель сама по себе является дискриминационной по половому признаку как нарушающая принцип равенства прав и свобод мужчин и женщин.

Национальная стратегия в качестве ожидаемого результата ее реализации предусматривает формирование к 2022 году системы мер, обеспечивающих реализацию принципа равных прав и свобод мужчины и женщины и создания равных возможностей для их реализации женщинами во всех сферах жизни, повышение экономической независимости, политической активности, возможностей самореализации женщин, а также преодоление стереотипных представлений о социальных ролях мужчины и женщины.

Национальная стратегия, как и ожидаемые результаты ее исполнения, нацелена на улучшение правового положения женщин, однако с реализацией принципа равенства прав и свобод мужчин и женщин это имеет мало общего, скорее наоборот. Наличие Национальной стратегии свидетельствует о повышенном внимании государства к проблемам правового статуса и фактического положения женщин<sup>22</sup>, однако вызывает беспокойство тот факт, что подобное участие, хотя бы минимальное, в отношении правового статуса и фактического положения мужчин, отсутствует. Хотя таких проблем немало.

---

<sup>20</sup> СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 18.

<sup>21</sup> Одна из причин гендерного неравенства — естественные различия в физиологическом строении мужчин и женщин [Слепко Г.Е., 2014: 29]. Физические данные у женщин ниже, чем у мужчин, а последствия различных видов физических, умственных, психологических нагрузок для их организмов совершенно различны. Даже только эти гендерные особенности исключают возможность достижения фактического равенства прав и свобод мужчин и женщин в сфере трудовых отношений.

<sup>22</sup> В соответствии с Национальной стратегией создание условий для полного и равноправного участия женщин в политической, экономической, социальной и культурной сферах жизни общества является приоритетным направлением государственной политики Российской Федерации.

Например, постановлением Верховного Совета РСФСР от 01.11.1990 № 298/3-1 «О неотложных мерах по улучшению положения женщин, семьи, охраны материнства и детства на селе»<sup>23</sup> женщинам, работающим в сельской местности, был установлен один дополнительный выходной день в месяц без сохранения заработной платы и 36-часовая рабочая неделя с выплатой заработной платы как при полной рабочей неделе<sup>24</sup>.

Указанные привилегии были предоставлены женщинам исключительно по гендерному признаку, каких-либо дополнительных критериев (беременность, несовершеннолетние дети и др.) не требовалось<sup>25</sup>. Однако мужчины, проживающие в сельской местности, даже воспитывающие детей без матери, т.е. относящиеся к особой категории, требующей дополнительной социальной защиты со стороны государства, таким правом наделены не были. В данной ситуации ст. 264 Трудового кодекса Российской Федерации, предусматривающая распространение гарантий и льгот, предоставляемых женщинам в связи с материнством, на отцов, воспитывающих детей без матери, неприменима — рассматриваемые привилегии не обусловлены материнством. Это ли не пример дискриминации мужчин по половому признаку?

## Заключение

Основная цель Национальной стратегии — улучшение положения женщин — является избирательной, субъективной и основывающейся исключительно на произвольном толковании современного правового и фактического положения женщин без учета его соотношения с аналогичным положением мужчин, без необходимого анализа состояния гендерных отношений в стране и определения наиболее актуальных проблем реализации принципа равенства прав и свобод мужчин и женщин, требующих своего решения.

С учетом изложенного даже наличие Национальной стратегии позволяет сделать вывод о нарушении принципа равенства прав и свобод мужчин и женщин. При этом стоит указать, что обеспечение реализации указанного принципа может достигаться не только посредством улучшения положения

---

<sup>23</sup> Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1990. № 24. Ст. 287.

<sup>24</sup> С ноября 2019 года указанные положения были закреплены в ст. 263.1 Трудового кодекса РФ.

<sup>25</sup> Несмотря на то, что причиной принятия указанного правового акта явилось «придание важного значения решению проблем семьи, охраны материнства и детства, а также учет особой кризисной демографической ситуации в сельской местности», а неотъемлемой составной частью институтов семьи и детства является институт отцовства, в предмет правового регулирования рассматриваемого постановления Верховного Совета РСФСР институт отцовства не вошел.

мужчин или женщин, но и его «ухудшением», например, отменой установленных привилегий, возложением дополнительных обязанностей, ограничением прав (свобод) и т.д.

Реализация принципа равенства прав и свобод мужчин и женщин требует равного внимания к проблемам положения как женщин, так и мужчин, и не допускает предоставления им необоснованного приоритета или ограничения прав, свобод (возложения дополнительных обязанностей). Мужчины и женщины могут быть действительно равноправны при наличии не одинаковых, а равноценных правовых статусов, различающихся по набору конкретных прав, равно учитывающих не только одинаковые, но и особые (связанные с полом) жизненно важные их интересы и потребности [Азарова Е.Г., 2010: 13].

Современные гендерные отношения должны оцениваться государством, но это должен быть не односторонний анализ с принятием соответствующих мер, а комплексный подход, учитывающий положение как мужчин, так и женщин, а самое главное, — их социально незащищенные категории. По нашему мнению, для указанных целей необходима государственная гендерная политика, принятие и реализация которой позволило бы обеспечить создание необходимых условий для полноценной реализации принципа равенства прав и свобод мужчин и женщин.



## Библиография

- Азарова Е.Г. О равноправии полов и социальном обеспечении граждан с детьми // Журнал российского права. 2010. N 9. С. 13–24.
- Акимова Ю.А. Конституционно-правовое содержание принципа гендерного равноправия в современных государствах // Современное право. 2016. N 12. С. 136–143.
- Воробьев Е.Г., Печенев И.В. О гендерном неравенстве военнослужащих вследствие состоявшегося повышения предельного возраста пребывания на военной службе // Право в Вооруженных Силах — Военно-правовое обозрение. 2014. N 7. С. 97–110.
- Даниленков А.В. Права детей и отцов в России: миф или реальность? 2014 // СПС Гарант.
- Даниленков А.В. Возрастной ценз ребенка как один из способов неправомерного ограничения прав отцов в РФ // Семейное и жилищное право. 2013. N 2. С. 10–15.
- Дергунова В.А. Особенности применения судами Декларации прав ребенка при разрешении споров родителей о месте жительства детей // Адвокат. 2016. N 11. С. 50–54.
- Женщины и мужчины России. 2019: Стат. сб. / Росстат. М., 2019. 208 с.
- Какителашвили М.М. О дискриминации по гендерному принципу // Законы России: опыт, анализ, практика. 2016. N 6. С. 95–99.
- Корсаненкова Ю.Б. Проблемы гендерного равенства в социально-обеспечительных отношениях в связи с предоставлением детских пособий // Социальное и пенсионное право. 2010. N 2. С. 10–12.

Лапаева В.В. Дело «Константин Маркин против России» в контексте проблемы национального суверенитета // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. N 2. С. 77–90.

Лебедев В.А. Концепция прав и свобод человека и гражданина как элемент ответственного конституционализма // Конституционное и муниципальное право. 2015. N 12. С. 3–8.

Лушников А.М. «Женский вопрос» и отечественное трудовое право: историко-правовой очерк // Актуальные проблемы российского права. 2015. N 3. С. 182–189.

Максимов А.А. Некоторые проблемы конституционно-правового обеспечения равенства прав и свобод мужчин и женщин в сфере труда // Трудовое право в России и за рубежом. 2016. N 1. С. 13–16.

Петров А.Я. Особенности правового регулирования охраны труда женщин и лиц с семейными обязанностями // Законодательство и экономика. 2016. N 7. С. 31–37.

Слепко Г.Е. Гендерное равенство и его отражение в семейном и военном законодательстве и судебной практике // Семейное и жилищное право. 2014. N 6. С. 29–33.

Шахова Е.С. К вопросу о реформировании частноправовых и публичных начал защиты и охраны родительства и детства // Семейное и жилищное право. 2016. N 4. С. 25–29.

---

## **Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 4**

### **The Principle of Equal Rights and Freedoms of Men and Women: Current States and Prospects**



**Denis Zaykov**

Associate Professor, Department of Civil Law, Private International Law and Civil Procedure, Law Institute, Russian University of Transportation, Candidate of Juridical Sciences. Address: 9 Obraztsova Str., Moscow 127994, Russian Federation. E-mail: joburist@yandex.ru



#### **Abstract**

Equality is the most important principle of interaction and mutual relations between people, being one of the main social and legal regulators of social relations, reflecting the degree of equal importance of their subjects to society and the state, the availability of equal rights, freedoms and duties for citizens, as well as opportunities for their implementation. The principle of equal rights and freedoms of men and women is one of the most revealing examples of the existence of problems of establishing and implementing the constitutional principle of equality. The degree of development and implementation of the principle of equal rights and freedoms of men and women is one of the most important indicators of the rule of law, in which a person is recognized as the highest value regardless of gender. The article examines the current state of the principle of equal rights and freedoms of men and women in Russia, using the example of the National Strategy for Women's Action for 2017-2022, approved by the Russian Government. This legal act objectively and comprehensively reveals the existing stage of development of the principle of gender equality, reflecting the existing imbalance of the relevant relations, which is based on the idea of the need to provide women with additional

rights and privileges in order to overcome the historically established stereotype of their secondary roles and significance for society. The author comes to the conclusion that the paternalistic model of the state's relationship to women remains, which creates the prerequisites for violating the principle of sexual equality in the absence of the necessary grounds for this. At the same time, ignoring by the legislator the need to improve the legal status of men, including as individuals with family responsibilities, is the cause of a violation of the balance of rights and freedoms of men and women. The most important task for the legislator to implement the principle of equal rights and freedoms of men and women is the development and implementation of state gender policy.



## Keywords

equality; men and women; discrimination; paternity; motherhood; privilege; duties.

**For citation:** Zaykov D.E. (2020) The Principle of Equal Rights and Freedoms of Men and Women: Current States and Prospects. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 25–42 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.4.25.42



## References

- Azarova E.G. (2010) Equality of genders and social security of citizens and their children. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 9, pp. 13–24 (in Russian)
- Akimova Yu.A. (2016) The principle of gender equality in the modern states under constitutional law. *Sovremennoe pravo*, no 12, pp. 136–143 (in Russian)
- Danilenkov A.V. (2014) Fathers rights in Russia: myth or reality. SPS Garant (in Russian)
- Danilenkov A.V. (2013) Age census of a child as a way of unjust limitation of fathers rights in the RF. *Semeynoe i zhilischnoe pravo*, no 2, pp. 10–15 (in Russian)
- Dergunova V.A. (2016) The Declaration of children's rights in resolving disputes on the place of residence for children. *Advokat*, no 11, pp. 50–54 (in Russian)
- Kakitelashvili M.M. (2016) On the gender discrimination. *Zakony Rossii: opyt, analiz i praktika*, no 6, pp. 95–99 (in Russian)
- Korsanenkova Yu. B. (2010) Gender equality in social security relations and child allowances. *Sotsial'noe i pensionnoe pravo*, no 2, pp. 10–12 (in Russian)
- Lapaeva V.V. (2012) Konstantin Markin v. Russia in context of social sovereignty. *Sravnitel';noe konstitutsionnoe obozrenie*, no 2, pp. 77–90 (in Russian)
- Lebedev V.A. (2015) The concept of rights and freedoms as element of Russian nationalism. *Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo*, no 12, pp. 3–8 (in Russian)
- Lushnikov A.M. (2015) Women's rights in the Russian labor law. *Aktual'nye problemy rossiyskogo prava*, no 3, pp. 182–189 (in Russian)
- Maksimov A.A. (2016) Ensuring equality in labor for men and women. *Trudovoe pravo v Rossii i za rubezhom*, no 1, pp. 13–16 (in Russian)
- Petrov A. Ya. (2016) Legal regulation of work safety for women. *Zakonodatel'stvo i ekonomika*, no 7, pp. 31–37 (in Russian)
- Slepko G.E. (2014) The gender inequality in family and military law. *Semeynoe i zhilischnoe pravo*, no 6, pp. 29–33 (in Russian)

Shahova E.S. (2016) On reforming social security. *Semeynoe i zhilishnoe pravo*, no 4, pp. 25–29 (in Russian)

Vorobyov E.G., Pechenev E.G. (2014) The gender inequality of military servicemen. *Pravo v vooruzhyonnykh silakh*, no 7, pp. 97–110 (in Russian)

Women and men in Russia (2019). Moscow: Rosstat, 208 p. (in Russian)

# Криптовалюты в российском праве: суррогаты, «иное имущество» и цифровые деньги



**Р.М. Янковский**

Доцент, департамент теории права и межотраслевых юридических дисциплин факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., 20. E-mail: ryankovskiy@hse.ru



## Аннотация

Статья посвящена ключевым вопросам правового регулирования криптовалюты, возникшим в России в 2015–2020 гг. в доктрине и судебной практике. Рассмотрена природа отношений по обладанию криптовалютой, место криптовалюты в системе объектов гражданских прав, соотношение категорий «криптовалюта», «деньги», «денежный суррогат». Установлена хронология нормативного урегулирования криптовалюты и отмечены основные вехи на этом пути. Проанализированы решения, предложенные законодателем, в сравнении с проблемами, возникающими в теории и практике. Цель исследования — определить проблемы правового урегулирования криптовалюты и оценить, как законодатель справился с соответствующими задачами. Первые две части статьи посвящены гражданско-правовым и финансово-правовым вопросам правового режима криптовалюты и предложенным вариантам их решения. Третья часть статьи посвящена проектам и принятым на их основе нормативным актам, регламентирующим правовой режим криптовалюты в России. Работа законодателя оценивается в соответствии с тем, какие задачи перед ним ставились и как они были решены. По итогам проделанной работы сделан вывод, что российский регулятор тяготеет к запретительной политике в отношении криптовалюты. Такая политика определяется как традициями регулирования соответствующего рынка, так и международными обязательствами России по линии ФАТФ. При этом полноценный политико-правовой анализ потенциального регулирования не проводился, рынок не оценивался, а альтернативные законопроекты на официальном уровне не рассматривались. Суды, которые могли в определенной степени взять на себя заполнение правового вакуума, от этой роли устранились, лишь констатируя правовую неопределенность в отношении криптовалюты. Следует ожидать, что в ближайшее время регулятор обратится к установлению санкций за нарушения нового законодательства, определит обязанности и запреты в сфере выпуска и оборота криптовалюты. После этого теоретическое обсуждение вопросов природы прав на криптовалюту и места криптовалюты в системе гражданских прав можно будет считать завершившимся.



## Ключевые слова

криптовалюты, деньги, цифровые валюты, виртуальные валюты, цифровые активы, цифровые валюты, виртуальные активы, виртуальное имущество, денежные суррогаты.

Благодарности: Я очень признателен М.Б. Жужалову за ценные и подробные замечания, данные в ходе обсуждения этой статьи.

Для цитирования?

УДК

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.4.43.77

## Введение

Урегулирование цифровых активов и, в частности, криптовалюты, в России обсуждается с 2014 г. За это время вышло огромное количество статей и несколько книг и принято три федеральных закона. Параллельно мир пережил бум интереса к криптовалюте, затем падение курсов и новый рост; вспыхнул энтузиазм по поводу публичного размещения токенов (ICO), за которым последовало разочарование (вызванное в том числе активным противодействием американского и других влиятельных регуляторов). Общее настроение по поводу криптовалюты (как у регулятора, так и у юридического сообщества), бывшее беспечно-оптимистическим, стало сдержанно-охранительным, причем не только в России.

На мой взгляд, пришла пора вспомнить перипетии прошедших дискуссий и подвести им содержательный итог. Цель статьи — осветить ключевые вопросы, возникшие в ходе дискуссии о криптовалюте, и определить, как эти вопросы были решены в принятом законодательстве — в частности, в изменениях в Гражданский кодекс Российской Федерации<sup>1</sup> (далее — ГК РФ) и в новом Законе «О цифровых финансовых активах»<sup>2</sup>.

Отмечу, что термин «криптовалюта» — неоднозначный. Существует множество технологий организации распределенных реестров и различные способы установления консенсуса в них. В последние годы множатся и правовые формы выпуска, обращения криптовалют: можно вспомнить обеспеченные платежные токены, государственную криптовалюту и т.д. [Санникова Л., Харитонов Ю., 2020: 119—123]. Однако объем журнала ограничен, и в этой статье я рассмотрю только криптовалюту в «классическом» понимании — платежные единицы, имеющие исключительно расчетную функцию и не удостоверяющие дополнительных прав требования к эмитенту. Иными

---

<sup>1</sup> Федеральный закон от 18.03.2019 № 34-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и статью 1124 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации» // Российская газета. 20.03.2019.

<sup>2</sup> Федеральный закон от 31.07.2020 N 259-ФЗ «О цифровых финансовых активах, цифровой валюте и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Российская газета. 06.08.2020.

словами, эта статья относится лишь к «классическим» криптовалютам наподобие широко распространенных Bitcoin и Ethereum.

Дискуссия о надлежащем правовом регулировании криптовалюты с самого начала велась по трем направлениям: можно условно назвать их гражданско-правовым, финансово-правовым и уголовно-правовым. Цивилистов интересовала правовая природа криптовалюты: характер прав на криптовалюту, место криптовалюты в составе объектов гражданских прав, квалификация сделок с криптовалютой, а также возможные способы защиты прав на криптовалюту. Параллельно этой дискуссии (и частично на основе выработанных в ходе нее аргументов) в 2019 г. были внесены изменения в ГК РФ, в том числе статья о «цифровых правах».

Финансово-правовая полемика была связана, в первую очередь, с применением «антиотмывочного» законодательства к криптовалюте. Обсуждалось соотношение криптовалюты и денежных суррогатов, а также перечень дозволенных и недозволенных операций с криптовалютой и потенциальные санкции за их совершение. Дискуссия велась чрезвычайно активно, в том числе в связи с давлением Группы разработки финансовых мер борьбы с отмыванием денег; ее результаты нашли отражение прежде всего в Законе «О цифровых финансовых активах».

Также с первой половины 2000-х годов стали проявляться практические сложности квалификации и расследования преступлений, связанных с криптовалютой. В частности, возникал вопрос, может ли криптовалюта быть предметом преступлений против собственности (в частности, хищения). С этим вопросом связано еще несколько — может ли непосредственно криптовалюта быть предметом отмывания денежных средств (например, считается ли отмыванием обмен преступно нажитой криптовалюты на другую криптовалюту); как установить законный способ исчисления стоимости криптовалюты для квалификации соответствующего ущерба и т.д. Подобные вопросы можно условно назвать уголовно-правовыми.

Частноправовая и финансово-правовая дискуссии по поводу криптовалюты взаимосвязаны, но шли параллельно в разных рабочих группах и с разным составом участников. «Частноправовые» рабочие группы обсуждали необходимость легализации криптовалюты и правовые средства для ее введения в оборот. Сотрудники Минфина и Росфинмониторинга, занимавшиеся финансово-правовой стороной законопроектов о криптовалюте, сосредоточились на возможных ограничениях и в целом придерживались охранительного подхода: «контролируемый оборот или полный запрет»<sup>3</sup>. В результате, как известно, в ГК РФ так и не были внесены положения о пра-

<sup>3</sup> Век крипты не видать. Минфин обновляет регулирование виртуальных валют // Коммерсантъ. 24.09.2020. № 4. С. 1.

вовом режиме криптовалюты, а Закон «О цифровых финансовых активах» в принятой редакции был дополнен ограничениями и запретами на ее оборот.

В первой части статьи я опишу частнопроводные вопросы (правовая природа блокчейна и криптовалюты, место криптовалюты в системе объектов гражданских прав; защита прав на криптовалюту). Во второй части — финансово-правовые вопросы (природа платежных средств и денежных суррогатов, возможность отмывания криптовалюты, борьба с информацией о криптовалюте). Наконец, третья часть статьи посвящена проектам и принятым на их основе нормативным актам, регламентирующим правовой режим криптовалюты в России.

Я не буду касаться уголовно-правовой проблематики, поскольку, во-первых, не обладаю достаточными знаниями и опытом в сфере уголовного права; во-вторых, моя работа не претендует на раскрытие абсолютно всех вопросов, связанных с криптовалютой в российском праве; в-третьих, по этой теме совсем недавно вышла вполне исчерпывающая статья М.И. Немовой [Немова М., 2020: 145–154].

## **1. Природа прав на криптовалюты**

### **1.1. Являются ли отношения с криптовалютой правовыми?**

Специфика блокчейна как технологии требует поставить вначале общий вопрос: а являются ли вообще правовыми отношения с криптовалютой?

Участник блокчейна может записывать информацию в блок — в частности, осуществлять все криптовалютные транзакции — лишь обладая доступом к определенному адресу. Этот доступ, в каком бы он виде ни существовал (логин и пароль, сертификат электронной подписи и т.п.), представляет собой некоторую информацию, которая имеется у участника блокчейна. Без этой информации, т.е. без доступа осуществить действия внутри блокчейна невозможно. В силу этого третье лицо не может получить доступ к криптовалюте, не имея информации-доступа, и даже суд не в силах понудить к исполнению договора, имеющего предметом перевод криптовалюты. Таким образом, специфика криптовалюты заключается в том, что ее передача осуществляется лишь посредством волеизъявления лица, имеющего доступ к блокчейну (условно назовем его «владельцем» криптовалюты). Это порождает вопрос о природе отношений по владению криптовалютой.

Поскольку криптовалюта имеет материальную ценность и используется в том числе как платежное средство, на первый взгляд отношения по владению криптовалютой кажутся вещными или, в любом случае, абсолютными. В абсолютных правоотношениях владельцу противостоит неопределенный круг

пассивно обязанных субъектов; абсолютное право защищается от любого посягательства со стороны третьих лиц. Однако применительно к криптовалюте посягательство невозможно физически. Можно ли говорить о том, что участники блокчейна обязаны воздерживаться от посягательства на права владельца криптовалюты? Вспоминая поэтичное выражение «владение... не имеет иных границ, кроме насилия третьих лиц, посягающих на эту вещь» [Скловский К., Костко В., 2018: 131], можно ли сказать, что в силу невозможности насильственного посягательства владеть криптовалютой нельзя?

Невозможность насильственного посягательства на криптовалюту позволяет некоторым исследователям говорить о некоем виде фактических отношений внутри блокчейна — возможно, новом типе общественных отношений, в отношении которого неприменимы нормы права [Савельев А., 2016: 32–59]. Это соответствует позиции некоторых немецких цивилистов, которые видят в распоряжении криптовалютой не правоотношение, а некий «реальный акт» [Федоров Д., 2018: 30].

Развивая эту точку зрения, можно прийти к тому, что законным обладателем криптовалюты будет тот, кто владеет доступом к ней — даже если сам доступ был получен неправомочно. Здесь будет уместно вспомнить дискуссию, последовавшую за взломом децентрализованного инвестиционного фонда The DAO в 2016 году [DuPont Q., 2018: 157–177]. Был похищен эквивалент порядка 50 млн. долл., что обвалило курс криптовалюты Ethereum. Однако мнения в сообществе Ethereum разделились: часть посчитала, что, раз операция злоумышленника оказалась технически осуществимой, она соответствует принципам сообщества. Масла в огонь подлило письмо от предполагаемого похитителя<sup>4</sup>, автор которого ссылался на принцип “Code is Law” («код — это закон»), провозглашенный в книге Лоуренса Лессига [Lessig L., 2006].

С другой стороны, посягательство на вещь возможно не только путем физического насилия — оно может осуществляться в результате дефектного волеизъявления владельца (обман, угрозы и т.п.) Такие посягательства возможны в отношении криптовалюты, и даже если потерпевшие вправе прибегнуть к уголовно-правовой защите<sup>5</sup>, необходим гражданско-правовой механизм восстановления первоначального положения, существовавшего до нарушения. В конце концов, праву уже известны объекты вещных прав, посягательство на которые в традиционном понимании также невозможно — космические аппараты<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Available at: <https://pastebin.com/CcGUBgDG> (дата обращения: 21.11.2020)

<sup>5</sup> См. напр.: Деньги виртуальные, а сроки реальные // Санкт-Петербургские ведомости. 08.07.2020. № 116.

<sup>6</sup> В отношении космических аппаратов доктрина признает режим недвижимого имущества, но с 2015 года он законодательно он не установлен. Законопроект «О государственной

Невозможность передачи криптовалюты без волеизъявления владельца также порождает сложности в защите права на криптовалюту. Например, криптовалюту (по крайней мере, пока) технически невозможно виндигировать<sup>7</sup>. Влияет ли такое ограничение на существование обязательства по поводу криптовалюты? [Савельев А., 2018: 36–52].

Действительно, правомочие на защиту долгое время считалось неотъемлемым атрибутом обязательства; эта точка зрения изменилась лишь в современной литературе под влиянием теории охранительных отношений [Мертвищев А., 2012: 12], в соответствии с которой даже натуральные обязательства, лишенные защиты, рассматриваются в качестве юридических отношений. При этом, в отличие от натуральных обязательств, обязательства по поводу криптовалюты не лишены судебной защиты в принципе; такая защита лишь затруднена псевдонимностью распространенных блокчейнов и невозможностью осуществить транзакцию без волеизъявления должника.

Однако криптовалюты не являются уникальным случаем предмета обязательства, который влияет на применимые средства судебной защиты. Так, понуждение к исполнению невозможно в отношении обязательств, связанных личностью должника (например, обязательство по исполнению музыкального произведения на концерте). Невозможно понудить участников общества к принятию определенного решения, даже если такая обязанность установлена корпоративным договором. В этих и других случаях предмет обязательства влияет на возможность применения тех или иных способов судебной защиты, но не отменяет самого обязательства как такового. В случае с криптовалютой интересы, которые не могут быть защищены через понуждение к исполнению договора, могут защищаться через возмещение убытков в денежной форме. Защита от кражи криптовалюты будет носить или деликтный характер (иск из причинения вреда имуществу), или кондикционный характер (иск из неосновательного обогащения) [Савельев А., 2017: 149]; [Саженов А. (b), 2018: 117–118].

## 1.2. Проблема квалификации «нематериальных вещей»

Если мы допустим наличие у владельца криптовалюты неких абсолютных прав на нее, то столкнемся с невозможностью их однозначной квалификации. Абсолютные правоотношения характерны для исключительного права и вещ-

---

регистрации прав на космические объекты» обсуждается уже несколько лет, однако в Государственную Думу до сих пор не внесен.

<sup>7</sup> По выражению А.А. Иванова, абсолютные и вещные права представляют собой «много оттенков серого» [Иванов А.А., 2019: 103–109]. Полагаю, эти «оттенки» определяются в том числе и в применении вещно-правовых способов защиты.

ных прав. Специфика правового режима интеллектуальной собственности (в частности, ее связь с творческим трудом автора) не позволяет распространить его на криптовалюту. Вещные права, в свою очередь, не могут быть распространены на нематериальный объект в силу положений континентальной правовой доктрины, признающей вещами лишь материальные (телесные) предметы.

Концепция материальности объектов вещных прав нашла свое отражение в доктрине многих европейских стран, включая Россию [Скрябин С., 2004]. Это неоднократно вызывало сложности при появлении новых объектов абсолютных прав: можно вспомнить трудности с обоснованием правовой природы интеллектуальной собственности, в новейшей истории — споры по поводу таких объектов гражданских прав, как бездокументарные ценные бумаги или электроэнергия. Вызывала и вызывает вопросы квалификация виртуальных предметов — например, имущества в онлайн-играх, доменных имен и т.п. [Рожкова М., 2020: 55].

Наличные деньги, имеющие материальную форму, в римском праве, а следом за ним в континентально-правовой доктрине всегда выделялись в качестве движимых родовых делимых непотребляемых вещей. Известные сложности возникли при квалификации безналичных денег: в отличие от наличных денег, безналичные не признаются объектами вещных прав, они определяются как права требования к банку. Эта точка зрения поддерживалась доктриной и, несмотря на отдельные возражения [Ефимова Л., 2001: 204–234], была зафиксирована в формулировках ГК РФ. В частности, ст. 128, определяющая объекты гражданских прав, прямо разделяет наличные деньги, принадлежащие владельцу на вещном праве собственности, и безналичные, на которые у него есть имущественное право требования: «К объектам гражданских прав относятся вещи (включая наличные деньги и документарные ценные бумаги), иное имущество, в том числе имущественные права (включая безналичные денежные средства, бездокументарные ценные бумаги...)». Аналогичный режим безналичных денег установлен во Франции, Германии, Великобритании [Саженов А. (b), 2018: 115].

Регулирование так называемых «электронных денег» (e-money) не повлияло на квалификацию безналичных денег, поскольку «электронные деньги» лишь фиксируют некий баланс прав участников платежной системы, но не являются отдельным объектом гражданских прав. Говоря языком закона «О национальной платежной системе», электронные деньги являются теми же денежными средствами, которые переводятся в рамках применяемых участниками форм безналичных расчетов<sup>8</sup>. Таким образом, российское законодательство относит «электронные деньги» к имущественным правам

<sup>8</sup> Ст. 3 Федерального закона от 27.06.2011 № 161-ФЗ «О национальной платежной системе» // Российская газета. 30.06.2011.

требования, которые могут быть обращены не только к банку, но и к другим участникам системы безналичных расчетов.

Итак, в существующей системе объектов гражданских прав деньги рассматриваются либо как материальные вещи (наличные деньги), либо как права требования к банкам и другим участникам финансовой системы (безналичные деньги, «электронные деньги»). Однако криптовалюта в чистом виде не укладывается ни в один из этих подходов. Характер прав на криптовалюту очевидно тяготеет к абсолютному, нежели к относительному. Исследователи неоднократно пытались обосновать относительные права на криптовалюту [Успенский М., 2017]; [Новоселова Л., 2017: 11]. Однако попытка отыскать обязанное лицо (или лиц) внутри блокчейна приводит лишь к очередным нестыковкам: например, наделять владельца криптовалюты правами требования к владельцам узлов блокчейна — это все равно, что сказать: покупая машину, вы получаете права требования ко всем автозаправкам.

На мой взгляд, право на криптовалюту — это абсолютное право особого рода (*sui generis*). Такая позиция распространена [Толкачев А., Жужжало М., 2018: 114–116]; [Ефимова Л., 2019: 22–24]. Однако ни доктрина, ни суд не могут определить за объектом абсолютное право, не предусмотренное законом — этому препятствует хотя бы принцип *numerus clausus* (перечень абсолютных прав должен быть закрытым и устанавливаться законом). Поэтому урегулирование прав на криптовалюту как абсолютного права требует описания в законе нового объекта гражданских прав — наподобие того, как установлен особый правовой режим бездокументарных ценных бумаг. Это вызывает известные трудности.

В отсутствие конкретного гражданско-правового регулирования российские суды до 2018 г. уклонялись не только от защиты прав на криптовалюту, но и даже от ее правовой квалификации. Так, в 2017 году суд в Тюменской области<sup>9</sup> не поддержал продавца биткойнов в споре против интернет-обменника: суд пришел к выводу, что интерес истца в принципе не подлежит судебной защите, поскольку предмет сделки не подпадает под определение электронных денежных средств, не является иностранной валютой и не именован в перечне объектов гражданских прав. Конечно, такая «квалификация» лишь свидетельствует о нежелании суда разрешать спор по существу.

### 1.3. Криптовалюта как (иное) имущество

Список объектов гражданских прав, установленный ст.128 ГК РФ, не является закрытым; отсутствие в нем какого-либо объекта не означает, что права на этот объект не подлежат судебной защите.

---

<sup>9</sup> Решение Рязского районного суда Рязанской области от 26.04.2017 по делу № 2-160/2017 (М-129/2017).

Формулировка ст. 128 ГК РФ оставляет суду лазейку: отнести криптовалюту к собирательной категории «имущество», не определяя ее правовую природу досконально. С 2018 г. (после «дела Царькова», которое будет описано далее) квалификация криптовалюты как имущества (без конкретизации) стала мейнстримом в судебной практике. Остановимся на этом вопросе подробнее.

Собирательная категория «имущество» в российском законодательстве часто ошибочно ограничивается правом собственности [Суханов Е., 2017: 78–79], но при этом определяет широкий перечень активов, включающий как вещные права, так и права требования. Так, именно категория имущества используется в отношении разного рода имущественных масс: конкурсной массы в процедуре банкротства («все имущество должника»<sup>10</sup>), наследственной массы («вещи, иное имущество, в том числе имущественные права и обязанности»<sup>11</sup>), совместной собственности супругов («имущество, нажитое супругами во время брака»<sup>12</sup>) и др. Раскрывая состав предприятия как имущественного комплекса, законодатель включает категорию имущества «земельные участки, здания, сооружения, оборудование, инвентарь, сырье, продукцию, права требования, долги»<sup>13</sup>.

Таким образом, включение какого-либо актива в состав «имущества» не проясняет его правовой природы, поскольку «имущество» — понятие собирательное. Поэтому отнесение криптовалюты к «имуществу» не определяет ее гражданско-правовую природу, но позволяет включить криптовалюту в гражданский оборот. Строго говоря, этого уже достаточно для защиты прав на криптовалюту как в договорных, так и в деликтных спорах — в силу принципа генерального деликта, установленного ст. 1064 ГК РФ [Федоров Д., 2018: 54].

Показательным в этом отношении является «дело Царькова», в котором суд рассматривал законность включения криптовалюты физического лица-банкрота (И.И. Царькова) в конкурсную массу. Как я указал выше, закон прямо предписывает включить в такую массу «все имущество должника» за исключением лицензий, предметов, исключенных из оборота, а также иных объектов, прямо предусмотренных Законом «О несостоятельности» (криптовалюта в нем не упоминается). Таким образом, при обнаружении у должника криптовалюты, следуя прямому указанию Закона, арбитраж-

<sup>10</sup> Ст. 131 Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // Российская газета. 26.10.2002.

<sup>11</sup> Ст. 1112 ГК РФ.

<sup>12</sup> Ст. 34 Семейного кодекса Российской Федерации // Российская газета. 19.11.1997.

<sup>13</sup> Ст. 132 ГК РФ.

ный управляющий обязан включить ее в конкурсную массу, поскольку она: 1) представляет ценность для кредиторов и 2) не исключена из оборота.

Однако суд первой инстанции поддержал должника, установив, что Царьков не обязан передавать биткойны для включения в конкурсную массу. Это решение было отменено в апелляционной инстанции, удовлетворившей требование конкурсного управляющего<sup>14</sup>. Решение апелляционного суда было аргументировано так:

по общему правилу, нормы гражданского права диспозитивны, а, следовательно, перечень объектов гражданских прав в ст. 128 ГК РФ — открытый<sup>15</sup>;

хотя ГК РФ не раскрывает понятия «иное имущество», с учетом современных реалий и уровня технологий это понятие допустимо трактовать максимально широко, в частности, включая в состав имущества криптовалюту;

в соответствии с Законом «О несостоятельности (банкротстве)», любое имущество должника, имеющее экономическую ценность для кредиторов, не может быть произвольно исключено из конкурсной массы;

принадлежность криптовалюты должнику можно доказать посредством осмотра веб-страниц, а также тем, что должник имеет фактический доступ к своему кошельку.

В результате несмотря на то, что суды в «деле Царькова» до конца не исследовали правовую природу криптовалюты, был сформулирован концептуально правильный подход: криптовалюта может выступать объектом гражданских прав даже без указания на то в законе.

#### 1.4. Судебная защита прав на криптовалюту

В России немного судебных процессов, связанных с криптовалютой, и эти одиночные решения с большой натяжкой можно назвать судебной практикой. За редкими исключениями это споры в судах первой инстанции, часто — в судах общей юрисдикции, заканчивающиеся отказами в иске. Чаще всего такие отказы возникают в связи с псевдонимностью криптовалюты, которая не позволяет отождествить владельца кошелька с участником процесса.

Так, одно из первых дел о защите сделки с криптовалютой рассмотрел АС Хабаровского края в 2016 г.<sup>16</sup> Истец пытался доказать факт совершения сдел-

---

<sup>14</sup> Постановление 9 ААС от 15.05.2018 по делу № А40-124668/2017.

<sup>15</sup> Здесь можно поспорить с судом: применим ли принцип диспозитивности, установленный ст. 1 ГК РФ («граждане... свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора...»), при определении объектов гражданских прав, включенных в оборот?

<sup>16</sup> См.: судебные акты по делам № А73-7423/2015 и № А73-6112/2015. Впоследствии дело дошло до Верховного Суда РФ, и во всех инстанциях решение краевого суда было оставлено без изменения.

ки по обмену недвижимого имущества на криптовалюту. Суд, недостаточно разобравшись в технической стороне вопроса, потребовал от истца доказательств поступления криптовалюты на территорию России и, закономерно их не получив, отказал в иске.

В деле «Тотем» суд также потребовал доказательств перевода криптовалюты к истцам от ответчика<sup>17</sup>. Истцы заявляли, что направили ему 600 тыс. руб. для приобретения криптовалюты «Тотем», после чего ответчик перестал выходить на связь. Ответчик утверждал, что завел истцам аккаунты на сайте «Тотем», как это было оговорено, и перевел криптовалюту на эти аккаунты. В первой инстанции суд принял решение в пользу истцов, вторая инстанция решила дело противоположным образом. Фактически спор свелся к тому, можно ли принимать баланс анонимного интернет-кошелька в качестве подтверждения перевода криптовалюты и на какой из сторон процесса лежит бремя доказывания. Апелляционная инстанция возложила бремя доказывания на истцов, и ответчик закономерно выиграл спор.

В похожем процессе, происходившем в Тюменской области, вопрос также остановился на подтверждении перевода криптовалюты между сторонами<sup>18</sup>. Согласно материалам дела, истец перевел средства на карту ответчика, ожидая встречного перевода криптовалюты. Однако этого не произошло, и он заявил иск о возврате неосновательного обогащения. Ответчик привел в качестве доказательства результаты нотариального осмотра аккаунта на площадке частного обмена криптовалютой, однако суд не признал их достаточным доказательством перевода криптовалюты. В результате перевод был признан неосновательным обогащением ответчика.

В приведенных нами решениях суды не оспаривали действительность сделок с объектом, не поименованным в ГК РФ, и не ставили под вопрос предоставление правовой защиты действиям, совершенным в блокчейне. Решающую роль во всех трех случаях сыграла псевдонимность адресов в блокчейне, которая не позволяет доказать факт принадлежности криптовалюты конкретному лицу. Фактически решения судов в подобных случаях зависят от того, на кого суд возложит бремя доказывания передачи (или непередачи) криптовалюты. Если, к примеру, в договоре, заключенном по поводу криптовалют, вопрос тождественности кошельков и реальных лиц будет в достаточной мере урегулирован, защита прав его сторон более чем возможна.

<sup>17</sup> Решение Ленинского районного суда Ульяновска от 13.04.2018 по делу № 1444/2018; апелляционное определение Ульяновского областного суда от 31.07.2018 по делу № 33-3142/2018.

<sup>18</sup> Решение Заводоуковского районного суда Тюменской области от 11.10.2017 по делу № 2-776/2017 (М-723/2017). Решение было обжаловано в Тюменском областном суде, который апелляционным определением от 24.01.2018 оставил жалобу без удовлетворения (дело № 33-245/2018).

Приведенные решения можно назвать хорошо проработанными по сравнению с решениями, вообще не содержащими рациональных доводов. К примеру, в деле о криптовалюте «Криптон» суд апелляционной инстанции прямо отказал истцу в защите, поскольку «действующим законодательством РФ не известен такой способ защиты права как обязаня [sic!] обеспечить возврат криптовалюты... Указанный способ защиты права не указан в статье 12 Гражданского кодекса, а, значит, не является законным способом защиты права и не может быть использован, то есть в данном конкретном случае истец лишен права на судебную защиту своих нарушенных прав»<sup>19</sup>. Полагаю, читатель разделяет мое мнение, что перечень, установленный ст. 12 ГК, не является исчерпывающим (это следует хотя бы из ст. 45 Конституции).

## **2. Деньги, денежные суррогаты, преступно нажитые средства**

### **2.1. Деньги и денежные обязательства**

Рассмотрев чисто частноправовые вопросы квалификации криптовалюты как объекта гражданских прав, перейдем к вопросам «на стыке» частного и публичного права. Прежде всего, это вопрос о легитимности использования криптовалюты в качестве платежного средства — становится ли она при этом деньгами или денежным суррогатом, и если становится, то что из этого следует?

Уникальность денег определяется их ролью всеобщего эквивалента ценности: в деньгах измеряется стоимость всех остальных вещей. Это свойство возникает как в силу экономических, так и политических причин — государство наделяет определенные вещи силой платежного средства, называя их деньгами. В наше время деньги выпускает само государство, хотя исторически существовало множество видов денег, эмитируемых частными субъектами и признанных государством — например, банковские расписки в эпоху так называемого свободного банкинга. Существует множество мнений о том, какие признаки отличают деньги от остальных вещей, в какой момент у денег возникает ценность и можно ли считать деньгами негосударственные единицы (частные деньги) [Gleeson S., 2018: 29]. В этой статье я не хочу углубляться в подобную проблематику и буду придерживаться терминологии, установленной законодательством (так называемая «государственная теория денег») [Proctor C., 2012: 15–25].

Согласно ст. 140 ГК РФ и Закону «О валютном регулировании и валютном контроле»<sup>20</sup>, категория денег включает наличные деньги и безналичные денеж-

---

<sup>19</sup> Постановление 9 ААС от 04.02.2020 по делу № А40-164942/19.

<sup>20</sup> Федеральный закон «О валютном регулировании и валютном контроле» от 10.12.2003 № 173-ФЗ // Российская газета. 17.12.2003.

ные средства. Деньгами могут быть как российские рубли (законное платежное средство в России), так и иностранная валюта. Использование иностранной валюты в качестве платежного средства на территории России допускается лишь на основании закона. Иностранная валюта эмитируется иностранными государствами или их группами (включая международные расчетные единицы); региональные и частные деньги, равно как и денежные знаки непризнанных государств<sup>21</sup> к иностранной валюте не относятся. Соответственно, криптовалюта не относится ни к деньгам, ни к платежным средствам.

Сущность категории законного платежного средства проявляется в частноправовых отношениях. Кредитор по обязательствам, предусматривающим передачу денег (т.е. по денежным обязательствам), обязан принять законное платежное средство в качестве погашения. Таким образом, законным платежным средством может быть погашено любое денежное обязательство без дополнительного волеизъявления кредитора, и именно использование законного платежного средства делает денежное обязательство денежным. Также, вне зависимости от существования обязательства, именно законное платежное средство является мерой подсчета убытков, подлежащих возмещению в результате неисполнения обязательства. Законное платежное средство также является валютой взыскания законных и договорных процентов, а также неустойки в любых обязательствах<sup>22</sup>.

Стороны договора вправе выбрать встречное предоставление по договору по своему усмотрению (п. 4 ст. 421 ГК РФ). Однако использование иностранной валюты в качестве платежного средства допускается лишь на основании закона. Если условие договора нарушает этот запрет, суд может признать его недействительным, однако это не влечет признания недействительным договора в целом (ст. 180); сумма, подлежащая оплате, подлежит пересчету в рубли на день платежа; она определяется по официальному курсу, если иной курс не установлен законом или договором (ст. 317).

При желании и в судебных актах<sup>23</sup>, и в разного рода нормативных актах<sup>24</sup> можно найти упоминание иных, не «законных» средств платежа (или платежных средств) — например, векселя. Это может породить путаницу в

---

<sup>21</sup> Перечень признанных Российской Федерацией иностранных валют установлен Общероссийским классификатором валют (ОК (МК (ИСО 4217) 003-97) 014-2000. Утверждено Постановлением Госстандарта России от 25.12.2000 № 405-ст. М., ИПК Издательство стандартов, 2001.

<sup>22</sup> П. 9 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 04.11.2002 № 70 «О применении арбитражными судами статей 140 и 317 Гражданского кодекса Российской Федерации».

<sup>23</sup> Постановление ФАС Поволжского округа от 23.07.09 № А55-18702/2008: «Вексель имеет двойственную природу: это ценная бумага и средство платежа».

<sup>24</sup> Например, в Законе «О цифровых финансовых активах», речь о котором пойдет далее, или в ст. 187 Уголовного кодекса Российской Федерации.

терминах. Стоит придерживаться текста ГК РФ, который избегает словосочетания «платежное средство» кроме как в отношении рубля (напр. «использование иностранной валюты... при осуществлении расчетов» в ст. 317), однако сам термин «платеж» применяет и к другим деньгам — например, к иностранной валюте в ст. 878 ГК. Таким образом, в гражданско-правовых отношениях предметом платежа (и денежного обязательства в целом) могут быть как рубли, так и иностранная валюта, но в любом случае это должны быть деньги<sup>25</sup>; если обязательство будет выражено не в рублях и не в иностранной валюте, а в криптовалюте, региональных или частных деньгах, его можно квалифицировать лишь как неденежное.

## 2.2. Криптовалюта — денежный суррогат?

Эмиссия денег является одной из важнейших монополий государства, поскольку позволяет получать доход от эмиссии денег и улучшать отношение долга к доходу за счет инфляции (т.е. сеньораж и инфляционный налог). Однако в период экономических кризисов, вызывающих гиперинфляцию и недостаток денег в обращении, в экономике появляются заменители денег с разной степенью ликвидности [Генкин А., 2002: 132–136]. При этом борьба с частными деньгами затруднительна, поскольку основным двигателем их создания выступает интерес экономических субъектов; другими словами, «хорошие» деньги естественным образом вытесняют «плохие» [Науек F., 1990: 41–43]. Особенно сложно бороться с частными деньгами, когда они эмитируются в электронной форме. Однако многие государства, включая наше, сохранили в законодательстве формальный запрет на выпуск денежных суррогатов, появившийся в эпоху чисто бумажных денег.

Так, в России запрет на выпуск денежных суррогатов, вызванный распространением частных денег, впервые появился в законодательстве в 1870 году. В Уложение о наказаниях уголовных и исправительных (1845) было включено дополнение к ст. 1150, запрещающее частным лицам «выпускать безыменные денежные знаки в виде марок, квитанций, ярлыков и всяких других знаков или обязательств на предъявителя, содержащие в себе обещание определенной суммы деньгами, припасами или другими предметами» [Нерсесов Н., 1889: 132–135].

В следующий раз проблема суррогатов встала в 1920-е годы, когда на фоне послевоенной разрухи распространилось хождение разного рода кооперативных денег. В результате оборот суррогатов был запрещен; акты того времени относили к таковым «ценные бумаги, которые по свойству

---

<sup>25</sup> При этом существуют различные подходы к тому, могут ли быть предметом денежного обязательства безналичные денежные средства [Башкатов М., 2006: 42–64].

своей обращаемости могут получить значение денежных знаков» — в частности, некоторые предъявительские товарораспорядительные документы [Лунц Л., 2004: §31]. И в XIX веке, и в советском законодательстве суррогаты всегда предполагали товарное или денежное обеспечение.

В середине 1990-х годов широкое распространение получили региональные денежные суррогаты, которые фактически ставили под вопрос монополию центральной власти на денежную эмиссию [Ениклопов Р., Журавская Е., Гурьев С., 2002: 14]. Вероятно, это стало причиной введения запрета на выпуск суррогатов в Конституции и в ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации»<sup>26</sup>. Статья 75 Конституции России запрещает на ее территории «введение и эмиссию» «других денег», помимо российского рубля. Статья 27 Федерального закона «О Центральном банке Российской Федерации» запрещает «введение... других денежных единиц» и «выпуск денежных суррогатов».

Ни одна из этих норм формально не дает определения денежных суррогатов и не запрещает их обращения [Саженов А. (а), 2018: 57–58]. Фактически это означает, что определение той или иной платежной единицы как денежного суррогата отдано на откуп Центральному банку [Башкатов М., 2018: 81]. Последний, несмотря на действующий с 1994 года запрет, никогда его не конкретизировал<sup>27</sup>. Тем не менее, я буду толковать эту норму телеологически — как прямой запрет на использование денежных суррогатов в обороте.

В отсутствие определения денежного суррогата разумно задать вопрос: на какие группы делит публичное право в лице Конституции и Закона «О Центральном банке» платежные средства, находящиеся в обороте: помимо «денег» и «денежных суррогатов», имеется ли иная, третья группа платежных средств?

Если придерживаться строгой дихотомии «все, что не деньги (рубли и иностранная валюта) — суть денежные суррогаты», то криптовалюты неминуемо должны быть отнесены к последним. В этом случае запрет следует трактовать как исключение денежных суррогатов из оборота нормами публичного права, и к гипотетической сделке с криптовалютой следует применить правила ст. 189 ГК РФ о ничтожности сделок: именно таковыми являются сделки, направленные на отчуждение объектов, ограниченных или исключенных из оборота<sup>28</sup>. Теоретически, поскольку речь идет о правона-

<sup>26</sup> Федеральный закон от 10.07.2002 № 86-ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России) // СЗ РФ. 2002. № 28. Ст. 2790.

<sup>27</sup> Отмечу, что в 2014 году в информационном сообщении Центральный банк процитировал норму о запрете суррогатов; речь об этом пойдет далее.

<sup>28</sup> П. 85 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

рушении, могут также применяться меры ответственности, установленные административным или уголовным законодательством, однако санкции за введение и оборот суррогатов на данный момент в КоАП РФ и УК РФ отсутствуют<sup>29</sup>.

На практике до распространения сделок с криптовалютами запрет на выпуск денежных суррогатов фигурировал в современной правоприменительной практике лишь однажды — в рамках так называемого «дела о колионах»<sup>30</sup>, в котором фигурировала частная валюта («колионы»), напечатанная типографским способом жителем Подмосковья М.Ю. Шляпниковым. С иском обратился городской прокурор Егорьевска, и 6.07.2015 Егорьевский городской суд удовлетворил иск прокурора в полном объеме; впоследствии Московский областной суд оставил жалобу Шляпникова без удовлетворения, а Верховный суд отказался рассматривать ее в порядке надзора.

Именно запрет на выпуск денежных суррогатов стал первой нормой, которой воспользовался регулятор для ограничения обращения криптовалюты в условиях правового вакуума. В январе 2014 года на сайте Центрального банка был опубликован пресс-релиз «Об использовании при совершении сделок «виртуальных валют», в частности, Биткойн»<sup>31</sup>. В документе цитировалась ст. 27 Закона «О Центральном банке», запрещающая выпуск денежных суррогатов, а граждане и юридические лица предостерегались от использования криптовалюты. Очевидно, что криптовалюта, тем более в 2014 году, занимала ничтожную долю в денежной массе и не представляли угрозы монетарной политике Центрального банка [Dabrowski M., Janikowski L., 2018: 20–26]; аргумент о «суррогатной» природе криптовалюты был использован как единственный имеющийся.

Практически сразу после выступления Центрального банка последовали заявления представителей фискальных и правоохранительных органов в том же ключе. Начался первый этап безуспешной борьбы с криптовалютой, продлившаяся до 2018 г. В частности, 25.03.2014 было принято поручение Президента № Пр-604 об установлении ответственности за использование денежных суррогатов и запрета на обращение криптовалюты. Министерство

---

<sup>29</sup> В Кодексе об административных положениях присутствует запрет «незаконного выпуска документов, удостоверяющих денежные обязательства», однако, во-первых, этот запрет с трудом применим к суррогатам – ведь они не являются деньгами, а, следовательно, отношения с их участием не являются денежными; во-вторых, эта норма неприменима к физическим лицам.

<sup>30</sup> Решение Егорьевского городского суда Московской области по делу № 2-1125/2015 (М-666/2015) от 01.07.2015; Апелляционное определение Московского областного суда от 28.09.2015 по делу № 33-23296/2015.

<sup>31</sup> Информация Банка России «Об использовании при совершении сделок «виртуальных валют», в частности, Биткойн» 27.01.2014. Available at: URL: [https://www.cbr.ru/press/PR/?file=27012014\\_1825052.htm](https://www.cbr.ru/press/PR/?file=27012014_1825052.htm) (дата обращения: 21.11.2020)

финансов в 2014–2015 годах подготовил изменения в КоАП РФ, включающие запрет на выпуск денежных суррогатов, распространение программного обеспечения, предназначенного для майнинга, и прочие подобные действия<sup>32</sup>, и изменения в УК РФ и Уголовно-процессуальный кодекс РФ<sup>33</sup>, вводящие меры уголовной ответственности за участие в обороте денежного суррогата. Законопроекты получили положительные заключения и прошли публичное обсуждение, однако так и не были переданы на рассмотрение в Правительство и, соответственно, не были внесены в Государственную Думу.

Впоследствии разработка законопроектов и связанных с ними документов была остановлена<sup>34</sup>, а Центральный банк отказался от ссылки на суррогаты в обновленном разъяснении, касающемся криптовалюты<sup>35</sup>. Криптовалюта также не была прямо отнесена к предметам, исключенным из оборота, в новой редакции Постановления Пленума ВС РФ «О судебной практике по делам о легализации (отмывании) денежных средств»<sup>36</sup>: там лишь приводится ссылка на Рекомендацию 15 ФАТФ, в соответствии с которой криптовалюту требуется трактовать как «собственность» или «активы», а не суррогат<sup>37</sup>.

Таким образом, пока криптовалюту нельзя отнести к деньгам, но ее нельзя и однозначно отнести к денежным суррогатам. Следовательно, сделки с ней имеют законную силу. Возникнет ли при заключении сделки с криптовалютой денежное обязательство, можно ли считать криптовалюту платой по сделке? Полагаю, нет. Любые ссылки на криптовалюту как «средство платежа» несостоятельны, поскольку средством платежа могут быть только деньги (законное средство платежа) или, возможно, суррогаты (*не-законное* средство платежа); иные сущности не являются платежом по определению.

<sup>32</sup> Минфин решил наказывать штрафами за использование криптовалют. Available at: URL: <https://www.rbc.ru/finances/03/10/2014/542e6389cbb20f81f002c1a2/> (дата обращения: 21.11.2020)

<sup>33</sup> За биткоины могут и срок дать. Available at: URL: <https://www.gazeta.ru/business/2015/09/25/7776605.shtml> (дата обращения: 21.11.2020)

<sup>34</sup> Минфин возвращает законопроект о денежных суррогатах на доработку. Available at: URL: <https://www.eg-online.ru/news/369011/> (дата обращения: 21.11.2020)

<sup>35</sup> Информация Банка России «Об использовании частных «виртуальных валют» (криптовалют)». 04.09.2017. Available at: URL: [https://www.cbr.ru/press/pr/?file=04092017\\_183512if2017-09-04T18\\_31\\_05.htm](https://www.cbr.ru/press/pr/?file=04092017_183512if2017-09-04T18_31_05.htm) (дата обращения: 21.11.2020)

<sup>36</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 7.07.2015 № 32 (в ред. 2019 г.) «О судебной практике по делам о легализации (отмывании) денежных средств или иного имущества, приобретенных преступным путем, и о приобретении или сбыте имущества, заведомо добытого преступным путем».

<sup>37</sup> FATF Guidance for a risk-based approach. Virtual assets and virtual asset service providers. 2019. Available at: <https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/guidance-rba-virtual-assets.html>; The FATF Recommendations. P.15, 71. Available at: <http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/> (дата обращения: 10.11.2020)

М.Б. Жужжалов и А.Ю. Толкачев, рассматривая режим «узуальных денег» (вещей, в силу обыкновения принимаемых в качестве средства платежа), предлагают считать подобные сделки меной, если оба предоставления — это вещи<sup>38</sup>, либо атипичной сделкой, если одно из предоставлений нематериально. Если стороны договариваются об альтернативном исполнении в деньгах или криптовалюте, то обязательство будет иметь «мерцающую каузу», зависящую от итогового встречного предоставления [Жужжалов М., Толкачев А., 2018: 106]. А.И. Савельев отмечает, что если должник предлагает исполнить существующее денежное обязательство не-законным платежным средством (в частности, криптовалютой), то с согласием кредитора вместо исполнения обязательства произойдет его новация, и обязательство перестанет быть денежным [Савельев А., 2017: 141–143].

Таким образом, при решении вопроса, может ли частное лицо принимать то или иное средство в качестве встречного предоставления, имеет значение, ограничено ли такое средство в обороте или нет. Противники криптовалюты приводят общий запрет выпуска денежных суррогатов, содержащийся в российской Конституции и в ФЗ «О Центральном банке...», однако он сформулирован очень неконкретно и без нормативного толкования не может применяться к криптовалюте.

### 2.3. Возможно ли «противодействие отмыванию» криптовалюты?

Итак, с точки зрения гражданского права даже нематериальный объект, не поименованный в законе, может использоваться в качестве встречного предоставления, коль скоро он не ограничен в обороте. Однако широкое распространение криптовалюты на черном рынке привело к тому, что с ней стали бороться в рамках политики ПОД/ФТ (противодействия легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма).

Архитектура международной и российской системы ПОД/ФТ предполагает в том числе мониторинг использования электронных платежей и виртуальных активов. В частности, финансовые транзакции должны сопровождаться информацией об отправителе и получателе платежа (так называемое «правило пересылки», или *«travel rule»*). При этом у организаций-посредников должна сохраняться возможность замораживать подозрительные электронные платежи<sup>39</sup>. Однако эти требования в отношении криптовалюты

---

<sup>38</sup> По российскому праву такая сделка будет считаться меной, если оба представления по сделке являются товарами (ст. 567 ГК РФ; п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 24.09.2002 № 69 «Обзор практики разрешения споров, связанных с договором мены»).

<sup>39</sup> Рекомендация № 16 из «40 рекомендаций» ФАТФ. The FATF Recommendations: International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation. FATF/OECD, 2012–2019. Available at: <http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/> (дата обращения: 10.11.2020)

в полной мере неисполнимы, поскольку, во-первых, информация об отправителях и получателях соответствующих платежей псевдонимизирована; во-вторых, участниками прямых криптовалютных транзакций не являются финансовые учреждения или иные лица<sup>40</sup>, обязанные осуществлять дополнительную проверку клиентов (прежде всего эти требования относятся к банкам и другим финансовым организациям).

В 2015, 2018 и 2019 годах Группа разработки финансовых мер борьбы с отмыванием денег (ФАТФ) выпустила дополнительные рекомендации в отношении криптовалюты. В 2015 г. государствам-членам ФАТФ (в том числе России) было указано на необходимость регулирования организаций, осуществляющих обмен криптовалюты на денежные средства. При этом отдельно отмечались риски подпольного обращения криптовалюты<sup>41</sup>. В 2018 году криптовалюты («виртуальные активы») были прямо поименованы в основополагающем документе — Рекомендациях ФАТФ. В частности, было установлено определение виртуального актива и рекомендована квалификация криптоактивов как имущества.

Наконец, в 2019 г. «правило пересылки» было окончательно распространено на криптовалюты<sup>42</sup>. Государства-члены ФАТФ начали внедрять новые правила — тем более, что «правило пересылки» было также зафиксировано в Пятой «антиотмывочной директиве» ЕС, вступившей в силу 1 января 2020 г.<sup>43</sup>

В России и Центральный банк, и Росфинмониторинг еще в 2014 году выражали беспокойство по поводу использования криптовалюты на черном рынке<sup>44</sup>. Оба тревожных сообщения предписывали организациям относиться к криптовалюте с максимальной осторожностью. Однако, во-первых, они не давали конкретных шагов для легализации криптовалютных операций; во-вторых, были изданы в сомнительной форме пресс-релизов, не имеющих определенной юридической силы. В-третьих, как сказано выше, обязанно-

---

<sup>40</sup> Такую проверку также осуществляют представители «установленных нефинансовых предприятий и профессий» — например, независимые бухгалтерские компании или дилеры драгоценных металлов (Рекомендация № 22, ст. 5–7.1 Федерального закона от 07.08.2001 № 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма» // Российская газета. 07.08.2011).

<sup>41</sup> FATF Guidance for a risk-based approach. Virtual currencies. 2015. Available at: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Guidance-RBA-Virtual-Currencies.pdf> (дата обращения: 10.11.2020)

<sup>42</sup> FATF Guidance for a risk-based approach. Virtual assets and virtual asset service providers...

<sup>43</sup> Directive (EU) 2018/843 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018. PE-CONS 72/1/17. Available at: <http://data.europa.eu/eli/dir/2018/843/oj> (дата обращения: 10.11.2020)

<sup>44</sup> Информация Банка России «Об использовании при совершении сделок «виртуальных валют», в частности, Биткойн» от 27.01.2014; Информационное сообщение Росфинмониторинга «Об использовании криптовалют» 06.02.2014. Available at: URL: <http://www.fedsfm.ru/news/957> (дата обращения: 21.11.2020)

сти по ПОД/ФТ распространяются не на всех без исключения предпринимателей и организации; перечень таких субъектов приведен в ст. 5–7.1 Закона «О противодействии легализации».

Следовательно, если, к примеру, две организации заключают сделку с передачей криптовалюты — например, поставку товара за биткойны — информация о такой сделке просто не попадет в финансовую систему, поскольку денежные переводы не производятся, а отдельного обязательства сообщать о подобных сделках у организаций нет. Собственно говоря, пока криптовалюта отсутствует в стандартах бухгалтерского учета, она не рассматривается как часть активов организации. Можно ли тогда говорить, что сделку с криптовалютой совершает организация, а не ее сотрудник как независимое физическое лицо?

Рекомендации ФАТФ 2015–2019 гг. содержательно почти не повлияли на российское право, если не считать описанных «информационных сообщений». В преддверии очередного раунда взаимной оценки ФАТФ Верховный суд Российской Федерации в 2019 г. формально исполнил рекомендации, признав криптовалюту средством совершения преступлений: она была прямо названа в постановлении Пленума «О судебной практике по делам о легализации (отмывании) денежных средств»<sup>45</sup>. Однако этого явно было недостаточно: в рамках риск-ориентированного подхода, принятого ФАТФ, необходимо в любом случае определить сущность криптовалюты и регламентировать ее оборот (в том числе как платежного средства по операциям физических лиц)<sup>46</sup>. ФАТФ продолжала требовать включить криптовалюты в российское законодательство<sup>47</sup>, что в конечном счете привело к принятию летом 2020 г. Закона «О цифровых финансовых активах» в редакции, содержащей криптовалюты.

#### 2.4. Борьба с криптовалютой в порядке общего надзора

Однако отсутствие нормативного запрета на оборот криптовалюты не остановило надзорные органы. На совещании в Генеральной прокуратуре Российской Федерации были выработаны общие аргументы против использования криптовалют — они «являются денежными суррогатами... отсутствие обеспеченности реальной стоимостью... собственники [*sic!*] крипто-

---

<sup>45</sup> ФАТФ сдержанно оценила эту новеллу: см. Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures Russian Federation Mutual Evaluation Report. FATF, 2019. Available at: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer4/Mutual-Evaluation-Russian-Federation-2019.pdf> (дата обращения: 10.11.2020)

<sup>46</sup> FATF Guidance for a risk-based approach. Virtual assets and virtual asset service providers. 2019. P. 19–20.

<sup>47</sup> Принятие закона о цифровых финансовых активах «повисло» из-за требований ФАТФ. 21.05.2019. Available at: URL: <https://tass.ru/ekonomika/6452798> (дата обращения: 21.11.2020)

валют на сегодняшний день лишены... защиты своих интересов в судебном и административном порядке»<sup>48</sup>. После этого прокуратурами в различных регионах была начата кампания давления на предпринимателей, применяющих криптовалюту.

Независимо от региона действия надзорного органа проходили по одному сценарию: инициировалась проверка соблюдения законодательства в сфере денежно-кредитной политики, в ходе которой предпринимателям поступало требование явиться в прокуратуру для объяснений<sup>49</sup>. По результатам проверки направлялось предостережение о недопустимости нарушения законодательства; после этого предприниматели обычно прекращали работу с криптовалютой<sup>50</sup>. Однако в некоторых случаях предпринимались дополнительные меры: к проверкам привлекалась налоговая служба<sup>51</sup>, а также изымалось оборудование, «предположительно используемое для нарушения закона», на длительные сроки<sup>52</sup>.

Прокуратура также использовала такой способ давления, как блокировка интернет-сайта, содержащего запрещенную к распространению информацию. Сама возможность блокировки сайта допускается ст. 15.1 Закона «Об информации»<sup>53</sup>, согласно которой, если суд признает информацию на сайте «информацией, распространение которой в Российской Федерации запрещено», Роскомнадзор вносит сайт в специальный реестр, который направляется провайдером для блокировки. Российское законодательство до 2020 г. не содержало запрета на распространение информации о криптовалюте, равно как и не была предусмотрена ответственность за распространение подобной информации. Однако это не мешало прокуратуре добиваться блокировки сайтов в судах.

В силу того, что блокировка сайтов в данном случае осуществлялась в судебном порядке, можно подсчитать количество блокировок на основании опубликованных судебных решений. По самой скромной оценке, с 2016 года

---

<sup>48</sup> В Генеральной прокуратуре Российской Федерации состоялось совещание о правомерности использования анонимных платежных систем и криптовалют 06.02.2014. Available at: URL: <http://www.genproc.gov.ru/smi/news/genproc/news-86432/> (дата обращения: 21.11.2020)

<sup>49</sup> Новосибирская прокуратура не одобрила пиво за криптовалюту 06.08.2017; Фермерский кооператив LavkaLavka вызвали в прокуратуру из-за приема биткоинов // Коммерсантъ. 10.08.2017.

<sup>50</sup> См. напр.: Прокуратура объявила предостережение директору автосалона, который разместил в Интернете объявление о продаже автомобиля за 55 «биткоинов» // Прокуратура Красноярского края. 13.12.2017.

<sup>51</sup> Прокуратура начала проверку терминалов по продаже криптовалюты в Казани // РБК. 16.11.2017.

<sup>52</sup> С подачи ЦБ: как в России начали изымать криптоматы // РБК. 01.09.2018.

<sup>53</sup> Федеральный закон от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» // Российская газета. 29.07.2006.

прокуратура потребовала заблокировать более 100 сайтов, разместивших информацию о продаже криптоактивов. Одно из знаковых дел такого рода, дошедшее до Верховного суда — дело сайта «Bitcoininfo»<sup>54</sup>, заблокированного 12 января 2017 года по запросу прокурора Выборгского района Санкт-Петербурга. Суд обосновал свое решение тем, что сайт распространяет информацию о денежном суррогате — криптовалюте «биткойн», децентрализованном виртуальном средстве платежа и накопления, не обеспеченном реальной стоимостью. В случае «Bitcoininfo» владельцы сайта смогли отменить решение, доказав, что к делу не были привлечены заинтересованные лица (администратор доменного имени), однако само отнесение информации о криптовалюте к незаконной не обсуждалось.

Отмена судебного решения по подобным делам — скорее исключение, чем правило. Хотя в период активного обсуждения законодательства о криптовалюте в 2018–2019 годах наблюдалось некоторое снижение количества блокировок и даже отказы прокуратуры от исков<sup>55</sup>, сайты с информацией о криптовалюте продолжают блокироваться<sup>56</sup>.

### **3. Долгожданная легализация криптовалют**

#### **3.1. «Цифровые деньги» в проекте изменений в ГК РФ**

С 2018 года на фоне теоретических споров законодатель начал предпринимать усилия, чтобы определить криптовалюты в законодательстве. В Государственную думу был внесен законопроект «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации»<sup>57</sup>, предполагающий дополнение кодекса категориями «цифровых прав» и «цифровых денег», по сути, означавшими блокчейн-токен и криптовалюту.

Законопроектом предполагалось ввести в ГК РФ новый тип имущественных прав — «цифровые права». Эти права, по существу, означают «цифро-

---

<sup>54</sup> Решение Выборгского районного суда города Санкт-Петербурга от 18.07.2016 по делу № 2-10119/2016 (М-9635/2016); Апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 13.02.2017 по делу № 33а-2537/2017.

<sup>55</sup> См. напр.: Решение Куйбышевского районного суда г. Омска от 24.07.2018 по делу № 2а-2861/2018; заявление прокуратуры г. Омска от 07.05.2019 №8-03-2019/6769.

<sup>56</sup> См. напр.: Решение Няндомского районного суда Архангельской области от 04.02.2020 по делу № 2а-125/2020; Решение Анапского городского суда Краснодарского края от 28.02.2020 по делу № 2а-637/2020.

<sup>57</sup> Законопроект № 424632-7 «О внесении изменений в части первую, вторую и статью 1124 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации (о цифровых правах)». Available at: URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/424632-7> (дата обращения: 10.11.2020)

вой код», который «удостоверяет права на объекты гражданских прав» и существует «в информационной системе, отвечающей... признакам децентрализованной информационной системы». Обязательным условием наличия цифрового права является возможность «обеспечить лицу, имеющему уникальный доступ к этому цифровому коду... возможность в любой момент ознакомиться с описанием соответствующего объекта гражданских прав». Обладателем цифрового права признается «лицо, имеющее уникальный доступ к... цифровому коду..., позволяющий совершать действия по распоряжению цифровым правом».

Важно, что цифровое право не предполагалось правом в традиционном смысле: это код, удостоверяющий другое, «традиционное» право — вещное, обязательственное, корпоративное и т.п. Поскольку обладателем цифрового права считается лицо, обладающее доступом, то решается и проблема, о которой я писал в разделе 2.1: сохраняется логика информационной системы, в которой «право» действует, пока у владельца есть доступ.

Кроме того, обращаю внимание читателя на такие признаки цифрового права, как существование в распределенной системе, а также публичность доступа к реестру цифровых прав. Эти признаки позволяли ограничить цифровые права открытыми распределенными реестрами, хотя определение и дано в духе технологической нейтральности (реестры не обязательно должны работать на блокчейне).

Предложенное определение «цифрового права» распространялось только на тот «цифровой код» (токен), который удостоверяет другое, традиционное право. Поэтому для урегулирования криптовалюты потребовалась отдельная статья, и она была предусмотрена проектом — статья «Цифровые деньги». К таким деньгам относился цифровой код, существующий аналогично цифровым правам в распределенной системе, но, в отличие от них: 1) «не удостоверяющий право на какой-либо объект гражданских прав» и 2) используемый «для осуществления платежей».

Таким образом, криптовалюта определена от противного. Деньги были предъявительской ценной бумагой, пока с отменой золотого стандарта не утратили все права «из бумаги» [Лунц Л., 1948: 162—165], — по этой же логике цифровые деньги были описаны как цифровые права, не удостоверяющие никаких прав. Это определение, обладая определенной парадоксальной элегантностью, имеет ряд недостатков. Во-первых, само наличие определений от противного часто свидетельствует о том, что автор не смог уловить сути того или иного явления<sup>58</sup>. Во-вторых, оно позволяет отнести к криптовалютам

<sup>58</sup> Вспоминается платоновское определение человека как двуногого существа без перьев, которому Диоген Синопский с блеском противопоставил аргумент в виде ощипанного петуха [Диоген Лаэртский, 1986: 40].

ным любые токены, не предполагавшие понятного права требования — например, токены, дающие право на получение криптовалюты в будущем, по этой логике также являются криптовалютой, если используются в неопределенной деятельности по «осуществлению платежей». При этом под определение цифровых денег не подходят, например, обеспеченные криптовалюты, поскольку они предоставляют своим обладателям определенные права (хотя и весьма условные).

В первой редакции изменений также устанавливалось, что цифровые деньги могут использоваться «в качестве платежного средства» «в случаях и на условиях, установленных законом», — в этом случае к их обороту по аналогии применяются нормы о цифровых правах. Это определение вызвало вопросы: во-первых, из-за использования некорректной категории неденежного платежного средства (см. разд. 3.1). Во-вторых, если цифровые деньги могут использоваться как платежное средство только в отдельных случаях, в каком качестве они используются в остальное время — как имущество, как цифровые права или как объект, ограниченный в обороте?

### **3.2. «Цифровые права». Итоговая редакция ГК РФ без криптовалют**

К сожалению, в принятой редакции из законопроекта были исключены наиболее спорные нормы — в частности, статья о «цифровых деньгах», равно как и ряд других положений. Статья о «цифровых правах» (141.1) сохранилась, но в измененном варианте. В принятой редакции статьи цифровые права — это «названные в таком качестве в законе обязательственные и иные права, содержание и условия осуществления которых определяются в соответствии с правилами информационной системы, отвечающей установленным законом признакам». При этом «обладателем цифрового права признается лицо, которое в соответствии с правилами информационной системы имеет возможность распоряжаться этим правом».

Видно, что формулировка изменилась по сравнению с первоначальным вариантом. После долгих безрезультатных дебатов, касающихся «цифрового кода» и «цифрового обозначения», из определения были исключены все признаки распределенного и публичного реестра. Важно, что цифровое право больше не удостоверяет другие права, а фактически является формой, в которой создаются новые обязательственные и иные права [Санникова Л., 2019: 84]. Отсутствие конкретики в определении этих «иных» прав позволило некоторым ученым сделать вывод даже о том, что в форме цифровых прав может выпускаться криптовалюта [Ефимова Л., 2019: 23] — хотя, как стало понятно с принятием Закона «О цифровых активах», это не так.

В принятой редакции изменений сохранилась первоначальная концепция «цифровое право — это доступ», соответствующая логике информационных

систем и исключая вероятность ситуации «доступа нет, но право есть». При этом норма стала четырехжды бланкетной — ее дополнили двумя ссылками на будущие законы и двумя ссылками на правила информационных систем. Обязательность указания цифровых прав в законе позволяет говорить о легалитете цифровых прав. Первым из принятых в развитие ст. 141.1 законов стал Закон «О привлечении инвестиций с использованием инвестиционных платформ»<sup>59</sup>, предусмотревший «утилитарные цифровые права».

Вместе с цифровыми правами в ГК РФ были также внесены изменения в ст. 128 об объектах гражданских прав. Ее новая формулировка «иное имущество, в том числе имущественные права (включая безналичные денежные средства, бездокументарные ценные бумаги, цифровые права)» позволяет сделать вывод, что цифровые права относятся к имущественным правам в составе имущества, однако не относятся к вещам. В таком случае цифровые права могут удостоверить и обязательственные, и корпоративные, и даже исключительные права в зависимости от того, что будет установлено в специальном законодательстве.

### **3.3. «Цифровая валюта» в Законе «О цифровых финансовых активах»**

В июле 2020 года принят законопроект «О цифровых финансовых активах...», разработанный с 2017 года<sup>60</sup>. К предмету Закона, в частности, отнесены «отношения, возникающие при обороте цифровой валюты в Российской Федерации» (ст. 1). 1 января 2021 г. криптовалюта в России наконец получит определенный правовой режим.

В первоначальном законопроекте предлагалось определить криптовалюты через описание технологии их создания и функционирования. Этот подход критиковался учеными и практиками [Санникова Л., 2019: 82], и в результате разработчики от него отказались. Мы не будем исследовать первоначальную версию законопроекта «О цифровых финансовых активах» и перейдем непосредственно к принятой редакции.

Согласно принятой редакции Закона, «цифровой валютой» признается «совокупность электронных данных (цифрового кода или обозначения), содержащихся в информационной системе, которые предлагаются и (или) могут быть приняты в качестве средства платежа... и (или) в качестве инвестиций и в отношении которых отсутствует лицо, обязанное перед каждым обладателем таких электронных данных...» (ч. 3 ст. 1). Таким образом,

<sup>59</sup> Федеральный закон от 02.08.2019 № 259-ФЗ «О привлечении инвестиций с использованием инвестиционных платформ и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» / Российская газета. 07.08.2019.

<sup>60</sup> Цифру ограничили суммой. Минфин расписал правила размещения токенов в России // Коммерсантъ. 27.12.2017.

цифровая валюта обладает следующими признаками — это: 1) совокупность электронных данных, 2) обладатель которой не получает прав требования к третьим лицам и 3) которую можно использовать в качестве средства платежа или для инвестиций. Разберем каждый признак по очереди.

Криптовалюта — это «совокупность электронных данных». Закон намеренно не относит криптовалюту к цифровым правам; очевидно, такое решение позволило не разрешать вопрос гражданско-правовой природы криптовалюты. Таким образом, правовая природа «совокупности электронных данных» остается неопределенной.

В качестве паллиативного решения прямо перечислены сферы законодательства, в которых криптовалюту следует считать имуществом. Это публично-правовые и процессуальные институты: антиотмывочное законодательство (ст. 17 Закона), антикоррупционное законодательство (ст. 22, 24–25), исполнительное производство (ст. 21), а также конкурсная масса (ст. 19). Для остальных случаев природа криптовалюты не определена: она не включена в число объектов гражданских прав согласно ст. 128 ГК РФ, в состав совместно нажитого имущества супругов (ст. 34 СК РФ) или в определение наследственной массы (ст. 1112 ГК РФ). Это оставляет судам лишь возможность толкования по аналогии.

Второй признак криптовалюты и ее отличие от цифровых прав (токенов) — обладатель криптовалюты не получает вместе с ней обязательств со стороны третьих лиц. Сделано исключение лишь для «оператора и (или) узлов информационной системы», которые обязаны вносить данные в информационную систему. На мой взгляд, здесь эту оговорку законодатель мог и не вносить — к действиям узлов распределенного реестра вообще неприменим термин «обязательство» хотя бы потому, что функционирование системы осуществляется без волеизъявления отдельных участников, и мы не можем понудить, к примеру, узел реестра записать или, наоборот, не записывать отдельную транзакцию в блок. Говорит об «обязательствах» узлов сети к ее участникам — означает искать относительные права там, где их нет.

Наконец, третий признак криптовалюты — ее можно использовать в качестве «средства платежа» или «инвестиций». Оба этих термина имеют крайне неопределенный характер. О противоречивости понятия «средство платежа», когда речь не идет о законном средстве платежа, я уже писал в разд. 3.1. Что же касается инвестиций, то к ним российское законодательство позволяет отнести практически любые активы: так, Закон «Об инвестиционной деятельности»<sup>61</sup> определяет инвестиции как вложение в объекты

---

<sup>61</sup> Федеральный закон от 25.02.1999 № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений» // Российская газета. 04.03.1999.

предпринимательской и иной деятельности «в целях получения прибыли и (или) достижения иного «полезного эффекта» (ст. 1).

Следовательно, в совокупности под эти признаки — средство платежа и средство инвестиций — попадают многие нематериальные активы. К ним можно отнести, в частности, безналичные деньги; поэтому законодатель отдельно уточнил в ч. 3 ст. 1, что безналичные рубли и иностранная валюта цифровыми деньгами не являются.

Хотя криптовалюта в ст. 1 Закона определена как то, что можно принимать в качестве средства платежа, такое использование далее запрещено. В ст. 14 установлен запрет для российских резидентов (как физических, так и юридических лиц) принимать криптовалюту «в качестве встречного предоставления за... товары... работы... услуги или [в качестве — Р.Я.] иного способа, позволяющего предполагать оплату цифровой валютой товаров (работ, услуг)». Очевидно, этой нормой планируется ограничить использование криптовалюты в коммерческом обороте. При этом обмен одной криптовалюты на другую, равно как и использование криптовалюты для расчетов по иным сделкам (например, оплата криптовалютой лицензионного договора, покупка ценных бумаг или внесение криптовалюты в имущество юридического лица) по букве нового закона не запрещены.

Также п. 7 ст. 14 устанавливает запрет на распространение информации об оплате товаров, работ и услуг криптовалютой. Это позволит продолжить кампанию по блокировкам сайтов, содержащих информацию о криптовалюте — сейчас, как я писал в разд. 2.4, такие блокировки осуществляются без законных оснований.

### **3.4. Ограничение права на судебную защиту**

Рассмотрим также два важных ограничения, установленные новым Законом: это отказ в судебной защите для обладателей незадекларированной криптовалюты и запрет на информацию об оплате товаров, работ и услуг криптовалютой.

Беспрецедентная норма ч. 6 ст. 14 устанавливает, что требования резидентов, «связанные с обладанием цифровой валютой, подлежат судебной защите только при условии информирования ими о фактах обладания цифровой валютой и совершения гражданско-правовых сделок и (или) операций с цифровой валютой в порядке, установленном законодательством Российской Федерации о налогах и сборах». Другими словами, резиденты вправе предъявлять в суд требования, связанные с криптовалютой, только если доказали, что криптовалюта была задекларирована.

Эта норма вызывает целый ряд вопросов, как теоретического, так и практического характера. Во-первых, сомнительна сама конструкция выбороч-

ного отказа от права на обращение в суд. Конституция (ст. 19, 46) гарантирует равенство прав перед законом и судом, а также право каждого на судебную защиту. Нормы Конституции согласуются со ст. 2 Международного пакта о гражданских и политических правах (1966), который обязывает государства-участники обеспечивать любому лицу эффективные меры защиты нарушенных прав без какого бы то ни было различия<sup>62</sup>. В этом отношении установление различных прав на обращение в суд для резидентов и нерезидентов противоречит Конституции России.

Во-вторых, сомнительна конструкция отказа в защите права на имущество по мотивам неисполнения налоговой обязанности, связанной с этим имуществом. Налоговые обязательства возникают и исполняются независимо от гражданских, и даже совершение налогового правонарушения не может лишить нарушителя права на защиту — тем более в ситуации, когда уплата налога не относится к предмету спора. Права на определенные активы могут быть полностью лишены судебной защиты — например, если эти активы исключены или ограничены в обороте. Однако некорректно ставить право на гражданско-правовую защиту в зависимость от исполнения публично-правовых обязанностей, связанных с активом.

Напрашиваются аналогии с другими возможными ограничениями прав и свобод, которые напрямую не связаны с предметом нарушения. И если ограничение выезда за границу для неплательщиков (ст. 67 Закона «Об исполнительном производстве»<sup>63</sup>) еще можно трактовать как меру обеспечения исполнения решения суда (должник может скрыться от исполнения решения суда за пределами российского правового порядка), то запрет на управление транспортным средством (ст. 67.1 того же Закона) очевидно является мерой косвенного принуждения и по своему характеру напоминает меру ответственности — создание негативных последствий для должника, что должно понудить его самостоятельно исполнить решение суда [Гальперин М., 2018: 16]. Конституционность этих норм уже неоднократно оспаривалась<sup>64</sup>.

Однако отказ в судебной защите по ряду критериев отличается даже от этих мер. Во-первых, ограничение права на судебную защиту, в отличие от ограничения специальных прав, в принципе недопустимо в силу ст. 56 Конституции. Во-вторых, ограничения, предусмотренные Законом «Об исполнительном производстве», накладываются на основании судебного ре-

---

<sup>62</sup> Международный пакт о гражданских и политических правах (принят 16.12.1966 Резолюцией 2200 (XXI) на пленарном заседании Генеральной Ассамблеи ООН) // United Nations Treaty Series. Vol. 999. P. 225–240.

<sup>63</sup> Федеральный закон от 2.10.2007 № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» // Российская газета. 06.10.2007.

<sup>64</sup> Определения Конституционного Суда РФ от 03.07.2014 № 1561-О, №1563-О.

шения. Чтобы ограничить права должника, недостаточно невыполнения каких-либо обязательств (например, алиментных); необходимо также решение суда, подтверждающее этот факт, и наличие исполнительного листа. Однако Закон «О цифровых финансовых активах» не требует установления факта налогового правонарушения, чтобы отказать в защите: достаточно лишь отсутствия доказательства, что истец выполнил все свои обязанности. Это совершенно иной подход, который требует от должника подтверждать свое право на обращение в суд. При этом суд фактически обременяется не собственными ему обязанностями налогового контроля.

Можно предположить, что декларирование криптовалюты позволит устанавливать ее владельца и решать таким образом проблему отождествления криптовалютного кошелька и его обладателя, о которой я писал в разд. 2.5. Однако в текущей формулировке ст. 14 Закона «О цифровых финансовых активах» предоставляет различный объем прав на гражданско-правовую защиту в зависимости от статуса налогоплательщика, а также исполнения им публично-правовой обязанности. Это явно противоречит Конституции России, а также обременяет суд не собственными ему функциями.

## **Заключение**

С момента первых публикаций в российской юридической прессе криптовалюты из узкой и малоприменимой темы стали практически мейнстримом; в крупных журналах выходили целые номера, посвященные проблематике цифровых активов. Однако важно не только то, какую пищу для ума новый феномен дал ученым; важно и как показало себя государство, т.е. законодатель, в работе. На фоне споров теоретиков и практиков российский законодатель с 2014 по 2020 годы прошел все стадии отношения к криптовалюте по известной модели Элизабет Кюблер-Росс: от отрицания до принятия. Какие выводы можно сделать по итогам этого процесса?

Регулятор и другие ведомства (в первую очередь Минфин) предсказуемо сосредоточились на запретительной повестке. Запретительных законопроектов было написано значительно больше, чем либеральных, и в итоге именно в запретительном русле криптовалюта и была урегулирована. При этом ограничение оборота криптовалюты в России в целом соответствует политики «герметизации» мировой финансовой системы, проводимой ФАТФ.

Поскольку среди органов государственной власти сложился запретительный консенсус по поводу криптовалюты, за время разработки и обсуждения соответствующих нормативных актов полноценный политико-правовой анализ не проводился, рынок (существующий и потенциальный) не оценивался, и альтернативные варианты официально не рассматривались. Каким

целям, с точки зрения политики права, послужит полный запрет целой группы экономических отношений — использования криптовалюты в качестве средства оплаты? Позволит ли этот запрет защитить права граждан, инвесторов, предпринимателей? Как он поможет защитить права кредиторов, обеспечит исполнимость контрактов, в том числе трансграничных?

При этом надо понимать, что с принятием поправок в ГК РФ и в ФЗ «О цифровых финансовых активах» миссия Минфина еще не закончена — на повестке как минимум установление санкций за нарушения нового законодательства. В частности, нас ждут изменения в Налоговый кодекс, Уголовный кодекс и Кодекс об административных правонарушениях<sup>65</sup>. Поэтому, вероятно, нас ждут новые обязанности и запреты в сфере выпуска и оборота криптовалют.

Законодатель показал себя чрезвычайно неповоротливым, когда дело дошло до законотворчества — консолидации разнородных групп интересов и выработки компромиссных позиций, построению гипотез и их проверке на основании эмпирических данных. Сверхактуальные изменения в ГК РФ (итоговым объемом в три страницы) разрабатывались и принимались около года (разработка в начале 2018 г., первая публикация в марте, принятие — март 2019 г.); более подробный Закон «О цифровых финансовых активах» находился в разработке почти три года (Поручение Президента № Пр-2132 — октябрь 2017 г., первая публикация — декабрь 2017 г., принят в июле 2020 г.). Для сравнения: княжество Лихтенштейн разработало образцовый Закон о блокчейне (общий объем которого с сопроводительными материалами приближается к 200 страницам) без малого за два года (ноябрь 2016–август 2018 гг.)<sup>66</sup>. При этом я не касаюсь за пределами низкого уровня законотворческой техники в наших законопроектах: например, изменения в ГК РФ в принятой редакции вносились в «части» (а не пункты) статей ГК РФ.

Суды за редкими исключениями (дело Царькова, дело Bitcoininfo) не проявили активной роли в прояснении правовой природы криптовалюты и смежных вопросов. Вкупе с молчанием законодателя это привело к тому, что так и не были разрешены принципиальные вопросы доктрины — какова правовая природа виртуального имущества в контексте ст. 128 ГК РФ, какой надлежащий способ защиты прав на него и т.п. Квалификацию криптовалюты как «иного имущества» нельзя назвать иначе как паллиативной, и отсутствие четкого решения проблемы приведет нас к новым проблемам в будущем.

---

<sup>65</sup> Минфин России разработал пакет законопроектов по цифровой валюте. 11.11.2020. Available at: URL: [https://minfin.gov.ru/ru/press-center/?id\\_4=37278](https://minfin.gov.ru/ru/press-center/?id_4=37278) (дата обращения: 21.11.2020)

<sup>66</sup> См.: Blockchain Act / Impuls Liechtenstein, 2019. Available at: <https://impuls-liechtenstein.li/en/blockchain-act-liechtenstein/> (дата обращения: 21.11.2020)

Нам же, исследователям, пора, как говорится, сделать глубокий вдох и перейти к обсуждению новых вопросов правового режима криптовалюты и криптоактивов — об использовании цифровой валюты и цифровых активов в отдельных сделках, о порядке обмена и декларирования цифровых активов, о значении записи в распределенном реестре в соотношении с действующим регулированием публичных реестров и о защите прав на цифровые активы. Пожалуй, обсуждение вопросов природы прав на криптовалюту и места криптовалюты в системе гражданских прав можно считать завершившимся.



## Библиография

- Алдошкина А.Д. Numerus Clausus имущественных прав // Вестник гражданского права. 2020. №4. С. 45–93.
- Башкатов М.Л. Догматическая конструкция законного средства платежа // Вестник гражданского права. 2006. № 2. С. 42–64.
- Башкатов М.Л. Современная теория денег с точки зрения классической германской догматики: генезис и современные вызовы / Гражданское право: современные проблемы науки, законодательства, практики. М.: Статут, 2018. С. 42–81.
- Гальперин М.Л. Исполнительные действия — меры ответственности? // Lex russica. 2018. № 3. С. 9–22.
- Генкин А.С. Частные деньги: история и современность. М.: Альпина, 2002. 518 с.
- Ениколопов Р., Журавская Е., Гуриев С. Бюджетный федерализм в России: сценарии развития. М.: ЦЭФИР, 2002. 34 с.
- Ефимова Л.Г. Банковские сделки: право и практика. М.: НИМП, 2001. 654 с.
- Ефимова Л.Г. Криптовалюты как объект гражданского права // Хозяйство и право. 2019. № 4. С. 17–25.
- Жужжалов М.Б. Блокчейн и международно-правовой режим деятельности в киберпространстве // Правоведение. 2019. № 1. С. 62–96.
- Иванов А.А. Много оттенков серого: Абсолютные и относительные права (цифровая практика и немного теории) // Закон. 2019. № 5. С. 103–109.
- Лунц Л.А. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве. М.: Статут, 2004. 350 с.
- Лунц Л.А. Денежное обязательство в гражданском и коллизионном праве капиталистических стран. Ученые труды. Вып. 14. М.: Юрид. изд-во МЮ СССР, 1948. 215 с.
- Мертвищев А.В. Натуральные обязательства в российском гражданском праве: Автореф. дис. ... к.ю.н. Екатеринбург, 2012. 25 с.
- Немова М.И. Криптовалюта как предмет имущественных преступлений // Закон. 2020. № 8. С. 145–154.
- Нерсесов Н.О. О бумагах на предъявителя с точки зрения гражданского права. М.: Университет, 1889. 188 с.
- Новоселова Л.О. О правовой природе биткоина // Хозяйство и право. 2017. № 9. С. 3–16.

О жизни, учениях и изречениях знаменитых философов. Диоген Лаэртский. М.: Мысль, 1986, 572 с.

Рожкова М.А. Имущественные права на новые нематериальные объекты в системе абсолютных прав / Право цифровой экономики-2020: ежегодник-антология. М.: Статут, 2020. С. 5–79.

Рыбалов А. О.*Lura in re: numerus clausus vs numerus apertus*. Вестник гражданского права. 2018. №7. С. 144–162.

Савельев А.И. Криптовалюты в системе объектов гражданских прав // Закон. 2017. № 8. С. 136–153.

Савельев А.И. Некоторые риски токенизации и блокчейнизации гражданско-правовых отношений // Закон. 2018. № 2. С. 36–52.

Савельев А.И. Договорное право 2.0: «умные» контракты как начало конца классического договорного права // Вестник гражданского права. 2016. № 3. С. 32–59.

Саженов А.В. (а) Криптовалюты и денежные суррогаты: аспекты соприкосновения и разъединения понятий // Предпринимательское право. 2018. № 1. С. 57–60.

Саженов А.В. (b) Криптовалюты: дематериализация категории вещей в гражданском праве // Закон. 2018. № 9. С. 106–121.

Санникова Л.В., Харитонов Ю.С. Цифровые активы. М.: Принт, 2020. 304 с.

Санникова Л.В. Цифровые эксперименты российского законодателя // Имущественные отношения в РФ. 2019. № 12. С. 80–89.

Скловский К.И., Костко В.С. О понятии вещи. Деньги. Недвижимость // Вестник экономического правосудия РФ. 2018. № 7. С. 115–143.

Скрябин С. В. Вещь как объект гражданских прав: некоторые теоретические проблемы // Юрист. 2004. № 6. С. 34–39.

Суханов Е.А. Вещное право. М.: Статут, 2017. 560 с.

Толкачев А.Ю., Жужжалов М.Б. Криптовалюта как имущество — анализ текущего правового статуса // Вестник экономического правосудия РФ. 2018. № 9. С. 91–135.

Успенский М. Легитимный биткоин. Available at: URL: [https://zakon.ru/blog/2017/12/13/legitimnyj\\_bitkoin](https://zakon.ru/blog/2017/12/13/legitimnyj_bitkoin) (дата обращения: 02.11.2020)

Федоров Д.В. Токены, криптовалюта и смарт-контракты в отечественных законопроектах с позиции иностранного опыта // Вестник гражданского права. 2018. № 2. С. 30–74.

Dabrowski M., Janikowski L. Virtual currencies and central banks monetary policy: challenges ahead. Brussels: European Parliament, 2018. 33 p.

DuPont Q. Experiments in Algorithmic Governance / Bitcoin and Beyond: Cryptocurrencies, Blockchains, and Global Governance. M. Campbell-Verduyn, ed. L.: Routledge, 2018, pp. 157–177.

The Experience of Free Banking. K. Dowd, ed. L.: Routledge, 2002, pp. 7–47.

Gleeson S. Legal concept of money. Oxford: OUP, 2018. 256 p.

Hayek F. Denationalization of Money. L.: Institute of Economic Affairs, 2018. 144 p.

Lessig L. Code. N.Y.: Basic Books, 2006, 410 p.

Merrill T., Smith H. Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle // Yale Law Journal. 2000, issue 1, pp. 1–70.

Proctor C. Mann on the Legal Aspect of Money. Oxford: OUP, 1035 p.

## Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 4

### Cryptovalues in the Russian Law: Surrogates, Other Property and Digital Money



**Roman Jankovskiy**

Associate Professor, Department of Theory and Interdisciplinary Studies, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitckaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: ryankovskiy@hse.ru



#### Abstract

The article describes the key issues of legal regulation of cryptocurrency, which emerged in Russian doctrine and jurisprudence in 2015-2020. The article considers nature of “ownership” of cryptocurrency, status of cryptocurrency as an object of property rights, legal ratio of “cryptocurrency”, “money” and “money surrogate” in Russian law. Author describes the chronology of legislative activity concerning cryptocurrency and related issues, marks the main milestones. The author compares the problems arising in practice with the solutions proposed by the Russian law. The structure of the article fits the purpose of the research — to determine the problems of cryptocurrency’ legal regime and to evaluate how Russian Law coped with arising tasks. The first two parts of the article are devoted to civil and financial issues of the legal regime of the cryptocurrency and to the proposed legal options. The third part of the article is devoted to the bills and adopted laws on the legal regime of the cryptocurrency. The work of the legislator has been reviewed and evaluated from various perspectives. As a result, the conclusion was made that the Russian regulator gravitates towards a prohibitive cryptocurrency policy. Such policy is determined both by the traditions of the Russian market regulation and by Russia’s international obligations as a member of FATF. The author states that during the development of Russian laws on cryptocurrency, a full analysis of the consequences of the regulatory ban was not carried out, the volume of the cryptocurrency market was not estimated, and alternative bills were not considered by officials. The courts, which could, to a certain extent, assume the role of filling the legal gap, failed to take on this role and have only noted the legal uncertainties regarding the cryptocurrency. It is expected that soon the Russian legislator will establish sanctions for violations of cryptocurrency laws and define obligations and prohibitions in the area of crypto asset issuance and trading. After that discussion about the nature of cryptocurrency rights and the civil law regime of cryptocurrency will be closed.



#### Keywords

cryptocurrencies, money, digital currencies, virtual currencies, digital assets, digital coins, virtual assets, virtual property, monetary surrogates.

**Acknowledgments:** I am very grateful to M.B. Zhuzhalov for his valuable detailed comments and notes during discussion of the manuscript of the paper.

**For citation:** Yankovskiy R.M. (2020) *Cryptovalues in the Russian Law: Surrogates, Other Property and Digital Money*. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 43–77 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.4.43.77



## References

- Aldoshkina A.D. (2020) Numerus Clausus of property rights: genesis and rationale of dogma. *Vestnik grazhdanskogo prava*, no 4, pp. 45–93 (in Russian)
- Bashkatov M.L. (2018) Contemporary theory of money from classical German civil law point. In: *Civil Law. Modern aspects of doctrine, law and jurisprudence*. Moscow: Statute, pp. 42–81 (in Russian)
- Bashkatov M.L. (2006) Dogmatic construction of legal tender. *Vestnik grazhdanskogo prava*, no 2, pp. 42–64 (in Russian)
- Dabrowski M., Janikowski L. (2018) *Virtual currencies and central banks monetary policy: challenges ahead*. Brussels: European Parliament, 33 p.
- DuPont Q. (2018) Experiments in algorithmic governance: A history and ethnography of the DAO. In: *Bitcoin and Beyond: Cryptocurrencies, Blockchains, and Global Governance*. M. Campbell-Verduyn, ed. L.: Routledge, pp. 157–177.
- Efimova L.G. (2001) *Banking contracts: law and practice*. Moscow: NIMP, 654 p. (in Russian)
- Efimova L.G. (2019) Cryptocurrencies as an object of civil law. *Hozyaistvo i pravo*, no 4, pp. 17–25 (in Russian)
- Enikolopov R., Zhuravskaya E., Guriev S. (2002) *Budgetary federalism in Russia: Development scenarios*. Moscow: CEFIR press, 34 p. (in Russian)
- Experience of Free Banking (2002) K. Dowd, ed. L.: Routledge, pp. 7–47.
- Fedorov D.V. (2018) Tokens, cryptocurrency and smart contracts in national bills in comparison with foreign experience. *Vestnik grazhdanskogo prava*, no 2, pp. 30–74 (in Russian)
- Galperin M.L. (2018) Enforcement actions as penalties. *Lex russica*, no 3, pp. 9–22 (in Russian)
- Genkin A.S. (2002) *Private money: history and state-of-art*. Moscow: Alpina, 518 p. (in Russian)
- Gleeson S. (2018) *Legal concept of money*. Oxford: OUP, 256 p.
- Hayek F. (1990) *Denationalization of Money*. L.: Institute of Economic Affairs, 144 p.
- Ivanov A.A. (2019) Shades of grey: absolute and relative rights. *Zakon*, no 5, pp. 103–109 (in Russian)
- Lessig L. (2006) *Code*. N.Y.: Basic Books, 410 p.
- Lives of the eminent philosophers (1986). Diogenes Laertius. Moscow: Mysl, 572 p. (in Russian)
- Lunts L.A. (2004) *Money and monetary obligations in civil law*. Moscow: Statut, 350 p. (in Russian)
- Lunts L.A. (1948) Monetary obligation in civil law and conflict law of capitalist countries. *Legal Studies*, vol. 14, pp. 3–215 (in Russian)
- Merrill T., Smith H. (2000) Optimal standardization in the law of property: The numerus clausus principle. *Yale Law Journal*, issue 1, pp. 1–70.
- Mertvishev A.V. (2012) Natural obligation in Russian civil law. Candidate of Juridical Sciences Summary. Ekaterinburg, 25 p. (in Russian)
- Nemova M.I. (2020) Cryptocurrency an object of property crimes. *Zakon*, no 8, pp. 145–154 (in Russian)

- Nersesov N.O. (1889) *On bearer securities: view of civil law*. Moscow: University, 187 p. (in Russian)
- Novoselova L.O. (2017) On the legal nature of bitcoin. *Hozyaistvo i pravo*, no 9, pp. 3–16 (in Russian)
- Proctor C. (2012) *Mann on the Legal Aspect of Money*. Oxford: OUP, 1035 p.
- Roshkova M.A. (2020) Property rights for new intangible assets in the system of absolute rights. Law of Digital Economy-2020: yearbook. Moscow: Statut, pp. 5–79 (in Russian)
- Rubalov A.O. (2018) *Lura in re: numerus clausus vs. numerus apertus*. *Vestnik grazhdanskogo prava*, no 7, pp. 144–162 (in Russian)
- Sannikova L.V. (2019) Digital experiments of Russian legislator. *Imuschestvennye otnosheniya*, no 12, pp. 80–89 (in Russian)
- Sannikova L.V., Kharitonova Yu. S. (2020) *Digital Assets*. Moscow: Print, 304 p. (in Russian)
- Saveliev A.I. (2016) Contract law 2.0: “Smart” contracts as the beginning of the end of classical contract law. *Vestnik grazhdanskogo prava*, no 3, pp. 32–59 (in Russian)
- Saveliev A.I. (2017) Cryptocurrencies in the system of civil rights objects. *Zakon*, no 8, pp. 136–153 (in Russian)
- Saveliev A.I. (2018) On risks of tokenization and blockchainization of private law. *Zakon*, no 2, pp. 36–52 (in Russian)
- Sazhenov A.V. (2018a) Cryptocurrencies and monetary surrogates: contacts and separation between concepts. *Predprinimatelskoye pravo*, no 1, pp. 57–60 (in Russian)
- Sazhenov A.V. (2018 b) Cryptocurrencies: dematerialization of property category in civil law. *Zakon*, no 9, pp. 106–121 (in Russian)
- Sklovskiy K.I., Kostko V.S. (2018) On the concept of things. Money. Real estate. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudia*, no 7, pp. 115–143 (in Russian)
- Skryabin S.V. (2004) Thing as an object of civil rights: theoretical issues. *Jurist*, 2004, no 6, pp. 34–39 (in Russian)
- Sukhanov E.A. (2017) *The Property Law*. Moscow: Statut, 560 p. (in Russian)
- Tolkachev A.Yu., Zhuzhzhhalov M.B. (2018) Cryptocurrency as property: analysis of status. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudia*, no 9, pp. 91–135 (in Russian)
- Uspenskiy M. (2017) Legitimized Bitcoin. Available at: URL: [https://zakon.ru/blog/2017/12/13/legitimnyj\\_bitkoin](https://zakon.ru/blog/2017/12/13/legitimnyj_bitkoin) (accessed: 12.04.2020)
- Zhuzhzhhalov M.B. (2019) Blockchain and international legal regime of cyberspace activity. *Pravovedenie*, no 1, pp. 62–96 (in Russian)

# Сравнительный анализ доктринальных концепций правового регулирования смарт-контрактов в России и зарубежных странах

---

## **Л.Г. Ефимова**

Профессор, кафедра банковского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук. Адрес: 125993, Российская Федерация, Москва, ул. Садовая-Кудринская, 9. E-mail: elg007@mail.ru

## **И.Е. Михеева**

Доцент, кафедра банковского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук. Адрес: 125993, Российская Федерация, Москва, ул. Садовая-Кудринская, 9. E-mail: ya.miheeva@yandex.ru

## **Д.В. Чуб**

Старший преподаватель, кафедра банковского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук. Адрес: 125993, Российская Федерация, Москва, ул. Садовая-Кудринская, 9. E-mail: dchub1991@gmail.com

---

## **Аннотация**

Статья посвящена сравнительному анализу законодательства и доктринальных взглядов правоведов различных стран о понятии и правовой природе смарт-контракта. Смарт-контракт — новый институт, связанный с использованием цифровых технологий, ранее не известный ни зарубежному, ни российскому праву. Авторы выявили пять различных точек зрения на понятие и правовую природу смарт-контракта. Аналогичная ситуация сложилась в законодательствах тех стран, которые включили в национальное право нормы о смарт-контрактах (США, Италия, Беларусь). Множество разнородных точек зрения на понятие и природу смарт-контракта, на способы их правового регулирования свидетельствует об отсутствии надлежащей правовой концепции смарт-контрактов, способную адекватно совместить как технические, так и правовые особенности рассматриваемого технико-правового явления. Целью работы является сравнительно-правовой анализ законодательства и доктрины различных стран для определения правовой природы смарт-контракта и обоснования предложений по совершенствованию законодательства и позволяющих устранить основные недостатки применения смарт-контракта на практике. Предметом является российское и иностранное законодательство о правовом регулировании гражданско-правовых отношений в киберпространстве в целом и на платформе блокчейн в частности,

а также российская и иностранная доктрина в части правовых проблем применения смарт-контрактов в гражданском обороте. Методы исследования: диалектический, формально-логический, функциональный и другие общенаучные методы исследования, а также специально-юридические методы: формально-логический и сравнительно-правовой. Результаты исследования: вне правового регулирования смарт-контракт является обычной компьютерной программой, которая не может иметь правовой природы, оставаясь техническим решением, инновацией в сфере компьютерных технологий. В праве смарт-контракт может использоваться для разных целей, в том числе для применения в договорной практике. При использовании смарт-контракта в договорной практике необходимо разграничивать компьютерную программу и само правоотношение, т.е. договор. Право может регулировать только договорные отношения при учете технических особенностей компьютерной программы, которая неизбежно меняет договорные отношения. В зависимости от целей правового регулирования смарт-контракт может использоваться либо как способ исполнения традиционного договора, заключенного в письменной или устной форме, либо как особая самостоятельная договорная конструкция, которую невозможно заключить отдельно от соответствующего договора.

---



### Ключевые слова

смарт-контракт, технологии блокчейн, электронная форма, цифровые технологии, алгоритмический код, компьютерная программа.

---

---

**Благодарности:** статья выполнена при финансовой поддержке Российского фонда фундаментальных исследований в рамках проекта № 18-29-16203 «Российское и зарубежное право об использовании цифровых технологий в банковской деятельности и практика его применения: сравнительно-правовой аспект»

**Для цитирования:** Ефимова Л.Г., Михеева И.В., Чуб Д.В. Сравнительный анализ доктринальных концепций правового регулирования смарт-контрактов в России и в зарубежных странах // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 4. С. 78–105.

УДК: 347.4

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.4.78.105

## Введение

Технология «блокчейн», появившаяся сравнительно недавно, сразу же привлекла к себе внимание. Этому прямо способствовали ее преимущества: возможность совершения транзакций без посредничества третьих лиц, доступность информации о совершаемых транзакциях для всех участников системы (при публичном блокчейне) и пр. Блокчейн дал существенный толчок к появлению и развитию теории смарт-контрактов (smart contracts или самоисполняющихся договоров).

Вопрос о возможности применения смарт-контрактов перестал быть лишь теоретическим. Смарт-контракт нашел применение в различных сфе-

рах хозяйственной жизни. Речь идет, например, об использовании смарт-контрактов не только при первичном размещении цифровых токенов, но также в механизме автоматизации таких финансовых услуг, как: 1) финансирование цепочек поставок; 2) ипотечное кредитование, кредитование малого бизнеса; 3) оптимизация страховых бизнес-процессов (в части страхового учета и документооборота). Кроме того, смарт-контракты широко применяются в процессах обработки страховых претензий и выплат компенсаций в типовых страховых случаях в сфере страхования<sup>1</sup>.

Появилась проблема правового обеспечения отношений, возникающих в связи с использованием сторонами смарт-контрактов, которая по-разному решается в разных странах. В доктринах различных государств нет единого подхода к разработке механизма правового регулирования отношений, возникающих в связи с применением смарт-контракта. Даже в рамках таких межгосударственных объединений, как Евросоюз, нет единого акта, определяющего понятие смарт-контракта. Правовая система каждой страны, независимо от того, к какой правовой семье она относится [Mekki M., 2018: 410], старается предложить собственный подход к регулированию смарт-контрактов [Савельев А.И., 2016: 640].

В правовой литературе смарт-контракты нередко рассматриваются в качестве универсального средства для решения всех проблем пользователей платформы Blockchain, которые не доверяют друг другу, но желают взаимодействовать в предпринимательской или иной деятельности, переадресовав все вопросы своей безопасности компьютерной технологии. Исследователи пишут, что «благодаря умным контрактам доверие к людям заменяется доверием к коду» [De Graaf T., 2019: 1]. Роль закона при этом принижается, что является необоснованным. Правовое регулирование общественных отношений в киберпространстве должно осуществляться с использованием нескольких источников правового регулирования, среди которых национальный закон должен занимать не последнее место. С. Каблан сделал обоснованный вывод, что закон, применяется ли он напрямую или косвенно в киберпространстве, не отменяет другие источники регулирования, включая компьютерный код. Эти источники продолжают применяться одновременно с законом или без него [Kablan S., 2008: 53].

Задача состоит не только в разграничении сфер регулирования компьютерного кода и национального законодательства, но также в формировании понятийного аппарата киберправа. Настоящая работа должна послужить вкладом в решение указанной глобальной проблемы. Целью работы является сравнительно-правовой анализ законодательства и доктрины различных

---

<sup>1</sup> Available at: URL: [https://www.cbr.ru/content/document/file/47862/smartkontrakt\\_18-10.pdf](https://www.cbr.ru/content/document/file/47862/smartkontrakt_18-10.pdf) (дата обращения: 15.04.2019)

стран для определения правовой природы смарт-контракта и обоснования предложений по совершенствованию действующего законодательства, позволяющих устранить основные недостатки применения смарт-контракта.

Предметом исследования является российское и иностранное законодательство о правовом регулировании гражданско-правовых отношений в киберпространстве в целом, и на платформе блокчейн, в частности, а также российская и иностранная доктрина в части правовых проблем применения смарт-контрактов в гражданском обороте.

## **1. Обзор законодательства различных стран о понятии смарт-контракта**

Проблема выяснения правовой природы смарт-контрактов не может быть решена без определения этого нового продукта цифровых финансовых технологий. Новизна задачи требует всестороннего анализа как легальных определений смарт-контрактов в тех правовых системах, где они существуют, так и доктринальных понятий, гораздо более разнообразных благодаря новым течениям в науке права, которые появляются в разных странах благодаря внедрению цифровых технологий [Tikhomirov S. et al, 2018: 13].

Современные правовые системы, как правило, не содержат норм, содержащих определение смарт-контракта. Оно отсутствует в законодательстве Франции, Германии, Швейцарии, Бельгии, Великобритании. Однако отсутствие специальных нормативных источников правового регулирования общественных отношений, которые возникают, изменяются и прекращаются с использованием компьютерных технологий, в частности, смарт-контрактов, вовсе не означает, что правовое регулирование этих отношений полностью отсутствует. Анализ законодательства и договорной практики ряда стран показал, что в мире используется два основных подхода к регулированию смарт-контрактов.

Согласно первому подходу, общественные отношения, возникающие из смарт-контрактов, должны регулироваться главным образом общими положениями договорного права соответствующего государства. Соответственно, несмотря на отсутствие специального правового регулирования смарт-контрактов, сохраняется возможность их использования в хозяйственных отношениях. Например, такое положение существует во Франции. Как сказано выше, ее законодательство не дает определения понятия «смарт-контракт» (*smart contrat*). Не используются и синонимы указанного термина: «самоисполняющиеся контракты», «умные контракты» и пр. Вместе с тем во французском законодательстве нет ограничений использования смарт-контрактов в целях заключения и исполнения сделок. В связи с этим

большое значение для понимания особенностей правового регулирования умного контракта и определения его правовой природы во Франции имеет юридическая доктрина.

Страны, придерживающиеся второго подхода, пошли по пути создания специального законодательства о договорных отношениях в киберпространстве, и в частности, законодательства о смарт-контрактах. Однако эти страны не определили, как следует понимать смарт-контракт: как компьютерную программу или как особый гражданско-правовой договор. Соответственно, определения смарт-контрактов также серьезно различаются в зависимости от подхода законодателя к их правовой природе. При этом различия обнаруживаются в законодательстве не только разных стран, но даже одного и того же государства — США, штаты которых использовали кардинально отличающиеся правовые модели.

Поскольку в США нет федерального договорного права, а также федерального акта, устанавливающего общие положения регулирования блокчейна и смарт-контракта, то соответствующие вопросы блокчейн-технологии определяются на уровне законодательства штатов [Хадеева М.В., 2019: 184]. При разработке проектов нормативных актов, цель которых заключается в регулировании блокчейна и смарт-контракта, штаты по-разному формулируют понятие смарт-контракта. Некоторые штаты пошли по пути признания смарт-контракта обычным договором. Так, согласно Blockchain Technology Act (Иллинойс), смарт-контракт определяется как контракт, записанный как электронный документ, который может быть проверен с помощью блокчейна. Комментаторы данного определения отмечают, что в такой интерпретации смарт-контракт является традиционным договором, записанным и исполняемым посредством блокчейна [Herian R., 2018: 16].

Другие штаты отказались признавать смарт-контракты договорами, определив их как обычные компьютерные программы. Так, согласно ст. 5, 44-7061 главы 26 раздела 44 Свода статута Луизианы смарт-контракт определяется как программа, управляемая событиями, которая функционирует на основании распределенного, децентрализованного, разделенного и воспроизводимого реестра и позволяет хранить активы и совершать с ними транзакции через соответствующий реестр<sup>2</sup>. Данное понятие подходит для определения смарт-контракта.

Аналогичная позиция отражена в законодательстве Италии, лидирующей в области правового регулирования цифровых технологий. 07.02.2019 Палата депутатов Италии приняла Закон о распределенном реестре<sup>3</sup>. По указанному

---

<sup>2</sup> Available at: <https://www.azleg.gov/viewdocument/?docName=https://www.azleg.gov/ars/44/07061.htm> (дата обращения: 18.03.2019)

<sup>3</sup> Available at: <https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Emendc&leg=18&id=1096791&idogetto> (дата обращения: 22.02.2020)

Закону сделки, совершенные с помощью технологии распределенного реестра (DLT), получают юридическую силу в момент регистрации и без последующего нотариального удостоверения<sup>4</sup>. Ф. Сарцана, эксперт по блокчейну из недавно созданной рабочей группы Министерства экономического развития полагает, что Италия пытается легализовать транзакции с использованием технологии распределенного реестра, чтобы исключить посредников или централизованные учреждения сертификации<sup>5</sup>.

По Закону Италии о распределенном реестре смарт-контракт — программа, работающая с использованием технологии блокчейн, которая позволяет автоматически исполнять договор в соответствии с заранее заданными условиями. Эти условия должны быть определены двумя или более сторонами. Целью правового регулирования смарт-контракта является придание юридической силы сделке, совершенной с использованием технологии блокчейн, без необходимости участия нотариусов и центральных органов сертификации<sup>6</sup>.

Интересно определение смарт-контракта, содержащееся в пункте 9 Приложения 1 Декрета Республики Беларусь № 8 от 21.12.2017 «О развитии цифровой экономики». Согласно указанному акту, смарт-контракт понимается как программный код, предназначенный для функционирования в реестре блоков транзакций (блокчейне), иной распределенной информационной системе в целях автоматизированного совершения и (или) исполнения сделок либо совершения иных юридически значимых действий<sup>7</sup>.

В российском законодательстве отсутствует качественное легальное определение смарт-контракта. Не решило данную проблему и принятие Федерального закона от 31.07.2020 №259-ФЗ «О цифровых финансовых активах, цифровой валюте и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации». Первоначально в проекте указанного Закона (законопроект № 419059-7 «О цифровых финансовых активах») предусматривалось понятие смарт-контракта<sup>8</sup>. Так, в ст. 2 законопроекта под смарт-контрактом понимался договор в электронной форме, исполнение прав и обязанностей по которому осуществляется путем совершения в автоматическом порядке цифровых транзакций в распределенном реестре цифровых

<sup>4</sup> Available at: <https://letknow.news/news/italiya-legalizovala-registraciyu-sdelok-v-raspredelennom-reestre-17717.html> (дата обращения: 22.02.2020)

<sup>5</sup> Available at: <https://letknow.news/news/v-italii-gotovyatsya-regulirovat-blokcheyn-industriyu--16860.html> (дата обращения: 22.02.2020)

<sup>6</sup> Available at: <https://coindol.com/blockchain-legally-recognized/> (дата обращения: 22.02.2020)

<sup>7</sup> Available at: URL: [http://president.gov.by/ru/official\\_documents\\_ru/view/dekret-8-ot-21-dekabrja-2017-g-17716](http://president.gov.by/ru/official_documents_ru/view/dekret-8-ot-21-dekabrja-2017-g-17716) (дата обращения: 20.03.2019)

<sup>8</sup> Available at: URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/419059-7> (дата обращения: 26.03.2019)

транзакций в строго определенной таким договором последовательности и при наступлении определенных им обстоятельств. Д.В. Федоров отмечает: «Тот факт, что законопроект о цифровых финансовых активах определяет смарт-контракт как договор в электронной форме, подразумевая тем самым, что программный код — это форма сделки, свидетельствует о придании самостоятельного юридического значения смарт-контракту» [Федоров Д.В., 2018: 71].

Необходимо признать, что в пп. 9 п. 1 ст. 3 Федерального закона от 31.07.2020 № 259-ФЗ все же имеется нечеткое описательное понятие сделки, которая может заключаться при выпуске цифровых финансовых активов. Это понятие, на наш взгляд, является заменой полноценному определению смарт-контракта, которое ранее присутствовало в законопроекте. В данном Законе речь идет о «сделках, предусматривающих исполнение сторонами возникающих из них обязательств при наступлении определенных обстоятельств без направленного на исполнение обязательств отдельно выраженного дополнительного волеизъявления сторон путем применения информационных технологий». Такое «каучуковое определение» нельзя считать качественным определением смарт-контракта. Поэтому ранее был сделан вывод, что ныне в российском законодательстве отсутствует легальное определение смарт-контракта.

Законы тех стран, которые содержат легальное определение смарт-контракта, определяют его либо как программу (программный код), либо как договор, заключенный в электронной форме и исполняемый посредством функционирования компьютерной программы.

Множество разнородных точек зрения на понятие смарт-контракта, отраженное в законодательствах различных стран, а также на способы их правового регулирования свидетельствуют об отсутствии надлежащей правовой концепции смарт-контрактов, которая была бы способна адекватно совместить как технические, так и правовые особенности рассматриваемого технико-правового явления. Для формирования корректного определения смарт-контракта и построения концепции его правового регулирования необходимо обратиться к доктрине.

## **2. Обзор доктринальных концепций различных стран о понятии и правовой природе смарт-контракта**

Термин «смарт-контракт» появился около 20 лет назад благодаря специалисту по информатике криптографу Н. Сабо, тогда аспиранту Вашингтонского университета [Szabo N., 1996: 1–10]. С тех пор в правовой литературе различных стран были высказаны разнообразные точки зрения о природе

этого технического новшества. Однако до сих пор в доктрине не сложилось единого подхода к понятию и правовой природе смарт-контракта. Нет также единого подхода также к созданию механизма его правового регулирования. Не все французские юристы готовы признавать синонимичными понятия «смарт-контракт» и «умный контракт». Так, М. Мекки пишет, что смарт-контракт не является «умным контрактом», так как смарт-контракт как компьютерная программа выполняет лишь команды, изначально предусмотренные. Искусственный интеллект лишь совершает предусмотренный договором обмен между сторонами. Смарт-контракт самостоятельно не управляет непредвиденными обстоятельствами [Mekki M., 2018: 410]. При ином подходе термины «смарт-контракт» и «умный контракт» считают синонимичными понятиями [Cohen-Hadria Y., 2016: 541].

Допустимо выделить несколько традиционных подходов к определению и правовой природе смарт контракта.

Согласно мнению одной группы авторов, смарт-контракт – компьютерная программа, способная без участия человека и его воли регулировать общественные отношения. Данная точка зрения основана на концепции невозможности регулирования компьютерной технологии правовыми средствами. Нередко такие исследователи цитируют выражение Л. Лессига «Code is law», которое подчеркивает самодостаточность компьютерного кода для регулирования технологических процессов. В зарубежной литературе, к счастью, встречается более взвешенная позиция, согласно которой правовые нормы и воля сторон должны быть воплощены в алгоритмическом коде, о том, что технология должна находиться на службе права [Godefroy L., 2018: 713].

Однако такая позиция является скорее исключением для этой группы исследователей, чем правилом. Поэтому в литературе имеются иные определения смарт-контракта. Например, М.А. Рожкова цитирует И.А. Румянцеву, полагающую, что смарт-контракт — программный код, управляющий определенным активом [Рожкова М.А. и др., 2018: 159-178]. Квалификация отношений, опосредуемых смарт-контрактом, невозможна без понимания актива, используемого в этом смарт-контракте [Corbet S. et al., 2018: 190].

С подобной позицией невозможно согласиться по следующим причинам. Она основывается на преувеличении технической составляющей смарт-контракта. В качестве аргумента о невозможности регулирования техники средствами права сторонники указанного научного направления обычно спрашивают: «Как можно регулировать банкомат?» Разумеется, никакими правовыми средствами невозможно регулировать компьютерную программу или какое-либо технологическое устройство. Правом можно урегулировать только отношения между лицами. Однако невозможно отрицать, что банкомат является объектом собственности определенного лица, а програм-

му к нему написал программист. Соответственно, с помощью норм права можно обязать собственника компьютера, сервера или банкомата, использовать программу, отвечающую определенным требованиям. Программисту допустимо установить правила, которые он обязан соблюдать при написании программы. Такой же подход допустим и к смарт-контрактам.

По мнению второй группы авторов, самой многочисленной, смарт-контракты рассматриваются как способ исполнения традиционных договоров, иногда — также как способ его заключения. Например, по мнению родоначальника технологии смарт-контрактов Н. Сабо, речь идет о компьютерных программах, которые облегчают переговоры, проверяют и обеспечивают исполнение контракта или могут даже устранить необходимость в базовом договоре между сторонами [Szabo N., 1996: 10]. Во французской доктрине имеется направление, сторонники которого считают, что смарт-контракт является компьютерной программой, назначение которой заключается в автоматическом оформлении, исполнении и прекращении какого-либо договора [Guerlin G., 2017: 512]; [Cohen-Hadria Y., 2016: 541].

Как отметил М. Мекки, смарт-контракт — не договор, но компьютерная программа, которая автоматизирует определенные обстоятельства, основываясь на структуре: «если...то» [Mekki M., 2018: 410]. Аналогичный подход разделяет и Т. Довилль, отмечающий, что смарт-контракт — это основанная на блокчейне компьютерная программа, которая автоматически исполняется при наступлении определенных условий, в том числе, зависящих от информации вне блокчейна [Douvelle T., 2019: 320]. Такую же позицию занимает Л. Бенсоссан [Bensoussan L., 2019: 1].

Как пишет Дж. Клайн, смарт-контракты не могут быть квалифицированы в качестве договоров; они являются способом исполнения договорного обязательства. Их основная задача — обеспечить неизбежное исполнение договора, исключить неисполнение или ненадлежащее исполнение договора [Klein J., 2019: 74–75].

Смарт-контракт «накладывается» на традиционный договор, обеспечивая его заключение, исполнение и прекращение. Следовательно, являющийся компьютерной программой смарт-контракт необходимо отличать от договора, заключению, исполнению и прекращению которого способствует смарт-контракт [Guerlin G., 2017: 513–514]. Смарт-контрактов не существует, смарт-контракт сопровождает реализацию договора [Mekki M., 2018: 410–411].

Также отмечается, что смарт-контракт не является договором по смыслу Гражданского кодекса Франции, но может рассматриваться как доказательство заключения какого-либо договора и технический порядок его исполнения. В последнем случае речь будет идти об автоматическом исполнении

договора или некоторых его положений [Zolynski C., 2017: 3]. Также отмечается, что смарт-контракт не является соглашением (*un accord de volontés*) по смыслу ст. 1101 Кодекса. Более того, смарт-контракт — это неюридическое понятие [Guerlin G., 2017: 514].

По мнению Т. Мейтингера, смарт-контракты — юридические соглашения, которые используют ИТ-технологии для обеспечения их принудительной реализации. Умные договоры автономно иницируют действия, ранее согласованные по контракту. Например, согласованные платежи средств могут быть иницированы автоматически. Третьей стороны для обеспечения правильной транзакции, например, банка или виртуального рынка, не требуется. Возможно и другое использование смарт-контрактов. Они могут выполнять правовые нормы, а не соглашения между контрагентами [Meitinger T., 2017: 371].

Аналогичная точка зрения содержится в германской доктрине, где смарт-контракт также понимается как программа, которая содержит и исполняет условия заключенного договора. Благодаря этой программе перед сторонами договора уже не встает вопроса о доверии к контрагенту. Этот договор исполнится автоматически и так, как было изначально согласовано сторонами, поскольку внести изменения в смарт-контракт невозможно<sup>9</sup>. Исследователи отмечают, что программный код не способен выразить волеизъявления сторон, будучи нечитаемым для человека. Поэтому в правовом смысле слова смарт-контракт является не договором, а лишь выражением договора на компьютерном языке. Поэтому необходимо заключать обычный договор и применять смарт-контракт как средство его исполнения<sup>10</sup>.

Юристы Бельгии также не рассматривают смарт-контракт как самостоятельный договор. Как отметил М. Негирран, смарт-контракт — это технология, которая неотделима от договора, заключенного между двумя самостоятельными субъектами. Смарт-контракт — средство исполнения заключенного основного договора [Neguerrand M., 2019: 24].

Полагаем, что точка зрения сторонников рассматриваемого направления в доктрине верна лишь отчасти применительно к редкой ситуации заключения гражданско-правового договора в традиционной письменной форме. Затем к нему был написан смарт-контракт, в алгоритмический код которого был заложен порядок исполнения договора, согласованного сторонами.

<sup>9</sup> Available at: [https://www.vbw-bayern.de/Redaktion/Frei-zugaengliche-Medien/Abteilungen-GS/Wirtschaftspolitik/2019/Downloads/190509-Blockchain-und-Smart-Contracts\\_neu.pdf](https://www.vbw-bayern.de/Redaktion/Frei-zugaengliche-Medien/Abteilungen-GS/Wirtschaftspolitik/2019/Downloads/190509-Blockchain-und-Smart-Contracts_neu.pdf) (дата обращения: 15.04.2019)

<sup>10</sup> Available at: [https://www.sit.fraunhofer.de/fileadmin/dokumente/studien\\_und\\_technical\\_reports/Fraunhofer-Positionspapier\\_Blockchain-und-Smart-Contracts.pdf?\\_=1516641660](https://www.sit.fraunhofer.de/fileadmin/dokumente/studien_und_technical_reports/Fraunhofer-Positionspapier_Blockchain-und-Smart-Contracts.pdf?_=1516641660). (дата обращения: 15.04.2019)

Например, Ж. Жюсти, изучая вопрос о возможности заключения договоров посредством использования технологии блокчейн, указывает, что необходимо различать две ситуации. Во-первых, блокчейн позволяет регистрировать и подтверждать договоры, заключенные вне блокчейна, в «физической жизни». В данном случае речь не идет о смарт-контрактах, а о классических договорах, написанных от руки, точнее, посредством текстового редактора в компьютере. В такой ситуации стороны приобретают все преимущества блокчейна в вопросах подтверждения заключенного договора, невозможности внесения в него каких-либо изменений или фальсификации содержания договоров, датирования и пр. Иначе говоря, исполнение договора (транзакция) будет осуществляться на основании блокчейна и компьютерного файла, содержащего информацию о договоре, уже заключенном вне цифровой технологии. Во-вторых, необходимо понимать, что блокчейн позволяет создавать договоры, которые будут исполняться автоматически. В таком случае речь идет о возможности заключения договоров в «физическом мире» [Giusti J., 2016: 3–6].

Чаще всего смарт-контракты являются единственной формой волеизъявления сторон состоявшегося соглашения и зафиксированного в форме компьютерного кода. Если не признавать смарт-контракт полноценным договором, то придется согласиться, что договор заключен в устной форме, либо не заключен вообще, что неверно не только по форме, но и по сути. Факт волеизъявления сторон имеется, однако способ его фиксации необычен для традиционного права (компьютерная программа), поэтому у некоторой части юристов возникает желание вернуться к традиционным понятиям.

Поэтому третье направление исследователей рассматривает смарт-контракт как настоящий гражданско-правовой договор. Например, в германской юридической доктрине есть мнение, согласно которому программный код является языком изложения условий договора, заключенного сторонами. В таком случае волеизъявление сторон выражено на другом языке. Поскольку Германское гражданское уложение гарантирует свободу выбора языка изложения текста договоров, такой способ заключения договора является законным. При судебном споре необходимо привлечь эксперта для рассмотрения дела<sup>11</sup>. Немецких исследователей поддержали французские авторы. Смарт-контракт представляет собой юридическую сделку, переведенную на информационный язык [Godefroy L., 2019: 713]. В литературе указывается, что блокчейн как технология, работающая по методу распределенного реестра, изменяет способ написания приложения через новую форму языков

---

<sup>11</sup> Available at: [https:// www.vbw-bayern.dehttps://www.vbw-bayern.de/Redaktion/Frei-zugaengliche-Medien/Abteilungen-GS/Wirtschaftspolitik/2019/Downloads/190509-Blockchain-und-Smart-Contracts\\_neu.pdf](https://www.vbw-bayern.dehttps://www.vbw-bayern.de/Redaktion/Frei-zugaengliche-Medien/Abteilungen-GS/Wirtschaftspolitik/2019/Downloads/190509-Blockchain-und-Smart-Contracts_neu.pdf) (дата обращения: 15.04.2019)

сценариев, которые могут программировать бизнес-логику как «умные» контракты, которые применяются на блокчейне [Могайар У., 2018: 35].

А.И. Савельев рассматривает «умный» контракт как договор, существующий в форме программного кода. Он должен быть имплементирован на платформе блокчейна, должен обеспечивать автономность и самоисполнимость условий договора по наступлении заранее определенных в нем обстоятельств [Savelyev A., 2017: 128–130]. Аналогична позиция А.А. Волоса. Он определяет смарт-контракт как особую форму договора, а также совокупность специальных порядков и способов заключения договора, осуществления прав и исполнения обязанностей сторон, прекращения договорных отношений [Волос А.А., 2018: 7].

Точка зрения указанных авторов также является верной лишь отчасти, поскольку сторонники данного направления в доктрине, в отличие от взглядов ранее рассмотренных авторов, преувеличивают правовую составляющую смарт-контракта. Смарт-контракт действительно является гражданско-правовым договором. Однако он необычен. Киберпространство, в котором он существует, платформа блокчейн, на которой он возникает, чрезвычайно сильно изменяют форму договора, порядок его заключения, исполнения, прекращения, ответственности, механизм недействительности и ее последствия, а также прочие традиционные модели правового регулирования договорных отношений. Все эти изменения позволяют сделать вывод о появлении качественно нового правового явления.

Согласно мнению приверженцев четвертого направления, смарт-контрактом следует считать двуединое явление, имеющее и техническую, и правовую составляющие. Они никогда не сливаются в единое целое. Так, по мнению одного из французских исследователей, следует различать алгоритмическую программу (смарт-контракт), которая функционирует на платформе блокчейна, и традиционный договор. Задачей программы является обеспечение возможности заключения, исполнения и автоматического прекращения традиционного договора на такой платформе. В свою очередь, договор может быть любым: договором страхования, имущественной аренды и т.п. В результате смарт-контракт наслаивается на традиционный гражданско-правовой договор [Guerlin G., 2017: 512–513].

Рассматриваемая точка зрения выглядит обоснованной, поскольку невозможно игнорировать ни правовой, ни технический аспекты смарт-контракта. Полагаем, что следует различать смарт-контракт как компьютерный код и смарт-контракт как гражданско-правовой договор (правоотношение). Место смарт-контракта должно находиться среди особых самостоятельных договорных конструкций, расположенных в первой части Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ), которые отражают особен-

ности заключения или специальные правовые последствия любого гражданско-правового договора, если он отвечает указанным законом признакам. К числу таких договорных конструкций относятся, например, договор присоединения, публичный договор, опционный договор, договор в пользу третьего лица и т.п., которые невозможно заключить отдельно от соответствующего договорного типа. Соответственно, нельзя заключить смарт-контракт как таковой, зато можно заключить договор поставки в форме смарт-контракта.

Имеется, наконец, пятое направление в науке права, сторонники которого считают, что смарт-контракт является новым способом обеспечения исполнения обязательств. Такой вывод основан на правовых и технических особенностях смарт-контракта. Поскольку автоматическое исполнение договора не может быть отменено или изменено, эта правовая особенность может быть квалифицирована как новый способ обеспечения исполнения обязательств, которое устанавливает доверие между сторонами. В этом смысле обоснованно цитируют изречение Дж. Мэдисона: «Доверие лучше денег» [Trevor I., 2015: 569].

Исследователи способов обеспечения обязательств предлагают различать, с одной стороны, обеспечительные меры (род), с другой — способы обеспечения исполнения обязательств (вид). При этом «к способам обеспечения обязательств нельзя отнести меры: а) не создающие акцессорного обязательства; б) направленные на стимулирование должника к надлежащему исполнению обязанностей путем установления особого порядка их исполнения» [Гонгало Б. М., 2002: 30, 40].

Рассуждая подобным образом, смарт-контракт нельзя признать новым способом обеспечения исполнения обязательств, а только особой обеспечительной мерой в тех случаях, когда основной целью смарт-контракта является поставка товара, выполнение работ и оказание услуг. Однако если в форме смарт-контракта совершена, например, банковская гарантия или заключены договоры поручительства, договоры залога и т.п., смарт-контракт будет настоящим способом обеспечения исполнения обязательств. Таким образом, вывод об обеспечительной природе смарт-контракта будет зависеть от типа того договора, который был заключен как смарт-контракт. При этом обеспечение исполнения обязательств достигается программным путем за счет функционирования соответствующего протокола на платформе блокчейн [Trevor I., 2015: 574].

На основании изложенного является обоснованным вывод, что все исследователи правовой природы смарт-контракта так или иначе обоснованно указывают на различные аспекты природы этого технико-правового явления, каждый из которых не исчерпывает это понятие в полной мере. Наша задача состоит в том, чтобы объединить их до достижения синергического эффекта, предложив новый подход.

### 3. Правовая природа смарт-контракта

При анализе различных, порой противоречивых мнений о правовой природе смарт-контракта, предлагаем отталкиваться от аксиомы, что для заключения любого договора необходимо юридически безупречное волеизъявление на совершение сделки одного, двух или нескольких субъектов права, содержащее все существенные условия соответствующего договорного типа. При этом воля должна соответствовать волеизъявлению, а форма волеизъявления (она же форма сделки) может быть любой.

Это означает, что воля может быть выражена как с помощью речи (устно), так и написана на бумаге или на ином материальном носителе информации, на любом языке, любыми символами, означающими слова и выражения. При таком подходе нет препятствия для записи волеизъявления с помощью компьютерного кода на электронном носителе. Если выполняются иные требования к содержанию волеизъявления (наличие всех существенных условий договора, иных необходимых реквизитов), при этом волеизъявление может правильно восприниматься другой стороной (сторонами) договора, то такое волеизъявление должно порождать юридические последствия. Поэтому, когда волеизъявление записано с помощью компьютерного кода, который может быть переведен в человекочитаемую форму либо с помощью компьютера с соответствующим программным обеспечением, либо с помощью IT-специалиста (экспертиза), то нет оснований не признавать компьютерную программу или компьютерный файл формой договора.

При указанном подходе было бы обосновано признать смарт-контракт просто формой договора, в данном случае — электронной формой любого гражданско-правового договора, которую наш законодатель признал равнозначностью простой письменной формы сделки (п. 2 ст. 434 ГК РФ).

Однако такая правовая позиция слишком упрощена, поскольку не учитывает иных особенностей смарт-контракта, отличающих его от традиционного договора. Например, основное свойство смарт-контракта — это его самоисполнимость, с чем согласны все исследователи. При этом некоторые из них, например, отдельные германские и бельгийские юристы, гипертрофически превозносят эту особенность смарт-контрактов, забывая все остальные. В результате появилось мнение, что смарт-контракт является лишь средством исполнения заключенного основного договора [Neguerrand M., 2019: 24.]. Следует признать, что указанные авторы позволили все же преодолеть однобокое отношение к смарт-контрактам как к обычной компьютерной программе; они показали связь программы с гражданско-правовым правоотношением.

Приведенные выше мнения не являются взаимоисключающими, поскольку каждый из них обратил внимание на одну из особенностей смарт-контракта.

Обобщение указанных правовых позиций позволит определить смарт-контракт как комплексное технико-правовое явление. Обосновано предположить, что компьютерная программа под названием «смарт-контракт» может использоваться с разными целями.

Во-первых, она может предназначаться для составления и заключения смарт-контрактов в киберпространстве. В этом случае такая программа является либо обычным сервисным приложением, либо интеллектуальным агентом. Она является способом заключения договоров и техническим средством, позволяющим выражать волю в киберпространстве на «компьютерном» языке (в рассматриваемом случае компьютерная программа является «инструментом согласия»).

Во-вторых, смарт-контракт может являться дополнением к традиционному договору, заключенному на бумажном носителе. В этом случае смарт-контракт будет использоваться как способ исполнения традиционного договора, заключенного на бумажном носителе.

Наконец, в-третьих, такая программа может полностью заменить письменную форму договора, обеспечивая одновременно самоисполнимость достигнутого соглашения. В этом случае в киберпространство переходит вся договорная практика сторон с момента заключения до момента прекращения договора, происходит полная «дематериализация» договорных отношений.

Выбор способов использования компьютерной программы «смарт-контракт» зависит от желания пользователя. Вместе с тем во французской доктрине отмечается, что не любое обязательство может быть «закодировано» в смарт-контракт. В действительности автоматическое исполнение обязательства посредством смарт-контракта возможно, если такое исполнение характеризуется двумя элементами: оно должно быть предполагаемым и изложенным на языке программирования. Поэтому составление смарт-контракта — это тесное сотрудничество юристов и программистов, позволяющее определить, что можно излагать на языке программирования, а что — нет. Условие, приводящее к исполнению смарт-контракта, не может давать место дебатам или двояким интерпретациям. Иначе говоря, оно должно быть ясно и недвусмысленно выражено.

Любые оценочные категории, не подлежащие четкому определению, не могут включаться в смарт-контракт. Например, не может быть реализовано посредством смарт-контракта условие, по которому одна сторона договора уплачивает другой стороне штраф, если такая сторона при исполнении своих обязательств действует явно недобросовестно. Или, например, смарт-контракт не сможет реализовать условие договора займа, предусмотренное ст. 807 ГК РФ (займодавец вправе отказаться от исполнения договора займа полностью или частично при наличии обстоятельств, очевидно свидетель-

ствующих, что заем не будет возвращен в срок). Данный перечень может быть продолжен.

Конечно, можно детализировать соответствующие описательные категории, но тогда существует риск, что какое-либо обстоятельство, влекущее наступление определенных правовых последствий, не будет предусмотрено.

Еще одним вариантом решения проблемы может быть привлечение оракула для исполнения договора посредством смарт-контракта. По мнению французского юриста М. Мекки, оракул — лицо или компьютерное приложение, соединяющее события, происходящие в виртуальном мире блокчейна, и события, происходящие вне блокчейна [Mekki M., 2018: 29]. Оракулом может быть физическое или юридическое лицо, программа, базы данных, физические устройства, и даже целые организации, обладающие необходимой компетенцией в определенной сфере. Однако, доверяя оракулу принятие окончательного решения по оценочным условиям заключенного между сторонами договора, теряем общую идею смарт-контракта — автоматическое самоисполнение без вмешательства третьих лиц.

Таким образом, компьютерная программа «смарт-контракт» может использоваться как способ заключения договора, как способ исполнения договора и как полноценный гражданско-правовой договор. Использование компьютерной программы в качестве гражданско-правового договора выглядит наиболее интересным решением проблемы определения правовой природы смарт-контракта, но требует пояснений. Смарт-контракт не является единственным цифровым договором.

Помимо смарт-контрактов в киберпространстве заключаются и другие аналогичные договоры. Например, в литературе описаны договоры о дистанционной продаже через Интернет, в которых устанавливается обязанность продавца информировать клиента о характеристиках и характере продуктов или услуг, их цене и условиях взаимодействия, а также обязанность клиента предъявить доказательство своего согласия на заключение этого договора (транзакционный договор) [Kablan S., 2018: 80].

Смарт-контракт и транзакционный договор являются двумя разновидностями электронных договоров, которые описаны в литературе [Katsh E., 1995: 125]. Вместе с тем, в отличие от других электронных договоров, смарт-контракт может быть заключен только на платформе блокчейна. Эта технология обеспечивает автоматическое исполнение смарт-контракта путем передачи одной стороной договора в пользу другой стороны предмета договора — криптовалюты [Cvetkova I., 2018: 1] или другого цифрового блага [Санникова Л.В., Харитонова Ю.С., 2018: 29]. Договор о дистанционной продаже через Интернет по общему правилу самоисполнимым не является, а его предметом может быть любое имущество.

На основании изложенного под смарт-контрактом следует понимать особую разновидность электронного гражданско-правового договора любого типа: 1) формой которого является компьютерная программа; 2) все существенные условия которого записаны с помощью компьютерного кода; 3) который заключается, исполняется и прекращается на платформе блокчейна, либо иного распределенного реестра; 4) исполнение обязательств, возникших из смарт-контракта, осуществляется автоматически при наступлении заранее установленных юридических фактов, сообщенных оракулом (компьютерной программой, базой данных или третьим независимым лицом).

#### **4. Правовые проблемы применения смарт-контракта и пути их решения**

Несмотря на все преимущества, использование смарт-контракта вызывает много вопросов, имеющих важное практическое значение. Все авторы, изучавшие правовые особенности смарт-контрактов, практически единодушно указывали на его недостатки, требующие решения. Рассмотрим некоторые из наименее обсуждаемых проблем использования смарт-контрактов.

1. Самоисполнимость смарт-контракта приводит к его неотменяемости и неизменяемости, и, как следствие, к невозможности расторгнуть или признать недействительным такой договор, а также произвести уступку требования или перевод долга. Все это может затруднить использование смарт-контракта в отдельных областях практической деятельности. Неотменяемость и неизменяемость смарт-контракта является серьезным препятствием в случае признания его судом недействительным, расторжения договора, применения реституции. Похожие проблемы могут встать также в случае перемены лиц в обязательстве, поскольку смарт-контракт будет исполняться именно на тех условиях, которые были определены при его программировании, включая стороны договора.

Например, по договору поставки, заключенному в виде смарт-контракта, сторонами были согласованы объем поставки, размер денежных средств за поставку, и банковский счет, на который указанные денежные средства должны быть перечислены. Предположим, что до момента поставки поставщик уступает свои права (требования) третьему лицу, о чем покупатель своевременно уведомляется. После такой уступки поставщик совершает поставку товара. В рассматриваемом случае покупатель должен будет уплатить денежную сумму не поставщику, а новому кредитору. Однако из-за неизменяемости смарт-контракта после исполнения поставщиком своей обязанности смарт-контракт автоматически спишет денежные средства со счета

покупателя и перечислит их на счет цедента (поставщика), а не цессионария (нового кредитора).

С точки зрения российского права поставщик-цедент, получая платеж за отгруженный товар по уступленному праву (требованию), становится неосновательно обогатившимся лицом. Таким образом, благодаря смарт-контракту возникает кондиционное обязательство, в результате исполнения которого поставщик должен будет передать полученную сумму новому кредитору и уплатить проценты. Поэтому не исключены споры между цессионарием и поставщиком-цедентом, хотя последний не имел умысла на получение денежных средств за поставленный товар, но компьютерный код смарт-контракта выполнил алгоритм, заложенный в него.

Особенности смарт-контракта также не позволяют решить вопрос о его исполнении при наступлении форс-мажора. Например, по п. 3 ст. 401 ГК РФ, по общему правилу лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, несет ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы, т.е. чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств.

Возвращаясь к приведенному ранее примеру, связанному с заключением договора поставки с использованием смарт-контракта, вполне можно допустить ситуацию, при которой в договор поставки было включено условие, согласно которому в случае неосуществления поставки к определенной дате поставщик обязан уплатить покупателю штраф. При этом денежная сумма указанного штрафа подлежит автоматическому списанию с банковского счета поставщика и зачислению на банковский счет покупателя. Далее, поставщик к определенной дате поставку товара осуществить не смог. Но причиной тому стали не умысел или небрежность поставщика, а обстоятельства непреодолимой силы. Указанное нарушение договорного обязательства автоматически станет основанием для перечисления штрафа в силу самоисполняемости смарт-контракта, и поставщик не сможет предотвратить данное обстоятельство, даже ссылаясь на обстоятельства непреодолимой силы.

2. Обычно считается, что преимущество блокчейна и действующего на его основе смарт-контракта в том, что в исполнение смарт-контрактов и функционирование блокчейна не может вмешиваться никакое третье лицо, что такое исполнение осуществляется автоматически программой без какого-либо посредничества иных лиц (представителей банков и пр) [Wasim M. et al., 2017:11]. Это общее правило, которое, однако, имеет исключение. Оно непосредственно связано с алгоритмом функционирования смарт-контрактов, исполнение которых в ряде случаев невозможно без учета информации, формирующейся вне блокчейна в реальном мире, с которой

смарт-контракт не может взаимодействовать напрямую. Поэтому развитие технологии блокчейна и смарт-контрактов привело к появлению новой категории субъектов, не являющихся сторонами смарт-контракта, но все же имеющих возможность влиять на его исполнение. Они именуются оракулами. Смарт-контракт сам по себе — замкнутая экосистема, однако условия исполнения иногда напрямую зависят от внешних данных. Например, текущая рыночная цена акций, от которой напрямую зависят выплата дивидендов, осуществляемая смарт-контрактом. Публичному и частному блокчейну оракулы необходимы для сбора, обработки, сертифицирования и включения в блокчейн информации, находящуюся вне блокчейна, в физическом мире, имеющую большое значение для исполнения смарт-контракта. Оракулы могут посредством цифровой подписи верифицировать информацию, что позволяет судить об аутентичности источника информации.

Функции оракула вполне объяснимы, однако появление таких источников информации сводит на нет такое преимущество смарт-контракта, как его независимость от третьих лиц. В связи с этим встает проблема возможного манипулирования данными оракула в недобросовестных целях, могущего повлиять на процесс исполнения смарт-контракта в интересах какой-либо стороны или третьих лиц.

Несмотря на важность оракула для реализации смарт-контрактов и функционирования блокчейна, оракул является «ахиллесовой пятой» блокчейна и смарт-контрактов. Например, каковы правовые последствия, если оракул не включает в блокчейн информацию, необходимую для его функционирования? Как быть, если информация, включенная в блокчейн, является ошибочной или сфальсифицированной? Какую ответственность и какое лицо несет за деятельность оракула?

Любое искажение данных оракула приводит к неправильному исполнению смарт-контракта: совершение действия, которое по условиям смарт-контракта не должно было произойти на фоне фактических обстоятельств; неверная сумма платежа по смарт-контракту (как в большую, так и в меньшую сторону в зависимости от влияния заинтересованных лиц). При решении указанных и других аналогичных проблем необходимо учитывать правовую природу смарт-контрактов. Поскольку смарт-контракт является компьютерной программой и правоотношением одновременно, поиск путей решения некоторых проблем, связанных с его использованием, следует искать в совершенствовании не только законодательства, но и в компьютерного протокола.

В доктрине доказано, что не все правоотношения в киберпространстве и не всегда могут регулироваться традиционным писаным правом. Гораздо эффективнее становится регулирование по кодам (по исходным кодам),

которое получило в литературе название *lex informatica* [Kablan S., 2008: 49]. Данное обстоятельство, на первый взгляд, делает компьютерные технологии более значимыми для регулирования общественных отношений в киберпространстве, чем традиционные нормы права.

Однако полагаем, что мнение о превосходстве компьютерных технологий над человеком, об их самодостаточности, невозможности регулирования с помощью права необоснованно и появилось вследствие ошибки восприятия. Компьютерная программа «умна» потому, что она — результат деятельности человеческого гения. «Компьютерный мозг», программный код выполняет только операции и функции, которые ему поручил исполнять мозг человеческий [Guerlin G., 2017: 512].

В связи с этим для решения практических проблем применения смарт-контрактов необходимо применить сочетание как соответствующих технических приемов, так и соответствующих законодательных решений. Наши предложения основываются на точке зрения о том, что смарт-контрактом может называться, во-первых, соответствующий гражданско-правовой договор, и, во-вторых, соответствующий технический способ исполнения гражданско-правового договора. Окончательный вывод о правовой природе смарт-контракта зависит от конкретных обстоятельств.

На основании указанной концептуальной позиции предлагаем следующие решения поставленных выше проблем.

Во-первых, необходимо ограничить сферы применения смарт-контрактов в некоторых социально значимых областях деятельности, в которых существует повышенный риск нарушения обязательств наиболее социально незащищенных социальных групп.

Во-вторых, смарт-контракты, рассматриваемые как способы исполнения соответствующих решений, могут быть использованы для исполнения решений судов. Выше было показано, что смарт-контракт, т.е. компьютерная программа, может использоваться как способ исполнения договора, заключенного на традиционном бумажном носителе. В литературе имеется также идея, что смарт-контракты можно использовать как способ исполнения закона. Такая идея принадлежит Т. Мейтлингеру, полагающему, что смарт-контракты могут выполнять правовые нормы [Meitinger T., 2017: 371]. В связи с этим нет препятствий для использования смарт-контрактов и для исполнения решений судов. В случае признания смарт-контракта (как договора, правоотношения) недействительным по решению суда в целях применения реституции допустимо составление смарт-контракта специализированной технической службой, которую необходимо создать в ФССП России. Техническую возможность указанных действий должны обеспечить IT-специалисты.

В-третьих, похожим образом может быть решена проблема кажущейся невозможности уступки права (требования) по первоначальному смарт-контракту. После заключения договора цессии и с целью его исполнения в киберпространстве цедент и цессионарий должны быть обязаны заключить смарт-контракт, направленный на исполнение заключенного ими договора цессии. После поступления денежной суммы от покупателя на счет поставщика-цедента, второй смарт-контракт автоматически переведет эту сумму на счет цессионария. Соответственно показаны изменения гражданского законодательства, обязывающие стороны к заключению таких обратных смарт-контрактов в случае уступки прав (требований) по первоначально заключенному договору в форме смарт-контракта.

В-четвертых, положение оракула, его вмешательство в отношения между сторонами должны быть точно определено самим договором или соответствующей инструкцией, направляемой сторонами (одной из сторон) оракулу. Действия оракула могут быть застрахованы. Обязательное страхование в такой ситуации дало бы сторонам смарт-контракта гарантии надлежащего исполнения оракулом своих обязанностей<sup>12</sup>. Другим способом регулирования поведения оракула может быть использование в технологии блокчейн не одного, а двух оракулов. В такой ситуации чтобы информация извне была загружена в блокчейн, необходимо, чтобы ее действительность, подтвердил не только первый Оракул, но и второй [Mekki M., 2018: 29–30].

## **Заключение**

Смарт-контракты используются в различных сферах экономики, однако в науке и законодательстве еще не выработано единого определения данного понятия и не изучена его правовая природа. Это объясняется тем, что смарт-контракт является новым инструментом, мало изученным в науке, в отношении которого отсутствует единая правовая концепция. Однако применение смарт-контрактов с каждым годом расширяется, что обусловлено рядом его преимуществ, основанных на использовании блокчейн, который обеспечивается характеристиками данной технологии: невозможностью изменения в одностороннем порядке его условий, самоисполнением, синхронизацией информации и ее шифрованием, одновременной доступностью информации всем участникам сделки, что делает еще более актуальными вопросы о правовом регулировании этих отношений, позволяющем раскрыть правовую природу и понятие смарт-контракта.

Опыт законодательного урегулирования смарт-контрактов в зарубежных странах различен. В большинстве стран правовое регулирование смарт-

---

<sup>12</sup> Available at: <https://docs.oracle.it/#background> (дата обращения: 01.04.2019)

контрактов отсутствует, однако Беларусь, Италия, отдельные штаты США законодательно закрепили различные определения смарт-контракта.

Исследованные в работе основные взгляды ученых на понятие «смарт-контракт» и его правовую природу подтверждают вывод об отсутствии единообразия в подходах. Так, основными позициями относительно правовой природы умного контракта являются: признание его программой, функционирующей на основании распределенного, децентрализованного, реестра; электронным договором или способом исполнения договора. Такие противоречия в понимании смарт-контракта и его правовой природы объясняются в первую очередь отсутствием доктринальной концепции и усложняют его применение.

Неотменяемость и неизменяемость смарт-контракта не позволяют применить последствия его признания судом недействительным, расторжения договора, применения реституции. Анализ правовых концепций определения и правовой природы «смарт-контракта» также свидетельствует об отсутствии единой позиции в его понимании.

Основные выводы относительно понятия и правовой природы смарт-контракта таковы.

Вне правового регулирования смарт-контракт является обычной компьютерной программой, которая не может иметь правовой природы, оставаясь техническим решением, инновацией в сфере компьютерных технологий.

В праве смарт-контракт может использоваться для различных целей, в том числе в договорной практике. При использовании смарт-контракта как программы при заключении договоров необходимо разграничивать компьютерную программу и само правоотношение, т.е. договор. Право может регулировать только договорные отношения при учете технических особенностей компьютерной программы, которая неизбежно меняет договорные отношения.

В зависимости от целей правового регулирования смарт-контракт может использоваться либо как способ исполнения традиционного договора, заключенного в письменной или устной форме, либо как особая несамостоятельная договорная конструкция, которую невозможно заключить отдельно от соответствующего договорного типа. Например, нельзя заключить договор присоединения как таковой. Однако можно заключить договор подряда в виде договора присоединения. К числу таких несамостоятельных договорных конструкций относится и смарт-контракт.

Правовыми особенностями смарт-контракта как особой договорной конструкции является электронная форма этого договора, невозможность заключения указанного договора вне технологии блокчейн, неотменяемость и неизменяемость смарт-контракта, обеспечивающая неотвратимость исполнения договора, заключенного сторонами.

Указанные технические особенности компьютерной программы (смарт-контракт) создают повышенные риски для пользователей, не знакомых с ее особенностями. С целью минимизации указанных рисков предложены меры защиты, которыми необходимо дополнить законодательство.

Во-первых, необходимо ограничить сферы применения смарт-контрактов в некоторых социально значимых областях деятельности, в которых существует повышенный риск нарушения обязательств наиболее социально незащищенных групп населения.

Во-вторых, смарт-контракты, рассматриваемые как способы исполнения соответствующих решений, могут быть использованы для исполнения решений судов. Поэтому в случае признания смарт-контракта (как договора, правоотношения) недействительным по решению суда в целях применения реституции допустимо составление смарт-контракта специализированной технической службой, которую необходимо создать в ФССП.

В-третьих, после заключения договора уступки права (требования), возникшего из смарт-контракта (первый смарт-контракт), и с целью его исполнения в киберпространстве цедент и цессионарий должны быть обязаны заключить смарт-контракт, направленный на исполнение заключенного ими договора цессии (второй смарт-контракт). После поступления денежной суммы от покупателя в кошелек поставщика-цедента второй смарт-контракт автоматически переведет эту сумму в кошелек цессионария. Соответственно, показаны изменения гражданского законодательства, обязывающие стороны к заключению таких обратных смарт-контрактов в случае уступки прав (требований) по первоначально заключенному договору в форме смарт-контракта.

В-четвертых, положение оракула, его вмешательство в отношения между сторонами создает дополнительные риски. Поэтому действия оракула могут быть застрахованы. Обязательное страхование в такой ситуации предоставило бы сторонам смарт-контракта гарантии надлежащего исполнения оракулом своих обязанностей. Другим способом решения проблемы надлежащего поведения оракула может быть использование в технологии блокчейн не одного, а двух оракулов. Данные свойства смарт-контракта и возможные пути устранения препятствий недостаточно изучены, что не позволяет сделать окончательных выводов.



## Библиография

Белицкая А.В., Белых В.С., Беляева О.А. и др. Правовое регулирование экономических отношений в современных условиях развития цифровой экономики. М.: Юстицинформ, 2019. 376 с.

- Волос А.А. Смарт-контракты и принципы гражданского права // Российская юстиция. 2018. N 12. С. 5–7.
- Гонгало Б. М. Учение об обеспечении обязательств. М.: Статут, 2002. 222 с.
- Могайар У. Блокчейн для бизнеса. М.: Эксмо, 2018. 224 с.
- Рожкова М.А. и др. Право в сфере Интернета. М.: Статут, 2018. 528 с.
- Савельев А.И. Некоторые правовые аспекты использования смарт-контрактов и блокчейн-технологий по российскому праву // Закон. 2017. N 5. С. 94–117.
- Санникова Л.В., Харитонов Ю.С. Цифровые активы и технологии: некоторые правовые проблемы выработки понятийного аппарата // Право и цифровая экономика. 2018. N 1. С. 25–30.
- Сидоренко Э. и др. Нужно ли регулировать биткоин? // Закон. 2017. N 9. С. 20–33.
- Федоров Д.В. Токены, криптовалюта и смарт-контракты в отечественных законопроектах с позиции иностранного опыта // Вестник гражданского права. 2018. N 2. С. 30–74.
- Хадеева М.В. Смарт-контракты в США и России: заключение, исполнение, перспективы развития // Проблемы экономики и юридической практики, 2019, № 3. С. 182–186.
- Bensoussan L. Le smart contract: en jeux juridiques et pratiques. Revue de droit bancaire et financier, 2019, no 2, pp. 1–2.
- Cohen-Hadria Y. Blockchain: révolution ou évolution? Dalloz IT/IP, 2016, no 11, pp. 537–542.
- Corbet S. et al. Cryptocurrencies as a Financial Asset: a systematic analysis. International Review of Financial Analysis, 2018, September, pp. 182–199. Cvetkova I. Cryptocurrencies legal regulation. BRICS law journal, 2018, vol. 2, pp. 128–153.
- De Filippi P. Blockchain technology as a regulatory technology. Available at: <http://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/7113/5657> (дата обращения: 18.07.2019)
- De Graaf T. From old to new: From internet to smart contracts and from people to smart contracts. Computer Law & Security Review, 2019, issue 5, pp. 40–59.
- Dondero B. Les smart contracts. Juris-classeur périodique, 2019, no 12, 19 p.
- Douvelle T. Blockchain et protection des données à caractère personnel. AJ Contrat, 2019, no 7, pp. 316–320.
- Garance C. Smart contracts et droit des contrats. AJ Contrat, 2019, no 7, pp. 321–324.
- Giusti J. Les «smart contracts» sont-ils des contrats? Available at: <https://jeromegiustiblog.wordpress.com/2016/05/27/les-smart-contracts-sont-ils-des-contrats/> (дата обращения: 08.03.2019)
- Godefroy L. Le code algorithmique au service du droit. Recueil Dalloz, 2018, no 14, pp. 713–792.
- Guerlin G. Considérations sur les smart contracts. Droit de la propriété intellectuelle et du numérique, 2017, no 10, pp. 512–516.
- Herian R. Legal recognition of blockchain registries and smart contracts. Paris: OECD, 2018, 47 p.
- Kablan S. Pour une évolution du droit des contrats: le contrat électronique et les agents intelligents. Thèse de docteur en droit. Quebec City, 2008, 438 p.
- Katsh M. Law in Digital World. Available at: <http://bookfi.net/book/624640> (дата обращения: 15.04.2019)

Klein J. Repenser le contrat à l'ère numérique. *Revue des juristes de science PO*, 2019, no 17, pp. 68–75.

Loiseau G. Le contrat électronique, l'indigent de la réforme du droit des contrats. *Communication commerce électronique*, 2016, no 9, pp. 9–12.

Mekki M. Le contrat, objet des smart contracts. *Daloz IT/IP*, 2018, no 7–8, pp. 409–417.

Meitinger T. Smart contracts. *Informatik-Spektrum*, 2017, no 4, pp. 371–375.

Neguerrand M. Les smart contracts en Belgique: une destruction utopique du besoin de confiance. *Daloz IT/IP*, 2019, no 1, pp. 22–26.

Szabo N. Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets. Available at: [http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart\\_contracts\\_2.html](http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html) (дата обращения: 19.05.2019)

Savelyev A. Contract Law 2.0: «Smart» contracts as the beginning of the end of classic contract law. *Information & Communications Technology Law*, 2017, vol. 2, pp. 116–134.

Tikhomirov S. et al. Smartcheck: Static Analysis of Ethereum Smart Contracts. International conference on software engineering. 2018. Available at: <https://s-tikhomirov.github.io/assets/papers/smartcheck.pdf> (дата обращения: 02.07.2019)

Trevor I. Beyond bitcoin: issues in regulating blockchain transactions. *Duke Law Journal*, 2015, vol. 65, pp. 569–608.

Wasim M. et al. Law as a Service: Enabling legal protection over a blockchain network. *Papers of International Conference on smart cities*, 2017, pp. 110–114.

Zolynski C. Blockchain et smart contracts: premiers regards sur une technologie disruptive. *Revue de droit bancaire et financier*, 2017, dossier 4, pp. 1–4.

---

## Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 4

### Comparative Analysis of Doctrinal Concepts of Legal Regulating Smart Contracts in Russia and Foreign States



**Lyudmila Efimova**

Professor, Department of Banking Law, Kutafin Moscow State University, Doctor of Juridical Sciences. Address: 9 Sadovaya-Kudrinskaya Str., Moscow 125993, Russia. E-mail: elg007@mail.ru.



**Irina Mikheeva**

Associate Professor, Department of Banking Law, Kutafin Moscow State University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 9 Sadovaya-Kudrinskaya Str., Moscow 125993, Russia. E-mail: ya.miheeva@yandex.ru.



**Dmitry Chub**

Lecturer, Department of Banking Law, Kutafin Moscow State Law, Candidate of Juridical Sciences. Address: 9 Sadovaya-Kudrinskaya Str., Moscow 125993, Russia. E-mail: dchub1991@gmail.com.

## Abstract

The article is devoted to a comparative analysis of legislation and doctrinal views expressed by jurists of different countries on the concept and legal nature of a smart contract. The smart contract is a new institution related to the use of digital technologies, which was not previously known either in foreign countries or in Russian law. That is why the authors have identified five different points of view on the concept and legal nature of a smart contract. A similar situation has been developed in legislations of those countries that have included the rules on smart contracts (ex., USA, Italy, Belarus). Such a large number of various points of view on the concept and the nature of a smart contract and on methods of legal regulation indicate the absence of a proper legal concept of smart contracts that would be able to adequately combine both technical and legal features of the technical and legal phenomenon under consideration. The aim of the study is a comparative legal analysis of the legislation and doctrines of various countries to determine the legal nature of a smart contract and to justify proposals for improving existing legislation, which will eliminate the main disadvantages of a smart contract application in practice. The subject of the study is Russian and foreign legislations about the legal regulation of civil law relations in cyberspace in general, and on the blockchain platform, in particular, also Russian and foreign doctrines regarding the legal problems of smart contracts application in civil circulation. Research methods: dialectical, formal logical, functional, and other general scientific research methods, and special legal methods: formal, logical and comparative. Results of the research: outside of legal regulation, a smart contract is a regular computer program that cannot be of a legal nature. It remains a technical solution, an innovation in the area of computer technology. A smart contract can be used for various purposes in law, including the usage in contractual practice. In case of using a smart contract in contractual practice, it is necessary to distinguish between a computer program and the legal relationship itself, i.e. contract. In accordance with aforesaid, the law can only regulate contractual relations, taking into account the technical features of a computer program that inevitably changes the contractual relationship. Depending on the objectives of legal regulation, a smart contract can be used as a way of executing a traditional contract, which can be concluded in simple written or oral form, or as a special non-independent contractual design that cannot be concluded separately from the corresponding contract type.

## Keywords

smart contract; blockchain technologies; electronic form; digital technology; algorithmic code; computer program.

**Acknowledgements:** The study was carried out with funding from the Russian Foundation for Basic Research (RFBR) under research project No. 18-29-16203MK “Russian and foreign law on the use of digital technologies in banking and its application: comparative legal aspect”.

**For citation:** Evimova L.G., Mikheeva I.V., Chub D.V. (2020) Comparative Analysis of Doctrinal Concepts of Regulating Smart Contracts in Russia and Foreign States. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 78–105 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.4.78.105

## References

Belitskaya A.V. et al. (2019) *Legal regulation of economic relations in modern conditions of digital economy development*. Moscow: Justicinform, 376 p. (in Russian)

- Bensoussan L. (2019) The smart contract: in legal and practical games. *Review of banking and financial law*, no 2, pp. 1–2.
- Cohen-Hadria Y. (2016) Blockchain: revolution or evolution? The practice that upsets habits and the legal world. *Dalloz IT/IP*, no 11, pp. 537–542.
- Corbet S. et al. (2018) Cryptocurrencies as a financial asset: a systematic analysis. *International Review of Financial Analysis*, no 9, pp. 182–199.
- Cvetkova I. (2018). Cryptocurrencies legal regulation. *BRICS Law Journal*, vol. 2, pp. 128–153.
- De Filippi P. (2016) Blockchain technology as a regulatory technology. Available at: <http://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/7113/5657> (accessed: 18.07.2019)
- De Graaf T. (2019) From old to new: From internet to smart contracts and from people to smart contracts. *Computer Law & Security Review*, issue 5, pp. 40– 59.
- Dondero B. (2017) Smart contracts. *Juris-classeur periodique*, December, 19 p.
- Douvelle T. (2019) Blockchain and protection of personal data. *AJ Contract*, no 7, pp. 316–320.
- Fedorov D.V. (2018) Tokens, cryptocurrency and smart contracts in domestic draft laws from the perspective of foreign experience. *Vestnik grazhdanskogo prava*, no 2, pp. 30–74 (in Russian)
- Garance C. (2019) Smart contracts et droit des contrats. *AJ Contrat*, no 7, pp. 321–324.
- Giusti J. (2016) Are «smart contracts» contracts? Available at: <https://jeromegiustiblog.wordpress.com/2016/05/27/les-smart-contracts-sont-ils-des-contrats/> (accessed: 08.03.2019)
- Godefroy L. (2018) Algorithmic code at service of law. *Dalloz collection*, no 4, pp. 713–792.
- Gongalo B.M. (2002) *Doctrine of securing obligations*. Moscow: Statut, 222 p. (in Russian)
- Guerlin G. (2017) Considerations on smart contracts. *Dalloz IP/IT. Intellectual property and digital law*, no 10, pp. 512–516.
- Hadeeva M.V. (2019) Smart contracts in US and Russia: conclusion, performance, prospects. *Problemy ekonomiki i pravovoi praktiki*, no 3, pp. 182–186 (in Russian)
- Herian R. (2018) *Legal recognition of blockchain registries and smart contracts*. Paris: OECD, 47 p.
- Kablan S. (2008) For an evolution in contract law: the electronic contract and intelligent agents. Doctor of law thesis. Québec City, 438 p.
- Katsh E. (1995) Law in Digital World. Available at: <http://bookfi.net/book/624640> (accessed: 10.04.2019)
- Klein J. (2019) Rethink the contract in the digital age. *Journal of PO science jurists*, no 6, pp. 68–75.
- Loiseau G. (2016) The electronic contract, the need for the reform of contract law. *Electronic commerce communication*, no 9, pp. 9–12.
- Meitinger T. (2017) Smart contracts. *Informatik-Spektrum*, no 4, pp. 371–375.
- Mekki M. (2018) The contract, the subject of smart contracts. *Dalloz IT/IP*, no 7–8, pp. 409–417.
- Mogayar U. (2018) *Blockchain for business*. Moscow: Eksmo, 224 p. (in Russian)
- Neguerrand M. (2019) Smart contracts in Belgium: a utopian destruction of the need for trust. *Dalloz IT/IP*, no 1, pp. 22–26.

Szabo N. (1996) Smart contracts: building blocks for digital markets. Available at: [http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart\\_contracts\\_2.html](http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html) (accessed: 19.05.2019)

Rozhkova M.A. et al (2018) *The Law of Internet*. Moscow: Statute, 528 p. (in Russian)

Savelyev A. (2017) Contract Law 2.0: «Smart» contracts as the beginning of the end of classic contract law. *Information & Communications Technology Law*, no 4, pp. 116–134.

Savelyev A.I. (2017) Using smart contracts on blockchain technology and Russian legislation. *Zakon*, no 5, pp. 94–117 (in Russian)

Sannikova L.V., Kharitonov Yu. S. (2018) Digital assets and technologies: legal aspects of conceptual apparatus. *Pravo i cifrovaya ekonomika*, no 1, pp. 25–30 (in Russian)

Sidorenko E. et al (2017) Do I need to regulate bitcoin? *Zakon*, no 9, pp. 20–33 (in Russian)

Tikhomirov S. et al. (2018) Smartcheck: Static Analysis of Ethereum Smart Contracts. Available at: <https://pdfs.semanticscholar.org/d9f5/1689c6a0383eb5d21083279b116d8d0f0f88.pdf> (accessed: 02.07.2019) (in Russian)

Trevor I. (2015) Beyond bitcoin: issues in regulating blockchain transactions. *Duke Law Journal*, vol. 65, pp. 569–608.

Volos A.A. (2018) Smart contracts and principles of civil law. *Rossiyskaya justitia*, no 12, pp. 5–7 (in Russian)

Wasim M. et al. (2017) Law as a Service: Enabling legal protection over a blockchain network. Papers of conference on smart cities, pp. 110–114.

Zolynski C. (2017) Blockchain and smart contracts: first glances at a disruptive technology. *Review of banking and financial law*, no 1, pp. 1–4.

# О формировании междисциплинарной концепции антикоррупционного комплаенса в Российской Федерации

---



## **Ю.П. Гармаев**

Профессор, кафедра уголовного процесса и криминалистики Бурятского государственного университета им. Доржи Банзарова, доктор юридических наук. Адрес: 670000, Российская Федерация, Республика Бурятия, Улан-Удэ, ул. Смолина, 24а. E-mail: garmaeff1@mail.ru



## **Э.А. Иванов**

Профессор, департамент международного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., 20. E-mail: eaivanov@hse.ru



## **С.А. Маркунцов**

Профессор, департамент систем судопроизводства и уголовного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., 20. E-mail: smarkuntsov@hse.ru

---



## **Аннотация**

С началом XXI века в компаниях, ведущих бизнес в различных странах мира, началось активное внедрение антикоррупционного комплаенса. Данный процесс не оставил в стороне и российские, в первую очередь крупные компании. Под их влиянием антикоррупционные политики и процедуры постепенно стали приниматься и компаниями, относящимися к среднему и малому бизнесу. Не умаляя роли антикоррупционного комплаенса как механизма защиты компаний от коррупционных преступлений и правонарушений, авторы отмечают, что многие крупнейшие международные компании, вкладывающие огромные ресурсы в создание комплаенс-программ, их руководители и сотрудники оказываются вовлечены в совершение коррупционных деяний и подвергаются уголовному преследованию. На основании исследования авторы приходят к выводу, что антикоррупционный комплаенс не должен сводиться к набору управленческих процессов и формальных стандартов. Необходимо содержательное наполнение антикоррупционных комплаенс-программ и обучение сотрудников компаний, нацеленное на предотвращение коррупционных деяний. В статье выдвигается и обосновывается идея создания междисциплинарной концепции антикоррупционного комплаенса в России, основанной на использовании достижений наук международного права, уголовного права, криминалистики и оперативно-розыскной деятельности. Авторами предложено собственное определение антикоррупционного комплаенса, дана его

общая характеристика, рассмотрены причины внедрения в корпоративные практики. Проанализированы особенности правового регулирования и тенденции внедрения антикоррупционного комплаенса в России. Предпринята попытка институционализации понятийного аппарата, таких взаимосвязанных в контексте формируемой концепции научных категорий, как коррупционное преступление, преступление коррупционной направленности, коррупционный риск. Междисциплинарная концепция антикоррупционного комплаенса должна лечь в основу стандартов и рекомендаций для российских компаний, корпоративных политик и процедур, методических рекомендаций для судей и сотрудников правоохранительных органов, а также программ обучения и повышения квалификации по вопросам антикоррупционного комплаенса. Концепция может также использоваться для развития антикоррупционного сотрудничества в рамках БРИКС и Евразийского экономического союза.



### Ключевые слова

коррупция; антикоррупционное просвещение; антикоррупционные практики; антикоррупционный комплаенс; защита от незаконного обвинения; корпоративный сектор; предупреждение коррупции.

**Для цитирования:** Гармаев Ю.П., Иванов Э.А., Маркунцов С.А. О формировании антикоррупционного комплаенса в Российской Федерации // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 4. С. 106–128.

УДК:

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.4.106.128

## Введение

Коррупция — явление, затрагивающее различные сферы общественной жизни и тесно связанное с другими видами преступной деятельности. При разработке Конвенции ООН против коррупции (2003), являющейся основным универсальным международным договором в данной сфере, государства отказались от идеи сформулировать общепризнанное определение коррупции и включили в Конвенцию перечень коррупционных преступлений, которые должны войти в национальное уголовное законодательство государств-участников. В наиболее общем виде под коррупцией понимается злоупотребление доверенной властью для извлечения личной выгоды<sup>1</sup>.

Россия придерживается широкого подхода к определению коррупции, включая в него преступления, совершаемые как в публичной, так и в частной сфере. В ст. 1 Федерального закона от 25.12.2008 № 273-ФЗ «О противодействии коррупции» коррупция определяется как:

<sup>1</sup> Transparency International. What is corruption? Available at: <https://www.transparency.org/en/what-is-corruption> (дата обращения: 29.07.2020)

злоупотребление служебным положением, дача взятки, получение взятки, злоупотребление полномочиями, коммерческий подкуп либо иное незаконное использование физическим лицом своего должностного положения вопреки законным интересам общества и государства в целях получения выгоды в виде денег, ценностей, иного имущества или услуг имущественного характера, иных имущественных прав для себя или для третьих лиц либо незаконное предоставление такой выгоды указанному лицу другими физическими лицами;

совершение деяний, указанных в подпункте «а» настоящего пункта, от имени или в интересах юридического лица.

Большой вклад в изучение проблемы коррупции в России внесли В.В. Астанин, О.Я. Баев, Ю.В. Голик, А.Ю. Головин, И.А. Дамм, А.И. Долгова, А.М. Иванов, С.М. Иншаков, Н.А. Лопашенко, В.А. Номоконов, Б.А. Осипов, Е.В. Смахтин, Н.В. Сторчилова, А.Л. Репецкая, А.Н. Халиков, Н. В. Щедрин. Авторам удалось проанализировать различные формы коррупции в системе государственной и муниципальной службы, разработать целый ряд мер, направленных на предотвращение коррупции, рекомендации по выявлению, пресечению и расследованию коррупционных преступлений. Среди зарубежных исследований отметим работы М. Джонстона, Р. Клитгарда, М. Леви, Н. Пассаса, Л. Холмса.

Современная коррупция развивается под влиянием различных факторов общественной жизни (формирование глобальных рынков товаров и услуг, отсутствие границ в отдельных регионах мира, внедрение новых технологий передачи информации, управления и ведения бизнеса, появление криптовалют и новых платежных систем). Можно выделить ряд отличительных особенностей современной коррупции:

вовлечение в коррупционные отношения должностных лиц различного уровня, вплоть до руководителей государств [Moretti D., 2018: 2–3]<sup>2</sup>;

участие коррумпированных должностных лиц в бизнесе в качестве постоянных «деловых партнеров»;

использование для получения крупных коррупционных выплат сложных корпоративных структур;

планирование получения коррупционных выплат параллельно с последующей легализацией преступных доходов;

использование в расчетах современных технологий, криптовалют и новых платежных систем<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Экс-президента Южной Кореи приговорили к 24 годам тюрьмы. Available at: URL: <https://rg.ru/2018/04/06/sud-vynes-prigovor-eks-prezidentu-iuzhnoj-korei-pak-kyn-he.html> (дата обращения: 27.07.2020)

<sup>3</sup> FATF. Guidance for a risk-based approach to virtual assets and virtual asset service providers. 2019. Available at: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/RBA-VA-VASPs.pdf> (дата обращения: 27.07.2020)

Наряду с коррупцией в публичной сфере получила распространение и коррупция в сфере бизнеса, основным проявлением которой является коммерческий подкуп. В данном случае функции «коррупцированных должностных лиц» берут на себя менеджеры компаний-партнеров. Коррупция в сфере бизнеса проявляется при выборе подрядчиков и поставщиков в рамках тендерных процедур, при размещении рекламы, нередко приводит к утечке информации, составляющей коммерческую тайну. Решения, принимаемые менеджерами в результате коммерческого подкупа, наносят существенный экономический, а в ряде случаев — и репутационный ущерб компаниям.

Негативное влияние коррупции на общество и государство трудно переоценить. Коррупция убивает доверие граждан к органам государственной власти, стимулирует ведение бизнеса в теневом секторе и уклонение от уплаты налогов. Исчезает возможность конструктивного диалога между бизнесом и властью, выработки эффективных законодательных и управленческих решений.

На протяжении многих лет система противодействия коррупции как в России, так и в зарубежных странах была нацелена прежде всего на предотвращение коррупционных преступлений и правонарушений государственных и муниципальных служащих. Вместе с тем очевидно, что в коррупционных отношениях участвуют как минимум две стороны: государственные и муниципальные служащие, оказывающие коррупционные «услуги», и коммерческие и некоммерческие организации, являющиеся их «клиентами». Коррупция в форме коммерческого подкупа существует и в частном секторе, нанося значительный ущерб добросовестным владельцам компаний. Соответственно система противодействия коррупции должна охватывать всех субъектов, которые могут быть вовлечены в коррупционные отношения. На основе такого понимания в компаниях по всему миру постепенно происходит внедрение антикоррупционного комплаенса в качестве механизма защиты компаний от коррупционных преступлений и правонарушений.

Настоящая статья является результатом совместного исследования авторов, направленного на формирование междисциплинарной научной концепции антикоррупционного комплаенса в России. Использовались диалектический, формально-логический, сравнительно-правовой методы и методы статистического анализа и моделирования.

## **1. Антикоррупционный комплаенс в Российской Федерации: современное состояние и перспективы развития**

Термин «комплаенс» возник в правовой системе «общего права». Буквальный перевод на русский язык слова «комплаенс» как «соответствие чему-ли-

бо» не приводит к полному пониманию сути данного термина, получившего широкое распространение. В последние десятилетия сфера комплаенса неуклонно расширяется, охватывая все новые направления деятельности компаний и виды правоотношений. Антикоррупционный комплаенс является одним из видов комплаенса наряду с антимонопольным, налоговым, экологическим и рядом других.

Можно дать следующее базовое определение антикоррупционного комплаенса: это процесс управления, который позволяет определять применимые правовые нормы, выявлять и оценивать коррупционные риски, создавать локальные нормы организации с учетом этических принципов, а затем принимать меры, направленные на соблюдение организацией и взаимодействующими с ней лицами правовых норм, локальных норм организации и профилактику коррупционных рисков. Основными внутренними документами организации, регулирующими разработку и внедрение системы антикоррупционного комплаенса, являются кодекс деловой этики и антикоррупционная комплаенс-программа.

Можно выделить следующие цели внедрения антикоррупционного комплаенса в компаниях:

обеспечение ведения бизнеса в соответствии с антикоррупционными требованиями законодательства, этическими принципами, ценностями и локальными нормами компании;

предотвращение вовлечения компании, филиалов, представительств, дочерних и зависимых компаний, сотрудников и контрагентов компании в совершение коррупционных преступлений и правонарушений;

защита компании от коррупционных деяний, например, от вымогательства взятки.

Наряду с компаниями антикоррупционный комплаенс постепенно внедряют и некоммерческие организации, в частности действующие в гуманитарной сфере.

По своей природе и структуре антикоррупционный комплаенс близок к внутреннему контролю в целях противодействия легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма. При этом подходы законодателей к регулированию данных видов комплаенса принципиально отличаются. Принятие мер по противодействию легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма, является обязательным для определенных категорий кредитных и иных организаций. Неисполнение этой обязанности может повлечь за собой отзыв лицензии на соответствующий вид деятельности или иные меры воздействия со стороны надзорных органов.

Антикоррупционный комплаенс в большинстве стран не является обязательным. Требования отечественного законодательства являются одним

из редких исключений. Принятие организациями мер по предупреждению коррупции предусмотрено ст. 13.3 Федерального закона «О противодействии коррупции», вступившей в силу 01.01.2013<sup>4</sup>. Несмотря на обязательный характер ст. 13.3, ответственность за ее неисполнение отсутствует. В этой связи важную роль в продвижении внедрения антикоррупционного комплаенса выполняет прокурорский надзор за соблюдением требований Федерального закона «О противодействии коррупции». Органы прокуратуры регулярно проводят проверки соблюдения организациями требований ст. 13.3. В соответствии с ч. 3 ст. 22 Федерального закона от 17.01.1992 № 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации» прокурор или его заместитель вносит представление об устранении нарушений закона, выявленных в ходе проверки<sup>5</sup>. Невыполнение законных требований прокурора влечет за собой административную ответственность по ст. 17.7 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП). Статья предусматривает санкции: наложение административного штрафа на должностных лиц — от 2 тысяч до 3 тысяч рублей либо дисквалификацию на срок от шести месяцев до одного года; на юридических лиц — от 50 тысяч до 100 тысяч рублей либо административное приостановление деятельности на срок до 90 суток. Административная ответственность за невыполнение законных требований прокурора фактически компенсирует отсутствие мер ответственности непосредственно за неисполнение требований ст. 13.3 Федерального закона «О противодействии коррупции».

На практике внедрение антикоррупционного комплаенса российскими компаниями обусловлено различными причинами, делятся на несколько групп. В первую группу входят субъективные причины, личная позиция руководителей и владельцев компаний в отношении неприемлемости коррупции как метода ведения бизнеса. Такая позиция может быть обусловлена этическими принципами и ценностями руководителей и владельцев, заботой о деловой репутации компании. Ко второй группе можно отнести сугубо прагматичное стремление снизить риски коррупции на уровне менеджеров среднего звена и сотрудников, предотвратить возможный экономический ущерб и увеличить прибыль от ведения бизнеса.

К третьей группе относятся юридические причины. Бизнесмены осознают риск личной уголовной ответственности и административной ответственности юридических лиц и стремятся предотвратить вовлечение

<sup>4</sup> Федеральный закон от 03.12.2012 № 231-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О контроле за соответствием расходов лиц, замещающих государственные должности, и иных лиц их доходам» // СЗ РФ. 2012. № 50 (ч. 4). Ст. 6954.

<sup>5</sup> Федеральный закон от 17.01.1992 № 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации» // СЗ РФ. 1995. № 47. Ст. 4472.

компаний в совершение коррупционных деяний. Некоторые компании, несмотря на отсутствие в законе мер ответственности, стремятся выполнять требования ст. 13.3 Федерального закона «О противодействии коррупции». В ст. 19.28 КоАП не предусмотрена обязанность судей учитывать наличие антикоррупционной комплаенс-программы при решении вопроса о привлечении юридических лиц к ответственности и назначении наказания. Судебная практика по данному вопросу неоднозначна, однако есть примеры, когда судьи снижали размер штрафа с учетом принимавшихся компаниями антикоррупционных мер<sup>6</sup>.

К данной группе относятся и риски применения иностранного антикоррупционного законодательства, имеющего экстерриториальное действие. Еще до принятия ст. 13.3 крупные российские компании, особенно работающие на зарубежных рынках, принимали кодексы деловой этики и антикоррупционные комплаенс-программы с учетом рисков применения Закона США «О борьбе с практикой коррупции за рубежом» (1977)<sup>7</sup> и Акта Великобритании «О взяточничестве» (2010)<sup>8</sup>. К более узкому кругу иностранных компаний может применяться и Закон Франции о прозрачности, борьбе с коррупцией и модернизации экономической жизни (2016) (Sapin II)<sup>9</sup>. В ряде стран законодательство и решения высших судебных органов допускают возможность существенного снижения штрафов при наличии эффективной антикоррупционной комплаенс-программы (Бразилия, ФРГ, США). Акт Великобритании «О взяточничестве» гласит, что такая программа может позволить компании полностью избежать уголовной ответственности.

Четвертая группа включает рыночные причины. Стремясь снизить риски вовлечения в совершение преступлений коррупционной направленности, компании, особенно крупные, занимающие лидирующие позиции на рынке, требуют от партнеров внедрить антикоррупционные меры. Соответствующие положения могут включаться в антикоррупционную оговорку, являющуюся неотъемлемой частью договора.

В пятую группу входят требования, связанные с участием в коллективных антикоррупционных инициативах бизнеса либо в совместных инициативах государства и бизнеса. Коллективные антикоррупционные инициативы получили распространение в более чем 200 странах мира.

---

<sup>6</sup> Бейкер Макензи. Отчет о результатах исследования практики применения ст. 19.28 КоАП РФ. Available at: URL: <https://www.bakermckenzie.com/ru/insight/publications/2019/11/corporate-anti-corruption-enforcement> (дата обращения: 26.07.2020)

<sup>7</sup> Foreign Corrupt Practices Act of 1977, PL 95-213, Title 1; 91 Stat 1494, Dec 19, 1977.

<sup>8</sup> UK Bribery Act of 2010. Available at: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents> (дата обращения: 30.07.2020)

<sup>9</sup> LOI n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (1). Available at: [www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/12/9/2016-1691/jo/texte](http://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/12/9/2016-1691/jo/texte) (дата обращения: 30.07.2020)

Правовое регулирование антикоррупционного комплаенса существенно отличается от регулирования внутреннего контроля в целях противодействия легализации преступных доходов и финансированию терроризма.

В сфере антикоррупционного комплаенса существует более 30 международных стандартов и руководств, опубликованных международными межправительственными и неправительственными организациями, международными предпринимательскими объединениями и ведущими международными консультантами. Ни один из этих стандартов и руководств не получил всеобщего признания, сопоставимого по уровню с признанием Рекомендаций ФАТФ. Какая-либо иерархия стандартов и руководств также отсутствует. Существуют руководства, посвященные антикоррупционной комплаенс-программе в целом или ее отдельным разделам. Соответственно, компании могут использовать при внедрении антикоррупционного комплаенса любые стандарты и руководства. На национальном уровне рекомендации для организаций по разработке и внедрению антикоррупционных комплаенс-программ приняты только в восьми государствах<sup>10</sup>. Некоторые государства рекомендуют компаниям использовать стандарт ISO 37001<sup>11</sup>.

В связи с отсутствием общепризнанного стандарта или руководства на международном уровне, а также национальных стандартов и руководств в большинстве стран, многие компании используют при разработке антикоррупционных комплаенс-программ иностранные руководства и рекомендации. Особое внимание уделяется рекомендациям регуляторов Великобритании и США, поскольку антикоррупционное законодательство этих стран имеет экстерриториальное действие. Компании, относящиеся к малому и среднему бизнесу, также учитывают антикоррупционные комплаенс-программы крупных компаний, являющихся их партнерами.

В России регуляторы стремятся оказать компаниям необходимую методическую помощь во внедрении антикоррупционного комплаенса. Министерством труда и социальной защиты Российской Федерации 08.11.2013 были опубликованы Методические рекомендации о разработке и принятию организациями мер по предупреждению и противодействию коррупции, получившие в 2019 г. дальнейшее развитие в рекомендациях и письмах по вопросам оценки коррупционных рисков и закреплению обязанностей работников, связанных с предупреждением коррупции.

Заметную роль в продвижении антикоррупционного комплаенса играет Центральный Банк России. Концепция организации системы внутреннего контроля для некредитных финансовых организаций, опубликованная Банком 31.10.2017, предусматривает в числе основных задач органов внутрен-

<sup>10</sup> Бразилия, Великобритания, Италия, Перу, США, Россия, Украина, Франция.

<sup>11</sup> Singapore Adopts ISO 37001 (FCPA Blog, 18 April 2017). Available at: [www.fcpcblogger.com/blog/2017/4/18/kristy-grant-hart-singapore-adopts-iso-37001.html](http://www.fcpcblogger.com/blog/2017/4/18/kristy-grant-hart-singapore-adopts-iso-37001.html) (дата обращения: 29.07.2020)

него контроля разработку внутренних документов, направленных на противодействие коммерческому подкупу и коррупции<sup>12</sup>. Несмотря на принятие ст. 13.3 Федерального закона «О противодействии коррупции», внедрение антикоррупционного комплаенса в России протекает медленно.

Важно отметить, что к ответственности за нарушение требований антикоррупционного законодательства, в частности, законодательства Великобритании и США, привлекаются крупнейшие международные компании, которые имели или по крайней мере должны были иметь разработанные антикоррупционные комплаенс-программы и необходимые для их функционирования финансовые ресурсы. На наш взгляд, это не означает, что в среднем и малом бизнесе дела обстоят значительно лучше, и компании имеют более эффективные антикоррупционные комплаенс-программы. Скорее, регуляторы и правоохранительные органы уделяют основное внимание крупнейшим компаниям, а средний и малый бизнес пока остается вне их поля зрения.

Почему же внедрение компаниями антикоррупционных комплаенс-программ часто не дают нужного результата? С одной стороны, очевидно, что ни одна государственная, и тем более корпоративная, система мер, направленных на предупреждение преступности, не может дать стопроцентного результата. С другой стороны, целесообразно серьезное изучение вопроса о возможности новых концептуальных подходов к созданию и функционированию системы антикоррупционного комплаенса.

Одной из основных причин ситуации является понимание антикоррупционного комплаенса во многих компаниях как еще одного набора бюрократических документов и процедур, требующего регулярных расходов и не дающего эффекта. Документам и процедурам придается необходимая форма, не наполненная содержанием. Антикоррупционный комплаенс рассматривается как один из элементов корпоративного управления. При этом роль комплаенса как механизма предупреждения коррупционных преступлений отходит на второй план.

Антикоррупционные комплаенс-программы международных компаний далеко не всегда адаптируются к реалиям той или иной страны и учитывают специфику коррупционных рисков и схем коррупционных преступлений. Проведенное в 2017 г. исследование показало, что 55% международных компаний применяют свои глобальные комплаенс-программы по всему миру, не внося изменений, учитывающих местную специфику<sup>13</sup>. Компании пере-

---

<sup>12</sup> Концепция организации системы внутреннего контроля для некредитных финансовых организаций. Available at: URL: [www.cbr.ru/content/document/file/27671/inf\\_note\\_oct\\_3117.pdf](http://www.cbr.ru/content/document/file/27671/inf_note_oct_3117.pdf) (дата обращения: 23.07.2020)

<sup>13</sup> Can companies really adopt a single global anti-corruption policy. Available at: [www.fcpcablog.com/blog/2017/6/28/john-bray-can-companies-really-adopt-a-single-global-anti-co.html](http://www.fcpcablog.com/blog/2017/6/28/john-bray-can-companies-really-adopt-a-single-global-anti-co.html) (дата обращения: 26.07.2020)

водят глобальные комплаенс-программы на другие языки и ожидают, что программы сработают так же, как в странах регистрации компаний. В результате через некоторое время компания сталкивается с неприятными сюрпризами. Нередко выясняется, что описанные в программе политики и процедуры не учитывают коррупционные риски страны, характерные способы совершения коррупционных преступлений и правонарушений. Программа оказывается неработающей и если она не учитывает базовые ценности и культурные традиции граждан.

Документы и процедуры нередко не имеют необходимого подкрепления в виде методик предотвращения и выявления коррупционных преступлений и правонарушений. Серьезной проблемой также является недостаток у сотрудников подразделений комплаенс необходимых знаний и навыков. На протяжении многих лет подготовка специалистов для подразделений комплаенс на системной основе не осуществлялась. Сотрудники приходили на эту работу с неодинаковым опытом и с разными пробелами в подготовке. Знание той или иной сферы бизнеса, полученное в ходе работы в клиентских или финансовых подразделениях компаний, совершенно не означало, что сотрудник сможет выявить завуалированную преступную схему. Бывшие сотрудники правоохранительных органов, приходя в подразделения комплаенс, наоборот, нередко сталкивались со трудностями в понимании специфики бизнеса, например, на рынке ценных бумаг. Для эффективной работы сотрудник, отвечающий за антикоррупционный комплаенс, должен обладать уникальным набором знаний и навыков, включающим понимание бизнеса, знания в финансовой сфере, знания в области уголовного права, криминологии, криминалистики, психологии. В крупных компаниях могут потребоваться и знания в сфере международного права и иностранного законодательства.

Необходимо также отметить, что сотрудники правоохранительных органов, со своей стороны, далеко не всегда знакомы с функциями подразделений комплаенс и готовы к организации взаимодействия в целях профилактики, выявления и пресечения коррупционных деяний.

Антикоррупционный комплаенс должен стать реальным механизмом защиты интересов компаний от коррупционных правонарушений и преступлений и способствовать проведению государственной антикоррупционной политики. Для этого антикоррупционный комплаенс должен стать не только красивым описанием бизнес-процессов и соответствующих превентивных мер, но вобрать в себя огромный опыт предупреждения и выявления преступлений и правонарушений коррупционной направленности, накопленный в криминологии, криминалистике, науке уголовного права, уголовного процесса и оперативно-розыскной деятельности.

## 2. Уголовно-правовые и криминологические аспекты антикоррупционного комплаенса

В контексте использования наработок уголовного права и криминологии в части формирования концепции антикоррупционного комплаенса в России складывается неоднозначная ситуация. С одной стороны, исходя из предложенного ранее определения антикоррупционного комплаенса можно сделать вывод, что основная его сущность заключается в профилактике (предупреждении) коррупционных рисков. Аналогичной позиции придерживаются и ученые. В частности, Ю.А. Крохина, проанализировав различные подходы к пониманию и сущности антикоррупционного комплаенса, приходит к выводу, что комплаенс является, прежде всего, мерой по предупреждению и предотвращению правонарушений в сфере финансового (бюджетного, налогового) и корпоративного законодательства [Крохина Ю.А., 2019: 36].

В п. 2 ст. 1 Федерального закона «О противодействии коррупции» используются понятия предупреждения коррупции и предупреждения коррупционных правонарушений. В частности, указывается, что «противодействие коррупции — деятельность федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов РФ, органов местного самоуправления, институтов гражданского общества, организаций и физических лиц в пределах их полномочий: а) по предупреждению коррупции, в том числе по выявлению и последующему устранению причин коррупции (профилактика коррупции); б) по выявлению, предупреждению, пресечению, раскрытию и расследованию коррупционных правонарушений (борьба с коррупцией); в) по минимизации и (или) ликвидации последствий коррупционных правонарушений»<sup>14</sup>.

Вероятно, ставя на первое место в определении противодействия коррупции ее профилактику, законодатель намеревался подчеркнуть не только первичность указанных мер в их временной последовательности, но также их важность в контексте предупреждения коррупции. Обосновано и упоминание в пп. «б» п. 2 ст. 1 именно коррупционных правонарушений как единого понятия, объединяющего как преступления, так и проступки. Данное обстоятельство является обоснованным также в контексте единства деятельности по предупреждению правонарушений и преступлений: в доктрине разрабатываются универсальные теории предупреждения преступлений (преступности)<sup>15</sup>, при подготовке специалистов в области право-

---

<sup>14</sup> СЗ РФ. 2008. № 52 (ч. I). Ст. 6228.

<sup>15</sup> В частности, А.И. Марцев и С.В. Максимов обосновывают необходимость того, чтобы общее предупреждение преступлений вошло составной частью в единую систему социально-правовой профилактики правонарушений на всех уровнях, что, в свою очередь,

охранительной деятельности происходит комплексное изучение указанного явления [Кикоть В.Я., Лебедев С.Я., Румянцев Н.В., 2015]. Вместе с тем из текста (определения противодействия коррупции. — Авт.) ускользнула конечная цель, ради которой принимаются меры по раскрытию и расследованию коррупционных правонарушений, — адекватное воздаяние за содеянное. Любое противодействие предполагает и адекватную государственную реакцию в виде применения строго регламентированных санкций [Наумов С.Ю., Чаннов С.Е., 2009: 28–29].

Интересно в этом контексте, что предупредительная (профилактическая — такое название допускается) задача уголовного права в том или ином виде выделяется практически всеми учеными. Большинство ученых в рамках задачи предупреждения преступлений выделяет общую и частную (специальную) превенции. Однако, например, Л.Д. Гаухман считал, что такой аспект предупредительной задачи уголовного права, как частная превенция, прямо не вытекает из положений ч. 1 ст. 2 УК РФ [Гаухман Л.Д., Колодкин Л.М., Максимов С.В., 1999: 8]. Ф.Р. Сундуров справедливо отмечает, что эффект уголовного права в плане общего предупреждения преступлений весьма трудно вычислить, тем более, определить его в количественных характеристиках [Сундуров Ф.Р., Тарханов И.А., 2009: 24]. В.Ф. Щепельков, указывая, что в соответствии с ч. 1 ст. 2 УК РФ задачей УК является предупреждение преступлений, задается вопросом: «Каков критерий оценки закона на его соответствие данному критерию?». Он же отмечает, что ответ на этот вопрос весьма проблематичен [Щепельков В.Ф., 2003: 90–91]. В науке существуют диаметрально противоположные мнения в оценке эффективности общего предупреждения преступлений. В частности, А.И. Марцев и С.В. Максимов пришли к выводу о существенном влиянии общего предупреждения на ограничение распространенности отдельных видов преступлений [Марцев А.И., Максимов С.В., 1989: 159]. С другой стороны, М.М. Бабаев указывает на явно немощную силу общепредупредительного влияния норм уголовного права [Бабаев М.М., 2018: 107].

Предупредительная (превентивная — в трактовке А.И. Бойцова) функция уголовного права выделяется не всеми учеными, так как часто рассматривается в качестве составной части регулятивно-охранительного воздействия. По мнению Ю.Е. Пудовочкина, в ряду социальных функций отрасли первостепенное значение имеет функция предупреждения преступлений (предупредительная функция), непосредственно указанная в ч. 1 ст. 2 УК

---

выдвигает задачу создания универсальной теории эффективности общего предупреждения преступлений [Марцев А.И., Максимов С.В., 1989: 160]. По мнению Н.В. Щедрина, криминологическая теория предупреждения преступности — это учение о совокупности всех законных видов, форм, способов, средств и методов контроля над преступностью независимо от того, какой отраслью права они предусмотрены [Щедрин Н.В., 1999: 6].

РФ [Пудовочкин Ю.Е., 2008: 246]. Выделение этой функции часто прямо обуславливается и связывается с содержанием одноименной задачи уголовного права и трактуется исходя из содержания последней. Функции — это средства реализации задач, а задачи одновременно являются результатом, который достижим при реализации функций. Зачастую задачами во многом определяется интенсивность и специфика функций, при определенных условиях возможна и обратная ситуация.

Во многом базируясь на понимании предупреждения преступлений как функции уголовного права<sup>16</sup>, соответствующий институт является одним из базовых элементов в предмете рассмотрения криминологии. Еще в начале XX в. Г. Ашаффенбург утверждал, что «для социологов и криминалистов я не знаю иной более высокой задачи, как предупреждение преступлений» [Ашаффенбург Г., 2001: 180]<sup>17</sup>. Напомним, что при определении предмета криминологии в рамках первого учебника по этой учебной дисциплине, изданном в СССР, А.А. Герцензон писал: основываясь на изучении преступности как социального явления, причин преступности в целом, отдельных видов преступлений, личности преступников, практики борьбы с преступностью, советская криминология разрабатывает систему *предупредительных мер* (рекомендаций), направленных на искоренение преступности и порождающих ее причин [Герцензон А.А., Карпец И.И., Кудрявцев В.Н., 1966: 9]. Впрочем, развитие криминологии не исключило и не исключает исследования соответствующего явления в контексте науки уголовного права. По мнению А.И. Марцева и С.В. Максимова, развитие социологии уголовного права, получение сведений о том, что удерживающим от совершения преступлений воздействием обладает не только угроза применения уголовного наказания, но и само существование уголовно-правового запрета, а также соответствующая правоприменительная практика закономерно привели к тому, что понятие общего предупреждения обогатилось новым содержанием. Ученые отмечали, что величина удерживающего эффекта, которым обладает уголовно-правовой запрет, в большей степени зависит от неотвратимости ответственности, основанной на юридической практике, а не от ее суровости. Значение общего предупреждения преступлений определяется еще и тем, что оно связывает в единую систему законодательство, практику его применения и сознание людей, испытывающих их воздействие [Марцев А.И., Максимов С.В., 1989: 4].

---

<sup>16</sup> Так, обосновывая взаимосвязь уголовной ответственности и предупреждения преступлений, А.И. Марцев указывал, что общее предупреждение, как известно, в основе своей существует как функция, как комплекс государственно-правовых мероприятий, направленных на удержание граждан от совершения преступлений [Марцев А.И., 1980: 35].

<sup>17</sup> Работа Г. Ашаффенбурга вышла первым изданием в Одессе в 1906 г.

Вопросы предупреждения преступлений и правонарушений (преступности) входили и входят в предмет науки криминологии и уголовного права, в последнее время внимание к ним значительно возросло вследствие принятия ряда федеральных законов предупредительно-профилактического действия, относимых рядом ученых к криминологическому законодательству [Клейменов М.П., 2017: 181]. Одним из таких законов является упоминающийся выше Федеральный закон «О противодействии коррупции».

Вопросы противодействия коррупции, уголовной ответственности за совершение коррупционных преступлений активно разрабатываются в рамках отечественной науки. Вопросам уголовно-правового противодействия коррупции уделяется весьма пристальное внимание на законодательном уровне. Только за последние примерно четыре года в УК РФ было введено 9 статей, устанавливающих ответственность за преступления коррупционной направленности в их современном понимании<sup>18</sup>. Речь идет о преступлениях, предусмотренных ст. 204.1, 204.2, 291.2, 201.1, 285.4, 200.4-200.6, 210.1 УК РФ. Три из шести предложений, содержащихся в разделе VII «Систематизация и актуализация нормативно-правовой базы по вопросам противодействия коррупции. Устранение пробелов и противоречий в правовом регулировании в области противодействия коррупции» Национального плана противодействия коррупции на 2018–2020 годы<sup>19</sup>, по сути, посвящены совершенствованию уголовно-правового регулирования. В частности, речь идет о предложениях расширения перечня должностных лиц, предусмотренного примечаниями к ст. 285 УК РФ (пп. «а» п. 37), подготовки обзоров судебной практики по уголовным делам (п. 38), установления дополнительных квалифицирующих признаков мелкого взяточничества (пп. «а» п. 39).

Вместе с тем в контексте использования наработок уголовного права и криминологии в части формирования концепции антикоррупционного комплаенса ситуация выглядит менее оптимистично. В частности, в указанном Национальном плане противодействия коррупции не предусмотрено мер актуализации нормативно-правовой базы в сфере антикоррупционного комплаенса. В рамках действующей системы права наряду с понятием «преступления коррупционной направленности», чьи признаки и система обозначены в приложении 23 Указания Генпрокуратуры России №35/11, МВД России №1 от 24.01.2020, активно используется понятие «коррупционные

<sup>18</sup> Исходя из перечня преступлений коррупционной направленности, обозначенных в п. 2-4 приложения 23 Указания Генпрокуратуры России № 35/11, МВД России № 1 от 24.01.2020 «О введении в действие перечней статей Уголовного кодекса Российской Федерации, используемых при формировании статистической отчетности» // СПС КонсультантПлюс.

<sup>19</sup> Указ Президента РФ от 29.06.2018 № 378 «О Национальном плане противодействия коррупции на 2018–2020 годы» // СЗ РФ. 2018. № 27. Ст. 4038.

преступления»<sup>20</sup>. Однако вопрос о выделении системы преступлений в сфере антикоррупционного комплаенса вообще пока не ставится.

Отдельные попытки исследования содержательного элемента антикоррупционного комплаенса в уголовно-правовой сфере представляются не вполне удачными. Так, П.С. Яни и Н.В. Прохоров, обосновывая необходимость рассмотрения обозначенной проблемы сквозь призму понятия уголовно-правовых рисков, под содержательным элементом антикоррупционного комплаенса в уголовно-правовой сфере предлагают понимать установление применимых уголовно-правовых норм, предусматривающих как ответственность за коррупционные преступления (исполнителя и иных соучастников, за оконченное и неоконченное преступление и т.д.), так и освобождение от нее, а также обстоятельства, исключающие преступность деяний, содержащих на первый взгляд все признаки составов коррупционных преступлений [Яни П.С., Прохоров Н.В., 2018: 55]. В целом поддерживая идею об использовании при исследовании соответствующей проблематики понятия уголовно-правовых рисков<sup>21</sup>, нецелесообразно вести при этом речь о составах коррупционных преступлений и в целом об ответственности за коррупционные преступления.

Дальнейшая иллюстрация учеными в рамках обозначенной статьи проблемы содержательного элемента антикоррупционного комплаенса в уголовно-правовой сфере на примерах базовых преступлений против порядка управления (получение взятки, дача взятки, мелкое взяточничество, посредничество во взяточничестве), пусть даже и относящихся к преступлениям коррупционной направленности, отнюдь не убеждает в том, что речь идет именно об антикоррупционном комплаенсе, а не в целом о противодействии коррупции. Впрочем, безусловной заслугой ученых является постановка проблемы содержательного элемента антикоррупционного комплаенса в уголовно-правовой сфере.

Таким образом, наработки уголовного права и криминологии в части формирования концепции антикоррупционного комплаенса в России

---

<sup>20</sup> Речь о них идет, например, в Стратегии национальной безопасности Российской Федерации (п. 43, 46), в Указании Генпрокуратуры России от 14.05.2019, в постановлении Пленума Верховного Суда РФ «О судебной практике по делам о взяточничестве и об иных коррупционных преступлениях». См.: Указ Президента РФ от 31.12.2015 № 683 «О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации» // СЗ РФ. 2016. № 1 (ч. II). Ст. 212; Указание Генпрокуратуры России от 14.05.2019 № 341/86 «О порядке работы органов прокуратуры Российской Федерации по привлечению к ответственности юридических лиц, от имени или в интересах которых совершаются коррупционные преступления» // Законность. 2019. № 6; Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 09.07.2013 № 24 (ред. от 24.12.2019) «О судебной практике по делам о взяточничестве и об иных коррупционных преступлениях» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2013. № 9.

<sup>21</sup> Именно в контексте следующего их понимания: [Жалинский А.Э., 2008: 242–249].

практически не используются. На уровне доктрины не только отсутствует представление о системе преступлений в сфере антикоррупционного комплаенса, но даже не используется соответствующее понятие. Система преступлений в сфере антикоррупционного комплаенса, будучи составной частью системы коррупционных преступлений, отличается от последней как по количественным, так и по качественным характеристикам (например, далеко не все случаи дачи или получения взятки следует относить к комплаенс-преступлениям). Вместе с тем при формировании междисциплинарной концепции антикоррупционного комплаенса исследование системы преступлений в обозначенной сфере должно базироваться на достижениях науки уголовного права и криминологии в части изучения проблем предупреждения преступлений, уголовно-правовых и криминогенных рисков<sup>22</sup>, формирования единого подхода к пониманию коррупционных преступлений (преступлений коррупционной направленности).

### **3. Криминалистические и оперативно-розыскные аспекты антикоррупционного комплаенса: постановка проблемы**

В контексте обсуждения идеи создания именно междисциплинарной концепции антикоррупционного комплаенса следует отметить практически полное отсутствие на текущий момент исследований, посвященных его криминалистической и оперативно-розыскной содержательной составляющей. Между тем знания, накопленные этими прикладными юридическими науками — ценнейший и пока совершенно невостребованный источник, кладезь полезной информации для содержательной стороны антикоррупционного комплаенса. Однако источник этот вряд ли получится использовать непосредственно. Причина проста. Соответствующие разработки адресованы профессиональным участникам уголовного процесса со стороны обвинения — прежде всего оперативным сотрудникам и следователям<sup>23</sup>. Эти данные подлежат глубокой переработке и адаптации криминалистами-разработчиками, например, для целей подготовки комплаенс-офицеров и профилактических занятий для менеджмента и сотрудников организаций корпоративного сектора.

В контексте создания междисциплинарной концепции антикоррупционного комплаенса, необходимо помимо институционализации понятийного

---

<sup>22</sup> Подробнее об этом см.: [Бабаев М.М., 2018: 104–110]; [Бабаев М.М., Пудовочкин Ю.Е., 2019: 136–148] и др.

<sup>23</sup> См., например: [Баев О.Я., 2009]; [Башмаков И.С., 2007]; [Смахтин Е.В., Христинина Е.В., 2018]; [Халиков А.Н., 2012].

аппарата формировать, в том числе следующие содержательные информационные блоки:

междисциплинарные типологии и классификации коррупционных преступлений и иных правонарушений применительно к корпоративному, государственному и некоммерческому сектору<sup>24</sup>;

уголовно-правовые, криминалистические и оперативно-розыскные характеристики коррупционных преступлений, иных правонарушений. Однако эти характеристики даются ни в коем случае не в плане «инструкций по совершению преступлений», а в контексте предупреждения добросовестных граждан о типичных попытках вовлечения их в преступную деятельность, об их негативных последствиях для этих лиц и всей организации;

описание и правовую оценку типичных коррупционных заблуждений уголовно-правового, криминалистического и оперативно-розыскного характера;

описание и правовую оценку коррупционных рисков, опять-таки междисциплинарного характера, включая необоснованные риски;

особенности деятельности правоохранительных органов по выявлению, расследованию и предупреждению коррупционных преступлений, иных мер по противодействию коррупции;

рекомендации, направленные на обеспечение сотрудничества между государственными органами, корпоративным и некоммерческим сектором в целях предупреждения и противодействия коррупции.

Все эти данные должны формулироваться не в традиционном (для ученых-юристов и правоприменителей), а в принципиально ином — просветительском формате, кратком и доступном корпоративному сектору и широким слоям населения. Необходимо подчеркнуть, что содержательная сторона антикоррупционного комплаенса должна учитывать и имеющуюся в отдельных случаях практику необоснованного уголовного преследования, незаконных оперативно-розыскных мероприятий, следственные и судебные ошибки, неправомерные действия конкурентов в рыночной среде, а также возможность клеветы со стороны недобросовестных лиц и средств массовой информации. Все эти риски актуальны как для менеджмента, так и для сотрудников компаний, и должны быть минимизированы<sup>25</sup>.

При этом авторы считают недопустимым в контексте антикоррупционного комплаенса прямо или косвенно содействовать созданию негативного имиджа правоохранительной системы государства. Ошибки и нарушения закона происходят в любой профессиональной деятельности. Факты незаконного и необоснованного привлечения к уголовной ответственности фи-

---

<sup>24</sup> Подробнее см.: [Казанцев Д.А., Ким Д.В., 2011].

<sup>25</sup> См., например: [Алистархов В., 2019: 89–96].

зических лиц и компаний имеются в самых различных, в том числе в наиболее экономически развитых странах мира<sup>26</sup>.

Сотрудничество с правоохранительными и иными государственными органами является одним из элементов антикоррупционного комплаенса. Своевременное информирование правоохранительных органов, а также подразделений собственной безопасности различных организаций, может позволить защитить компанию от вымогательства и иных противоправных действий, предотвратить серьезные негативные последствия для конкретной компании, ее руководителей и сотрудников.

## **Заключение**

Без содержательного наполнения и использования широкого междисциплинарного подхода антикоррупционный комплаенс останется комплаенсом на бумаге. По мнению авторов, настало время для создания научно обоснованной междисциплинарной концепции формирования и развития системы антикоррупционного комплаенса в Российской Федерации в рамках общей государственной антикоррупционной политики

В рамках концепции возможно решение следующих задач:

определение научных разработок и достижений из области криминалистики, криминологии, оперативно-розыскной деятельности, международного права, уголовного права и процесса, которые могут быть использованы в сфере антикоррупционного комплаенса;

анализ типологий коррупционных преступлений и правонарушений, совершаемых в корпоративном секторе;

определение круга коррупционных преступлений, на предупреждение и выявление которых должна быть направлена система мер, реализуемых в рамках антикоррупционного комплаенса;

описание уголовно-правовых и криминалистических характеристик таких преступлений;

разработка методик предупреждения и выявления коррупционных преступлений и правонарушений в корпоративном секторе в рамках антикоррупционного комплаенса;

определение эффективных методов проверки заявлений о возможных фактах совершения коррупционных преступлений и правонарушений и проведения внутренних расследований;

создание эффективных методик обучения и повышения квалификации специалистов в сфере антикоррупционного комплаенса;

---

<sup>26</sup> См., напр.: [Stinson P. et al, 2018: 310–331].

формирование методик обучения сотрудников компаний по вопросам антикоррупционного комплаенса.

Положения концепции могут использоваться в следующих целях:

определение путей дальнейшего развития антикоррупционного комплаенса;

совершенствование правового регулирования;

подготовка международных и национальных руководств и рекомендаций по разработке, внедрению, оценке и мониторингу антикоррупционных комплаенс-программ;

создание новых и совершенствование существующих информационных технологий и программных продуктов в сфере антикоррупционного комплаенса;

разработка программ обучения и повышения квалификации специалистов в сфере антикоррупционного комплаенса;

подготовка методических рекомендаций и семинаров для судей по оценке реальности внедрения и эффективности антикоррупционных комплаенс-программ при рассмотрении дел об административных правонарушениях по ст. 19.28 КоАП РФ;

подготовка методических рекомендаций для сотрудников правоохранительных органов, занимающихся вопросами борьбы с коррупцией, по вопросам взаимодействия с сотрудниками и структурными подразделениями компаний, отвечающими за антикоррупционный комплаенс;

разработка мер защиты российских компаний от необоснованного применения иностранного антикоррупционного законодательства

Положения концепции могут быть также использованы для разработки и внедрения стандартов и руководств по вопросам антикоррупционного комплаенса в рамках БРИКС и Евразийского экономического союза. Единые стандарты и руководства могут способствовать повышению прозрачности бизнеса и инвестиционной привлекательности как России, так и государств-партнеров.



## Библиография

Алистархов В. Механизмы защиты предпринимателей на этапе до возбуждения уголовного дела // Административное право. 2019. № 2. С. 89–96.

Ашаффенбург Г. Преступление и борьба с ним: Уголовная психология для врачей, юристов и социологов. М.: ИНФРА-М, 2011. 241 с.

Бабаев М.М. Риски как компонент детерминационного комплекса преступности // Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. 2018. N 1. С. 104–110.

Бабаев М.М., Пудовочкин Ю.Е. Феномен риска в контексте профилактической политики (криминальная рискология) // Вестник СПбГУ. Право. 2019. Т. 10. Вып. 1. С. 136–148.

- Баев О.Я. Основы методики уголовного преследования и профессиональной защиты от него: научно-практическое пособие (на примере уголовно-процессуального исследования должностных и служебных преступлений). М.: Эксмо, 2009. 400 с.
- Башмаков И.С. Особенности первоначального этапа расследования коррупционных преступлений, совершаемых представителями органов местной власти. М.: Юрлитинформ, 2007. 152 с.
- Гаухман Л.Д., Колодкин Л.М., Максимов С.В. (отв. ред.) Уголовное право: Часть общая. Часть особенная. М.: Юриспруденция, 1999. 784 с.
- Герцензон А.А., Карпец И.И., Кудрявцев В.Н. (отв. ред.) Советская криминология. М.: Юрид. лит., 1966. 320 с.
- Жалинский А.Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. М.: Проспект, 2008. С. 242–249.
- Казанцев Д.А., Ким Д.В. Проблемы криминалистической методики предварительного расследования и судебного разбирательства по делам о коммерческом подкупе. М.: Юрлитинформ, 2011. 160 с.
- Кикоть В.Я., Лебедев С.Я., Румянцев Н.В. Предупреждение преступлений и административных правонарушений органами внутренних дел. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2015. 487 с.
- Клейменов М.П. Криминологическое законодательство // Вестник Омского университета. Серия «Право». 2017. № 1. С. 179–184.
- Крохина Ю.А. Юридическая сущность комплаенс-контроля в хозяйствующих субъектах с государственным участием // Юридическая наука. 2019. N 1. С. 35–39.
- Марцев А.И. Уголовная ответственность как средство предупреждения преступлений. Омск: ВШМ МВД, 1980. 38 с.
- Марцев А.И., Максимов С.В. Общее предупреждение преступлений и его эффективность. Томск: Изд-во Том. ун-та, 1989. 161 с.
- Наумов С.Ю., Чаннов С.Е. (ред.) Комментарий к Федеральному закону от 25 декабря 2008 г. N 273-ФЗ «О противодействии коррупции» (постатейный). М.: Юстицинформ, 2009. 272 с.
- Пудовочкин Ю.Е. Уголовное право: понятие, предмет, метод, система и задач / Энциклопедия уголовного права. Т. 1. Понятие уголовного права. СПб.: Малинин, 2008. 734 с.
- Смахтин Е.В., Христинина Е.В. Расследование получения взятки в системе высшего образования: криминалистические аспекты и некоторые вопросы квалификации. М.: Юрлитинформ, 2018. 208 с.
- Сундуров Ф.Р., Тарханов И.А. (ред.) Уголовное право России. Общая часть. М.: Статут, 2009. 751 с.
- Халиков А.Н. Должностные преступления: характеристика, расследование, предупреждение (криминалистический аспект). М.: Юрлитинформ, 2012. 312 с.
- Щедрин Н.В. Основы общей теории предупреждения преступности. Красноярск: Изд. Краснояр. гос. ун-та, 1999. 58 с.
- Щепельков В.Ф. Уголовный закон: преодоление противоречий и неполноты. М.: Юрлитинформ, 2003. 416 с.
- Яни П.С., Прохоров Н.В. Антикоррупционный комплаенс в уголовно-правовой сфере: содержательный элемент // Российская юстиция. 2018. N 9. С. 54–57.
- Moretti D. The use of intermediaries in corrupt deals. Lessons from the Petrobras case for compliance officers. IACA research paper series, 2018, no 6.

Stinson P. et al. To protect and collect: a nationwide study of profit-motivated police crime. *Criminal Justice Studies*, 2018, no 3, pp. 310–331.

---

## **Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 4**

### **On the Development of an Interdisciplinary Concept of Anti-Corruption Compliance in the Russian Federation**



**Yury Garmaev**

Professor, Chair of Criminalistic and Criminal Procedure, Buryat State University. Doctor of Juridical Sciences. Address: 24 Smolin Str., Ulan-Ude 670000, Russian Federation. E-mail: garmaeff1@mail.ru



**Eduard Ivanov**

Professor, Department of International Law, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitckaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: eaivanov@hse.ru



**Sergey Markuntsov**

Professor, Department of Courts Systems and Criminal Law, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitckaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: smarkuntsov@hse.ru



#### **Abstract**

Since the beginning of the 21st century, companies from various parts of the world have been actively implementing an anti-corruption compliance. This process did not leave aside Russian, primarily large, enterprises. Under their influence, the implementation process gradually started in small and medium size enterprises that often act as suppliers or service providers. The role of anti-corruption compliance as a mechanism for protecting companies from corruption offences and other misconduct should be not underestimated. At the same time, the authors noted that many largest international enterprises that invest enormous funds in designing and implementing compliance programmes are not able to prevent wrongdoing of managers, employees and third parties. As a result, these enterprises pay huge penalties to resolve anti-corruption laws violations. Based on the results of the study, the authors come to the conclusion that anti-corruption compliance should not be limited to a set of management processes and formal standards. Anti-corruption compliance programmes and training should have a meaningful filling aimed at preventing corruption offences. The article proposes and substantiates the idea of developing an interdisciplinary concept of anti-corruption compliance in the Russian Federation, based on the use of the achievements of the sciences of international law, criminal law, criminal procedure law, criminalistics and investigative activities. The authors propose own definition of the anti-corruption compliance and analyse main reasons for implementation of anti-corruption compliance in companies. Special attention is paid to distinctive features of legal regulation of the anti-corruption compliance in Russia and in foreign countries. The article contributes to the integration of main scientific definitions and concepts from criminal law and criminalistics, such as corruption crime, corruption

offences and corruption risks into the concept of anti-corruption compliance system. According to the authors, interdisciplinary concept of anti-corruption compliance should create a solid basis for developing standards and recommendations for Russian companies and guidelines for judges and law enforcement officers. Many provisions could help in designing effective corporate policies and procedures, as well as training and professional development programmes on anti-corruption compliance. The concept can also be used for the development of anti-corruption cooperation within the BRICS and the Eurasian Economic Union.



## Keywords

anti-corruption; anti-corruption compliance; anti-corruption education; compliance; corporate sector; corruption crime; corruption offences; corruption prevention.

**For citation:** Garmaev Yu. P., Ivanov E.A., Markuntsov S.A. (2020) On the Development of Interdisciplinary Concept of Anti-Corruption Compliance in the Russian Federation. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 106–128 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.4.106.128



## References

- Alistarchov V. (2019) Protection mechanisms for entrepreneurs at the stage before initiating a criminal case. *Administrativnoe pravo*, no 2, pp. 89–96 (in Russian)
- Aschaffenburg G. (2011) *Crime and the fight against it: Criminal psychology for doctors, lawyers and sociologists*. Moscow: INFRA-M, 241 p. (in Russian)
- Babaev M.M. (2018) Risks as a component of the determination complex of crime. Legal Science and Practice. *Vestnik Akademii MVD*, no 1, pp. 104–110 (in Russian)
- Babaev M.M., Pudovochkin J.E. (2019) The phenomenon of risk in the context of preventive policy (criminal riskology). *Vestnik Peterburgskogo universiteta*, issue 1, pp. 136–148 (in Russian)
- Baev O.J. (2009) *Basics of methodology of criminal prosecution and professional protection from it*. Moscow: Eksmo, 400 p. (in Russian)
- Bashmakov I.S. (2007) *The initial stage of investigation of corruption crimes committed by officials of local authorities*. Moscow: Jurlitinform, 152 p. (in Russian)
- Commentary to the Federal Law «On Combating Corruption» (2009) S.Y. Naumov, S.E. Channov, eds. Moscow: Justizinform, 272 p. (in Russian)
- The Criminal Law: General Part. Special Part* (1999) L.D. Gaukhman et al, eds. Moscow: Jurisprudencija, 784 p. (in Russian)
- Kasantsev D.A., Kim D.V. (2011) *Methods of preliminary investigation and trial in cases of commercial bribery*. Moscow: Jurlitinform, 160 p. (in Russian)
- Khalikov A.N. (2012) *Official crimes: characteristics, investigation, prevention*. Moscow: Jurlitinform, 312 p. (in Russian)
- Kleymenov M.P. (2017) Criminological legislation. *Vestnik Omskogo universiteta*, no 1, pp. 179–184 (in Russian)
- Krokhina Y.A. (2019) Legal essence of compliance control in business entities with state participation. *Yuridicheskaya nauka*, no 1, pp. 35–39 (in Russian)
- Martsev A.I., Maximov S.V. (1989) *General crime prevention and its effectiveness*. Tomsk: University, 161 p. (in Russian)

Martsev A.I. (1980) *Criminal liability as a means of crime prevention*. Omsk: Higher Police School, 38 p. (in Russian)

Moretti D. (2018) The use of intermediaries in corrupt deals. Lessons from the Petrobras case for compliance officers. Available at: [www.iaca.int/wwwtest/media/attachments/2018/08/14/diogo\\_rf\\_paper\\_final\\_30\\_7\\_2018\\_format\\_edit.pdf](http://www.iaca.int/wwwtest/media/attachments/2018/08/14/diogo_rf_paper_final_30_7_2018_format_edit.pdf) (accessed: 30.07.2020)

*Prevention of crimes and administrative offenses by the internal affairs bodies* (2015) V.V. Kikot' et al, eds. Moscow: Juniti-Dana, 487 p. (in Russian)

Pudovochkin Y.E. (2008) Criminal law: concept, subject, method, system and tasks. In: Encyclopedia of Criminal Law. Vol. 1. Saint Petersburg: Malinin, 734 p. (in Russian)

Shchedrin N.V. (1999) *Crime prevention theory*. Krasnoyarsk: University, 58 p. (in Russian)

Shchepelkov V.F. (2003) *Criminal law: overcoming contradictions and incompleteness*. Moscow: Jurlitinform, 416 p. (in Russian)

Smakhtin E.V., Khristinina E.V. (2018) *Investigation of Bribery in Higher Education: Forensic Aspects and Qualification Issues*. Moscow: Jurlitinform, 208 p. (in Russian)

*The Soviet criminology* (1966) Karpets I.I., Kudryavtsev V.N., eds. Moscow: Juridicheskaya literatura, 320 p. (in Russian)

Stinson P. et al. (2018) To protect and collect: a nationwide study of profit-motivated police crime. *Criminal Justice Studies*, no 3, pp. 310–331.

Sundurov F.R. et al (2009) *The Russian criminal law. General part*. Moscow: Statut, 751 p. (in Russian)

Yani P.S., Prochorov N.V. (2018) Anti-corruption compliance in the criminal law sphere: a substantial element. *Rossiyskaya justicia*, no 9, pp. 54–57 (in Russian)

Zhalinskiy A.E. (2008) *Criminal law risks: inevitable and overstated. Criminal law in anticipation of changes: theoretical and instrumental analysis*. Moscow: Prospekt, pp. 242–249 (in Russian)

# Критерии и показатели эффективности гражданского судопроизводства

---



**С.А. Курочкин**

Доцент, кафедра теории государства и права Уральского государственного юридического университета, кандидат юридических наук. Адрес: 620000, Российская Федерация, Екатеринбург, ул. Комсомольская, 21. E-mail: kurochkin@e1.ru

---



## **Аннотация**

Развитие системы гражданского судопроизводства требует последовательного принятия мер, обеспечивающих эффективную судебную защиту прав и законных интересов граждан, организаций и государства. Нередко такие меры концентрируются в рамках масштабных судебных реформ, заявленной целью которых становится повышение результативности правосудия и минимизация временных и финансовых его издержек. Вместе с тем оценка эффективности судебной деятельности предполагает не только экспертные суждения, но в большей степени верифицируемый анализ критериев и квантифицируемых показателей. Их применение позволяет оптимизировать управленческое воздействие, рационализировать выбор наиболее действенных процессуальных средств защиты прав и свобод граждан, повысить экономичность процессуальной деятельности и всей системы гражданской юрисдикции. При этом произвольное включение тех или иных признаков в число критериев эффективности судебной деятельности порождает необоснованный субъективизм в ее практических оценках, формулировании итоговых выводов. В работе критически осмыслены предложенные отдельными учеными и Европейской комиссией по эффективности правосудия подходы и методики оценки качественных характеристик и измерения количественных параметров гражданского судопроизводства, оценки результативности и экономичности правосудия по гражданским делам. Автором предложен собственный подход к пониманию критериев эффективности судопроизводства как признаков, применением которых оценивается степень реализации цели. Им разработана система таких критериев, определены базовые подходы к формированию показателей действенности гражданского судопроизводства, требования к ним, сформулирована система возможных показателей, которые могут найти применение в аналитических исследованиях. С применением методов аналитической юриспруденции, экономического анализа права и социологии права выдвинуты критерии и показатели, комплексно определяющие эффективность судопроизводства, процессуального права, обращения в суд и самого судебного разбирательства, судебного решения и проверочных производств. Реализация предложенных автором подходов позволит учесть не только организационные и правовые параметры судебной системы, но также социальные и экономические результаты гражданского судопроизводства, оценить его социальную результативность, стимулировать достижение целей судебной защиты с минимально необходимыми издержками.

---



## Ключевые слова

эффективность правосудия, судопроизводство, критерии, показатели, эффективность судебной защиты, система критериев, система показателей, цели гражданского судопроизводства, издержки, социальная результативность.

---

---

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

**Для цитирования:** Курочкин С.А. Критерии и показатели эффективности гражданского судопроизводства // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 4. С. 129–154.

УДК: 347

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.4.129.154

## Введение

В последние два десятилетия эффективность правосудия по гражданским делам и его процессуальной формы — гражданского судопроизводства — все отчетливее стоят на повестке дня. Суды при рассмотрении дел стали обращаться к категории эффективности, оценивать через нее качество судебной деятельности, формулировать подходы, которые должны обеспечить эффективное судебное разбирательство. основополагающее требование эффективности судопроизводства используется Верховным Судом Российской Федерации для оценки действий нижестоящих судов в ходе проверки законности и обоснованности судебных актов<sup>1</sup>. Достижение цели эффективного правосудия используется в качестве критерия для оценки качества судебной деятельности судами проверочных инстанций<sup>2</sup>. С 2014 года в России последовательно реализуется третья судебная реформа, задачи которой — обеспечить дальнейшее развитие правосудия, его модернизацию, повысить его качество, обеспечить высокий уровень правовой защищенности граждан и организаций, доверия гражданского общества к суду. На третьем этапе судебной реформы необходимо модернизировать судопроизводство с тем, чтобы оно стало более эффективным [Момотов В.В., 2018: 136]. Схожая ситуация наблюдается и за рубежом. С 2002 г. при Совете Европы работает Комиссия эффективности правосудия, регулярно публикующая отчеты.

---

<sup>1</sup> См., напр.: определения Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 11.09.2018 № 11-КГ18-21, от 27.02.2018 № 46-КГ17-46 и др.

<sup>2</sup> Постановление Арбитражного суда Московского округа от 04.07.2017 по делу № А40-220125/2016 и др.

Научные исследования и практические обобщения в области эффективности правосудия, как правило, содержат правовой анализ действующего законодательства, особенностей национальных судебных систем, их организационного построения. Зачастую выводы дополняются предложениями по совершенствованию процессуального законодательства. Значительного реже дается выверенная оценка социальной ценности и эффективности всей системы гражданского юрисдикции, что подчеркивает важность междисциплинарных исследований, учитывающих достижения не только правоведения, но и других социальных наук, прежде всего, экономики и социологии права. Современные методы позволяют вывести исследования эффективности права и правовой деятельности из сферы субъективных экспертных оценок в область верифицируемого знания. Действенным средством в этом могут стать критерии и показатели эффективности гражданского судопроизводства, которые в недалекой перспективе будут собираться с применением информационных технологий, в том числе технологий искусственного интеллекта. Какие признаки позволяют оценить соответствие судопроизводства требованиям эффективности? Каковы критерии и показатели эффективности гражданского судопроизводства, их система?

## **1. Критерии эффективности судопроизводства — базовые подходы**

В науке встречаются самые различные взгляды на указанные критерии права и правовой деятельности. Под критерием обычно понимается признак, основание, по которому проводится оценка какого-либо явления. Критерий характеризует степень достижения цели. Критерий эффективности — это признак, применением которого оценивается эффективность, степень реализации цели. Ученые также рассматривают критерий и как мерило результативности целенаправленного воздействия [Казимирчук В.П., Тихомиров Ю.А., 1973: 262]. По некоторым оценкам, если последовательно исходить из концепции эффективности как соотношения между результатом действия нормы и целью правового предписания, то критерием ее эффективности может быть только цель, точнее, ее количественное выражение [Кудрявцев В.Н., 1980: 166]. Критерий может характеризовать достижение как непосредственных, так и более отдаленных целей. В.В. Лазарев полагал, что критерий эффективности правоприменения нужно искать прежде всего в реализации тех целей, которым оно служит. Внутренней целью правоприменения является индивидуализация права, означающая «привязку» правовой нормы к данному субъекту, к данным фактам, обстоятельствам [Лазарев В.В., 1977: 210–211]. Некоторые ученые вообще не различают кри-

терии и показатели эффективности [Фаткуллин Ф.Н., Чулюкин Л.Д., 1977: 51]. Критерий выражается через показатели, но это не свидетельствует об их тождестве.

Разные подходы к пониманию критериев определили различия взглядов на перечень возможных критериев эффективности правосудия и судопроизводства. И.Л. Петрухин говорил о трех основных точках зрения в понимании критериев эффективности права и судебной деятельности. Первая состоит в том, что критерием эффективности признается соотношение достигнутого результата и цели, поставленной перед нормой или институтом, без учета затраченных для этого средств. Вторая точка зрения не отличается от первой в понимании эффективности, но ее сторонники признают необходимость оценки норм права и институтов государства по разным критериям. Третья точка зрения оперирует двумя группами критериев эффективности, из которых одни относятся к целеполаганию и степени достижения целей нормы или института, а другие характеризуют оптимальность средств, использованных для достижения целей, обеспечивающих выполнение определенного объема работы ценой меньших затрат материальных средств, человеческой энергии и времени [Петрухин И.Л., Батуров Г.П., Морщакова Т.Г., 1979: 243–244]. Каждая из указанных точек зрения получила дальнейшее развитие в науке. Соотношению цели и достигнутого результата как основе построения критериев эффективности, конечно, учеными уделялось самое пристальное внимание. Так, например, критерии эффективности правосудия рассматривались как числовые обозначения, величины, параметры, которые формулируются в качестве цели правосудия на определенное время с учетом состояния гарантий правосудия [Казимирчук В.П., Тихомиров Ю.А., 1973: 263].

Базовые подходы к пониманию критериев эффективности правосудия получили развитие при формировании их перечня, а также системы показателей, позволяющих оценить реализацию критериев. Так, по некоторым оценкам, поскольку на правосудие по гражданским делам возлагается несколько функций, это означает, что оценка эффективности в процессе их осуществления проявляется посредством ряда критериев, которые характеризуют: а) вынесение судами обоснованных и законных решений; б) обеспечение судами прав лиц, участвующих в гражданских делах; в) обеспечение судами других социально полезных результатов, указанных в законе. А.В. Цихоцкому казалось очевидным, что среди критериев эффективности правосудия должен быть указан и показатель социальных трат, который призван отразить соблюдение важнейшего свойства категории «эффективность» — достижение результата с минимальными социальными издержками [Цихоцкий А.В., 1997: 154–155]. Бесспорно, предложенные критерии позволяют оценить эффективность правосудия и его процессуальные формы, но в самом общем виде. Очевидно, что не может быть признано эффектив-

ным разрешением судом дела, когда вынесено незаконное или необоснованное решение в условиях, не обеспечивших соблюдение прав лиц, участвующих в деле, когда не решены задачи гражданского судопроизводства или судопроизводства в арбитражных судах. В таких случаях судопроизводство не достигает заданной цели. Несколько механическим выглядит, однако, включение критерия экономичности.

В советское время учеными были сформулированы критерии эффективности правосудия «на выходе», вытекающие из оценки уровня организации правосудия и во многом предопределяющие оценку степени его вклада в достижение целей более высокого порядка [Петрухин И.Л., Батуров Г.П., Морщакова Т.Г., 1979: 252]. Можно сказать, что критерии, характеризующие состояние объекта управления «на выходе» системы, описывают эффект ее действия, вклад, вносимый системой правосудия по гражданским делам в регулирование общественных отношений. Цели и задачи гражданского судопроизводства (ст. 2 Гражданско-процессуального кодекса Российской Федерации; ГПК РФ), а также судопроизводства в арбитражных судах (ст. 2 Административно-процессуального кодекса Российской Федерации; АПК РФ) можно рассматривать в качестве критериев эффективности правосудия по делам, рассматриваемым судами и арбитражными судами (критерии эффективности «на выходе»). Подобный подход разделяет и Г.А. Жилин — «критерием эффективности судопроизводства выступают, прежде всего, задачи по правильному и своевременному рассмотрению и разрешению дел, которые выступают в роли средства достижения всех перечисленных конечных целей правосудия» [Жилин Г.А., 2010: 113]. Не остались без внимания и возможные судебные ошибки. В доктрине отмечено, что критерий эффективности правосудия, связанный с правильным разрешением дел, выражается количеством судебных ошибок [Кудрявцев В.Н., 1980: 166]. Ошибки, однако, становятся показателем, но не признаком выполнения критерия, по которому будет проводиться оценка реализации цели правильного разрешения дел судом.

Произвольное включение тех или иных признаков в число критериев открывает дорогу неуместному субъективизму в оценках правосудия. Подчеркнем, важность правильного определения критериев эффективности судопроизводства трудно переоценить. Так, например, Комиссией эффективности правосудия разработан довольно большой перечень критериев оценки продолжительности судопроизводства, который, по замыслу экспертов, позволяет провести анализ как общей продолжительности судопроизводства со стадии предъявления иска до принятия окончательного решения судом, так и отдельных стадий судопроизводства. Первым среди индикаторов оценки продолжительности судопроизводства стала единая нумерация судебных дел, предусматривающая сохранение номера дела на всех стадиях. Другим

критерием стали единые стандарты продолжительности судебных производств, определяющие оптимальные сроки тех или иных действий. Третьим критерием предложено считать проведение классификации дел и определение соответствующих сроков их разрешения в зависимости от сложности каждого из них. Четвертый критерий своевременного проведения судебных разбирательств, по мнению экспертов Комиссии, заключается во временных стандартах или рекомендациях продолжительности основных стадий судебного процесса. Пятый критерий — система выявления задержек в рассмотрении судебных дел и информирования персонала судебных систем в целях функционирования судебного делопроизводства. Наконец, шестым критерием своевременного разрешения споров Комиссия считает использование современных технических средств мониторинга и борьбы с задержками при отправлении правосудия [Жан Ж.-П., Гурбанов Р.А., 2015: 137–139].

Очевидно, что перечисленные обстоятельства не могут рассматриваться в качестве признаков, по которым проводится оценка, не являются критериями своевременности и продолжительности судопроизводства, никак не характеризуют степень достижения цели. Фактически эксперты Комиссии перечислили меры и условия, которые могут способствовать своевременности разбирательства дела в суде. Так, единая нумерация судебных дел, предусматривающая сохранение номера дела во всех инстанциях, обеспечивает единый подход к исчислению общей продолжительности. Наличие единых стандартов продолжительности судебных производств, определяющих оптимальные сроки процессуальных действий, проведение классификации дел и определение примерных сроков их разрешения в зависимости от сложности, временные стандарты или рекомендаций о продолжительности стадий судебного процесса — это не критерии своевременности, а условия в большей степени организационные. Такие стандарты можно было бы рассматривать в качестве типовой меры, но Комиссия делает акцент на их наличии, но не на реализации. Совсем не очевидно, что утвержденные стандарты, классификации и рекомендации будут в полной мере применены. Конечно, наличие таких обобщений существенно упрощает сравнение подходов с практикой судебных разбирательств других стран. Очевидными становятся сроки процессуальных действий, которые считаются оптимальными, средние сроки разрешения различных категорий дел, в том числе в зависимости от их сложности, усредненные сроки рассмотрения дел судами и средняя продолжительность стадий судебного процесса.

Особое внимание обращает на себя наличие системы выявления задержек рассмотрения дел судами в целях информирования персонала судебных систем. Конечно, это не критерий своевременности и продолжительности, но постановка вопроса Европейской комиссией определяет тех, в чьих интересах обеспечивается своевременность судебного разбирательства — судеб-

ных чиновников, но не участников судебного процесса. Именно в помощь персоналу судебной системы, вероятно, предполагаются и современные технические средства мониторинга и борьбы с задержками при отправлении правосудия (шестой «критерий»). Насколько это соотносится с положениями Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (1950 г.) о субъективном праве на справедливое судебное разбирательство в разумный срок? На наш взгляд, именно интересы сторон имеют ключевое значение в оценке эффективности судебной деятельности. Она определяется не удобством европейских судебных чиновников, но своевременностью и качеством судебной защиты. Таким образом, предложенный Комиссией перечень с большой условностью можно рассматривать как набор критериев, скорее как перечисление мер и условий, которые могут благотворно сказаться на продолжительности судопроизводства. Подчеркнем, такие условия не позволяют оценить ни общую продолжительность, ни временные издержки отдельных стадий судопроизводства.

Сказанное заставляет задуматься, нужны ли вообще критерии эффективности процессуального права, правосудия и гражданского судопроизводства. В теоретическом аспекте «критерии при изучении систем используются для выбора целей, соответствующих целям надсистемы, иерархического размежевания целей внутри системы, определения оптимального сочетания наличных средств, необходимых для лучшего достижения целей» [Петрухин И.Л., Батуров Г.П., Морщакова Т.Г., 1979: 243]. Прежде всего, критерии эффективности правосудия и судопроизводства становятся средствами управления соответствующими системами, позволяют определиться с целями, структурировать их, подобрать процессуальные средства достижения целей наиболее рациональным образом. Кроме того, роль критериев эффективности важна в определении направлений повышения результативности и экономичности судопроизводства, по которым необходимо принимать меры, проводить те или иные реформы. В отсутствие критериев не может быть реализована функция рационального выбора, как известно, она осуществляется сравнением альтернатив на их основе в пользу наиболее эффективной. Критерии эффективности необходимы для выбора среди возможных средств защиты права. Поскольку судебный порядок сравнивается по результатам и издержкам с иными формами защиты прав и законных интересов, критерии оценки эффективности не должны замыкаться внутри судебной системы. Необходимостью подбора таких критериев определяется потребность исследования социальной эффективности правовой деятельности. Обсуждаемые признаки, по которым проводится оценка, также должны включать общие критерии эффективности системы судопроизводства, а также критерии эффективности разрешения конкретного дела.

Как практически использовать критерии, характеризующие достижение целей? В науке для определения эффективности предложено различать: цели; систему действий, направленных на достижение целей; информацию о степени достижения целей, содержащую сведения о состояниях объекта воздействия — первоначальном, желаемом и достигнутом (обратная связь); выработку и передачу корректирующего сигнала с тем, чтобы еще в большей степени приблизить объект управления к достижению намеченных целей; при необходимости — корректировку целей [Петрухин И.Л., Батуров Г.П., Морщакова Т.Г., 1979: 254]. Применительно к гражданскому судопроизводству необходимо различать, во-первых, общие цели системы, во-вторых, регламентированный законом набор процессуальных действий, обеспечивающих достижение целей судопроизводства, в-третьих, сведения о степени достижения целей (обратную связь), в-четвертых, корректирующее воздействие на систему, направленное на повышение ее эффективности. Комплексный анализ перечисленных факторов позволяет формулировать практически значимые выводы об эффективности системы гражданского судопроизводства.

Цели, которые ставят государство и общество перед гражданским судопроизводством, довольно стабильны и определяются ролью, которую играет правосудие по гражданским делам в системе социального управления. Корректировка законодательно закрепленных целей судопроизводства осуществляется очень редко, что свидетельствует об устоявшемся понимании вектора развития системы. Достижение целей судопроизводства обеспечивается комплексом действий, совершаемых в процессуальной форме, заданной нормами закона. Выполнение требований процессуальной формы становится не только условием достижения целей, но также наиболее оптимальным путем движения от начального к желаемому состоянию объекта воздействия (при оптимальном уровне расходов), гарантией соблюдения прав и законных интересов лиц, вовлекаемых в систему гражданского судопроизводства (при минимальном уровне издержек судебных ошибок). Обратная связь формируется оценкой реализации критериев, реагированием на сигналы, содержащие информацию о степени достижения целей (показатели). Нередко такие сигналы исходят от участников правоотношений, на которые оказывается воздействие, а также иных заинтересованных лиц. Именно они инициируют деятельность судов вышестоящих инстанций, корректирующим образом воздействующих на систему гражданского судопроизводства, обеспечивающих ее функционирование на заданном уровне. Сигналом в этом случае выступают уже результаты пересмотра судебных постановлений по конкретным делам, а также итоги обобщения судебной практики. Количество таких корректирующих сигналов наряду с другими факторами должно учитываться при анализе эффективности судопроизвод-

ства. Это обстоятельство позволяет включить в число индикаторов эффективности информацию субъектов, внешних по отношению к судебной системе, лиц, обращающихся в суд за защитой своих прав и законных интересов.

Таким образом, в качестве критерия эффективности гражданского судопроизводства необходимо рассматривать степень достижения установленных законом целей. Но эффективность включает и экономичность, оптимальность, характеризующую реализацию целей с минимально необходимыми издержками. Поэтому высшие российские судебные инстанции в оценке эффективности судебной деятельности ставят акцент на минимизации издержек, прежде всего временных. Степень экономичности судебной деятельности, достижения результата судопроизводства с оптимальными издержками также может быть признана критерием его эффективности.

## **2. Система критериев эффективности судопроизводства**

Эффективность многоцелевой системы судопроизводства не может быть функцией достижения одной цели, только комплексная реализация всех целей определяет эталонное состояние, которое берется за основу для сравнения. Степень достижение каждой из них образует самостоятельный критерий эффективности. Оценка эффективности проводится по каждому из таких признаков. Первый критерий характеризует степень достижения основной цели — эффективную защиту прав и законных интересов участников правоотношений. Эффективная судебная защита нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов — это применение к отношениям сторон надлежащих правовых норм, соотношенное с достигнутыми реальными результатами и издержками судебных производств. Вторым критерием выступает достижение цели справедливого публичного судебного разбирательства в разумный срок. Признаком (критерием), которым также оценивается эффективность, становится степень достижения целей укрепления законности, предупреждение правонарушений, формирование уважительного отношения к закону и суду, обеспечение доступности правосудия в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, содействие становлению и развитию партнерских деловых отношений, мирному урегулированию споров, формированию обычаев и этики делового оборота. Еще одним критерием эффективности является степень экономичности процессуальной формы правосудия по гражданским делам, оптимальный уровень издержек достижения определенного законом результата судопроизводства.

Эффективность судопроизводства объединяет пять базовых элементов — эффективные обращение в суд, регламент рассмотрения дела, судебное ре-

шение и проверочные производства, становящиеся результатом реализации эффективных процессуальных норм. В разрезе каждого из них могут быть сформированы основные критерии, определяющие достижение целей судебной защиты с минимально необходимыми издержками. Система таких критериев выглядит, на наш взгляд, следующим образом.

1. Критерии эффективности процессуального права.

1.1. Степень достижения цели правового воздействия на участников процессуальных отношений.

1.2. Социальный эффект реализации норм процессуального права.

1.3. Оптимальный уровень издержек достижения цели правового воздействия на участников процессуальных отношений, а также социального эффекта реализации норм процессуального права.

2. Критерии эффективности обращения в суд.

2.1. Степень реализации цели реализации права на обращение в суд.

2.2. Оптимальный уровень издержек достижения результата реализации права на обращение (издержек процессуальной формы).

3. Критерии эффективности судебного разбирательства.

3.1. Степень реализации цели справедливого судебного разбирательства в разумный срок независимым и беспристрастным судом.

3.2. Оптимальный уровень издержек справедливого судебного разбирательства в разумный срок (издержек процессуальной формы разбирательства).

3.3. Оптимальный уровень издержек справедливого судебного разбирательства независимым и беспристрастным судом (издержек судебных ошибок).

4. Критерии эффективности судебного решения.

4.1. Степень реализации цели индивидуально-конкретного воздействия на общественные отношения, обеспечения действенной защиты прав, свобод и законных интересов субъектов таких отношений.

4.2. Степень достижения социального результата, реализации общих правовых и социальных целей правовых норм, примененных судом.

4.3. Оптимальный уровень издержек достижения общих правовых и социальных целей, а также непосредственных целей индивидуально-властного воздействия на общественные отношения.

5. Критерии эффективности проверочных производств.

5.1. Степень реализации цели снижения судебных ошибок, а также издержек ошибочных решений.

5.2. Степень реализации цели обеспечения единообразия судебной практики.

5.3. Оптимальный уровень затрат достижения цели снижения судебных ошибок, издержек ошибочных решений, а также цели обеспечения единообразия судебной практики.

Оценка гражданского судопроизводства на предмет его соответствия предложенным критериям эффективности наряду с изучением качествен-

ных характеристик предполагает и анализ количественных параметров. Заметим, что некоторые ученые считают лишним количественные подсчеты в сфере гражданской юрисдикции. Так, например, В.Н. Протасов убежден, что повысить эффективность юридических процедур, как и правового регулирования вообще, можно, не вдаваясь в особые количественные расчеты, путем демократизации общества, его гуманизации, через возвышение права в гражданском обществе [Протасов В.Н., 1993: 23]. Подобный взгляд вызывает возражения. Познавательное значение измерений определяется тем, что «именно квантификация наилучшим образом обеспечивает принцип объективности... Количественный подход помогает увидеть за отдельными явлениями институты, а за межличностными отношениями — общество и общественный интерес, а, следовательно, и публичный порядок» [Карбонье Ж., 1986: 244-245]. Измерение правовых явлений обладает серьезной спецификой, требует применения особых методов и решения целого ряда проблем, что, конечно, не исключает его продуктивного использования. Принято считать, что качественная определенность объекта предполагает наличие и его количественных характеристик, а измерением называют процедуру, при которой объект сравнивается с эталоном и получает числовое выражение в определенном масштабе (шкале) [Козлов В.А., Суслов Ю.А., 1981: 53]. Измерение эффективности гражданского судопроизводства позволяет получить числовое выражение его количественных характеристик как реальной деятельности через сравнение с заданной (идеальной) моделью.

Количественный анализ имеет важное практическое значение. Опыт подобного рода исследований имеется как в России, так и за рубежом<sup>3</sup>. По некоторым оценкам, измерение эффективности правосудия как разновидность государственно-правового исследования характеризуется следующими признаками: а) направлено на определение конкретно-исторического состояния правосудия по гражданским делам; б) проводится с целью обеспечения компетентных органов государства необходимой информацией для принятия обоснованных решений, направленных на изменение правосудия в сторону повышения его эффективности; в) осуществляется с помощью специальных методов судебной статистики и социологии [Цихоцкий А.В., 1997: 163]. Подобный подход, безусловно, может и должен использоваться для реализации управленческих целей. Вместе с тем исследования, отвечающие только перечисленным признакам, позволяет оценить внутреннюю организацию правосудия, но не дает замерять внешние его эффекты. Выразим убежденность в том, что результаты оценки эффективности судебной защиты прав и ее процессуальной формы (судопроизводства) востребованы

<sup>3</sup> Оценка качества разрешения дел в судах. Принципы и предлагаемые критерии качества. Б.м., 2007. 79 с.

не только и не столько органами власти. Инициатором судебной деятельности, как правило, выступают частные субъекты. Правосудие ориентировано, прежде всего, на лиц, чьи права и законные интересы защищаются судом, поэтому критерий реализации их субъективных целей также должен приниматься во внимание как при анализе качественных характеристик, так и при измерении количественных параметров судебной деятельности. Кроме того, определение исторического состояния правосудия бесспорно необходимо, но гораздо важнее оценка динамики его развития, выявление закономерностей. Кроме того, важны не только абсолютные характеристики, но и относительные показатели, характеризующие эффективность гражданского судопроизводства как процессуальной формы правосудия.

Измерение эффективности необходимо, в первую очередь, участникам правоотношений для рационального выбора формы защиты своих прав, и уже потом — органам государства для принятия обоснованных решений, направленных на изменение процессуальной формы защиты судом прав и свобод, властной реализация судами правовых норм, порядка рассмотрения и разрешения гражданских дел. Специальные методы судебной статистики в таком случае могут быть модифицированы в интересах частных лиц и продуктивно дополнены методами экономики и социологии.

### **3. Показатели эффективности гражданского судопроизводства**

Анализ качественных характеристик гражданского судопроизводства, равно как и измерение количественных его параметров, невозможен без набора показателей. Социальные изменения второй половины XX века, изменение парадигмы гражданского судопроизводства стимулировали исследование эффективности правосудия. Вполне закономерно разные организации, исследовательские группы и отдельные ученые использовали различные показатели оценки, а в некоторых случаях — и измерения эффективности. Примечательно, однако, что даже сегодня некоторые призывают отказаться от применения показателей эффективности судебной деятельности. Так, по некоторым оценкам, судьи должны отвечать не за достижение показателей так называемой эффективности (исходя из быстроты судопроизводства и соблюдения его сроков) и стабильности приговоров (низкого процента отмены решений), а за качество работы, т.е. за то, насколько хорошо они ведут процесс, и за содержание принимаемых ими судебных решений [Соломон -мл. П., 2019: 26]. Подобные тезисы стоит воспринимать, на наш взгляд, не иначе как лозунги, толкающие специалистов в пучину субъективных суждений. Качество работы, оценка ведения дела, содержания судебных решений — все это

потребуется параметров и показателей, среди которых неизбежно проявятся те, которые характеризуют издержки процессуальной формы и издержки ошибочных решений.

Самые разные индикаторы предложено использовать для оценки эффективности правосудия по гражданским делам и его процессуальной формы. Так, по оценке Конституционного Суда Российской Федерации, одним из основных показателей эффективного и рационального правосудия является своевременность разрешения дел<sup>4</sup>. Программа повышения эффективности деятельности арбитражных судов в Российской Федерации второй половины 1990-х годов была ориентирована на показатель качества решений арбитражных судов, с учетом которого деятельность арбитражных судов по осуществлению правосудия могла быть признана эффективной<sup>5</sup>. В доктрине при формировании перечня показателей эффективности использовалась система общих признаков, характеризующих правосудие по гражданским делам. Так, А.В. Цихоцкий предложил набор из четырех укрупненных блоков показателей, характеризующих уровень организации правосудия, финансовое и материально-техническое обеспечение правосудия, трудовые ресурсы правосудия, и, наконец, результаты правосудия [Цихоцкий А.В., 1997: 156–157]. Обсуждение перечисленных аспектов стало традицией в исследованиях правосудия. В какой мере стоит включать факторы финансового и материально-технического обеспечения судов, а также трудовые ресурсы в содержание правосудия? Ответ на этот вопрос не очевиден. На наш взгляд, эти факторы характеризуют организационную деятельность судов, но не правосудие и судопроизводство. Конечно, факторы организации судебной деятельности, материально-технического обеспечения судов, трудовые ресурсы оказывают влияние на уровень показателей, но, подчеркнем, не на содержание и динамику общественных отношений, возникающих в связи с рассмотрением и разрешением в суде гражданских дел. Так, недостаток трудовых и технических ресурсов увеличивает временные издержки. Низкая квалификация судей порождает рост количества ошибок в применении норм материального и процессуального права, увеличивает издержки ошибочных решений. Все эти обстоятельства относятся к числу организационных и социальных условий эффективности гражданского судопроизводства. Нельзя оценивать эффективность деятельности по условиям. Напротив, значения показателей можно и нужно анализировать с учетом условий.

---

<sup>4</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 19.07.2011 № 17-П // СПС Консультант-Плюс.

<sup>5</sup> Приказ Высшего Арбитражного Суда РФ от 18.09.1997 № 14 «Об утверждении Программы повышения эффективности деятельности арбитражных судов в Российской Федерации в 1997–2000 годах ...», п. 2.3 // СПС Консультант Плюс.

Еще в советское время А.Т. Боннер отмечал, что показателями эффективности правосудия в значительной мере являются процент отмены и изменения судебных постановлений вышестоящими судами, а также оперативность в защите права. Последняя, в свою очередь, определяется сроками рассмотрения гражданских и уголовных дел, сроками обращения судебных решений к исполнению и некоторыми другими показателями [Боннер А.Т., 2017: 169]. Общеизвестно, что процент отмены и изменения судебных постановлений вышестоящими судами стал одним из ключевых показателей оценки эффективности деятельности судов в России. Никогда еще преувеличение роли одного из параметров не приводило к сбалансированным результатам. Последствия таких «перекосов» сегодня отмечает и сам А.Т. Боннер, рассуждая о «продолжающейся и плохо поддающейся лечению известной еще с советских времен болезни, именуемой «борьбой за стабильность судебных постановлений»» [Боннер А.Т., 2018: 29]. Любые показатели, используемые для оценки эффективности, являются мощными стимулами для изменений. Формирование системы показателей эффективности стоит начинать с определения векторов развития системы судебной защиты права, которое должны такие показатели стимулировать. Интерпретацию показателей необходимо соотносить с целями судопроизводства не только в статике, но и в динамике их реализации.

Современные авторы предлагают весьма оригинальные методы оценки качественных характеристик и измерения количественных параметров гражданского судопроизводства. Так, например, Е.И. Алексеевской разработана авторская методика измерения качественных изменений количественным способом — «Индекс правосудия». Индекс, по ее замыслу, является суммарным показателем обеспечения верховенства права и доступа в суд, а каждый из компонентов Индекса является показателем роста правовых гарантий в соответствующей области. Одной из целей измерения качественных изменений количественным способом автор методики видит понимание того, насколько государство эффективно организовало судебный процесс, поэтому остановится на анализе самой современной методики подробнее. Так, в основу первого компонента — верховенства права — Е.И. Алексеевской положен стандарт справедливого судебного разбирательства, которые в настоящее время состоит из 16 принципов, сформулированных Европейским судом по правам человека. Каждый из перечисленных принципов одинаково важен, поэтому их реализация в процессуальном законе образует 100%, а весомость каждого из них составляет 6,25%. Не все названные принципы односложны, некоторые имеют структурный и процедурный аспекты, их удельный вес соответственно делится еще на два для объективной оценки наличия или отсутствия каждого аспекта принципа справедливого судебного разбирательства. Следовательно, каждый из них имеет удельный вес в

3,125%, что, по мнению Е.И. Алексеевской, делает оценку более точной и указывающей, в каком именно аспекте имеется проблема. Удельный вес принципов, имеющих несколько аспектов реализации, делится на то количество аспектов, которые имеют место на момент осуществления замера. Замер индекса верховенства права осуществлялся по каждой стадии процесса, поэтому в результате вычисления получается значение индекса правосудия по каждой стадии процесса, а их совокупность дает итоговое значение Индекса. Позиция Е.И. Алексеевской демонстрирует новое видение роли правовых принципов. Вместе с тем новое — не значит лучшее. Эффективность — это характеристика, отражающая параметры, а не идеи. Очевидно, измерять эффективность деятельности принципами нельзя.

Важнейший аспект рассматриваемых измерений — это источник получения данных. Где черпать информацию и как правильно ее интерпретировать? Для Е.И. Алексеевской ответ очевиден. Источником сбора данных по соблюдению верховенства права, по ее мнению, является официальная редакция индексируемого процессуального кодекса. Подчеркнем, верховенство права Е.И. Алексеевская предлагает оценивать по тексту процессуального кодекса, сопоставляя в разработанной ею формуле фактические и максимальные значения. Оставляя без комментариев своеобразие авторской методики, отметим, что верховенство права, если оно может быть оценено и тем более измерено, не может основываться на тексте. Верховенство — результат действия норм, без этого аспекта схоластические рассуждения лишены смысла.

Оперативность работы суда (судьи), один из четырех аспектов принципа рассмотрения дела судом в разумный срок, позволяет, по мнению автора рассматриваемой методики, понять, насколько государство эффективно организовало судебный процесс [Алексеевская Е.И., 2018: 65–66]. В таком контексте оперативность понимается как быстрота. Но эффективность — это не быстрота, это комплексная характеристика, отражающая как достижение цели, так и издержки того достижения.

Второй компонент Индекса правосудия Е.И. Алексеевская видит в показателе доступа в суд — тоже сложносоставном показателе из 131 критерия или 12 блоков. Подсчет параметра доступа в суд осуществляется в три этапа. Первый этап заключается в подсчете критериев, оцениваемых в двоичной системе: есть или нет (1 или 0). Второй этап — подсчет весомости соотношения: часть критериев имеют выражение в виде соотношения. Он производится в процентном соотношении, где 100% равны 1. Источник сбора данных — суды и участки мировых судей. После определения максимального и фактического значения производится расчет показателя доступа в суд по предлагаемой автором формуле. Наконец, данные двух компонентов Индекса правосудия агрегируются, чтобы получить итоговый показатель. «Индекс правосудия»

предложено считать суммой «Индекса верховенства права» и «Индекса доступа в суд». Комментарии излишни.

Нельзя не заметить, что понятие автора рассматриваемой методики об индексах тоже оригинальное, оно серьезно расходится с устоявшимся пониманием индекса как «показателя сравнения двух состояний одного и того же явления (простого или сложного, состоящего из соизмеримых или несоизмеримых показателей)» [Елисева И.И., Юзбашев М.М., 1995: 315]. Можно было бы отнести к предложенной методике как к очередной научной гипотезе, если бы не жесткие практические оценки автора. Так, на основе расчетов Е.И. Алексеевская формулирует вывод о том, что гражданское судопроизводство в судах общей юрисдикции и в арбитражных судах имеет неодинаковый уровень правовых гарантий, что не соответствует ни конституционному принципу равенства всех законом и судом, ни концепции устойчивого развития [Алексеевская Е.И., 2018: 69–70]. На наш взгляд, уровень правовых гарантий участников гражданского судопроизводства в судах общей юрисдикции и в арбитражных судах не может быть оценен на основе предложенных «Индекса правосудия», «Индекса верховенства права», равно как и «Индекса доступа в суд». Лишенным аргументации видится и вывод о несоответствии судопроизводства конституционному принципу равенства всех законом и судом.

Целью многих исследований, проводимых на международном уровне, становились сравнительные оценки различных судебных систем. Наиболее последовательно проект оценки эффективности судопроизводства реализуется Комиссией по эффективности правосудия при Совете Европы. Аналитики Комиссии предложили более сотни индикаторов, с применением которых изучена деятельность судебных систем практически всех стран Европы. В оценке эффективности гражданского судопроизводства также весьма ценными являются данные судебной статистики, собираемые Верховным Судом Российской Федерации и его Судебным департаментом<sup>6</sup>.

Какие показатели могут быть использованы при анализе эффективности гражданского судопроизводства? Европейская комиссия разработала и использует два индикатора сравнительного анализа эффективности судебных систем. Первый — коэффициент загруженности судов (clearance rate), измеряющий насколько суды справляются с нагрузкой. Второй показатель — это срок вынесения решения (disposition time), временной период, необходимый для рассмотрения дела в суде. Коэффициент загруженности судов выражается в процентах и рассчитывается делением количества разрешенных дел на

---

<sup>6</sup> Приказ Судебного департамента при Верховном Суде РФ от 11.04.2017 № 65 «Об утверждении Табеля форм статистической отчетности о деятельности федеральных судов общей юрисдикции, федеральных арбитражных судов, мировых судей и судимости и форм статистической отчетности о деятельности федеральных судов общей юрисдикции, федеральных арбитражных судов, мировых судей и судимости» // СПС Консультант Плюс.

количество поданных в суд заявлений. Показатель коэффициента, близкий к 100%, указывает на способность судебной системы разрешать примерно такое же количество дел, как и число поступающих дел в течение заданного периода времени. Показатель загруженности судов, превышающий 100%, указывает на способность системы разрешать больше дел, чем было получено, тем самым сокращая число неразрешенных дел на конец расчетного периода. По сути, коэффициент загруженности судов показывает, как судебная система справляется с потоком дел. Это позволяет проводить сравнительный анализ даже когда параметры рассматриваемых дел в различных странах не являются идентичными. Расчетный показатель срока вынесения решения указывает на теоретическое время, которое необходимо для рассмотрения дела в суде с учетом темпов работы судов страны. Расчет показателя осуществляется делением числа незавершенных дел в конце наблюдаемого периода на число разрешенных дел в течение того же периода, умноженное на 365 (дней в году)<sup>7</sup>.

Показатель срока используется не только для сравнительного анализа, но также и для оценки эффективности судебной системы в контексте европейских стандартов продолжительности судебного разбирательства. Стоит отметить, что советские ученые объем работы, выполняемой судебной системой, рассматривали не как самостоятельный критерий эффективности правосудия, а как фактор, влияющий на достижение его целей, указывали на нейтральность показателя объема к критериям такой эффективности [Казимирчук В.П., Тихомиров Ю.А., 1973: 266–267]. Некоторые выводы об эффективности судебной системы, по мнению А. Уцелака, можно сделать напрямую из трех показателей — инвестиции, штат суда и результаты его работы. Речь идет об инвестициях, вкладываемых в судебную систему, о лицах, работающих в ней, а также о результатах ее работы, которые определяются в том числе такими параметрами судебных процессов, как срок и исход дела [Уцелак А., 2006: 23]. Возможно, предложенные показатели позволяют очень условно оценивать эффективность судебной системы как института, но они весьма далеки от того, чтобы охарактеризовать судопроизводство и правосудие в целом.

#### **4. Требования к показателям эффективности судопроизводства**

Анализ имеющихся в науке и практике подходов, результатов многолетней работы Комиссии по эффективности правосудия позволяет сформулировать выводы о том, как должна строиться система показателей эффективности гражданского судопроизводства и каким требованиям должны отвечать показатели, используемые для расчета такой эффективности. Пре-

---

<sup>7</sup> European judicial systems. Efficiency and Quality of Justice. CEPEJ Studies № 26. Strasbourg: Council of Europe, 2018. P. 238.

жде всего показатели должны выражать критерии эффективности судопроизводства. Набором критериев определяется перечень показателей. Каждый критерий эффективности как «идеальная» или близкая к ней планируемая цель правосудия может быть выражен через совокупность количественных показателей. Иными словами, каждый критерий может быть представлен набором заранее установленных параметров, выведенных на основе реальных возможностей системы [Казимирчук В.П., Тихомиров Ю.А., 1973: 264]. Показатели, выражающие критерии эффективности, могут быть дополнены характеристиками условий эффективности судопроизводства.

Показатели эффективности должны быть измеримыми и проверяемыми, для чего общие критерии требуется операционализировать. Правы авторы, убежденные, что нельзя измерить эффективность, не выразив предварительно цель и результат действия нормы в соотносимых единицах измерения, для чего необходимо вначале «перевести» их в операциональные определения, а затем, чтобы иметь возможность оперировать последними, разработать систему показателей [Кудрявцев В.Н., 1980: 168]. Количественно выражаемые показатели заметно повышают объективность измерений и оценок. Количественное выражение исходного состояния общественных отношений, ставших предметом судебного разбирательства, достигнутого их состояния и целевой модели таких отношений, дополненное показателями, характеризующими издержки судопроизводства, позволяет дать объективную оценку эффективности судебной защиты.

Показатели эффективности должны носить универсальный характер, что позволяет сопоставлять эффективность судебной защиты прав и законных интересов граждан, организаций и государства с аналогичными правовыми механизмами в других странах. Сравнительный анализ приведенных показателей эффективности в расчете, например, на 1.000 человек, позволяет оценить эффективность не только судебной системы, но также и избранных законодателем средств правовой защиты. Показатели эффективности не должны замыкаться внутри судебной системы, они должны отражать социальный эффект гражданского судопроизводства, его вклад в развитие государства, экономической и социальной системы. Показатели должны быть агрегированными. В этом смысле нельзя в полной мере согласиться с закрепленным еще в Концепции судебной реформы 1991 г. принципом формирования оценок деятельности судебной системы — «невозможность выделения «главного» показателя, поскольку цели функционирования всей системы юстиции множественны, а задачи, решаемые в каждом из ее звеньев, — многообразны»<sup>8</sup>. Дробление критериев и показателей не позволяет оценить эффективность всей системы судопроизводства.

---

<sup>8</sup> Постановление ВС РСФСР от 24.10.1991 № 1801-1 «О Концепции судебной реформы в РСФСР».

Эффективность может и должна анализироваться в динамике, поэтому перспективным видится использование индивидуальных и сводных индексов как обобщающих характеристик изменений. Отличия индексов от показателей определяются тем, что, во-первых, индексы позволяют измерить изменение сложных явлений, во-вторых, они позволяют проанализировать изменение — выявить роль отдельных факторов, в-третьих, индексы являются показателями сравнений не только с прошлым периодом (сравнение во времени), но и с другой территорией (сравнение в пространстве), а также с нормативами [Елисеева И.И., Юзбашев М.М., 1995: 314]. Очевидно, что оценка эффективности гражданского судопроизводства требует ее измерения как сложного явления, анализа изменений и выявления роли факторов (условий эффективности), сравнений во времени, пространстве и целевыми значениями (нормативами). Кроме того, индексы позволяют обобщать несоизмеримые явления, вычленять и измерять отдельные факторы общих изменений, оценивать вклад таких факторов в изменения сложных явлений (т.е. выполнять аналитические и синтетические функции). Полезность подобных измерений трудно переоценить.

При создании перечня показателей должны учитываться не только юридические, но и социальные результаты действия норм процессуального права и реализуемой на их основе судебной деятельности. Стоит согласиться с Д.М. Чечотом, полагавшим, что «поскольку процессуальное право оказывает регулирующее воздействие на общественные отношения в сфере гражданского судопроизводства, а также и за этими пределами, численные показатели могут характеризовать результаты данного воздействия в трех группах общественных отношений: в области собственно гражданского судопроизводства, в области иных юридических отношений, в области отношений неюридического характера» [цит. по: Мельников А.А., 1981: 108]. Важно также учитывать, что показатели эффективности являются мощными стимулами. Наряду с правовыми нормами, которые сегодня все чаще рассматриваются в качестве «неявных цен», показатели стимулируют позитивную и подавляют противоправную деятельность участников общественных отношений, возникающих в связи с рассмотрением дел судами.

## **5. Система показателей эффективности гражданского судопроизводства**

Объединяемый в систему перечень показателей должен выражать общие критерии эффективности судопроизводства, характеризовать меру достижения всех его целей. Таким образом, к числу показателей эффективности необходимо отнести характеризующие меру основной цели защиты прав и

законных интересов участников правоотношений, меру достижения цели справедливого публичного судебного разбирательства в разумный срок, меру достижения целей укрепления законности, предупреждение правонарушений, формирования уважительного отношения к закону и суду, обеспечения доступности правосудия в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, содействия становлению и развитию партнерских деловых отношений, мирному урегулированию споров, формированию обычаев и этики делового оборота. Важное место занимают показатели, характеризующие объем издержек достижения определенного законом результата судопроизводства, экономичность процессуальной формы правосудия по гражданским делам. Среди таких показателей могут быть индивидуальные и сводные индексы. Система показателей, выстроенная в логике пяти базовых элементов эффективности гражданского судопроизводства, позволяющих оценить достижение целей судебной защиты с оптимальными издержками, может выглядеть следующим образом.

1. Показатели эффективности процессуального права.

1.1. Показатели, характеризующие меру достижения цели правового воздействия на участников процессуальных отношений.

1.2. Показатели, характеризующие социальный эффект реализации норм процессуального права.

1.3. Показатели, характеризующие объем издержек достижения цели правового воздействия на участников процессуальных отношений, а также социального эффекта реализации норм процессуального права.

2. Показатели эффективности обращения в суд.

2.1. Показатели, характеризующие меру достижения цели реализации права на обращение в суд.

2.2. Показатели, характеризующие объем издержек достижения результата реализации права на обращение (издержек процессуальной формы).

2.3. Показатели, характеризующие объем издержек реализации права на эффективный доступ к суду.

3. Показатели эффективности судебного разбирательства.

3.1. Показатели, характеризующие меру достижения цели справедливого судебного разбирательства в разумный срок независимым и беспристрастным судом.

3.2. Показатели, характеризующие объем издержек справедливого судебного разбирательства в разумный срок (издержек процессуальной формы разбирательства).

3.3. Показатели, характеризующие уровень издержек справедливого судебного разбирательства независимым и беспристрастным судом (издержек судебных ошибок).

3.4. Показатели, характеризующие объем издержек реализации права на справедливое и эффективное судебное разбирательство.

4. Показатели эффективности судебного решения.

4.1. Показатели, характеризующие меру достижения цели индивидуально-конкретного властного воздействия на общественные отношения, обеспечения действенной защиты прав, свобод и законных интересов субъектов таких отношений.

4.2. Показатели, характеризующие меру достижения социального результата, реализации общих правовых и социальных целей правовых норм, примененных судом.

4.3. Показатели, характеризующие объем издержек достижения общих правовых и социальных целей, а также непосредственных целей индивидуально-властного воздействия на общественные отношения.

5. Показатели эффективности проверочных производств.

5.1. Показатели, характеризующие меру реализации цели снижения судебных ошибок, а также издержек ошибочных решений.

5.2. Показатели, характеризующие меру реализации цели обеспечения единообразия судебной практики.

5.3. Показатели, характеризующие объем затрат достижения цели снижения судебных ошибок, издержек ошибочных решений, а также цели обеспечения единообразия судебной практики.

5.4. Показатели, характеризующие объем издержек реализации права на эффективный доступ в суды проверочных инстанций.

6. Показатели условий эффективности гражданского судопроизводства.

6.1. Показатели, характеризующие системные условия эффективности.

6.2. Показатели, характеризующие правовые условия эффективности.

6.3. Показатели, характеризующие организационные и социальные условия эффективности.

Перечисленные показатели могут быть дополнены индивидуальными и сводными индексами.

Система может содержать самые разные показатели и индикаторы. Так, например, правовые условия эффективности характеризуются, помимо прочих, показателями стабильности процессуального законодательства. Подчеркнем, эффективность обеспечивается качественным правотворчеством. Постоянные изменения процессуального законодательства — показатель низкого качества законотворческой деятельности, а не стремления улучшить судебную систему. Так, например, в 2019 г. 4 раза вносились изменения и дополнения в ГПК РФ, в 2018 г. — 5 раз, в 2017 г. и 2016 г. — по 4 раза, в 2015 г. — 8 раз, в 2014 г. — 13 раз, в 2013 г. — 14 раз, в 2010, 2011 гг. — по 7 раз. Схожая ситуация наблюдается и с АПК РФ. Изменения вносятся в течение года неоднократно, при том, что судебная статистика, позволяющая хотя бы

минимально оценить результаты действия новых норм законодательства, собирается и анализируется заметно реже. С советского времени известно, что при подготовке нормативных актов необходимо прогнозировать, как будут действовать разрабатываемые нормы. Некачественный прогноз влечет принятие неэффективных правил поведения, норм, реализация которых не достигает поставленной цели, что, в свою очередь, требует дальнейшей модификации законодательства.

Важным параметром, характеризующим меру достижения целей укрепления законности, справедливого судебного разбирательства в разумный срок, обеспечения действенной защиты прав, свобод и законных интересов субъектов таких отношений, а также цели снижения судебных ошибок, являются различные показатели соблюдения судами норм процессуального права. Показатель соблюдения судами таких норм — это индикатор, характеризующий ординарную реализацию требований процессуального законодательства. Отмена решений вышестоящими судами по основаниям, связанным с нарушениями норм процессуального права (например, ч. 4 ст. 330 и ч. 4 ст. 379.7 ГПК РФ, ч. 4 ст. 270 и ч. 4 ст. 288 АПК РФ), дает возможность сформировать эмпирическую базу для оценки эффективности соответствующих норм. Если такие нормы системно не применяются судами так, как было задумано законодателем, значит для регулирования соответствующих отношений был избран неудачный инструментарий.

Меру достижения целей эффективного правового воздействия на участников процессуальных отношений, реализации права на обращение в суд, справедливого судебного разбирательства, а также оптимальность издержек правового воздействия, реализации права на обращение в суд, издержек процессуальной формы разбирательства характеризуют показатели использования диспозитивных процессуальных норм участниками судебных процессов. Так, например, количество дел, рассмотренных судами по правилам договорной подсудности, характеризует использование участниками гражданского оборота соответствующих норм указанных кодексов. Статистика содержит данные о количестве дел, прекращенных в связи с заключением мирового соглашения, отказом от иска, урегулировании спора путем проведения процедур медиации, о рассмотрении заявлений о применении обеспечительных мер и некоторые другие. Рационально действующие граждане и организации не станут использовать неэффективные нормы.

Большую группу составляют показатели, характеризующие издержки процессуальной формы. Среди них показатели объема издержек участников гражданского оборота и государства на рассмотрение дела в порядке гражданского судопроизводства и содержание судебной системы, учитывающие общие расходы на содержание судебной системы (в европейской терминологии — инвестиции в судебную систему), а также расходы частных субъ-

ектов на участие в судебном процессе, сбор и представление доказательств, правовую помощь и многое другое.

Особое место занимают показатели, характеризующие временные издержки. Как известно, временной фактор правосудия также является одним из важнейших параметров доступности правосудия, с чем связано особое внимание к этому фактору судопроизводства в большинстве процессуальных систем [Филатова М.А., 2019: 44]. Длительность процесса не должна становиться предметом количественного измерения, основанного только на трудозатратах и иных объективных характеристиках деятельности судей и работников аппарата суда. Срок рассмотрения дела должен определяться судьями исходя из совокупности факторов, а его оценка с точки зрения разумности и эффективности — только на основе сравнения с показателями по аналогичным делам. Не менее важный показатель — период, в течение которого наступает состояние определенности в отношениях сторон, правовой определенности. Этот срок необходимо исчислять с момента обращения в суд до момента вступления в силу последнего судебного акта, которым разрешается дело или дается оценка качества рассмотрения дела нижестоящими судами. Именно этот показатель характеризует временные издержки лиц, участвующих в деле, и подлежит учету при анализе эффективности гражданского судопроизводства.

## **Заключение**

Отметим важность формирования критериев эффективности судопроизводства как инструментов управления, выбора наиболее действенных процессуальных средств защиты прав и свобод граждан, повышения экономичности судопроизводства, планирования и реализации судебных реформ. Система универсальных, измеримых и проверяемых показателей, выражающая общие критерии эффективности судопроизводства, а также процессуального права, обращения в суд и самого судебного разбирательства, эффективности судебного решения и проверочных производств, учитывающая параметры судебной системы, юридические и социальные результаты гражданского судопроизводства, позволит не только оценить его эффективность, но и стимулировать достижение целей судебной защиты с минимально необходимыми издержками.



## **Библиография**

Алексеевская Е.И. Целевые показатели устойчивого развития правосудия // Вестник гражданского процесса. 2018. N 5. С. 62–78.

Боннер А.Т. Некоторые проблемы социалистического правосудия / Избранные труды в 7 т. Т. 1. М.: Проспект, 2017. 333 с.

- Боннер А.Т. Электронное правосудие: реальность или новомодный термин // Вестник гражданского процесса. 2018. N 1. С. 22–38
- Елисеева И.И., Юзбашев М.М. Общая теория статистики. М.: Финансы и статистика, 1995. 366 с.
- Жан Ж.-П., Гурбанов Р.А. Европейская комиссия по эффективности правосудия. Организация. Деятельность. Развитие. М.: ЮНИТИ, 2015. 331 с.
- Жилин Г.А. Правосудие по гражданским делам. М.: Проспект, 2010. 576 с.
- Казимирчук В.П., Тихомиров Ю.А. (отв. ред.) Право и социология. М.: Наука, 1973. 359 с.
- Карбонье Ж. Юридическая социология. М.: Прогресс, 1986. 351 с.
- Козлов В.А., Суслов Ю.А. Конкретно-социологические исследования в области права. Ленинград: Изд-во Ленингр. ун-та, 1981. 111 с.
- Кудрявцев В.Н. Эффективность правовых норм. М.: Юридическая литература, 1980. 280 с.
- Лазарев В.В. Правоприменительные акты и их эффективность в условиях развитого социалистического общества (теоретическое исследование). Дис.... д.ю.н. Казань, 1977. 428 с.
- Мельников А.А. (отв. ред.) Курс советского гражданского процессуального права. М.: Наука, 1981. 510 с.
- Момотов В.В. Судебная реформа 2018 года в Российской Федерации: концепция, цели, содержание // Журнал российского права. 2018. N 10. С. 134–146.
- Петрухин И.Л. и др. Теоретические основы эффективности правосудия. М.: Наука, 1979. 392 с.
- Протасов В.Н. Теоретические основы правовой процедуры. Автореф. дис. ... д.ю.н. М., 1993. 49 с.
- Соломон-мл. П. Судьи должны отвечать не за достижение показателей эффективности, а за качество своей работы // Закон. 2019. N 4. С. 22–34.
- Уцелак А. Можно ли измерить эффективность судебной системы? // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2005. N 5. С. 14–42.
- Фаткуллин Ф.Н., Чулюкин Л.Д. Социальная ценность и эффективность правовой нормы. Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1977. 119 с.
- Филатова М.А. Сроки судебного разбирательства: от императива закона к активному судье? // Вестник гражданского процесса. 2019. N 5. С. 42–60.
- Цихоцкий А.В. Теоретические проблемы эффективности правосудия по гражданским делам. Новосибирск: Наука, 1997. 392 с.

---

## **Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 4**

### **Civil Litigation Efficiency: Criteria and Indicators**



**Sergey Kurochkin**

Associate Professor, Theory of State and Law Department, Ural State University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 21 Komsomolskaya Str., Ekaterinburg 620000, Russian Federation. E-mail: kurochkin@e1.ru

## Abstract

Civil justice system development requires consistent measures to ensure effective judicial protection of the rights and legitimate interests of citizens, organizations and the State. Evaluating the effectiveness of judicial activity should involve not only expert judgments, but also a more verifiable analysis of criteria and quantifiable indicators. Their application makes it possible to optimize the management impact, rationalize the choice of the most effective procedural means of protecting the rights and freedoms of citizens, and increase the efficiency of procedural activities and the entire system of civil jurisdiction. The paper presents author's approach to understanding the criteria for the effectiveness of court proceedings, offers a system of such criteria, defines basic approaches to the formation of indicators of the effectiveness of civil procedure, requirements for them, and formulated a system of possible indicators that can be applied in practical research. Using the methods of analytical jurisprudence, law and economics, sociology of law put forward the criteria and indicators determining the efficiency of justice, efficiency of procedural law, efficiency of suit, trial and court judgment. The practical implementation of the proposed approaches can allow to take into account not only the organizational and legal parameters of the judicial system, but also the social and economic results of civil litigation, assess its social effectiveness, and stimulate the achievement of the goals of court protection with the minimum costs.

## Keywords

efficiency of justice; civil litigation; criteria; indicators; judicial protection; system of criteria; system of indicators; goals of civil procedure; costs; social efficiency.

**Acknowledgements:** The paper is published within the project of supporting the publications of the authors of Russian educational and research organizations in the HSE academic publications.

**For citation:** Kurochkin S.A. (2020) Civil Litigation Efficiency: Criteria and Indicators. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 129–154 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.4.129.154

## References

- Alexeevskaya E.I. (2018) The indicators of the sustainable development of judgement. *Vestnik grazhdanskogo protsesssa*, no 5, pp. 62–78 (in Russian)
- Bonner A.T. (2017) *Issues of socialist justice*. Moscow: Prospekt, 333 p. (in Russian)
- Bonner A.T. (2018) Electronic justice: reality or a buzz term. *Vestnik grazhdanskogo protsesssa*, no 1, pp. 22–38 (in Russian)
- Eliseeva I.I., Yuzbashev M.M. (1995) *General theory of statistics*. Moscow: Finansy i statistika, 366 p. (in Russian)
- Fatkullin F.N., Tchulyukin L.D. (1977) *Social value and efficiency of legal norm*. Kazan: University, 119 p. (in Russian)
- Filatova M.A. (2019) The terms of judicial litigation: from legal imperative to active judge? *Vestnik grazhdanskogo protsesssa*, no 5, pp. 42–60 (in Russian)
- Kazimirchuk V.P. et al (1973) *Law and sociology*. Moscow: Nauka, 359 p. (in Russian)
- Karbonie Z. (1986) *Sociology of the Law*. Moscow: Progress, 351 p. (in Russian)

- Kozlov V.A., Suslov Yu. A. (1981) *Sociological research in law*. Leningrad: University, 111 p. (in Russian)
- Kudryavtsev V.N. (1980) *Legal norm efficiency*. Moscow: Yuridicheskaya literatura, 280 p. (in Russian)
- Lazarev V.V. (1977) Judicial acts and their efficiency in the developed socialist society. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Kazan, 428 p. (in Russian)
- Melnikov A.A. (ed.) (1981) *A course of Soviet civil procedural law*. Moscow: Nauka, 510 p. (in Russian)
- Momotov V.V. (2018) Judicial reform of 2018 in Russia. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 10, pp. 134–146 (in Russian)
- Petrukhin I.L. et al (1979) *Basics of the efficiency of justice*. Moscow: Nauka, 392 p. (in Russian)
- Protasov V.N. (1993) The basics of judicial procedure. Doctor of Juridical Sciences Summary. Moscow, 49 p. (in Russian)
- Solomon Jr. P. (2019) Judges should be responsible for the quality of their performance but not the efficiency indicators. *Zakon*, no 4, pp. 22–34 (in Russian)
- Tsikhotskiy A.V. (1997) *Theoretical issues of the efficiency of justice in civil cases*. Novosibirsk: Nauka, 392 p. (in Russian)
- Utselak A. (2005) Measuring efficiency of judiciary. *Rossiyskiy ezhegodnik grazhdanskogo i arbitrazhnogo protsessa*, no 5, pp. 14–42 (in Russian)
- Zhan Zh. P., Gurbanov R.A. (2015) *The European commission on the efficiency of justice*. Moscow: Yuniti, 331 p. (in Russian)
- Zhilin G.A. (2010) *Judgement on civil cases*. Moscow: Prospekt, 359 p. (in Russian)

# Перспективы института приемной семьи для пожилых граждан и инвалидов: зарубежные доктрины и опыт российского законодателя

---



## **Н.И. Дивеева**

Профессор, кафедра трудового и социального права Санкт-Петербургского государственного университета, доктор юридических наук. Адрес: 199034, Российская Федерация, Санкт-Петербург, Университетская набережная, 7/9. E-mail: n.diveeva@spbu.ru



## **А.В. Кузьменко**

Доцент, кафедра трудового и социального права Санкт-Петербургского государственного университета, кандидат юридических наук. Адрес: 199034, Российская Федерация, Санкт-Петербург, Университетская набережная, 7/9. E-mail: a.kuzmenko@spbu.ru



## **Ф.К. Ногайлиева**

Ассистентка кафедры трудового и социального права Санкт-Петербургского государственного университета. Адрес: 199034, Российская Федерация, Санкт-Петербург, Университетская набережная, 7/9. E-mail: f.nogaylieva@spbu.ru



## **М.В. Филиппова**

Доцент, кафедра трудового и социального права Санкт-Петербургского государственного университета, кандидат юридических наук. Адрес: 199034, Российская Федерация, Санкт-Петербург, Университетская набережная, 7/9. E-mail: m.v.filippova@spbu.ru



## **Аннотация**

Статья посвящена исследованию нового для российского законодательства вида социальной поддержки населения — приемной семьи для пожилых граждан и инвалидов. Выявлено, что рост доли пожилых граждан в структуре населения, прогнозируемое увеличение продолжительности жизни ставит государство перед необходимостью поиска новых гибких форм устройства пожилых граждан и инвалидов. Активная форма социальной помощи в виде создания специализированных государственных учреждений более не обеспечивает должного уровня ухода, не позволяет учесть индивидуальные особенности и предпочтения нуждающихся, а продолжение ее оказания в будущем лишь увеличит нагрузку на государственный бюджет. Признанной (в том числе на международном уровне) формой устройства, способной удовлетворить потребности этой категории граждан, является семья. Целью статьи является анализ социально-демографической и

культурологической проблематики семейных форм ухода за пожилыми и инвалидами, правового регулирования этих вопросов в России и за рубежом. Данное исследование, проведенное с использованием общенаучных методов и методов юридической науки (формально-юридический, сравнительно-правовой и др.), позволило сформулировать несколько выводов. Проблема недостаточности форм устройства и ухода за пожилыми и инвалидами может быть охарактеризована как цивилизационная, культурно обусловленная. Распад традиционных форм жизни и хозяйствования происходит наряду с переходом к новому типу семейной культуры — нуклеарной семье. Данный тип семьи не предполагает совместного проживания нескольких поколений, а значит, и ухода членами семьи за пожилыми и инвалидами, что вынуждает государство к поиску и развитию новых форм устройства нуждающихся. Организационной формой, получившей наибольшее распространение в зарубежной практике, стала приемная семья для пожилых и инвалидов. Эта форма возникает на основании договора о помещении нуждающегося в приемную семью с возложением обязательств по уходу за ним на опекуна. При этом государство полностью или частично возмещает расходы опекуна и контролирует добросовестность выполнения опекуном обязательств. Похожая практика все чаще встречается и в региональном российском законодательстве, что позволяет сделать вывод о необходимости закрепления этой конструкции в федеральном законе.

---



### Ключевые слова

приемная семья, пожилые граждане, инвалиды, социальное обслуживание, социальная поддержка, семейная форма ухода, расширенная и нуклеарная семьи, договор о приемной семье.

---

**Благодарности:** статья опубликована в рамках проекта по поддержке публикаций авторов российских образовательных и научных организаций в научных изданиях НИУ ВШЭ.

**Для цитирования:** Дивеева Н.И., Кузьменко А.В., Ногайлиева Ф.К., Филиппова М.Ф. Перспективы приемной семьи для пожилых и инвалидов: зарубежные доктрины и опыт российского законодательства // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 4. С. 151–180.

УДК: 349

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.4.155.180

## Введение

В настоящее время в России удельный вес лиц старше трудоспособного возраста составляет 21% (29,8 млн. человек), а к 2025 г. прогнозируется дальнейшее увеличение численности пожилых: их доля в населении достигнет 25,4%, или 37 млн. человек<sup>1</sup>. Согласно докладу Всемирной организации

---

<sup>1</sup> Available at: URL: [http://www.gks.ru/wps/wcm/connect/rosstat\\_main/rosstat/ru/statistics/population/generation/#](http://www.gks.ru/wps/wcm/connect/rosstat_main/rosstat/ru/statistics/population/generation/#) (дата обращения: 03.08.2019)

здравоохранения благодаря успехам медицины, позволяющим жить дольше, ожидается, что к 2050 г. число лиц старше 60 лет удвоится<sup>2</sup>.

Выполнение государством обязательств социального обслуживания пожилых и инвалидов в институциональных формах в совокупности с коренными изменениями в практике семейного ухода создают значительную нагрузку на государственный бюджет и ставят под угрозу обеспечение достойного уровня жизни этих категорий нуждающихся. Это в свою очередь подразумевает необходимость переосмысления и новации подходов общества и государства к проблемам длительного ухода за гражданами пожилого возраста и инвалидами.

На международном уровне правового регулирования поощряется применение неформальной семейной формы устройства и удовлетворения потребностей пожилых и инвалидов. Принципы ООН в отношении пожилых (1991) предусматривают, что им должны быть обеспечены уход и защита семьи и общины (п. 10)<sup>3</sup>. Мадридский международный план действий по проблемам старения (2002) содержит обращенный к государствам призыв к укреплению солидарности между поколениями на основе принципа справедливости и взаимопомощи между поколениями, а также целый ряд рекомендаций по принятию конкретных мер содействия и поддержки семейного ухода<sup>4</sup>. Конвенция о правах инвалидов (2006) предусматривает, что инвалиды и члены их семей должны получать необходимую защиту и помощь, позволяющие семьям вносить вклад в дело полного и равного пользования правами инвалидов<sup>5</sup>.

Возможность проживания в семье на поздних этапах жизни человека оказывается критически важной по причине нуждаемости в безопасности и стабильности, удовлетворении интересов и потребностей человека [Бутуева З.А., 2015: 96]. Между тем семейная форма ухода с учетом социально-демографических реалий и необходимости достижения целей, сформулированных международным правом, должна определяться максимально широко, не ограничивая круг ухаживающих субъектов кровными родственниками и супругами.

Приемная семья в Семейном кодексе Российской Федерации (далее — СК РФ) — инструмент опеки или попечительства, долженствующий, во-первых,

---

<sup>2</sup> Available at: URL: <https://www.who.int/mediacentre/news/releases/2015/older-persons-day/ru/> (дата обращения: 23.07.2019)

<sup>3</sup> Available at: URL: [https://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/oldprinc.shtml](https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/oldprinc.shtml) (дата обращения: 21.07.2019)

<sup>4</sup> Available at: URL: [https://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/declarations/ageing\\_program\\_ch2.shtml](https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/ageing_program_ch2.shtml) (дата обращения: 21.07.2019)

<sup>5</sup> Available at: URL: [https://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/disability.shtml](https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/disability.shtml) (дата обращения: 21.07.2019)

защитить права и интересы недееспособных или не полностью дееспособных детей, во-вторых, обеспечить детям содержание, воспитание и образование. Права и интересы пожилых и инвалидов, признанных недееспособными или ограниченно дееспособными, также могут быть защищены путем установления над ними опеки или попечительства, однако проблему комплексного содержания и ухода за ними данный правовой институт полностью не решает, поскольку не регулирует социально-обеспечительных правоотношений. В то же время вопросы приемной семьи для пожилых и инвалидов сходного системного урегулирования не получили. Гражданско-правовыми институтами (например, договором ренты и пожизненного содержания с иждивением или патронажем с заключением договоров поручения и доверительного управления имуществом) задача социальной защиты этих лиц также решена быть не может.

Целью настоящей статьи является анализ социально-демографической и культурологической проблематики семейных форм ухода за пожилыми и инвалидами, правового регулирования этих вопросов в России и за рубежом, определение перспектив развития института приемной семьи для пожилых граждан и инвалидов. Исследование проведено с использованием общенаучных методов (анализ и синтез, метод системного анализа и др.), методов юридической науки (формально-юридический, сравнительно-правовой и др.)

## **1. Взаимосвязь форм социальной поддержки граждан пожилого возраста и инвалидов и типов семейной культуры общества**

Дифференциация видов поддержки граждан пожилого возраста и инвалидов в разных странах обусловлена различиями в общественном устройстве и типах семейных культур. К учету государствами этих особенностей призывают указанные Принципы ООН, согласно которым уход и защита должны обеспечиваться в соответствии с системой культурных ценностей данного общества.

В социологии традиционно выделяется два основных типа семейных культур — расширенная (патриархальная) и нуклеарная [Бим-Бад Б., Гавров С.Н, 2010: 12]. Исторически первым типом семейной культуры стала расширенная (патриархальная или традиционная) семья из двух и более нуклеарных моносемей, объединенных связью «родитель-ребенок». Особенностью данной формы семейного уклада является преемственное совместное проживание в одном доме нескольких поколений родственников, что характерно для многих государств Азии, Латинской Америки, Африки.

В контексте проблематики статьи отличительной характеристикой расширенной семьи является взаимная поддержка и присмотр: представители самого старшего поколения воспитывают детей, пока их родители трудятся; или, наоборот, внуки ухаживают за пожилыми родственниками.

Обратимся к отдельным государствам. В Непале большинство пожилых (около 85%) проживает в сельских районах и получают внутрисемейный уход, что пока освобождает государство от необходимости предпринимать меры по организации ухода. Несколько государственных и частных домов престарелых закономерно функционируют в городских поселениях<sup>6</sup>. В Индии расширенная семья принимает на себя обязательства по содержанию и уходу за старшим поколением, инвалидами, безработными и оказавшимися в трудной жизненной ситуации родственниками<sup>7</sup>. Помощь одиноким пожилым и инвалидам в городах оказывается негосударственными специализированными организациями в минимальном объеме [Chadha N., 2016].

Но даже в обществах с традиционным типом семейной культуры семейная форма ухода может оказаться недоступной гражданам пожилого возраста и инвалидам ввиду отсутствия у них детей или иных близких родственников, ввиду утраты ими трудоспособности. Кроме того, физическое и эмоциональное выгорание граждан, совмещающих уход с оплачиваемой деятельностью, может служить причиной отказа от продолжения семейного ухода. Данные причины — либо частные случаи, либо проявления государственной политики, нестабильной экономической ситуации.

Примером целенаправленной политики служит осуществляемое в Китае стимулирование переселения граждан из сельской местности в города и недавно отмененная политика сдерживания рождаемости. Несмотря на исключительность демографической политики Китая, специалисты предостерегают китайскому обществу дальнейшую нуклеаризацию семьи и процессы семейных преобразований, сходные с западноевропейскими. Для организации ухода за одинокими пожилыми китайскому правительству пришлось пойти по пути создания институциональных форм устройства (дома престарелых, центры дневного пребывания) [Guangya L., 2006].

Следующий тип семейной культуры — нуклеарная семья (супружеская, или партнерская) — группа, построенная на основе связи «муж-жена» и включающая одну семейную пару и родных детей. Принято считать, что именно нуклеарная семья является «ячейкой общества» [Мердок Дж., 2003: 20]. Звено старшего поколения, не вписываясь в подобный семейный уклад,

---

<sup>6</sup> Available at: <http://www.globalaging.org/health/world/2010/nepal.pdf> (дата обращения: 19.07.2019)

<sup>7</sup> Available at: [http://www.iussp.org/Brazil2001/s50/S55\\_P04\\_Sivamurthy.pdf](http://www.iussp.org/Brazil2001/s50/S55_P04_Sivamurthy.pdf) (дата обращения: 19.07.2019)

выпадает, а потому именно в обществах с преобладающей культурой нуклеарной семьи предпринимаются наиболее активные поиски способов ухода за пожилыми гражданами. Процесс нуклеаризации семьи служит характерным признаком изменения семьи в XX в., являясь следствием и атрибутом перехода от традиционного к индустриальному обществу.

В большинстве таких государств (США, Канада, страны Западной Европы) характерные для них системы классической институциональной помощи сложились более века назад, а потому эти общества успели пройти путь осмысления и перехода к новым формам ухода, отвечающим современным демографическим вызовам и уровню жизни. Кроме того, опыт стран учитывает все чаще проявляющееся нежелание самих граждан пожилого возраста проживать совместно с семьями своих детей.

В странах Европы сокращается доля работающих, которые могут обеспечить уход за пожилыми и инвалидами, в то время как доля лиц, нуждающихся в уходе, растет. Серьезный дисбаланс между спросом и предложением приводит к нехватке поставщиков профессиональных медицинских услуг и услуг повседневного ухода<sup>8</sup>. Такой дисбаланс не позволяет сохранять текущий уровень затрат на институциональные формы ухода. Проблему обостряет необходимость в будущем обеспечить уход за мигрантами пожилого возраста. Хотя что проблема поиска решений для обеспечения достойного ухода за гражданами пожилого возраста и инвалидами является общеевропейской, на уровне Евросоюза отсутствуют согласованные целенаправленные планы действий<sup>9</sup>.

Европейская комиссия начала стимулировать межгосударственное сотрудничество с такими наднациональными платформами, как Европейское инновационное партнерство по активному и здоровому старению<sup>10</sup>. В качестве одной из инновационных практик ухода приведен опыт организации приемной семьи, реализованный в Тампере (Финляндия) и транслируемый в других округах страны. Муниципалитет присваивает приемным семьям статус частного социального учреждения, уполномоченного на оказание услуг проживания с уходом для лиц, которым требуется помощь в повседневной деятельности, при условии что они не нуждаются в круглосуточном уходе и медицинском обслуживании. Уход, оплачиваемый из муниципальных средств, включает обеспечение нуждающемуся лицу питания, места для сна, услуг по стирке белья, выделение времени для общения и присмотра. Помощь в при-

---

<sup>8</sup> Available at: <http://theconversation.com/europe-is-going-grey-can-eu-countries-work-together-to-care-for-their-elderly-80416> (дата обращения: 18.07.2019)

<sup>9</sup> Available at: [https://www.cairn-int.info/article.php?ID\\_ARTICLE=E\\_POPU\\_704\\_0789](https://www.cairn-int.info/article.php?ID_ARTICLE=E_POPU_704_0789) (дата обращения: 01.08.2019)

<sup>10</sup> Available at: [https://ec.europa.eu/eip/ageing/home\\_en](https://ec.europa.eu/eip/ageing/home_en) (дата обращения: 02.08.2019)

емной семье может быть постоянной (если нуждающийся переезжает в дом приемной семьи) или периодической (если нуждающийся проводит в приемной семье только дневное или вечернее время либо отдельные дни недели)<sup>11</sup>.

Наибольшей системностью отличается организация социального обслуживания пожилых и инвалидов в США. Законами штатов определяются особенности реализации услуги приемной семьи (*adult foster care, adult family homes, homes plus, supportive care homes*). Как правило, помещение в приемную семью подразумевает проживание одного или нескольких граждан пожилого возраста и инвалидов, утративших способность к безопасному самостоятельному пребыванию и жизнедеятельности, в жилом помещении опекуна, оказывающего услуги личного ухода за гражданином; при этом инициатива помещения в приемную семью чаще всего исходит от самих нуждающихся граждан, которые предпочитают домашнюю обстановку пребыванию в специализированных учреждениях.

Законы штатов ограничивают количество граждан, одновременно пребывающих в одной приемной семье (от одного до шести человек). Опекуны зачастую допускаются к оказанию услуг по уходу за гражданами после получения лицензии на ведение деятельности и сертификации их жилых помещений. Так, в Аризоне проверка соответствия лицензионным требованиям проводится в два этапа — перед помещением лица в приемную семью и не позднее шести месяцев после помещения в нее; в Висконсине проверки соответствия места проживания проводят каждые два года, а сертификат, подтверждающий соответствие опекуна, продлевается раз в год. В некоторых штатах применяется более либеральный подход, не предусматривающий лицензирования и сертификации (Орегон) или предусматривающий контрольные процедуры только при помещении в приемную семью более одного гражданина (Миннесота) [Pfeifer G., 2014: 14].

Помещение в приемную семью может оплачиваться самим гражданином, его родственниками, покрываться за счет страховых средств или финансироваться государством. Государственное финансирование положено только гражданам, соответствующим критериям нуждаемости в такой помощи и не имеющим иных источников покрытия расходов. Проживание в приемной семье, финансируемое государством, может быть прекращено, если гражданину требуется постоянная сестринская помощь и перевод в специализированное учреждение [Mollica R. et al., 2009: 9, 11, 26].

В исследованиях отмечается, что распространение этой формы в ряде штатов сдерживается запретом осуществлять функции опекуна в приемной семье лицами, профессионально занятыми в оказании медицинских услуг (старший и младший медицинский персонал) и в услугах по уходу (няни, си-

---

<sup>11</sup> Available at: [https://ec.europa.eu/eip/ageing/repository/older-people-family-foster-care-model-city-tampere\\_en](https://ec.europa.eu/eip/ageing/repository/older-people-family-foster-care-model-city-tampere_en) (дата обращения: 18.07.2019)

делки), а также малой информированностью граждан о возможности стать опекуном и преимуществах этой деятельности, отсутствием программ повышения мотивации и удержания опекунов<sup>12</sup>.

В законодательстве Массачусетса реализована наиболее жесткая модель осуществления ухода за взрослыми гражданами в приемной семье и поддерживается практически исчерпывающее правовое регулирование условий порядка помещения в приемную семью<sup>13</sup>. Модель построена на взаимодействии четырех участников правоотношений: Департамента здравоохранения и социального обеспечения штата; гражданина, нуждающегося в помощи; профессионального поставщика услуг по оказанию помощи в уходе (организация, получившая разрешение на оказание разнообразных услуг в сфере профессионального ухода за нуждающимися гражданами); опекуна, принимающего гражданина в приемную семью.

По закону Массачусетса о приемных семьях для взрослых граждан Департамент здравоохранения обязуется оплачивать услуги, а профессиональный поставщик обязуется оказать услуги подбора опекуна и его помещения в приемную семью гражданина.

Поставщик услуги по уходу в приемной семье обязан:

на равных основаниях провести оценку кандидатов, намеревающихся стать опекунами в приемной семье с тем, чтобы гарантировать их соответствие установленным требованиям;

свериться с базой данных о преступлениях, выявив возможные сведения о правонарушениях кандидата, которые могут лишить его права стать опекуном в приемной семьей;

убедиться, что кандидат прошел предварительный медицинский осмотр, а затем проходит медицинские осмотры каждые два года и обследование на туберкулез;

контролировать количество лиц, помещенных в одну приемную семью (не более трех человек);

обеспечить, чтобы опекуны были надлежащим образом обучены, а их деятельность контролировалась;

удостовериться, что жилое помещение опекуна в приемной семье соответствует всем требованиям, необходимым для надлежащего ухода.

Опекуном может стать лицо:

достигшее возраста 18 лет и не имеющее умственных, физических или других отклонений, препятствующих осуществлению обязанностей опекуна;

---

<sup>12</sup> Available at: <https://assets.aarp.org/rgcenter/ppi/liv-com/fs174-afc.pdf> (дата обращения: 01.08.2019)

<sup>13</sup> Available at: <https://www.mass.gov/files/documents/2017/09/29/130cmr408.pdf> (дата обращения: 03.08.2019)

не страдающее от расстройств, связанных с употреблением алкоголя или наркотиков;

располагающее свободным временем, необходимым для личного ухода за гражданином и безопасных условий его пребывания в любое время суток;

не являющееся членом семьи опекаемого гражданина;

не участвующее в других формах ухода за пожилыми и инвалидами.

Опекун, осуществляющий уход в приемной семье, обязан:

контролировать и осуществлять возможную помощь в осуществлении опекаемым гражданином его повседневной деятельности, а также обеспечивать личный уход, необходимый для поддержания здоровья и благополучия опекаемого;

отслеживать и сообщать о любых изменениях состояния здоровья опекаемого. В экстренных случаях опекун должен сообщить об ухудшении состояния направившему его поставщику услуг;

поддерживать соответствие своего жилого помещения всем требованиям, необходимым для осуществления надлежащего ухода;

вести специальный журнал;

отправлять заполненный журнал в конце каждого месяца медицинской сестре, закрепленной за каждым опекаемым;

постоянно контролировать опекаемого в осуществлении связанных с поддержанием здоровья мер, таких как напоминание о приеме назначенных лекарств, своевременное приобретение лекарств, оказание помощи или организация транспортировки участника к врачу, помощь участнику в соблюдении медицинских рекомендаций;

уведомлять направившего его поставщика услуг о необходимости организации иных форм ухода за опекаемым гражданином;

немедленно уведомлять поставщика услуг о смерти опекаемого, неотложной медицинской помощи или о значительных изменениях в состоянии опекаемого, о любых чрезвычайных происшествиях в месте проживания опекуна, а также о непредвиденной необходимости выезда опекуна из места своего проживания.

Поставщик услуг обязан проводить вводное и ежегодное обучение опекунов (не менее восьми часов) без отрыва от работы; программа обучения должна включать не менее часа обучения навыкам распознавания, реагирования и информирования об изменениях в состоянии опекаемого и чрезвычайных происшествиях.

Жилое помещение опекуна, в котором планируется оказывать услуги по уходу за гражданином, должно пройти предварительную сертификацию и соответствовать целому ряду требований. Жилое помещение, отвечающее требованиям безопасности, не должно относиться к категории негосудар-

ственных домов престарелых, домов отдыха и иных учреждений ухода. В жилом помещении должны быть созданы условия для удовлетворения всех потребностей опекаемого гражданина, в том числе сопряженных с его ограниченными физическими возможностями.

Во Флориде поддержка осуществляется в «семейных домах по уходу за взрослыми гражданами» (adult family care homes). Это частные домовладения, получившие лицензию муниципальных органов на предоставление жилья, питания и услуг по уходу за гражданами пожилого возраста и взрослыми инвалидами. Такие дома принадлежат и управляются непрофессиональными «поставщиками услуг», которые проживают совместно с резидентами и обслуживают их потребности в общении, питании, личном уходе, приеме лекарств. В домах семейного ухода может проживать одновременно не более пяти резидентов. Эта форма устройства является менее дорогостоящей и более комфортной альтернативой для тех граждан, которые не нуждаются в круглосуточном сестринском надзоре. Что касается оплаты ухода, то для граждан, соответствующих критериям нуждаемости, действуют программы государственной компенсации понесенных ими расходов на оказание услуг приемной семьи<sup>14</sup>.

## **2. Особенности социальной модели заботы о гражданах пожилого возраста и инвалидах в России**

Эмпирические исследования показывают, что в России режим заботы о гражданах пожилого возраста и инвалидах является фамилистским: преобладает практика семейного ухода, который призваны осуществлять женщины. Российская действительность иллюстрирует типовую биографическую ситуацию, которую специалисты характеризуют как синдром «поколения сэндвич». Этот синдром переживают люди, принадлежащие к среднему поколению (возраст 45–60 лет), сталкиваясь с необходимостью сочетания заботы о членах семьи, принадлежащих к старшему поколению, с оплачиваемой работой и/или поддержкой собственных детей<sup>15</sup>. Не во всех случаях женщинам удастся полноценно продолжать самостоятельный уход за родственниками пожилого возраста и инвалидами, вынуждая искать иные способы постоянного или временного ухода за плату.

В России переход от расширенной семьи к нуклеарной в целом произошел в прошлом столетии под влиянием целенаправленной государственной

---

<sup>14</sup> Available at: <http://elderaffairs.state.fl.us/doea/afch.php> (дата обращения: 01.08.2019)

<sup>15</sup> Здравомыслова Е.А. Внутрисемейная забота о пожилых. Available at: URL: <https://eu.spb.ru/news/16310-sendvich-sindrom-vnutrisemejnaya-zabota-o-pozhilykh> (дата обращения: 17.07.2019)

политики индустриализации и урбанизации. Тем не менее тенденция к проживанию в составе расширенных семей сохранится пока сохраняются основные потребности, предопределяющие объединение большинства лиц в подобные союзы (нехватка и недоступность жилья; необходимость заботы о младшем поколении, если не всегда доступны услуги дошкольных учреждений; сбережение денежных средств как результат ведения одного общего хозяйства и иные) [Вишне夫斯基 А.Г., 2008: 8].

В контексте обеспечения долгосрочного ухода за гражданами пожилого возраста и инвалидами эта тенденция специфична в том, что обстоятельства, вынуждающие образовывать расширенные семейные союзы, представляют собой лишь временные трудности. В высоко вероятном случае преодоления перечисленных трудностей граждане пожилого возраста могут оказаться одинокими и лишиться заботы.

Еще одним риском (присущим России как государству с многообразием климатических условий и обширными территориями) является проживание пожилых, нуждающихся в уходе, на отдаленных территориях [Голубева Е.Ю., 2018: 103].

Поиск форм ухода за пожилыми и инвалидами имеет очень важную финансовую составляющую. Так, проживание человека в доме престарелых обходится государству примерно в 22 000 рублей в месяц, без учета расходов на содержание помещения и зарплату персонала. В России действует 1534 государственных стационарных медико-социальных учреждения, в которых проживают более 240,4 тыс. человек. Очереди дожидаются более 20 тыс. человек.

Услуги приемной семьи для пожилых граждан и инвалидов во многих случаях являются наиболее подходящей формой устройства с социально-психологической точки зрения. Граждане, помимо физического ухода, получают эмоциональную поддержку, материальную помощь, организацию повседневной индивидуальной деятельности, моральное содействие, оказываемое другими членами семьи. Участие в группе и вступление в контакты с другими людьми повышают самооценку пожилых и инвалидов, облегчают их социализацию вне группы [Антипова Е.И., Лапшина Н.Д., 2016: 208].

По мнению исследователей в данной области, правовое регулирование социального обслуживания граждан в трудной жизненной ситуации (главным образом инвалидов и пожилых) должно побуждать гражданское общество к максимальному использованию собственных ресурсов и инициативе в помощи и реализации установок социальной солидарности; при этом патерналистский характер государственной политики должен быть уравновешен определением роли государства лишь как гаранта соблюдения прав и интересов граждан [Барков А.В., 2008: 67].

### **3. Федеральное законодательство в части определения дополнительной формы устройства граждан пожилого возраста и инвалидов в приемную семью**

В России на федеральном уровне правовые, организационные и экономические основы социального обслуживания граждан (в том числе, пожилых граждан) установлены Федеральным законом от 28.12.2013 № 442-ФЗ «Об основах социального обслуживания граждан в Российской Федерации». Правовое регулирование социального обслуживания граждан осуществляется на основании данного закона, других федеральных законов и иных нормативных правовых актов, а также законов и иных нормативных правовых актов субъектов федерации (ст. 2). Законодательство о социальной защите инвалидов состоит из положений Конституции, Федерального закона от 24.11.1995 № 181-ФЗ «О социальной защите инвалидов в Российской Федерации», других федеральных законов и иных нормативных правовых актов, а также нормативных правовых актов субъектов федерации.

Напрямую в федеральных законах такая форма социального обслуживания граждан пожилого возраста и инвалидов, как устройство в приемную семью, не называется и не регулируется на федеральном уровне. Однако по ст. 72 Конституции социальная защита граждан находится в совместном ведении федерации и ее субъектов. Статья 73 Конституции определяет, что вне пределов ведения федерации и ее полномочий по предметам совместного ведения субъекты Российской Федерации обладают полнотой государственной власти.

К полномочиям органов власти субъектов федерации в сфере социального обслуживания ст. 8 Федерального закона «Об основах социального обслуживания граждан» относит: разработку и реализацию мероприятий по формированию и развитию рынка социальных услуг, в том числе по развитию негосударственных организаций социального обслуживания; разработку и апробацию методик и технологий в сфере социального обслуживания. Реализация полномочий должна соответствовать принципам социального обслуживания, указанным в ст. 4, среди которых (применительно к приемным семьям) выделим: адресность социальных услуг; приближенность поставщиков социальных услуг к месту жительства получателей социальных услуг, достаточность количества поставщиков социальных услуг для обеспечения потребностей граждан в социальном обслуживании; сохранение пребывания гражданина в привычной благоприятной среде.

По п. 7 ст. 5 Закона «О социальной защите инвалидов», органы государственной власти субъектов в области социальной защиты и социальной под-

держки инвалидов имеют право принятия в соответствии с федеральными законами законов и иных нормативных правовых актов, обеспечивающих инвалидам условия для преодоления, замещения (компенсации) ограничений жизнедеятельности.

Таким образом, субъекты федерации вправе устанавливать за счет своих средств дополнительные меры социальной поддержки данным категориям граждан, в том числе регулировать вопросы создания и функционирования приемной семьи для пожилых и инвалидов. Удачные законодательные практики отдельных субъектов изложены далее. Здесь же отметим проблему недостаточности федерального правового регулирования, а главным образом отсутствие концептуального понимания приемной семьи. Справедливо отмечается, что складывающиеся де-факто общественные отношения должны быть последовательно урегулированы, получив легальное определение, например, в Семейном кодексе или в отдельном федеральном законе [Васильчиков В.М., Чикарина Л.Я., 2013: 20]. Развитие формы приемной семьи на уровне федерального закона и дальнейшее внедрение в остальных субъектах соответствует основам Стратегии действий в интересах граждан старшего поколения в Российской Федерации до 2025 года, предусматривающей решение такой задачи, как внедрение и развитие стационарозамещающих технологий.

#### **4. Законодательство субъектов федерации о приемной семье для пожилых и инвалидов**

Нормативно-правовое регулирование приемной семьи для пожилых и инвалидов осуществляется в 31 субъекте Российской Федерации. В подавляющем большинстве субъектов детальное регулирование осуществляется на уровне субъекта либо его законом одновременно с актами органов исполнительной власти субъекта (16 субъектов), либо только актами органов исполнительной власти субъекта (13 субъектов). В двух субъектах (Белгородской и Тюменской областях) детальное регулирование осуществляется на уровне актов органов местного самоуправления.

Правовая модель приемной семьи предполагает заключение трехстороннего договора между организацией, уполномоченной на это органами исполнительной власти соответствующего субъекта (государственным учреждением социального обслуживания населения, комплексным центром социального обслуживания и т.п.), лицом, изъявившим желание организовать приемную семью, и лицом, нуждающимся в социальных услугах.

В терминологии данной правовой модели: лицо, изъявившее желание организовать приемную семью, именуется также организатором приемной се-

мьи; помощником; лицом, желающим оказывать социальную помощь; лицо, нуждающееся в социальных услугах — подопечным; лицом, нуждающимся в социальной помощи.

Единичное исключение из этой правовой модели обнаружено в Астраханской области. Оно предполагает социальное обслуживание на основании договора, заключаемого между соответствующим учреждением и получателем социальных услуг. При этом лицо, изъявившее желание организовать приемную семью, зачисляется в государственное учреждение социального обслуживания на вакантную должность социального работника в соответствии с трудовым законодательством на время исполнения обязанностей по социальному обслуживанию гражданина в приемной семье. Таким образом, социальное обслуживание гражданина в такой семье осуществляется по месту жительства социального работника.

Определение приемной семьи в рассмотренных нормативно-правовых актах отличается вариативностью. Вместе с тем можно выделить устойчивую повторяющуюся структуру определения, включающую в себя: Базовое определяющее понятие + Указание на принимаемых в приемную семью лиц + Ключевые признаки реализации + Указание на нуждающегося участника приемной семьи<sup>16</sup>.

В качестве базового определяющего понятия в нормативно-правовых актах указывается, как правило, форма оказания социальных услуг, социального обслуживания, социальной поддержки, (оказания) социальной помощи, жизнеустройства. Некоторые правовые акты оперируют понятием «технология», определяя приемную семью как стационарнозамещающую технологию в организации социального обслуживания или же как социальное обслуживание ... в рамках технологии «Приемная семья для пожилого гражданина».

Указание на принимаемых в семью лиц отличается меньшим разнообразием. В подавляющем большинстве случаев в качестве таковых указаны граждане пожилого возраста и инвалиды, в некоторых случаях принимаемые в семью лица определяются без указания на категорию инвалидов — исключительно как пожилые граждане.

В единичных случаях принимаемые в семью лица определяются как «лица, находящиеся в трудной жизненной ситуации»; «гражданин, нуждающийся в социальном обслуживании»; «гражданин пожилого возраста, признанный

---

<sup>16</sup> «Приемная семья для граждан пожилого возраста и инвалидов (далее — приемная семья) — форма оказания социальных услуг гражданам пожилого возраста и инвалидам путем организации совместного проживания и ведения совместного хозяйства лица, организовавшего приемную семью, и лица (лиц), нуждающегося (нуждающихся) в социальных услугах» (Закон Архангельской области от 21.11.2011 № 382-26-ОЗ «О приемных семьях для граждан пожилого возраста и инвалидов»).

нуждающимся в социальных услугах в стационарной форме социального обслуживания». Вместе с тем в дальнейшем в правовых актах происходит уточнение круга лиц указанных категорий. Данное уточнение, как будет показано дальше, указывает на существование в региональном законодательстве фактически только двух групп принимаемых в семью лиц: расширенной группы (нуждающихся в уходе пожилых граждан и инвалидов) и узкой группы (нуждающихся в уходе пожилых граждан).

Ключевым признаком реализации формы приемной семьи практически во всех случаях указывается совместное проживание и ведение совместного/общего хозяйства. В ряде определений также содержится указание на правовое основание возникновения приемной семьи в виде договора о приемной семье.

Категории принимаемых в семью лиц определяются посредством целого ряда критериев, набор и наполняемость которых варьируется в различных нормативно-правовых актах, т.е. варьируется по субъектам федерации (критерии гражданства и дееспособности, возраста, инвалидности, места жительства (проживания), признания гражданина нуждающимся соответствующими органами власти, одиночества, несамостоятельности и нуждаемости в помощи, невозможности получения помощи от обязанных лиц, отсутствия медицинских противопоказаний<sup>17</sup>).

Категория принимаемых в семью лиц включает не только отдельных граждан, но семьи, понятие которых формулируется в нормативно-правовых актах различным образом. Таким образом, принимаемые в семью лица могут включать отдельных граждан (мужчин и женщин), супружеские пары, семьи (совместно проживающих граждан); проживающих совместно в одном жилом помещении.

Категория принимаемых в семью лиц определяется прежде всего через критерии возраста и наличия инвалидности. Обычно формулируется критерий гражданства и дееспособности лица (дееспособный гражданин). Тем не менее встречаются единичные указания на отсутствие значимости критерия дееспособности (дееспособный или недееспособный гражданин).

Определенный интерес вызывает подход регионального законодателя к критерию возраста, определяемому весьма вариативно: женщины старше

---

<sup>17</sup> «Лицо, нуждающееся в социальных услугах, — совершеннолетний дееспособный одинокий или одиноко проживающий гражданин пожилого возраста (женщины старше 55 лет, мужчины старше 60 лет) и (или) инвалид (в том числе инвалид детства), имеющий место жительства на территории Архангельской области и нуждающийся в социальных услугах в связи с частичной или полной утратой возможности самостоятельно удовлетворять свои жизненные потребности вследствие ограничения способности к самообслуживанию и (или) передвижению» (Закон Архангельской области от 21.11.2011 №382-26-ОЗ «О приемных семьях для граждан пожилого возраста и инвалидов»).

55 лет, мужчины старше 60 лет; граждане старше 65 лет; граждане старше 80 лет; в возрасте 75 лет и старше; гражданин, достигший возраста, дающего право на страховую пенсию по старости в соответствии с Федеральным законом от 28.12.2013 №400-ФЗ «О страховых пенсиях»; гражданин пенсионного возраста.

Критерий инвалидности формулируется единообразно, однако в единичных случаях — с применением возрастного критерия: инвалид (в том числе инвалид с детства); инвалиды первой и второй групп; инвалид (за исключением ребенка-инвалида); инвалиды старше 18 лет (в том числе инвалиды с детства); в возрасте 70 лет и старше с группой инвалидности.

Также обязательно указываются критерии места жительства (проживания) на соответствующей территории, т.е. территории правового регулирования, одиночества (одиноко проживающий и т.п.), несамостоятельности и нуждаемости в помощи. Отнесение лица к категории нуждающегося связывается, как правило, с невозможностью получения им помощи родственников и иных лиц по объективным и уважительным причинам (родственники не могут обеспечить помощь или уход по причине продолжительной болезни (более месяца), инвалидности, пенсионного возраста, отдаленности проживания от нуждающегося в уходе гражданина, частых или продолжительных командировок и др.). Следует отметить, что среди перечисленных критериев в нормативно-правовых актах субъектов крайне редко встречаются критерии признания гражданина нуждающимся соответствующими органами власти и отсутствия медицинских противопоказаний.

Правовой статус организатора приемной семьи также достаточно урегулирован в законодательстве субъектов и имеет различные наименования (помощник; гражданин, оказывающий помощь; гражданин, осуществляющий уход; лицо, оказывающее социальные услуги; и т.п.). Требования к организаторам приемной семьи, создаваемой на основании трехстороннего договора, определяются посредством целого ряда критериев, набор и наполняемость которых варьируется в субъектах федерации. Наиболее часто используются критерии гражданства и дееспособности; возраста; места жительства (проживания); отсутствия судимости и уголовного преследования; отсутствия инвалидности; отсутствия медицинских противопоказаний по опасным заболеваниям. Некоторые из перечисленных критериев используются также применительно к лицам, совместно проживающим с организатором приемной семьи, в рамках процедуры оценки возможности создания приемной семьи (критерий отсутствия судимости и уголовного преследования; критерий отсутствия медицинских противопоказаний по опасным заболеваниям).

Наиболее вариативным является критерий возраста организатора приемной семьи (его верхняя граница). Нижняя возрастная планка определяется достижением лицом совершеннолетия, верхняя — достижением возраста

60, 65, 70 лет или без установления такой границы. В ряде законов критерий возраста преобразован и поставлен в зависимость от правового статуса организатора приемной семьи в отношении по пенсионному обеспечению: создать приемную семью может гражданин, не достигший возраста, дающего право на страховую пенсию по старости в соответствии с Законом «О страховых пенсиях» (подразумеваются как случаи как достижения общего возраста выхода на пенсию, так и льготного сокращения пенсионного возраста).

В правовых актах встречаются весьма спорные критерии. В их числе критерии, устанавливающие требования о наличии среднего общего образования; среднего профессионального образования; высшего профессионального образования; требования о прохождении профессиональной подготовки в образовательных учреждениях, соответствующей требованиям и характеру выполняемой работы.

Процедура создания приемной семьи имеет различную степень детализации в различных субъектах. Вместе с тем прослеживаются общие этапы и элементы данной процедуры.

Этап обращения в уполномоченную организацию лиц, заинтересованных в создании приемной семьи.

Создание приемной семьи инициируется единственным субъектом этих отношений — лицом, желающим организовать приемную семью. Его волеизъявление должно иметь форму письменного заявления о создании приемной семьи<sup>18</sup>. На этом этапе возникают спорные ситуации, связанные с квалификацией письменного заявления и правовых последствий его подачи для государственных органов. Суды исходят из того, что правоотношения, возникающие при обращении нуждающегося гражданина с подобным заявлением, связаны с реализацией гражданином закрепленного за ним Конституцией права на обращение в государственные органы и органы местного самоуправления. В связи с этим порядок рассмотрения такого заявления должен регулироваться Федеральным законом от 2.05.2006 № 59-ФЗ «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации», в силу которого гражданин имеет право получать письменный ответ по существу поставленных в обращении вопросов. Исходя из этого, как положительный (о возможности заключения договора со созданием приемной семьи для граждан пожилого возраста и инвалидов), так и отрицательный (об отказе в заключении договора) ответ должен быть дан заявителю письменно; отрицательный ответ должен содержать основания отказа. Это требование распространяется на заявления, указывающие на личность заявителя, т.е. на

<sup>18</sup> См., например, Апелляционное определение Воронежского областного суда № 33-5660/2013 от 12.11.2013 по делу № 33-5660/2013.

его фамилию, имя, отчество и на почтовый адрес, по которому должен быть отправлен ответ, при этом обращаться с заявлением о создании приемной семьи для граждан пожилого возраста и инвалидов вправе лишь дееспособный совершеннолетний гражданин России.

Этап подачи документов заявителем. Перечень документов в правовых актах варьируется и ориентирован прежде всего на оценку соответствия фактических обстоятельств установленным в субъектах федерации требованиям к созданию приемной семьи.

Этап принятия решения уполномоченной организацией. На данном этапе уполномоченная организация (комплексный центр социального обслуживания или иное учреждение) не позднее установленного срока со дня поступления документов проводит обследование социально-бытовых условий проживания лица, по месту жительства (пребывания) которого планируется создание приемной семьи, о чем составляется акт. Одновременно уполномоченный орган в течение установленного срока проверяет поступившие документы. По результатам указанных действий с учетом установленных требований к созданию приемной семьи принимается решение о возможности/невозможности заключения договора о приемной семье. Подписанию договора предшествует, как правило, психологическая подготовка и встреча лиц, участвующих в приемной семье. Договор о создании приемной семьи заключается между уполномоченным органом и лицами, участвующими в приемной семье.

В отношении договора о создании приемной семьи для граждан пожилого возраста и инвалидов суды однозначно придерживаются позиции о его гражданско-правовом характере.<sup>19</sup> Из этого следует, что на него распространяются положения ст. 445 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) возможности понуждения к заключению договора лишь если его заключение для другой стороны является обязательным. На этом основании во всех случаях предъявления требования о понуждении уполномоченного государственного органа (учреждения) к заключению договора о создании приемной семьи суды в его удовлетворении отказывают, однако при этом учитывают положения региональных правовых актов об основаниях отказа в создании приемной семьи.

Существенными условиями договора о приемной семье являются перечень социальных услуг, оказываемых в приемной семье лицу, нуждающемуся в них, а также размер вознаграждения лица, организовавшего приемную семью. Вознаграждение лицу, организовавшему приемную семью, выпла-

---

<sup>19</sup> См., напр.: Решение Вельского районного суда Архангельской области № 2-102/2017 2-102/2017(2-1596/2016); ~М-1526/2016 2-1596/2016 М-1526/2016 от 26.06.2017 по делу №2-102/2017.

чивается в расчете за каждого принимаемого в семью гражданина и имеет существенные различия по субъектам: например, 2 850 руб. в Самарской области и 21 046 руб. в отдельном районе Магаданской области.

В практике возникают споры о природе правового статуса лица, создавшего приемную семью, который суды разрешают, опираясь в свою очередь на то, как они определяют природу денежного вознаграждения этому лицу. Практически единодушным является вывод судов, что поскольку договор о создании приемной семьи имеет гражданско-правовой характер, то вознаграждение по нему — вознаграждение за выполнение работы или оказание услуги. Следовательно, лица, получающие такое вознаграждение, являются занятыми в категориях законодательства о занятости, а если они получают пенсию — то работающими пенсионерами в категориях пенсионного законодательства<sup>20</sup>. При этом суды признают как основанную на неверном толковании правовых актов оценку природы денежного вознаграждения лицам, создавшим приемную семью, как меру их социальной поддержки.

Иная позиция формулируется в отношении статуса лица, создавшего приемную семью, применительно к его праву на компенсацию расходов на проезд к месту отдыха и обратно при его проживании в районах Крайнего Севера и приравненных к ним местностях. Как отмечают суды, лицо, заключившее договор о создании приемной семьи и получающее в соответствии с этим договором денежное вознаграждение, не является лицом, осуществляющим деятельность в рамках трудовых отношений. Взносы лица в Пенсионный фонд не являются безусловным подтверждением трудовой деятельности лица в смысле, придаваемом этому понятию законодательством о гарантиях и компенсациях лицам, проживающим в районах Крайнего Севера и приравненных к ним местностях<sup>21</sup>.

В договоре о приемной семье в субъектах федерации могут быть указаны и иные условия. При заключении договора о приемной семье уполномоченным органом заполняется паспорт приемной семьи, содержащий основную информацию о членах приемной семьи, движимом и недвижимом имуществе лица, оказывающего социальные услуги, и лица, нуждающегося в социальных услугах, социально-бытовых условиях проживания семьи, проблемах семьи, сроках и методах их решения, способствующий контролю соблюдения интересов лица, принятого в семью.

<sup>20</sup> Там же. Аналогичная позиция содержится в решении Красноборского районного суда Архангельской области № 2-81/2017 2-81/2017~М-43/2017 М-43/2017 от 02.03.2017 по делу № 2-81/2017, решении мирового судьи судебного участка № 135 Иса克林ского судебного района Самарской области от 23.04.2012.

<sup>21</sup> Постановление Архангельского областного суда № 44Г-44/2016 4Г-981/2016 от 07.09.2016 по делу № 2-19/2016; Обзор судебной практики Верховного Суда РФ за январь-июль 2014 года, утвержден Президиумом Верховного Суда РФ 01.09.2014.

Во всех рассматриваемых субъектах федерации закрепляется обширный перечень требований к созданию приемной семьи. Данный перечень формулируется, как правило, посредством установления обязательных условий создания приемной семьи и формулирования обстоятельств, препятствующих ее созданию. Так, создание приемной семьи допускается с согласия органа опеки и попечительства. При этом максимальное количество подопечных в одной приемной семье, как правило, не должно быть более двух человек (в единичных случаях — не более трех, четырех и пяти человек).

Обстоятельствами, препятствующими созданию приемной семьи, могут являться: отношения родства лиц, организующих приемную семью; их недееспособность или ограниченная дееспособность; их опасные заболевания; судимость организатора приемной семьи за определенные виды преступлений; несоответствие требованиям к жилому помещению, предназначенному для проживания приемной семьи.

Отказ в создании приемной семьи для граждан пожилого возраста и инвалидов признается судами обоснованным в случаях, прямо указанных в региональных правовых актах. При этом региональные акты устанавливают перечень этих оснований как императивно исключающих создание приемной семьи, что не предполагает возможности их субъективной оценки при принятии решения об отказе в удовлетворении заявления о создании приемной семьи<sup>22</sup>.

Правовые акты субъектов обычно содержат указания, каким именно образом (какими документами) должно быть доказано отсутствие оснований, препятствующих созданию приемной семьи. Однако если такого указания в актах нет, суды руководствуются не только содержанием документов, но и иными доказательствами<sup>23</sup>. В актах субъектов, регулирующих создание приемной семьи, как правило, предусматриваются меры, сопутствующие ее созданию.

Ряд субъектов выявляет и учитывает лиц, нуждающихся в приеме в семью, и лиц, желающих организовать приемную семью. Данные мероприятия осуществляет уполномоченная организации (учреждение социального обслуживания и т.п.). Задача выявления и учета лиц решается посредством размещения необходимой информации в СМИ, на сайтах уполномоченной организации, в Интернете.

Информирование осуществляется о: 1) порядке создания приемной семьи; 2) о размере вознаграждения лица, организовавшего приемную семью;

---

<sup>22</sup> См., напр.: Решение Минусинского городского суда Красноярского края от 13.09.2011.

<sup>23</sup> См., напр.: Апелляционное определение Омского областного суда № 33-1167/2015 от 18.02.2015 по делу № 33-1167/2015; Решение Мотыгинского районного суда Красноярского края № М-200/2014 2-336/2014 2-336/2014~М-200/2014 от 17.04.2014.

3) о контактных телефонах, по которым доступны консультации по вопросам создания приемной семьи. Уполномоченные организации также: 1) консультируют граждан, изъявивших желание организовать приемную семью, по телефону; 2) проводят собрания граждан, изъявивших желание организовать приемную семью; 3) взаимодействуют с органами местного самоуправления муниципальных образований, с общественными объединениями и государственными медицинскими организациями; 4) ведут реестр лиц, нуждающихся в приеме в семью, и лиц, изъявивших желание организовать приемную семью.

В ряде субъектов федерации в нормативном порядке предусмотрен контроль за деятельностью приемной семьи, Он включает контроль не только за деятельностью лиц, организовавших приемную семью, но и за деятельностью учреждений социального обслуживания по организации деятельности приемных семей. Контролируют деятельность лиц, организовавших семью, учреждения социального обслуживания по месту жительства (пребывания) приемной семьи.

Учреждение проводит плановые и внеплановые проверки выполнения лицом, организовавшим приемную семью, условий договора о приемной семье. При проверках оценивается выполнение лицом, организовавшим приемную семью, его обязанностей, указанных в договоре. Контролирует деятельность учреждений социального обслуживания вышестоящий орган управления, в ведении которого находится учреждение социального обслуживания.

На договор о создании приемной семьи распространяются требования статей 450-453 ГК РФ, в силу которых договор о создании приемной семьи может быть расторгнут по соглашению сторон, а также по требованию одной из сторон, но только при существенном нарушении договора другой стороной, а также в случаях, указанных в ГК, других законах и в самом договоре.

Акты субъектов могут содержать указания на то, каким именно образом (какими документами) должно быть доказано отсутствие оснований, препятствующих созданию приемной семьи. Однако если такого указания в нормативных актах нет, суды руководствуются не только содержанием документов, но и иными доказательствами.

Исходя из того, что договор о создании приемной семьи по содержанию и по ст. 779 ГК РФ является договором возмездного оказания услуг, суды считают возможным его расторжение в одностороннем порядке по правилам, установленным ст. 782 ГК, т.е. по инициативе заказчика, которым в данном случае является уполномоченный государственный орган (учреждение) при условии оплаты исполнителю фактически понесенных им расходов. Основанием одностороннего расторжения договора о создании приемной семьи

по инициативе заказчика сможет быть неспособность исполнителя продолжать оказание социальных услуг<sup>24</sup>.

В судебной практике есть и иная позиция, основанная на ч. 2 ст. 450 ГК, которая предусматривает, что расторжение договора по требованию одной из сторон возможно только в судебном порядке. При этом основания предъявления заинтересованной стороной требования о расторжении договора могут быть связаны с существенным нарушением договора другой стороной либо быть установлены в ГК, других законах или в самом договоре. Но даже при наличии этих оснований должно быть достигнуто соглашение сторон договора о его прекращении; при отсутствии соглашения договор расторгается только судом<sup>25</sup>.

## **Заключение**

Демографические тенденции в России и в развитых странах однозначно свидетельствуют о прогрессирующем старении населения, вызываемым снижением рождаемости и увеличением продолжительности жизни. Это обостряет проблему социальной защиты и поддержки пожилых.

Однако острота данной проблемы присуща не всем странам, что связано с дифференциацией видов поддержки граждан пожилого возраста и инвалидов в разных странах, обусловленной различиями в общественном устройстве и типах преобладающих семейных культур. В странах с преобладанием семьи патриархального (расширенного) типа по сравнению с нуклеарной семьей уход за пожилыми осуществляется в рамках традиционной семьи, и участие государства в социальном обслуживании таких граждан, как правило, минимально. В развитых странах с преобладанием нуклеарной семьи социально ориентированное государство вынужденно оказывать помощь все возрастающему числу пожилых граждан, принимая на себя обязательства по созданию и содержанию домов престарелых, по организации социального обслуживания.

В России, несмотря на переход от расширенной семьи к нуклеарной, сохраняется проживание в составе расширенных семей в силу обстоятельств бытового, финансового и социального характера. Тем не менее участие государства в социальном обслуживании пожилых граждан, в том числе стационарном, велико. Однако у институциональных форм помощи есть существенные недостатки. Пожилые и инвалиды не получают всего необ-

---

<sup>24</sup> См., напр.: Апелляционное определение Суда Ханты-Мансийского автономного округа № 33-2959/2014 от 15.07.2014 по делу № 33-2959/2014.

<sup>25</sup> См., напр.: Решение Карымского районного суда Забайкальского края № 2-620/2017 2-620/2017~М-698/2017 М-698/2017 от 19.12.2017 по делу № 2-620/20.

ходимого ухода, нет возможности учесть их индивидуальные особенности, предпочтения. Кроме того, это является ощутимой нагрузкой на госбюджет.

Признанной формой устройства, которая наиболее органично и в полном объеме может удовлетворить потребности пожилых и инвалидов, является семья. Международно-правовые акты по данному вопросу подчеркивают приоритетность именно семейной формы пребывания и ухода за нуждающимися. Если нуждающийся гражданин не может рассчитывать на ресурс родной семьи, наиболее адекватным вариантом является приемная семья. Анализ динамики типов семейных культур и соответствующего зарубежного опыта позволяет сделать вывод, что приемная семья является органической формой замены кровной семьи пожилых граждан и инвалидов, выступая инструментом перераспределения материальных благ в обществе.

В России правовое регулирование института приемной семьи для пожилых и инвалидов осуществляется исключительно на уровне субъектов федерации, но существует немногим более чем в трети субъектов. Кроме того, оно крайне дифференцировано как по уровню регулирования внутри субъекта (законы, акты органов исполнительной власти, акты органов местного самоуправления), так и по содержанию. Пробельность и неоднородность нормативного регулирования в данной сфере приводят к существенным различиям правовых возможностей граждан России как в качестве лиц, желающих организовать приемную семью, так и в качестве лиц, принимаемых в семью. В связи с этим целесообразно упорядочивание правового регулирования института приемной семьи путем принятия федерального закона, закрепляющего гарантированный объем прав всех граждан в рамках института приемной семьи для пожилых и инвалидов. Также на уровне федеральных подзаконных актов возможно регулирование отдельных вопросов создания и функционирования приемной семьи для пожилых и инвалидов ( типовые формы договора о создании приемной семьи, паспорта приемной семьи; порядок выявления и ведения учета лиц, нуждающихся в приеме в семью, и лиц, изъявивших желание организовать приемную семью, порядок ведения реестра указанных лиц и т.п.).



## **Библиография**

Антипова Е.И., Лапшина Н.Д. Инновационные технологии социальной работы: социальный контракт и приемные семьи // Вопросы государственного и муниципального управления. 2016. N 4. С. 197–210.

Барков А.В. Гражданско-правовое регулирование отношений с участием лиц, находящихся в трудной жизненной ситуации // Журнал российского права. 2008. N 4. С. 64–69.

Бим-Бад Б.М., Гавров С.Н. Модернизация института семьи: макросоциологический, экономический и антрополого-педагогический анализ. М.: Новый Хронограф, 2010. 337 с.

Бутуева З.А. Развитие семейных форм социального обслуживания людей старшего возраста // Вестник Бурятского ГУ. 2015. N 5. С. 96–101.

Васильчиков В.М., Чикарина Л.Я. Приемная семья для пожилого человека: государственная политика, региональная практика // Труд и социальные отношения. 2013. N 10. С. 16–21.

Вишневский А.Г. Эволюция российской семьи. Кризис семейных ценностей с исторической точки зрения // Экология и жизнь. N 7. 2008. С. 4–11.

Голубева А., Хабарова Г. Семейный уход как инструмент смягчения социальных рисков у лиц пожилого и старческого возраста на отдаленных территориях // Успехи геронтологии. N 6. 2018. С. 102–108.

Мердок Дж. Социальная структура. М.: ОГИ, 2003. 608 с.

Chadha N. Integrational Relationships. An Indian Perspective. Journal of Intergenerational Relationships, 2004, no 2, pp. 63–73.

Guangya L. Recent Developments in Institutional Elder Care in China. Journal of Aging and Social Policy, 2006, no 18, pp. 85–108.

Levy C. Adult Foster Care. Journal of Nursing and Care, 2014, no 3, p. 156.

Mollica R. et al. Adult Foster Care: A Resource for Older Adults. New Brunswick (N.J.): Rutgers Center, 2008, 39 p.

Mollica R. Building Adult Foster Care: What States Can Do. Washington: Public Policy Institute, 2009, 227 p.

Pfeifer G. An Alternative to Assisted Living and Nursing Homes for Adults. The American Journal of Nursing, 2018, no 10, pp. 14–16.

Xu A., Xia Y. Changes in Mainland Chinese Families during Social Transition: A Critical Analysis. Journal of Comparative Family Studies, 2014, no 45, pp. 31–53.

---

## Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 4

### Outcomes of Foster Family Placement for Elderly and Disabled: Foreign Doctrines and Russian Experience



**Nelly Diveeva**

Professor, Labor Law and Social Law Department, Saint Petersburg State University, Doctor of Juridical Sciences. Address: 7/9 Universitetskaya Embankment, Saint Petersburg 199034, Russian Federation. E-mail: n.diveeva@spbu.ru



**Alexander Kuzmenko**

Associate Professor, Labor Law and Social Law Department, Saint-Petersburg State University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 7/9 Universitetskaya Embankment, Saint Petersburg 199034, Russian Federation. E-mail: a.kuzmenko@spbu.ru



**Fatima Nogaylieva**

Lecturer, Labor Law and Social Law Department, Saint Petersburg State University. Address: 7/9 Universitetskaya Embankment, Saint Petersburg 199034, Russian Federation. E-mail: f.nogaylieva@spbu.ru



## Marina Filippova

Associate Professor, Labor Law and Social Law Department, Saint Petersburg State University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 7/9 Universitetskaya Embankment, Saint Petersburg 199034, Russian Federation. E-mail: m.v.filippova@spbu.ru



### Abstract

The article is devoted to research of a new type of social care in Russian legislation, which is a foster family for elderly persons and disabled. The increase in the number of elderly persons in the population structure along with the further predicted increase in life expectancy place the states before the new challenges and the need to search for the new flexible forms of social care for elderly and disabled. The active form of social care such as placement to specialized state institutions no longer provides an adequate level of care, furthermore, it doesn't allow for taking into account the individual characteristics and preferences of those in need. Maintenance of this active form in the future will only increase the burden on the state budget. The recognized (including recognition on the international level) form capable to satisfy the needs of this category of population is a family care. In this regard, the purpose of this article is to analyze the socio-demographic and cultural problems of family forms of care for the elderly and disabled, the legal regulation of these issues in Russia and abroad. This research, conducted using general scientific methods and methods of legal science (formal-legal, comparative-legal, etc.), made it possible to formulate some conclusions. The problem of insufficiency of the forms of social care for the elderly and disabled can be described as civilizational and culturally determined. Break-up of traditional forms of social life and economy management occurred along with the transition to a new type of family culture — the nuclear family. This type of family culture does not imply living of several generations together (meaning the absence of the family care for the elderly and disabled) and thus imposes on the state the obligation to search for and to develop the new forms of care for those in need. The organizational form that has received the most distribution in foreign practice is a foster family for elderly and disabled. This form is based on agreement of placement in a foster family with the obligations of a care-giver; the state fully or partially reimburses the costs of a care-giver and controls the fulfillment of agreement. A similar practice has developed enough in regional Russian legislation so that to assert the need to adopt it on the level of a federal law.



### Keywords

foster family; elderly persons; disabled; social service; social care; family care; extended and nuclear families; foster family placement contract.

**Acknowledgements:** The paper is published within the project of supporting the publications of the authors of Russian educational and research organizations in the NRU HSE academic publications.

**For citation:** Diveeva N.I., Kuzmenko A.V., Nogaylieva F.K., Filippova M.V. (2020) Outcomes of Foster Family Placement for Elderly and Disabled: Foreign Doctrines and Russian Experience. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 155–180 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.4.155.180



## References

- Antipova E.I., Lapshina N.D. (2016) Innovations of social work: social contract and foster families. *Voprosy gosudarstvennogo i munitsipalnogo upravleniya*, no 4, pp. 197–210 (in Russian)
- Barkov A.V. (2008) Civil law regulation of the relations with person from deprived background. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 4, pp. 64–69 (in Russian)
- Bim-Bad B.M., Gavrov S.N. (2010) The modernization of the institute of family: macro-sociological, economic and anthropological analysis. Moscow: Noviy Khronograph, 337 p. (in Russian)
- Butueva Z.A. (2015) The development of family forms of social service for the elderly. *Vestnik Buryatsogo universiteta*, no 5, pp. 96–101 (in Russian)
- Chadha N. (2004) Integrational Relationships. An Indian Perspective. *Journal of Intergenerational Relationships*, no 2, pp. 63–73.
- Golubeva A., Khabarova G. (2018) Family care as instrument of softening social risks at periphery. *Gerontology*, no 6, pp. 102–108 (in Russian)
- Guangya L. (2006) Recent Developments in Institutional Elder Care in China. *Journal of Aging and Social Policy*, vol. 18, pp. 85–108.
- Levy C. (2014) Adult Foster Care. *Journal of Nursing and Care*, no 3, p. 156.
- Merdoch J. (2003) *Social Structure*. Moscow: OGI, 608 p. (in Russian)
- Mollica R. et al (2008) *Adult Foster Care: A Resource for Older Adults*. New Brunswick (N.J.): Rutgers Center, 39 p.
- Mollica R. et al (2009) *Building Adult Foster Care: What States Can Do*. Washington: Public Policy Institute, 227 p.
- Pfeifer G. (2018) An Alternative to Assisted Living and Nursing Homes for Adults. *The American Journal of Nursing*, issue 10, pp. 14–16.
- Vasil'shikov V.M., Chikarina L. Ya. (2013) Foster family for an elderly person: state policy, regional practice. *Trud i sotsial'nye otnosheiya*, no 10, pp. 16–21 (in Russian)
- Vishnevskiy A.G. (2008) The evolution of the Russian family. The crisis of family values from historical perspective. *Ekologiya i zhizn'*, no 7, pp. 4–11 (in Russian)
- Xu A., Xia Y. (2014) The Changes in Mainland Chinese Families during the Social Transition: A Critical Analysis. *Journal of Comparative Family Studies*, no 45, pp. 31–53.

# Russian Legislation and Protection from Production and Consumption Waste Pollution

---

## Aleksander N. Kozyrin

Professor, Administrative and Financial Law Department, Russian University of Peoples Friendship (RUDN), Doctor of Juridical Sciences. Address: 6 Mikluho-Maklaya St., Moscow, Russia. E-mail: kozyrine@mail.ru

## Aleksander A. Yalbulganov

Chief Researcher, Russian University of Peoples Friendship (RUDN), Doctor of Juridical Sciences. Address: 6 Mikluho-Maklaya St., Moscow, Russia. E-mail: yalbulganov@mail.ru

---

## Abstract

The article discusses legal issues involved in protecting environment from pollution by waste generated by production and consumption; it explains problems are common to most post-Soviet states. Waste from production and consumption is a global problem and requires solutions at an international level. The article builds on studies of the legal basis for managing waste in order to avert harmful effects on human health and environment, as well as to keep that waste circulating in the economy as an additional source of raw materials. The authors analyze effectiveness of administrative methods for preventing pollution and elucidate the differences in the powers of federal, regional and local authorities in these matters. They conclude that all the authorities should improve coordination of their efforts to protect environment from all types of waste. The article provides an assessment of municipal solid waste management reform, often referred to as “waste reform”, that came into force in Russia on 1 January 2019. This reform attempted a radical change in the principles and methods for collecting, sorting, processing and disposing of waste. It also envisaged creating a new household culture in society and improving environmental well-being. The authors critique content of the reform and note both its positive and negative aspects. One significant drawback is the high cost of this reform, which is borne mainly by population at large, and is producing vigorous popular discontent. The negative financial consequences of the reform for citizens can be reduced by arranging an effective system of environmental payments, including payments for pollution from production and consumption waste following the principle that polluter should pay. In Russia, economic regulation for preventing environmental pollution from production and consumption waste is centered on setting fees for negative environmental impacts when disposing of waste and charging recycling and ecological fees that are paid by organizations and individuals. The authors contend that, despite its steady improvement, current system of environmental payments is ineffective in achieving environmental objectives, and they regard the system of environmental payments as primarily a tool of state fiscal policy. To promote low-waste production, fiscal mechanisms for encouraging use of waste and secondary resources should be developed. As things stand, the state is to take responsibility for handling severe environmental degradations affecting a number of regions in the Russian Federation due to pollution of the environment waste from produc-

tion and consumption. Specific public authorities are empowered to arrange the regulatory framework in these matters, to organize effective control over law enforcement, and to provide administrative and financial monitoring of state environmental programs.

---

## Keywords

environment; legal protection; production and consumption waste; economic regulation; administrative mechanisms; environmental payments; environmental fees; responsibility.

---

---

**Acknowledgments:** The study was supported by the Russian Foundation for Basic Research (RFBR), project No. 20-011-00668.

**For citation:** Kozyrin A.N., Yalbulganov A.A. (2020) Russian Legislation and Protection from Production and Consumption Waste Pollution. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 181–193 (in English)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.4.181.193

## 1. Introduction

The large-scale “waste reform” that the Russian Federation has begun requires a comprehensive study of the legal relations that arise in connection with the treatment of waste from production and consumption.

This area of legal regulation has been unjustifiably neglected for a long time. The lack of comprehensive and detailed legal studies on the topic led ultimately to increased conflict over the legal relations involved in managing waste from commercial processes.

Disposal of waste from production and consumption is a global problem that needs to be resolved as soon as possible. Some countries use advanced technologies for the purpose and have adopted legislative acts regulating the main issues in disposal of household, industrial and other waste, while other nations continue to address the waste problem in the traditional way by dumping waste in ravines, “forgetting” it in the forests, burying it, dumping it in remote areas, etc.

Pollution of the seas and oceans by waste is becoming an important global environmental problem, but the world community has not yet responded to it adequately. In addition, the great concern expressed about climate change and warming overlooks the fact that incinerating garbage also has a negative impact on the planet’s climate.

Russia has developed a reasonable legal framework for protecting the environment from pollution by waste generated by production and consumption, and the main problems with the law come from the way it is applied rather than from any

defects in the legislation as such. Even though the lawmaking has been quite good, the application of it is undermining the effectiveness of the regulatory system.

The Russian government understands that combatting environmental pollution from waste involves a cluster of serious problems that require a systematic and urgent solution. According to official statistics for the period from 2010 to 2017, the amount of waste generated annually increased by 66.5%<sup>1</sup>, while the “waste intensity” of Russian industry more than doubled.

The executive branch of the Russian government did intervene promptly to ensure safe handling of extremely hazardous and highly hazardous waste (hazard Class I and II) by amending federal legislation that facilitates its safe processing. The federal government not only coordinates these efforts but also monitors the implementation of environmental measures.

## **2. What does Russian legislation classify as production and consumption waste?**

The Russian law “On production and consumption waste”<sup>2</sup> defines the legal framework for managing production and consumption waste so that its harmful effects on human health and the environment are minimized while recycling is encouraged.

According to this law, waste from production and consumption (sometimes referred to in this article simply as waste) consists of substances or objects which are formed in the process of production, performance of work, provision of services or in the process of consumption and which are disposed of, intended for disposal or subject to disposal. The legal definition of this waste has a number of deficiencies and needs to be revised by law.

The Federal Law “On production and consumption waste” regulates in detail matters involved in consolidating, storing, and disposing of waste; managing and utilizing it; and also waste neutralization and other kinds of measures including its safe transportation (Ignateva I.A., 2018: 12–19; Kichigin N.V., Ponomarev M.V., 2006; Matiyashchuk S.V., 2012).

Because waste comes in such diverse forms, its disposal or utilization require many specific adaptations in Russia’s regulations for protecting the environment from pollution by waste, and these specifics are addressed in other federal laws such as “On the sanitary and epidemiological well-being of the population”<sup>3</sup> “On

---

<sup>1</sup> Government report “On the environmental protection of the Russian Federation in 2017”. Available at: <http://www.mnr.gov.ru> (accessed: 01.06.2020)

<sup>2</sup> Federal Law dated 24.06.1998 (in the version dated 25.12.2018)

<sup>3</sup> This law establishes sanitary and epidemiological requirements for the collection, accumulation, transportation, processing, disposal, and utilization of production and consumption waste, as

safe handling of pesticides and agrochemicals”<sup>4</sup>, and “On the destruction of chemical weapons”<sup>5</sup>.

The establishment of a regulatory framework for preventing pollution by waste from production and consumption depends on a number of factors, and two principal ones are: 1) the type of government imposing regulations (in the present case the Russian Federation is a federal state); and 2) the international obligations assumed by the Russian Federation and formulated in the respective international treaties.

The first factor derives from the dual structure of Russian legislation as either federal law, which is in force throughout entire Russian Federation, or regional law, which is framed by a constituent district of the Russian Federation and is in force only within the boundaries of a given district. However, there is a third level, the municipal one, which consists of the regulatory laws of representative bodies and municipal legal acts of executive or administrative bodies.

For example, the Law of Moscow dated 30 November 2005 “On production and consumption waste in the city of Moscow” deals with the specifics of waste management in a large city and refers to such concepts as waste from medical institutions, biological waste, construction and demolition waste, separate collection of different types of waste, waste sorting, etc.

On a nationwide basis waste anywhere in Russia is divided into five hazard classes depending on the degree of its negative impact on the environment: Class I — extremely hazardous waste; Class II — highly hazardous; Class III — moderately hazardous; Class IV — low-hazard; and Class V — almost non-hazardous.

### **3. How do administrative mechanisms for protecting the environment from waste work?**

Administrative methods have traditionally played a significant role in implementing Russia’s environmental measures. However, this has not precluded the use of economic methods for preventing pollution by waste from production and consumption.

Important powers are granted to the executive bodies of the Russian Federation and of the constituent districts of the Russian Federation, as well as to local

---

well as the procedure for monitoring radiation at centralized facilities for the treatment, neutralization, and disposal of waste from production and consumption.

<sup>4</sup> This law regulates the procedure for neutralization, utilization, destruction and burial of faulty pesticides and (or) pesticides and agrochemicals whose use is prohibited as well as of their containers.

<sup>5</sup> Wastes generated in the process destroying chemical weapons are restricted in circulation and may be transferred by the Government of the Russian Federation to the government of the constituent districts of the Russian Federation, which have a preferential right to make use of waste.

executive and administrative self-governing bodies. Authority for waste management is granted by the provisions of federal laws, laws of the constituent districts of the Russian Federation, and by regulatory laws of local governments. Both public and municipal authorities are involved in administration and supervision.

The Government of the Russian Federation has broad powers to organize environmental protection. It determines a uniform national policy for waste management and defines the competencies of the federal executive bodies authorized in that field (monitor, regulate, inspect and enforce).

The Government of the Russian Federation provides economic, social and legal incentives for maximizing waste recycling and also for reducing the amount of waste produced; it identifies the federal executive authorities that are to be involved in waste management and specifies their functions and powers; carries out international cooperation by the Russian Federation in waste management; and exercises other powers with respect to waste management as provided for in the legislation of the Russian Federation.

The Federal Government is also building out the legal framework in these matters by adopting a number of decrees within the assigned competencies. The Government has settled such issues as: municipal solid waste management; management of waste from production and consumption brought about by lighting devices and electric lamps, whose inadequate collection, accumulation, use, neutralization, transportation and placement may harm the life and health of citizens and animals, plants and the environment; setting prices for solid waste management at the municipal level; competitive selection of regional operators for solid municipal waste management; and other matters<sup>6</sup>.

Similar authorities are vested in the governments of the constituent districts. At the regional level, they develop, approve and implement regional programs in waste management, including municipal solid waste; participate in the development and implementation of federal programs concerning waste management; and carry out governmental supervision of waste management at commercial and (or) other facilities subject to environmental oversight by regional governments. They are also authorized to establish various kinds of restrictions on waste management by setting limits and standards applicable to collection of municipal solid waste.

The authorities of local governments in municipal solid waste management include, first and foremost, arranging and maintaining the sites for accumulation of municipal solid waste; establishing criteria for selecting the sites where municipal solid waste will accumulate and maintaining a register of those sites; organizing environmental education and promoting a culture of concern for the environment in disposing of solid municipal waste.

---

<sup>6</sup> The total number of Decrees of the Government of the Russian Federation on such topics, including various environmental programs approved by the government, comes to several hundred.

At the federal level the authority to implement integrated measures for protecting the environment from waste due to production and consumption is vested in two specially authorized executive bodies: Ministry of Natural Resources and the Environment (Minprirody) and Federal Service for Supervision of Natural Resources (Rosprirodnadzor).

Minprirody develops and implements state policy and legal regulation for environmental protection, including issues arising in waste management, in municipal solid waste management (except for regulation of tariffs), protection of the atmosphere, state environmental supervision, specially protected nature reserves, and state environmental impact assessment. Rosprirodnadzor is the federal executive body responsible for controlling and supervising environmental management, environmental protection within its competency, which includes reducing negative anthropogenic impact, as well as waste management (except for radioactive waste) and state environmental impact assessments.

#### **4. The Russian Environmental Operator and Russian waste reform**

Russia launched its reform of municipal solid waste management, usually called “waste reform”, on 1 January 2019, and most of the country’s regions have switched to the new system of municipal solid waste management established by waste reform. Sixteen regions of the Russian Federation had previously switched to this system. For the cities of Moscow, St. Petersburg and Sevastopol introduction of the new waste collection system has been deferred until 1 January 2022.

What exactly is Russia’s waste reform? It involves creating a new comprehensive system for municipal solid waste management through fundamental changes in the principles and methods for collecting, sorting, processing and disposing of waste, promotion of a new household culture, and environmental improvement.

In addition, a public law company called the Russian Environmental Operator is being created and will become the country’s sole waste management firm.

As provided in current legislation, regional operators for municipal solid waste management were to begin operating on or before 1 January 2019 in all regions of the Russian Federation. They are prohibited from burying waste within the boundaries of inhabited regions. In fact, Russia is creating a new sector of the economy and modern infrastructure, which requires building new up-to-date waste processing facilities and landfills that comply with all the international environmental standards.

Russia’s population generates about 70 million tons of new waste each year, although only 4-5% of it is recycled or incinerated. Landfills take up 500,000 thousand more hectares each year to bury the rest. The new system is designed to be

more advanced and efficient by incorporating a complete cycle of waste management, starting with transfer of waste from the sites that generate it and extending to recycling, and burial or disposal. In addition, the plan is to construct more than 130 large waste treatment facilities and eliminate unauthorized landfills as part of the National Ecology Project<sup>7</sup>.

Russia intends to launch about 40 waste sorting plants by 2024; 50–60 billion rubles will be allocated from the federal budget for that purpose.

Plans for this national project envisaged effective management of waste from production and consumption by: removing all unauthorized landfills within certain cities by 1 January 2018; reducing air pollution in large industrial centers along with at least a 20% reduction in the total emissions of air-borne pollutants in the most polluted cities; improving the quality of drinking water, including in communities that lack modern centralized water supply; ecological rehabilitation of water resources, involving the Volga River, and preservation of unique water systems such as Lake Baikal and Teletskoye; and preservation of biological diversity with the creation of at least 24 new specially protected nature reserves. The Federal Budget is to provide financial support for the project.

## **5. Preventing environmental pollution by waste from production and consumption: How do economic incentives work?**

Russian legislation currently divides all waste into five groups according to the class of hazard it presents. Russia has a complex system of environmental payments that are levied for polluting the environment, including payments for pollution with waste from production and consumption. The most significant payment is incurred by a negative impact on the environment and the final amount assessed depends on the hazard class of waste from production and consumption.

An analysis of the legislative and other regulatory acts pertaining to environmental protection and waste management finds the following two components that together determine the payment incurred by a negative environmental impact:

payments for emissions of pollutants into the atmosphere from stationary sources, for pollutants in the waste water discharged into bodies of water, and for storage and disposal of waste from production and consumption (waste disposal) (Federal Law “On environmental protection”);

recycling fees and environmental fees (Federal Law “On production and consumption waste”).

Economic regulation of waste management can have unintended consequences that defeat its purpose. We find, for example, that the law “On production and

---

<sup>7</sup> The Project is supervised by the Government of the Russian Federation.

consumption waste” imposes a fee for negative environmental impact when disposing of waste in general and a different fee when disposing of municipal solid waste. However, the law also imposes a surcharge for municipal solid waste disposal in setting the tariffs that are to apply to the firms that handle municipal solid waste. In effect this is double taxation on municipal solid waste management and may be a disincentive that makes to may make it less attractive to private enterprise.

The main objectives in economic regulation of waste management are to encourage a reduction in the amount of waste, to promote its recycling through the economy, to establish the principle that waste disposal is a service with a cost attached, and to provide economic incentives favoring certain activities in waste management.

The law “On environmental protection” prescribes compensation for damage caused to the health and property of citizens as a result of violating environmental legislation. There are two main principles that apply to such compensation. First, the damage to health and property caused by the environmental impact from commercial and other activities of legal entities and individuals is subject to compensation in full. Second, assessment of the extent and amount of compensation for harm caused by violating environmental protection legislation is to be carried out in accordance with the standards stipulated by current Russian legislation. We find that there are three aspects to compensation for harm: the form or type of payment for a negative impact on the environment; the extent of civil liability; and the compensation to be paid for civil liability.

Recycling fees and environmental fees were introduced in Russia relatively recently in 2012 and 2014, respectively.

Recycling and environmental fees share a similar legal nature and objectives and are paid by persons who are potential polluters of the environment. A recycling fee is paid for each vehicle produced or manufactured in the Russian Federation or imported into it. The recycling fee is payable by persons who import vehicles into the Russian Federation, produce vehicles in Russia, and also by those who acquire vehicles in the Russia from persons who have not paid the recycling fee or from persons who have not paid the utilization fee (see below for an explanation of this fee) in violation of the established procedure. Recycling fees are intended to improve environmental impact, in this case by protecting human health and the environment from some of the harmful effects of owning vehicles; the fee is adjusted according to certain technical characteristics of vehicles and their state of repair. The year of manufacture of the vehicle (chassis), its mass and other physical characteristics which affect the cost of waste management when it is no longer in service are factors that determine the amount of the recycling fee,

The legislature has defined environmental fees as non-tax revenue of the federal budget without specifying its status as a fee in the system of mandatory public payments. However, this fee is formally a kind of payment for a negative environ-

mental impact, and it is included in the system of environmental payments that act as incentives for reducing negative environmental impact.

The environmental fee is paid by producers and importers of goods that will be disposed of when no longer in service, and they are to pay it for each particular group of goods by April 15th of the year following the reporting year. The environmental fee for packaged goods that are not ready-to-use items is paid solely for the packaging. Utilization standards are set for each group of goods that will ultimately be disposed of; these standards are arrived at as a percentage of the total number of goods produced or imported for domestic consumption over the past calendar year and depending on the mass or number of units of finished goods or the mass of packaging used in manufacturing those goods.

The utilization fee may be categorized as a special type of mandatory payment introduced in the Russian Federation in order to protect the environment, and it may be classified either as a customs duty or as a tax. This means that there are some nuances associated with administering the utilization fee because it is charged by both customs and tax authorities depending on the circumstances.

Environmental fees are earmarked for a special purpose. Rosprirodnadzor charges them and maintains control over the calculation, completeness and timeliness of their payment. The same federal executive authority enforces penalties in the event that the fees are not paid. The funds contributed to the federal budget by environmental fees are spent on Russian Federation programs that provide subsidies to the constituent districts for co-financing regional waste management programs. These federal budget subsidies are granted through decrees approved by the Government of the Russian Federation.

Priority in granting the subsidies is given to programs ensuring that standards are met in disposal of waste from using goods whose producers or importers have paid the environmental fees that are to cover recycling, as well as to engineering surveys, project documentation, and to construction, reconstruction and technical refitting of waste processing facilities.

However, these targeted subsidies can be provided to the constituent districts only if there is an approved regional program for waste management and a regional waste management scheme.

It should be noted that the main purpose of all types of payments for negative environmental impact, as well as of the future environmental tax, is to encourage environmental protection activities. The incentive function should increase the economic motivation of taxpayers to reduce negative environmental impact and to avoid excessive use of natural resources. We find that the current trends that are taking shape both globally and in Russia portend more ecologically friendly legislation not only by charging for negative environment impact (environmental taxes) but also by reorienting the entire range of tax legislation toward environmental protection. The economic regulation of environmental protection

provided by current legislation should not remain limited to a fee for negative environmental impact or an environmental tax, nor to administrative fines for violating the requirements of environmental protection and compensation for environmental damage caused by violations of environmental legislation. It is also necessary to apply other legal instruments of sound tax policy more widely by including environmental objectives and programs established for users of natural resources along with others aimed at reducing emissions and discharges of pollutants into the atmosphere and bodies of water.

Although the Russian system of environmental payments is steadily improving, it is not very effective in general. In the pursuit of low-waste production, it is necessary to develop fiscal mechanisms that encourage reuse of waste.

## **6. Waste management: Problems in using economic incentives**

Russia is adopting laws that provide economic incentives in waste management. These economic tools are being implemented in everyday practice.

Economic incentives for effective waste management are provided in different forms. First, payments for the negative environmental impact caused by individual entrepreneurs and legal entities that generate waste can be reduced provided that technologies for reducing the amount of waste are introduced.

Second, accelerated depreciation of capital investment in capacity for waste management is allowed, an incentive which will reduce the amount of certain taxes to be paid by an entrepreneur.

Another example of successful use of economic incentives are those for producers of a total of 108 biodegradable materials, including bed linen and other products made of cotton and linen fabric, paper products, and other items approved by the Government of the Russian Federation.

Producers of these biodegradable materials enjoy the following economic incentives:

- Reduced taxes and fees prescribed by the legislation of the Russian Federation;
- Lenient treatment of payments incurred by negative environmental impact when disposing of waste and of environmental fees;

- Access to funds from the federal budget and from the budgets of the constituent districts of the Russian Federation as stipulated by the budget legislation of the Russian Federation.

## **7. Conclusions**

The environmental agenda has not easily gained traction in Russian politics and legislation. After beginning with purely declarative standards, the legislature

has moved on to developing administrative and economic schemes that support “green” initiatives for disposing of waste from production and consumption. However, legal regulation requires not only a clear definition of the rights and obligations of the participants in legal relations, but also the establishment of liability for violations of environmental legislation.

The responsibility of the state in preventing pollution by waste from production and consumption has a complex nature. Through its main institutions, the state is responsible for the regulatory framework, for the organization of effective control by law enforcement, and for administrative and financial monitoring of the implementation of state policies.

The Russian government is now aware of its responsibility to address the critical problem of waste disposal situation in the country and is attempting to plan and carry out a set of environmental, legal, and economic measures known as “waste reform”.

Mass protests against landfills and unauthorized dumps have jolted the state out of any lethargy in solving the acute problem of waste problem and made it impossible to ignore.

The potential for social unrest surrounding this issue has prompted the state to embark on its waste reform program, but the final implementation of reform after being postponed for decades has led to ambiguity and contradictory decisions.

It has become clear that waste reform is far from being supported by all sectors of society. Rallies against the reform have been held throughout the country since the beginning of 2019. That the authorities were simply ignoring their obligation to solve the waste problem, which in some cases constituted a real threat to people’s lives and health, caused popular discontent in 2017 and 2018; but now, the economic aspects waste reform and primarily the high cost of removing municipal solid waste are the objects of criticism<sup>8</sup>.

The experiences of Western countries, which began grappling with the acute social and environmental problem of waste reform long ago, seems more relevant than ever, particularly when it comes to using economic incentives to solve the problem of waste. Some Western economists believe that the reuse of certain types of waste can hinder the production of certain goods. According to their estimates, urban recycling programs also cost about twice as much as placing waste in landfills, and the cost of recycling waste increases in proportion to the amount of recy-

---

<sup>8</sup> According to analysts of *Finexpertiza*, an international audit and consulting network, the most expensive waste collection is in the Moscow region at a cost of 3,062 rubles per resident per year. The Leningrad region is in second place with a waste disposal cost of 2,845 rubles. Kamchatka Krai comes in third at 2,645 rubles per person. The least expensive waste collection services are in the Amur region, estimated as 45,12 rubles per person per year. Residents of Primorsky Krai will have to pay 227,35 rubles a year, and in Dagestan 390 rubles. Available at: <https://news.mail.ru/economics/36404457> (accessed: 01.06.2020).

cling. Specialists who deal with this problem in the West are often inclined to conclude that it is more cost-efficient to place waste in landfills. Nevertheless, there is one “but”, and it concerns the *organization* of dumps and landfills. With proper organization of landfills, disposing of household waste may not be harmful to the environment or to people, and it does have to be extremely expensive. Attention must be paid to how waste utilization is organized and not only to its physical removal which ends by leaving hellish stinking mountains of garbage accumulated for years. In the United States and other Western countries, when landfills were closed, they were turned into recreation areas, and the methane emitted when waste is burned is used to generate electricity (Simon J., 2012).

At this stage, Russia plans to build more than 130 large waste treatment facilities and to eliminate unauthorized landfills. The plan is to build about 40 waste sorting plants every year through 2024 at a cost of 50-60 billion rubles to be allocated from the federal budget.

The experience of the United States can serve as an example of this kind of expansion in waste processing. By the 1990s recycling plants in America were in a state of crisis because of a lack of garbage. Once US companies realized that large modern landfills can become truly profitable, they began to create landfills equipped with the latest technology. And garbage has actually become scarce.

It is obvious that Russia too should apply economic incentives that influence waste management in everyday practice, and then perhaps the time will come when the garbage will become a deficit commodity.

Finally, prospects for the development of Russian environmental legislation and legislation on waste from production and consumption must necessarily be linked to the plans for corresponding legislation in all the EAEU States. Harmonization of legislation within the EAEU will create legal guarantees for the formation of a single economic space in compliance with modern environmental standards.



## References

- Danilova N.V. (2014) Legal nature of claims for compensation for environmental damage. *Vestnik Permskogo universiteta: Yuridicheskie nauki*, no 4, pp. 111–118 (in Russian)
- Ignateva I.A. (2018) Legal problems in defining the concept of “production and consumption waste”. *Ekologicheskoe pravo*, no 1, pp. 12–19 (in Russian)
- Ilyasov M. (2017) Negative impact on the environment during waste disposal: Environmental safety issues. *Sovremennoe pravo*, no 12, pp. 47–49 (in Russian)
- Himikus E.I. (2016) Legal measures to protect the environment from production and consumption waste. *Sovremennoe pravo*, no 12, pp. 66–70 (in Russian)
- Kichigin N.V., Ponomarev M.V. (2006) Commentary to the Federal law “On production and consumption waste”. Moscow: Yustisinform, 240 pp. (in Russian)
- Kingston S., Heyvaert V., Cavoški A. (2017) *European environmental law*. Cambridge: Cambridge University Press, 527 pp.

- Kozyr O.M. (2020) Production waste and objects of accumulated environmental damage: aspects of law enforcement. *Ekologicheskoe pravo*, no 1, pp. 45–47 (in Russian)
- Luneva E.V. (2016) Contractual regulation of payment for waste disposal: Interaction of environmental and civil law. *Ekologicheskoe pravo*, no 1, pp. 12–16 (in Russian)
- Matiyashchuk S.V. (2012) Commentary on the Federal law “On the management of radioactive waste and on amendments to legislative acts of the Russian Federation”. Moscow: Yustisinform, 112 pp. (in Russian).
- Mazzanti M., Montini A. (2009) *Waste and environmental policy*. London: Routledge, 215 pp.
- Phaneuf D., Requate T. (2017) *A course in environmental economics: theory, policy, and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 765 pp.
- Ponomarev M.V. (2013) Trends and prospects for improving legislation in the field of production and consumption waste management. *Zhurnal rossijskogo prava*, no 4, pp. 22–32 (in Russian)
- Simon J. (2012) *The Inexhaustible Resource*. Chelyabinsk: Socium, 797 pp. (in Russian)
- Zinovkin N.S. (2014) Review of judicial practice on the issue of payment for the disposal of production and consumption waste. *Aktualnye problemy rossijskogo prava*, no 2, pp. 204–211 (in Russian)
- Zvezdina T.M. (2019) Some problems in legal regulation of solid municipal waste management. *Yurist*, no 11, pp. 66–71 (in Russian)

# Клаузула *rebus sic stantibus* в праве международных обычаев

---



**Ю.С. Ромашев**

Профессор, департамент международного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: romashev-yus@mail.ru

---



## **Аннотация**

Клаузула *rebus sic stantibus* известна в теории международного права и позволяет сторонам соглашения отойти от их обязательств в строго определенных обстоятельствах. Большинство исследователей рассматривает данную клаузулу в основном в праве международных договоров и гражданском праве. Применительно к международным обычаям о ее роли редко можно услышать в доктрине международного права. Вместе с тем клаузула занимает важное место в праве международных обычаев. По мнению автора, следует придерживаться подхода, согласно которому *clausula rebus sic stantibus* является принципом права общим как для внутригосударственного, так и для международного права. Под воздействием Венских конвенций, посвященных праву международных договоров, в результате полувековой практики применения их положений к этой клаузуле данный принцип нашел отражение в обычной норме международного права, общей для права международных договоров и права международных обычаев. Соответствующая специальная обычная норма международного права об указанной клаузуле применительно к международным обычаям к настоящему времени не сформировалась. В практике межгосударственных отношений необходимо использовать общую обычную норму международного права относительно данной клаузулы с учетом особенностей, характерных для международного обычая. К основным особенностям коренного изменения обстоятельств, составляющих основание согласия сторон на обязательность международного обычая, позволяющего сторонам отойти от своих обязательств, можно отнести: исключительный и объективный характер таких обстоятельств; возникающее в ходе таких изменений противоречие между практикой, лежащей в основе международного обычая, и закономерностями общественного развития, потребностями развития межгосударственных отношений, общими интересами государств. К основным последствиям изменения обстоятельств, которые коренным образом меняют сферу действия обязательств по международному обычаю, все еще подлежащих выполнению, можно отнести: исчезновение или невозможность осуществления цели, достижение которой стороны имели в виду, вступая в соответствующие правоотношения; неоправданные обременения, на которые сторона, связанная международным обычаем, не рассчитывала, признавая соответствующий международный обычай (включая возникновение угрозы жизненно важным интересам этой стороны). Этот подход целесообразно использовать при толковании и применении общей обычной нормы международного права применительно к международным обычаям.

---



## Ключевые слова

международное право, *rebus sic stantibus*, источники международного права, международный обычай, право международных обычаев, международная практика.

---

**Для цитирования:** Ромашев Ю.С. Клаузула *rebus sic stantibus* в праве международных обычаев // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 4. С. 194–215.

УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.4.194.215

## Введение

Клаузула *rebus sic stantibus* известна в теории международного права и широко используется в международном праве и гражданском праве. Как твердо установившееся правило она присуща праву международных договоров. Вместе с тем о роли клаузулы в международном обычном праве можно услышать редко [Kolb R., 2011: 711-718]. Государства также стараются избегать заявлений об использовании клаузулы *rebus sic stantibus* применительно к международным обычаям. Прежде всего это обусловлено отсутствием соответствующей практики, недостаточной разработанностью данной проблемы в доктрине права международных обычаев.

Ввиду этого встают как теоретический, так и практический вопросы, может ли коренное изменение обстоятельств, при которых возник данный международный обычай, являться основанием невыполнения международных обязательств государствами или иными субъектами международного права, рассматривающими ранее международный обычай в качестве правовой нормы? Здесь важно определить критерии, позволяющие оценить возникновение такой ситуации, а также возможность использования клаузулы *rebus sic stantibus* субъектом международного права. Необходимо также оценить происходящие в мире изменения с юридической точки зрения. Поэтому рассмотрение проблемы возможности применения данной клаузулы к правоотношениям, установленным международными обычаями, выяснение ее сущности и места в праве международных обычаев, ее правовой природы на основе использования общенаучных (исторический, логический, аналогия) и частно-научных (формально-юридический и сравнительно-правовой) методов исследования является методологически оправданным и представляет интерес для осмысления в науке международного права. Это будет способствовать более эффективному использованию клаузулы и норм, связанных с ней, в практике межгосударственных отношений.

## 1. Клаузула *rebus sic stantibus* как общий принцип права

Клаузула *rebus sic stantibus* о неизменности обстоятельств (лат. *clausula rebus sic stantibus*, буквально — оговорка о вещах, остающихся в том же положении) является древнейшим правовым принципом и применительно к общему международному праву позволяет государствам отойти от положений международного права при фундаментальных изменениях обстоятельств, которые привели к первоначальному правовому обязательству [Fon V., Parisi F., 2009: 292].

Появление клаузулы *rebus sic stantibus* в Древнем Риме связано с мировоззрением стоицизма. Практика ее применения получила дальнейшее развитие в европейских государствах в XV–XVI веках, в частности, в гражданском праве Бельгии, Германии, Испании, Италии, Франции и Швейцарии. В настоящее время клаузула как принцип права прочно утвердилась в праве большинства государств мира и нашла отражение в международном праве, что позволило ее отнести к общим принципам права.

Раскрытию сущности общих принципов права большое внимание уделяет Комиссия международного права (далее — КМП). В 2018 г. на своей 70-й сессии Комиссия постановила включить в программу работы тему «Общие принципы права» и назначить М. Васкеса-Бермудеса специальным докладчиком по ней<sup>1</sup>. Первый его доклад состоялся в 2019 г. на 71-й сессии КМП<sup>2</sup>. В частности, им было подчеркнuto, что общие принципы права исторически в значительной степени вытекают из национальных правовых систем и римского права и применяются только когда какой-либо вопрос не регулируется другими источниками права<sup>3</sup>. Докладчик сослался на широко распространенное мнение о том, что общие принципы права являются дополнительным источником международного права в том смысле, что они служат для заполнения лагун в международно-правовых нормах, основанных на договорах и обычаях; они служат не только прямым источником прав и обязанностей, но и средством толкования других норм международного права, инструментом усиления правовой аргументации. Он также отметил, что иногда им отводится более абстрактная роль, заключающаяся в том, что они лежат в основе международно-правовой системы или служат укреплению ее системного характера<sup>4</sup>. Согласно позиции членов КМП, существует разли-

---

<sup>1</sup> См.: Док. ООН, A/72/10, п. 267.

<sup>2</sup> См.: Док. ООН, A/CN.4/732.

<sup>3</sup> См.: Док. ООН, A/74/10. С. 399.

<sup>4</sup> Комиссия международного права. 72-я сессия. Женева, 29.06.2020–07.08.2020. Общие принципы права Меморандум Секретариата (A/CN.4/742. С. 3).

чие между общими принципами права и обычным международным правом, которые они рассматривают как два источника и различают, например, по процессу их появления и условиям, которым они должны соответствовать<sup>5</sup>.

По мнению М.А. Королева, принцип клаузулы *rebus sic stantibus* единообразно присущ большинству современных национальных правопорядков и применительно к международному праву может рассматриваться как общий принцип права. Допустимость рассмотрения клаузулы *rebus sic stantibus* как общего принципа права он обуславливает следующими аргументами: в современных национальных правовых системах нет нормы, в которой принцип неизменности обстоятельств был бы закреплен буквально. Тем не менее, данный принцип известен этим правовым системам как выражение зависимости существования договора от отношения к нему стороны, посчитавшей, что вследствие изменения обстоятельств его дальнейшее действие возлагает на нее неоправданные обременения, на которые она не рассчитывала, заключая соответствующую сделку. Принцип *rebus sic stantibus* толкуется в национальном праве единообразно; он предreshает существование самих этих правопорядков, поскольку основывается, помимо общего для всех начала справедливости, на факторе времени, определяя правовые последствия фактических изменений: ничто не препятствует клаузуле *rebus sic stantibus* быть использованной в отношениях между государствами. М.А. Королев формулирует определение клаузулы *rebus sic stantibus* как общего принципа права в следующем виде: любая из сторон, несущих в отношении друг друга некоторые изначально действительные обязательства, правомочна отказаться от их дальнейшего исполнения, если сочтет, что налицо исчезновение или невозможность осуществления той цели, достижение которой она имела в виду, вступая в соответствующие правоотношения [Королев М.А., 1996: 5].

Основываясь на распространенной в доктрине международного права позиции, что общие принципы права в зависимости от их происхождения подразделяются на две категории (общие принципы права, вытекающие из национальных правовых систем, и общие принципы права, сформировавшиеся в рамках международной правовой системы<sup>6</sup>), можно сделать вывод, что принцип клаузулы *rebus sic stantibus* относится к первой из этих категорий. Возникнув на национальном уровне, клаузула транспонировалась на международный уровень, в международное право, став общим принципом права для этих правовых систем. При этом, несмотря на разное отношение в правовой науке к природе общих принципов права, различные точки зрения — являются ли такие принципы самостоятельными источниками права или нет, могут ли они находить отражение в международных договорах или

<sup>5</sup> См.: Док. ООН, А/74/10. С. 398, 399.

<sup>6</sup> См.: Док. ООН, А/74/10. С. 401.

обычаях, правовая сущность принципа *rebus sic stantibus*, его общность для национальных и международно-правовых систем, по нашему мнению, не меняется.

В основе клаузулы *rebus sic stantibus*, являющейся общим принципом права, общим для права международных договоров и права международных обычаев, гражданского права, лежит теория согласования воли субъектов права. Согласно этой теории, нормы международного права — идет ли речь о нормах договорных или обычных — создаются на основе соглашения между государствами, которое возникает в результате согласования их воли. Согласование воли государств касается как содержания соответствующего правила поведения, так и признания его в качестве правовой нормы [Левин Д.Б., 1974: 25]. Данная теория получила широкое распространение в российской, а ранее — советской доктрине международного права [Тункин Г.И., 2000: 398]; [Даниленко Г.М., 1998: 192]. Понимание клаузулы *rebus sic stantibus*, ее реализация в различных областях права, должны осуществляться *mutatis mutandis*<sup>7</sup> с учетом их специфики и общих черт.

## **2. Клаузула *rebus sic stantibus* в международном праве**

В доктрине международного права клаузула *rebus sic stantibus* стала упоминаться применительно к праву международных договоров, состоявшего ранее в основном из обычных норм международного права. М.А. Королев пришел к выводу, что применительно к этой области международного права практика государств, ссылавшихся при отказе от договора на изменение обстоятельств, существовавших при его заключении, привела к возникновению обычной нормы международного права, в которой нашла отражение клаузула *rebus sic stantibus*. По его мнению, эта норма сложилась главным образом в практике государств континентальной системы права, воплотив их традиционный подход к клаузуле, и сводится к следующему: любая из сторон международного договора правомочна отказаться от его дальнейшего исполнения, если вследствие изменения обстановки, существовавшей во время заключения договора, сочтет, что налицо исчезновение или невозможность осуществления той цели, достижение которой она имела в виду, вступая в соответствующие правоотношения. О существовании обычной нормы международного права относительно этой клаузулы еще до первых попыток ее кодификации в 1969 г. говорили и другие ученые в области международного права [Árnadóttir S., 2016: 94].

---

<sup>7</sup> С заменой того, что подлежит замене; с учетом соответствующих различий; с изменениями, вытекающими из обстоятельств; с необходимыми изменениями (лат.)

Кодификация обычной нормы международного права относительно клаузулы *rebus sic stantibus* в международном праве была осуществлена в Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. (далее — Конвенция 1969 г.), а также в Венской конвенции о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями 1986 г. (далее — Конвенция 1986 г.), которая до сих пор не вступила в силу, но ее многие положения рассматриваются как обычно-правовые<sup>8</sup>. Однако проведенная в Венских конвенциях кодификация обычной нормы международного права относительно клаузулы *rebus sic stantibus* применительно к праву международных договоров привела к несоответствию между закрепленными в них договорными нормами с ранее сложившейся обычной нормой. В отличие от обычной нормы, договорная норма разрешает использование клаузулы в строго определенных случаях. М.А. Королев также указывает на различие между клаузулой *rebus sic stantibus* как обычной нормой международного права и конвенционной нормой, изложенной в ст. 62 Конвенции 1969 г., которую он рассматривает как прогрессивное развитие обычной нормы [Королев М.А., 1996: 6, 7].

Закрепленные в договорном порядке ограничения использования обычной нормы международного права относительно клаузулы *rebus sic stantibus* основывались прежде всего на желании разработчиков этих конвенций соблюсти основной принцип международного права — принцип добросовестного соблюдения международных обязательств. Данный принцип, как известно, лежит в основе международного права и рассматривается согласно Декларации о принципах международного права 1970 г.<sup>9</sup> как основной его принцип. Он является системообразующим и в праве международных договоров, и в праве международных обычаев. Обязательства, предусмотренные в международном договоре и международном обычае, непременно должны соблюдаться, за исключением случаев, прямо предусмотренных в международном праве и исключающих ответственность субъектов международного

---

<sup>8</sup> Согласно резолюции Генеральной Ассамблеи ООН 20.12.2018, «Выявление международного обычного права», норма, закрепленная в договоре, может отражать обычную норму международного права, если установлено, что договорная норма: кодифицировала норму международного обычного права, существовавшую во время заключения договора; привела к кристаллизации нормы международного обычного права, которая начала возникать до заключения договора; положила начало всеобщей практике, признанной в качестве правовой нормы (*opinio juris*), тем самым порождая новую норму международного обычного права (Док. ООН, A/RES/73/203).

<sup>9</sup> Декларация о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций, принята резолюцией 2625 Генеральной Ассамблеи 24.10.1970. Available at: URL: [https://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/declarations/intlaw\\_principles.shtml](https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/intlaw_principles.shtml) (дата обращения: 10.08.2020)

права. К числу таких случаев можно отнести и коренное изменение обстоятельств, при которых возникла(и) норма(ы) международного права. По нашему мнению, при коренном изменении обстоятельств, существовавших при заключении договора, последний может потерять изначальный смысл, который закладывали в него разработчики.

Влияние являющейся общим принципом права клаузулы *rebus sic stantibus*, которое она по-прежнему оказывает на нормообразование в международном праве и правоприменение, результаты кодификации обычной нормы международного права относительно этой клаузулы в праве международных договоров, обозначенные в Конвенции 1969 г. и Конвенции 1986 г. как коренное изменение обстоятельств (*fundamental change*), и последующая полувековая практика применения соответствующих положений этих конвенций позволяют говорить о существовании обычной нормы международного права, общей как для права международных договоров, так и права международных обычаев. Такая норма содержит общие признаки, характеризующие условия применения клаузулы *rebus sic stantibus* в международном праве. В ходе этих процессов появилась и видоизменная специальная обычная норма международного права о клаузуле *rebus sic stantibus* применительно к международным договорам, формулировка которой соответствует положениям Конвенции 1969 г. и Конвенции 1986 г. Вместе с тем соответствующая специальная обычная норма международного права применительно к международным обычаям еще не сформировалась ввиду отсутствия обычно-правовой практики. Поэтому в практике межгосударственных отношений необходимо использовать общую обычную норму международного права о данной клаузуле с учетом особенностей, характерных для международного обычая, как одного из основных источников международного права. Этот подход целесообразно использовать при толковании и применении обычной нормы международного права применительно к международным обычаям.

Как и в праве международных договоров, общий принцип права и указанная общая обычная норма международного права относительно клаузулы *rebus sic stantibus* занимают важное место в праве международных обычаев. Право международных обычаев — институт международного права, включающий совокупность обычных норм, регулирующих межгосударственные отношения в вопросах формирования международного обычая, его действия, изменения и прекращения существования, понятийный аппарат в данной сфере. Если придерживаться нормативистской концепции, то нормы, связанные с клаузулой, относятся к категории норм, предназначением которых является создание других норм международного права, к «вторичным» нормам, регулирующим процедуры создания первичных норм

и основывающимся на «конечной норме признания» [Kunz J., 1958: 80–89]; [Visserde Ch., 1968: 153–154].

Таким образом, клаузулу *rebus sic stantibus* можно рассматривать как общий принцип права применительно к внутригосударственному и международному праву, который нашел отражение с определенной спецификой в обычной норме международного права, общей для права международных договоров и права международных обычаев, а также в обычной и договорной нормах права международных договоров. Это позволяет с целью оценки применения клаузулы в международном обычном праве использовать соответствующие подходы, распространенные в доктрине международного договорного права. При этом важно выделить схожие признаки, характеризующие условия применения клаузулы *rebus sic stantibus* в праве международных договоров и праве международных обычаев, что позволяет сформулировать определение обычной нормы, общей для этих областей международного права.

### **3. Оценка применения клаузулы *rebus sic stantibus* в обычном международном праве**

В настоящее время много работ посвящено условиям реализации клаузулы *rebus sic stantibus* во внутригосударственном праве [Назыков А.Л., 1995: 1–26]; [Зейц А.Г., 2013: 207–262]; [Полдников Д.Ю., 2015: 22–34]; [Очхаев Т.Г., 2015: 1–249]. Так, например, по мнению Т.Г. Очхаева, исследовавшего данный вопрос в гражданском праве, основные критерии существенности изменения обстоятельств, при которых стороны могут отойти от выполнения своих обязательств по договору, распространенные в большинстве развитых правовых порядков, могут быть сведены к следующему:

существенное изменение обстоятельств наступило после заключения договора;

события носили экстраординарный и исключительный характер и привели к крайней обременительности и затратности дальнейшего исполнения договора;

наступление обстоятельств было непредвидимым;

изменение обстоятельств находилось вне контроля стороны договора и не было вызвано ее действиями;

риск существенного изменения обстоятельств не был возложен и не может быть возложен на заинтересованную сторону договора, исходя из условий договора, обычаев оборота или существа обязательства [Очхаев Т.Г., 2015: 217].

Таким образом, подобные обстоятельства должны носить объективный, исключительный характер, а поведение одной из сторон правоотношения не может инициировать их наступления.

Применительно к праву международных договоров в доктрине международного права существуют различные подходы по поводу того, что относится к существенности изменения обстоятельств. При разработке проекта Венской конвенции 1969 г. также звучали различные мнения о закреплении в ней клаузулы *rebus sic stantibus*. Вместе с тем в Конвенции нашло отражение компромиссное решение относительно клаузулы применительно к праву международных договоров. Оно было определено как «коренное изменение обстоятельств» и заключалось в том, что:

на клаузулу можно сослаться только в исключительных обстоятельствах;  
коренное изменение не должно предвидеться участниками договора;  
коренное изменение должно произойти в отношении обстоятельств, существовавших при заключении договора;

наличие таких обстоятельств должно составлять существенное основание согласия участников на обязательность для них договора;

последствие изменения обстоятельств коренным образом должно изменять сферу действия обязательств, все еще подлежащих выполнению по договору.

На наш взгляд, приведенные доводы *mutatis mutandis* можно применить и к международным обычаям.

Рассматривая условия, необходимые для правомерной ссылки на клаузулу *rebus sic stantibus* как на основание невыполнения государством международного обычая, его приостановления, прекращения или выхода из него (т.е. по сути, получения им статуса «возражающего государства», который существует у государства при формировании обычной нормы международного права<sup>10</sup>), либо приостановления выполнения международного обычая на определенный срок, необходимо отметить следующее.

В основе применения рассматриваемой клаузулы лежит наступление обстоятельств коренного характера, существовавших при формировании международного обычая, которое является предпосылкой происходящих событий. Должны произойти такие существенные качественные изменения в межгосударственных отношениях, что делали бы следование обычной норме международного права бессмысленным и обременительным для госу-

---

<sup>10</sup> Согласно резолюции Генеральной Ассамблеи ООН 20.12.2018 «Выявление международного обычного права», если государство возражало против нормы международного обычного права в то время, когда эта норма находилась в процессе формирования, такая норма не может быть противопоставлена данному государству, пока оно продолжает возражать. Такое возражение должно быть ясно выражено, доведено до сведения других государств и быть настойчивым (Док. ООН, A/RES/73/203).

дарств, связанных этой нормой. Характер таких изменений может быть самым различным — существенные изменения в развитии экономики, науки и техники, вооружений, связи, культуры, здравоохранения и т.п. Это касается изменений не только на международной арене, но и во внутригосударственной жизни. Вместе с тем в доктрине права международных договоров есть точка зрения, что простое изменение обстоятельств — внутренних и внешних — не дает государству права одностороннего отказа от своих обязательств по договору [Талалаев А.Н., 1973: 224].

Такого рода изменения обстоятельств должны быть объективными и не зависеть от намерения отдельного субъекта международного права. Субъективные причины, которые побудили государства взять на себя соответствующие международные обязательства, не учитываются. Мотивы применять международный обычай у государств могут совпадать, а могут не совпадать. Если обстоятельства являлись стимулом или мотивом заключения договора и не составляли существенного основания согласия участников для заключения договора, то изменение таких обстоятельств не может служить основанием для применения договорной нормы [Ильинская О.И., 1996: 24–25]. Аналогично к оценке происходящих изменений в отношении международного обычая, мотивы государств, признающих практику в качестве правовой нормы, по нашему мнению, в расчет не должны приниматься.

Не должна учитываться и вина отдельного субъекта международного права в наступлении коренного изменения обстоятельств. Применительно к праву международных обычаев (как и в Конвенции 1969 г.) на коренное изменение обстоятельств нельзя ссылаться как на основание для прекращения обычая или выхода из него, если коренное изменение, на которое ссылается сторона, признающая международный обычай, является результатом нарушения этой стороной либо обязательства по этому обычаю, либо иного обязательства, взятого им на себя по отношению к любой другой стороне международного обычая. Это положение базируется на общем принципе права, согласно которому никто не может извлекать выгоду из собственных противоправных действий [Ильинская О.И., 2018: 162].

Коренным изменением обстоятельств являются не только события в практической деятельности государств, но и в праве. Изменения в области права, по мнению Международного Суда ООН, в определенных условиях могут быть законным основанием для ссылки на них как на коренное изменение обстоятельств, влияющих на действительность договора<sup>11</sup>. Одним из таких обстоятельств является появление новой императивной нормы меж-

<sup>11</sup> Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), 1973 I.C.J. 3 (Order of Feb. 2). Available at: [http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/1973.02.02\\_fisheries1.htm](http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/1973.02.02_fisheries1.htm) (дата обращения: 11.07.2020)

дународного права, которая несмотря на то, что она может сформироваться на основе международного договора, носит обычно-правовой характер.

Все обычные нормы международного права, которыми связаны государства, при появлении противоречащей им новой императивной нормы международного права, прекращают свое существование. Это соответствует обычной норме международного права, с соответствующей спецификой отраженной в ст. 62 Венской конвенции 1969 г., согласно которой, если возникает новая императивная норма общего международного права, то любой существующий договор, который оказывается в противоречии с этой нормой, становится недействительным и прекращается. Примером здесь служит отмена прежней обычной нормы о правомерности колониализма. Ее соблюдение перестало соответствовать международному праву ввиду как крушения колониальной системы в мире, так и общего признания абсолютной противоправности всех форм колониализма [Талалаев А.Н., 1973: 174], их противоречия основным принципам международного права, являющимся императивными нормами.

В доктрине гражданского права существует точка зрения, что под «изменением обстоятельств» понимается в том числе и обнаружение сторонами новой информации, которой во время заключения договора они не владели или были уверены в ее отсутствии. Вместе с тем стороны не должны отвечать за свое незнание, если ими были приняты все меры для получения необходимой информации, однако это не предотвратило их добросовестного заблуждения. выявления неизвестных во время заключения договора обстоятельств, относительно которых стороны добросовестно заблуждались, имеется право требовать изменения договора или его расторжения (изменение обстоятельств в субъективном смысле) [Назыков А.Л., 2007: 9]. Кроме того, в доктрине права международных договоров существует точка зрения (нашедшая отражение в ст. 62 Конвенции 1969 г.), что к коренному изменению обстоятельства относят обстоятельство, которое не предвиделось участниками договора и о последствиях которого не содержится положений в самом тексте договора [Ильинская О.И., 2008: 24-25].

Применительно к международным обычаям критерии добросовестного заблуждения, отсутствия качественного прогнозирования как одного из условий применения коренного изменения обстоятельств не совсем уместны. В ходе формирования международного обычая, которое, как правило, занимает длительный период времени, каждый шаг государств выверен. Они осознают, что нынешняя практика в будущем может измениться, так как она должна отражать их насущные потребности. Могут появиться объективные факторы, которые приведут к переменам, эволюции норм и даже к их отмиранию, возникновению на их месте новых норм международного права.

Если международный договор отражает как объективные сложившиеся отношения, так и будущие потребности субъектов международного права в урегулировании международных отношений, то международный обычай является отражением объективных реалий, сложившихся в больший или меньший период жизнедеятельности человечества. Поэтому указанные критерии носят специальный для права международных договоров характер и в праве международных обычаев не должны учитываться.

Коренное изменение обстоятельств, при которых сформировался международный обычай, может оказать существенное воздействие на обычно-правовую практику, являющуюся материальным, конститутивным элементом международного обычая. По мнению Р. Колба, если произойдет фундаментальное изменение, то это сразу же будет влиять на практику государств, давая ей толчок в новом направлении [Kolb R., 2011: 717]. Такого рода практика может или измениться, что способствует дальнейшей эволюции обычной нормы международного права, или вообще прекратить существование. В ходе подобных перемен о всеобщности прежней практики уже не может идти и речи. Меняются или исчезают и другие, предъявляемые к обычно-правовой практике требования — единообразие и определенность, устойчивость (стабильность) и постоянство (непрерывность). Именно изменения практики являются индикатором коренного изменения обстоятельств.

В основе происходящих изменений, затрагивающих международный обычай, как и устаревающих международных договоров, лежит, прежде всего, исчезновение потребности государств в соответствующей практике, в использовании конкретного правила как регулятора межгосударственных отношений. Практика перестает соответствовать закономерностям общественного развития, потребностям развития отношений, общим интересам государств. Как следствие, происходит деформация и в сознании государств в отношении *opinio juris*. Государства видят бессмысленность правовой позиции по ранее существовавшей практике.

По-прежнему государства уже жить не могут, а использование правила поведения, лежащего в основе обычно-правовой практики и предусматривающего определенный объем прав и обязанностей, начинает наносить серьезный ущерб государствам в их экономической и политической жизни, в области поддержания правопорядка, обороны и безопасности, иных областях их жизнедеятельности. Происходит коренное изменение объема обязательств, подлежащих выполнению<sup>12</sup>. Его последствия должны непосредственно касаться цели и объекта международного обычая, коренным образом должна измениться его сущность. Применительно к праву международных договоров А.Н. Талалаев указывал, что обстановка действительно

<sup>12</sup> Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), 1973 I.C.J. 3.

может измениться настолько, что дальнейшее выполнение международного договора придет в противоречие с самой целью и объектом договора [Талалаев А.Н., 1985: 256]. Международный суд ООН считает, что коренным образом должна измениться сфера действия подлежащих выполнению обязательств. Она настолько должна увеличить груз обязательств, подлежащих выполнению, что в результате их выполнение превращается в нечто существенным образом отличное от того, что предусмотрено договором<sup>13</sup>.

Аналогично последствия коренного изменения обстоятельств, при которых сформировался международный обычай, должны выразиться в коренном изменении сферы действия обязательств, все еще подлежащих выполнению. Здесь, на наш взгляд, проявляется изменение существенного основания согласия государств, связанных международным обычаем, их обязательств. При этом должна существовать причинно-следственная связь между изменением обстоятельств, которые составляли существенное основание согласия участников на обязательность для них международного обычая, и изменением сферы действия обязательств, подлежащих выполнению по обычаю.

Коренное изменение обстоятельств, при которых возникла обычная норма международного права, должно носить общий характер, затрагивать интересы всех государств, связанных международным обычаем. Вместе с тем могут возникнуть и иные ситуации, не предусмотренные международным правом, экстраординарного и исключительного характера, когда то или иное государство не может в будущем и на постоянной основе выполнять обязательство, предусмотренное обычной нормой международного права. Заметим, что доктрина права международных договоров допускает односторонние ссылки на клаузулу *rebus sic stantibus*. Так, в «рыбном споре» между Великобританией и Исландией Международный Суд ООН счел, что коренными изменения обстоятельств, в частности, могут считаться те, которые несут угрозу существованию или жизненно важным интересам одной из сторон<sup>14</sup>.

И.И. Лукашук обратил внимание на то, что за пределами конвенционной нормы остались важные обычные нормы, регулирующие отказ от договора, в случае, если его осуществление в изменившихся обстоятельствах угрожает жизненно важным интересам участника, подчеркнув, что при этом особое значение имеют интересы безопасности [Лукашук И.И., 2006: 165]. В указанном деле Суд также указал, что в качестве основания для ссылки относительно прекращения договора необходимо, чтобы оно оправдывалось коренным изменением бремени обязательств по сравнению с тем, которое

---

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> Ibidem.

изначально предусматривалось по договору<sup>15</sup>. Еще Г. Гроций обозначил подход, в соответствии с которым доктрина *rebus sic stantibus* применима только если выполнение договорных обязательств ведет к разорению государства [Grotius H., 2012: 229]. Таким же образом дальнейшая практика, лежащая в основе международного обычая, в случае коренного изменения обстоятельств может наносить существенный ущерб жизненно важным интересам отдельных государств, для которых международный обычай является обязательным. Ранее государство в период формирования обычной нормы международного права против такой нормы активно и настойчиво возражало бы. На наш взгляд, в таком случае государство может получить статус «возражающего государства», существующий при формировании обычной нормы международного права. Такой статус должен касаться отношений данного государства со всеми государствами, связанными международным обычаем. При этом государство должно тем или иным способом доказать наличие такого рода обременений.

Субъективное мнение отдельного государства о коренном изменении обстоятельств в отношении только себя еще не является достаточным свидетельством правомерности отхода от выполнения обязательств по международному обычаю. По мнению А.Н. Талалаева, не должна существовать возможность произвольного отказа от международных обязательств под прикрытием клаузулы *rebus sic stantibus* [Талалаев А.Н., 1973: 223]. Вместе с тем число государств «участников международного обычая» в ходе такого развития событий может сокращаться, проявится тенденция к уменьшению показателя общности обычая. Тогда общий (универсальный) международный обычай может превратиться в партикулярный (локальный), а в дальнейшем он может прекратить существование.

В доктрине права международных договоров пока нет однозначного ответа на вопрос, относится ли коренное изменение обстоятельств к источнику международного права в целом или к содержащимся в нем его отдельным нормам? В отношении международного обычая как источника международного права таких проблем, на наш взгляд не возникает, так как международный обычай ассоциируется с одной обычной нормой международного права.

Период изменений в обстоятельствах, при которых сформировалась обычная норма международного права, может быть длительным. Постепенно практика под воздействием перемен становится неустойчивой (нестабильной). Нарушается ее постоянство (непрерывность). В какой-то момент общественной жизни эти изменения приобретают такие качественные свойства, что позволяет сторонам, связанным международным обычаем, отой-

<sup>15</sup> Ibidem.

ти от обязательств им предусмотренным. Разрушается связь правоотношений — одной стороны что-либо требовать, другой — выполнять. Вместе с тем, такого рода обстоятельства могут наступить быстро, например, в результате революционных изменений в тех или иных сферах общественных отношений.

На наш взгляд, если коренное изменение обстоятельств носит временный характер, то в такой ситуации возможно приостановление действия международного обычая до восстановления прежних условий, при которых сформировалась обычная норма международного права. Но это необходимо обосновывать и доказывать заинтересованному(ым) государству(ам).

К ситуациям коренного изменения обстоятельств, носящим временный характер, можно отнести отступления от обязательств согласно международному праву в период войны, чрезвычайного положения, при котором жизнь нации находится под угрозой и о котором официально объявляется. Так, в период наступления состояния войны прекращают свое действие не только договорные, но и обычные нормы международного права, касающиеся обязательств, рассчитанных на мирное время. Например, начинают действовать нормы военного времени в отношении собственности, согласно которым может быть конфискована вся государственная собственность неприятельского государства, находящаяся на территории другой воюющей стороны, за исключением имущества дипломатических представительств и консульских учреждений. Воюющая сторона может задержать неприятельское торговое судно, которое вследствие чрезвычайных обстоятельств не смогло выйти из неприятельского порта в течение льготного срока или выход которому не был разрешен, с обязательством возвратить судно после войны без вознаграждения или подвергнуть его реквизиции за вознаграждение. Это относится и к грузам, находящимся на этих судах. Прекращают действие обычные нормы, касающиеся стабильности экономических отношений. Так, запрещаются сделки с юридическими и физическими лицами неприятеля, сворачиваются все торговые и финансовые отношения. В отношении граждан неприятельского государства может быть установлен специальный режим вплоть до интернирования и принудительного поселения в специально отведенных местах. Прекращают действие обычные и договорные нормы международного права в отношении мирного прохода судов воюющих стран через территориальное море нейтральных государств и многие другие такого рода нормы.

Отдельно необходимо указать на возможность отступления государств в указанных ситуациях от большинства основных прав и свобод человека, носящих как договорный, так и обычно-правовой характер. Это относится ко многим гражданским и политическим правам, которые могут быть ограни-

чены, например, к праву на уважение жилища; запрету незаконного прослушивания телефонных переговоров; свободе мысли, совести и религии; свободе выражения мнения (свободе слова); праву получать и распространять информацию; свободе мирных собраний и шествий; праву на свободу передвижения и выбору места жительства; запрету коллективной высылки иностранцев и др. При этом все же потребуется информирование высших должностных лиц международных организаций, в рамках которых были взяты обязательства в отношении соблюдения основных прав и свобод человека.

Ситуации временного отступления от международных обязательств одной или группы государств, вызванного чрезвычайными обстоятельствами, исключая ответственность государств, если их рассматривать как коренное изменение обстоятельств, нашли закрепление в международных обычаях и отражение в резолюции ГА ООН от 12.12.2001 № 56/83 «Ответственность государств за международно-противоправные деяния». Как правило, такие ситуации связаны с краткосрочными событиями, хотя и носящими объективный характер, таковы, например, форсмажорные обстоятельства, меры самообороны, бедствие<sup>16</sup>.

Указанные выше ситуации коренного изменения обстоятельств и временного приостановления в связи с этим как договорных, так и обычных норм, нашли отражение в международном праве в виде самостоятельных обычных норм, но, на наш взгляд, тесно связанных с реализацией клаузулы *rebus sic stantibus*.

Интересна оценка применимости условий коренного изменения обстоятельств, при которых возник международный обычай, в вопросе о правопреемстве, когда государства объединяются, появляются новые государства, когда государства разделяются на составные части и, как следствие, создаются новые образования. На наш взгляд, с учетом применения общего механизма правопреемства в международном праве возможна такая формула: если подобного рода территориальные изменения не приведут к существенному изменению в практике новых образований, то можно говорить о таком правопреемстве; если осуществление практики станет невозможным ввиду произошедших перемен, то это обстоятельство может рассматриваться коренным и достаточным для отказа новых образований от выполнения международных обязательств по международному обычаю, за исключением случаев, прямо предусмотренных международным правом. Как и в праве международных договоров, в праве международных обычаев следует учитывать, что объектом правопреемства является территория, применительно к которой сменяется собственник, ответственный за прежние международные обязательства.

<sup>16</sup> См.: Док. ООН, A/RES/56/83.

При оценке коренного изменения обстоятельств может встать вопрос о сроках давности международных обычаев, у которых давно нет практики, а стороны ранее не заявляли, что не рассматривают их в качестве обычаев. Вопрос о применимости в таких ситуациях международных обычаев встает, когда из интересов текущей ситуации одна из сторон вспоминает о существовании давнего международного обычая, а другая его оспаривает, связывая недействительность этого обычая с коренным изменением обстоятельств, обусловленным его давностью. Спор даже может быть перенесен в международные судебные органы.

Согласно позиции А.Н. Талалаева, в международном праве нет общей нормы, которая бы устанавливала сроки давности — будь то давность приобретения территории, давность погашения международных договоров или какая-либо другая [Талалаев А.Н., 1973: 181]. По нашему мнению, срока давности у международных обычаев, как и бессрочных международных договоров, не существует, если действительно коренным образом не изменились обстоятельства, послужившие серьезным основанием для формирования международных обычаев. Здесь как раз необходимо доказать заинтересованной(ным) стороне(нам) наличие или отсутствие коренного изменения обстоятельств, соответствующей практики, а также ее соответствия потребностям развития межгосударственных отношений.

Изложенные рассуждения *mutatis mutandis* применяются к иным, нежели государства, субъектам международного права — международным неправительственным организациям и др.

#### **4. Клаузула *rebus sic stantibus* и международные обычаи о прохождении государственной границы**

Вместе с тем на коренное изменение обстоятельств нельзя ссылаться (согласно Конвенции 1969 г.) как на основание для прекращения договора или выхода из него, если договор устанавливает государственную границу.

Проблематика границ как ограничения использования клаузулы *rebus sic stantibus* нашла отдельное отражение в данной Конвенции ввиду особой важности этого вопроса. Незыблемость государственных границ и сохранение территориальной целостности государств являются их жизненно важными интересами. При разработке Конвенции 1969 г. даже намек на то, что коренное изменение обстоятельств может привести к ревизии нынешних государственных границ, привел бы к неподписанию этого международного договора. В период обсуждения проекта Конвенции обеспокоенность по данному вопросу выразили развивающиеся государства, недавно освободившиеся от колониального гнета так называемых «цивилизованных госу-

дарств». Вопрос стоял о государственных границах в целом, но прежде всего он касался сухопутных границ, так как во время заключения Конвенции 12-мильный предел территориального моря (территориальных вод) еще не был установлен. Как известно, пределы территориального моря были установлены в 1982 г. в Конвенции ООН по морскому праву.

В доктрине доказано, что клаузула *rebus sic stantibus* не наносит ущерба императивному принципу международного права — принципу добросовестного соблюдения международных обязательств. Соответственно, реализация данного принципа не должна наносить ущерба и другим такого рода принципам, в частности, основным принципам международного права — принципу территориальной целостности и неприкосновенности государств, закрепленном в Декларации о принципах международного права 1970 г., и связанному с ним принципу нерушимости государственных границ, отраженному в Заключительном акте СБСЕ 1975 г.<sup>17</sup> Декларация 1970 г. гласит, что основные принципы международного права являются взаимосвязанными, а при их толковании и применении каждый принцип должен рассматриваться в контексте всех других принципов. Все государства призываются руководствоваться этими принципами и развивать взаимоотношения на основе их строгого соблюдения. Поэтому реализация данной клаузулы и в праве международных договоров, и в праве международных обычаев не должна нарушать устойчивость международного права, системы его основных принципов и, как следствие, влиять на стабильность международных отношений.

В настоящее время не все границы государств закреплены международными договорами. Существуют так называемые «естественные границы», установленные на основе партикулярных (локальных) обычаев. Обычно прохождение таких границ длительное время признается сопредельными государствами, которые по данному вопросу не имеют друг к другу претензий. Поэтому, основываясь на вышеизложенных рассуждениях об основных принципах международного права, предположим, что клаузула *rebus sic stantibus* в праве международных обычаев также может включать такого же рода ограничения применительно к партикулярным (локальным) обычаям о государственной границе.

## **Заключение**

Ввиду отсутствия всеобщей практики специальная обычная норма международного права относительно клаузулы *rebus sic stantibus* применитель-

---

<sup>17</sup> Заключительный акт Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе (Хельсинки, 01.08.1975). Available at: [https://www.osce.org/files/f/documents/0/c/39505\\_1.pdf](https://www.osce.org/files/f/documents/0/c/39505_1.pdf) (дата обращения: 10.08.2020)

но к международным обычаям в настоящее время еще не сформировалась, поэтому применяется обычная норма международного права относительно *rebus sic stantibus*, общая для права международных договоров и права международных обычаев с учетом их специфики;

Общая обычная норма международного права относительно клаузулы *rebus sic stantibus* применительно к праву международных обычаев сводится к следующему: стороны, связанные международным обычаем, правомочны отказаться от его дальнейшего исполнения (на постоянной или временной основе) и сослаться на коренное изменение, которое произошло в отношении обстоятельств, которые привели к появлению международного обычая, как на основание для его прекращения, приостановления его действия или выхода из него, только в тех случаях, когда наличие таких обстоятельств составляло существенное основание согласия этих сторон на обязательность для них международного обычая, а последствие изменения обстоятельств коренным образом изменяет сферу действия обязательств, все еще подлежащих выполнению. Данное правило не распространяется на международные обычаи, устанавливающие государственную границу, и на ситуации, когда коренное изменение обстоятельств, на которое ссылается связанная международным обычаем сторона, вызвана его действиями;

Применительно к международным обычаям в практике межгосударственных отношений необходимо использовать указанную общую обычную норму международного права относительно данной клаузулы с учетом особенностей, характерных для международного обычая, как одного из основных источников международного права;

К основным особенностям коренного изменения обстоятельств, составляющих существенное основание согласия сторон на обязательность международного обычая, позволяющего сторонам отойти от своих обязательств, можно отнести:

исключительный и объективный характер таких обстоятельств;

возникающее в ходе таких изменений противоречие между практикой, лежащей в основе международного обычая, и закономерностями общественного развития, потребностями развития межгосударственных отношений, общими интересами государств;

К основным последствиям изменения обстоятельств, коренным образом меняющим сферу действия обязательств по международному обычаю, все еще подлежащих выполнению, следует отнести:

исчезновение или невозможность осуществления цели, достижение которой стороны имели в виду, вступая в соответствующие правоотношения;

неоправданные обременения, на которые сторона, связанная международным обычаем, не рассчитывала, признавая соответствующий международный обычай, включая угрозу жизненно важным интересам этой стороны.



## Библиография

- Даниленко Г.М. Обычай в современном международном праве. М.: Наука, 1988. 192 с.
- Зейц А.Г. Влияние изменившихся обстоятельств на силу договоров (*clausula rebus sic stantibus*) // Вестник гражданского права. 2013. N 5. С. 207–262.
- Ильинская О.И. Влияние коренного изменения обстоятельств на действие международных договоров // Актуальные проблемы российского права. 2018. N 5. С. 155–166.
- Ильинская О.И. Прекращение действия международных договоров: автореф. дис. ... к.ю.н. М., 2008. 28 с.
- Королев М.А. Доктрина неизменности обстоятельств в международном праве: автореф. дис. ... к.ю.н. М., 1996. 24 с.
- Левин Д.Б. Актуальные проблемы теории международного права. М.: Наука, 1974. 264 с.
- Лукашук И.И. Современное право международных договоров. Том 2. Действие международных договоров. М.: Волтерс Клувер, 2006. 496 с.
- Назыков А.Л. «Оговорка о неизменности обстоятельств» и ее рецепция в российском гражданском праве (*clausula rebus sic stantibus*): автореф. дис. ... к.ю.н. Ростов-на-Дону, 2007. 26 с.
- Очхавев Т.Г. Изменение и расторжение договора в связи с существенным изменением обстоятельств: дис. ... к.ю.н. М., 2015. 249 с.
- Полдников Д.Ю. Происхождение оговорки о неизменности обстоятельств (*clausula rebus sic stantibus*) в доктрине правоведов *ius commune* // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2015. N 3. С. 22–34.
- Талалаев А.Н. Международные договоры в современном мире. М.: Международные отношения, 1973. 248 с.
- Талалаев А.Н. Право международных договоров. Действие и применение договоров. М.: Международные отношения, 1985. 296 с.
- Тункин Г.И. Теория международного права. М.: Зерцало, 2000. 398 с.
- Árnadóttir S. Termination of Maritime Boundaries Due to a Fundamental Change of Circumstances. *Utrecht Journal of International and European Law*, 2016, vol. 32, pp. 94–111.
- Fon V., Parisi F. Stability and Change in International Customary Law. *Supreme Court Economic Review*, 2009, no 1, pp. 279–309.
- Grotius H. *On Law of War and Peace*. Cambridge: University Press, 2012. 548 p.
- Kolb R. La *clausula rebus sic stantibus* s'applique-t-elle aussi au droit international coutumier? *Revue générale de droit international public*, 2011, no 3, pp. 711–718.
- Kunz J. Roberto Ago's Theory of a "Spontaneous" International Law. *American Journal of International Law*, 1958, vol. 52, pp. 80–89.
- Visscherde C. *Theory and Reality in Public International Law*. Princeton: Univ. Press, 1968, pp. 153–154.
-

## Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 4

### The Clause *rebus sic stantibus* in Law of International Customs



**Yuri S. Romashev**

Professor, Department of International Law, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitsky Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: romashev-yus@mail.ru



#### **Abstract**

The *rebus sic stantibus* clause is well-known in the theory of international law and allows the parties to the agreement to deviate from their obligations in strictly defined circumstances. Most researchers consider this clause mainly in the law of international treaties and civil law. In the case of international customs, its role is rarely heard in the doctrine of international law. However, the clause has an important place in the law of international customs. In our view, the approach should be taken to ensure that the South Is a general principle of law common to both domestic law and international law. Under the influence of the Vienna Conventions on the law of international treaties, as a result of the half-century-old practice of applying their provisions to the *rebus sic stantibus* clause, this principle is reflected in the customary rule of international law, common to the law of international treaties and the law of international customs. The relevant specific standard of international law regarding the *rebus sic stantibus* clause in relation to international customs has not yet been formed. In the practice of inter-state relations, the general custom of international law should be used in relation to this clause, taking into account the characteristics of international custom. The main features of the fundamental change in circumstances that constitute a substantial basis for the consent of the parties to the obligatory international custom allowing the parties to deviate from their obligations are: the exceptional and objective nature of such circumstances; the contradiction that arises from such changes between the practices underlying international custom and the patterns of social development, the needs for the development of inter-State relations, and the common interests of States. The main consequences of changing circumstances that fundamentally change the scope of obligations under international custom still to be implemented include: the disappearance or impossibility of achieving the goal that the parties had in mind when entering into the relevant legal relations; unjustified burdens, which the party associated with international custom did not count on, recognizing the relevant international custom, including the emergence of a threat to the vital interests of that party. This approach, in our view, is appropriate to use in the interpretation and application of the general customary rule of international law in relation to international customs.



#### **Keywords**

international law; *rebus sic stantibus*; sources of international law; international custom; law of international customs; international practice.

**For citation:** Romashev Yu. S. (2020) The Clause *rebus sic stantibus* in the Law of International Customs. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 194–215 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.4.194.215



## References

- Árnadóttir S. (2016) Termination of Maritime Boundaries Due to a Fundamental Change of Circumstances. *Utrecht Journal of International and European Law*, vol. 32, pp. 94–111.
- Danilenko G.M. (1988) *Custom in Contemporary International Law*. Moscow: Nauka, 192 p. (in Russian)
- Fon V., Parisi F. (2009) Stability and Change in International Customary Law. *The Supreme Court Economic Review*, no 1, pp. 279–309.
- Grotius H. (2012) *On the Law of War and Peace*. Cambridge: Univ. Press, 548 p.
- Il'inskaja O.I. (2018) The impact of a fundamental change of circumstances on international treaties. *Aktualnye problemy rossiiskogo prava*, no 5, pp. 155–166 (in Russian)
- Il'inskaja O.I. (2008) The cessation of international treaties. Candidate of Juridical Sciences Summary. Moscow, 28 p. (in Russian)
- Korolev M.A. (1996) Doctrine of the immutability of circumstances in international law. Candidate of Juridical Sciences Summary. Moscow, 24 p. (in Russian)
- Kolb R. (2011) La clausula rebus sic stantibus s'applique-t-elle aussi au droit international coutumier? *Revue générale de droit international public*, no 3, pp. 711–718.
- Kunz J. (1958) Roberto Ago's Theory of a "Spontaneous" International Law. *The American Journal of International Law*, vol. 52, pp. 80–89.
- Levin D.B. (1974) *Issues of theory of international law*. Moscow: Nauka, 264 p. (in Russian)
- Lukashuk I.I. (2004) *Modern law of international treaties. Implementation of international treaties*. Moscow: Wolters Kluwer, 496 p. (in Russian)
- Nazikov A.L. (2007) "Reservation on the Immutability of Circumstances" and her reception in Russian civil law (clausula rebus sic stantibus). Candidate of Juridical Sciences Summary. Moscow, 26 p. (in Russian)
- Ochhaev T.G. (2015) Change and termination of the contract due to a significant change in circumstances. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 249 p. (in Russian)
- Poldnikov D.Yu. (2015) The origin of the reservation about the immutability of circumstances (clausula rebus sic stantibus) in the doctrine of legal scholars. *Vestnik Moskovskogo universiteta*, no 3, pp. 22–34.
- Talalayev A.N. (1973) *International treaties in the modern world*. Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniya, 248 p. (in Russian)
- Talalayev A.N. (1985) *The right of international treaties. The valid and application of treaties*. Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniya, 296 p. (in Russian)
- Tunkin G.I. (2000) *Theory of international law*. Moscow: Zertsalo, 398 p. (in Russian)
- Visscherde C. (1968) *Theory and Reality in Public International Law*. Princeton: Univ. Press, pp. 153–154.
- Zeic A.G. (2013) The impact of changed circumstances on the strength of treaties (clausula rebus sic stantibus). *Vestnik grazhdanskogo prava*, no 5, pp. 207–262 (in Russian)

# Правовое регулирование освоения морских биоресурсов Арктики: нормы международного права и механизмы сотрудничества государств

---



**В.Р. Авхадеев**

Доцент, ведущий научный сотрудник, отдел зарубежного конституционного, административного, уголовного законодательства и международного права Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук. Адрес: 117218, Российская Федерация, Москва, Большая Черемушкинская ул., 34. E-mail: vladislavavkhadeev@yandex.ru

---



## **Аннотация**

Правовое регулирование освоения ресурсов морских пространств Арктики осуществляется в соответствии как с международными договорами, так и с законодательством прибрежных государств. Международно-правовое регулирование добычи морских живых ресурсов осуществляется на универсальном, региональном и локальном уровнях. Региональных международных договоров, направленных на регулирование добычи морских живых ресурсов, действие которых распространялось бы на все морские пространства Арктики либо на акваторию Северного Ледовитого океана, нет. К числу универсальных международных договоров относится ряд договоров, регулирующих правовой режим морских пространств, в рамках которых закреплены нормы, регулирующие добычу морских живых ресурсов в регулируемых ими видах морских пространств, а также договоры с иным предметом правового регулирования. Договоры субрегионального характера по вопросам добычи морских живых ресурсов в арктических морских пространствах можно разделить на договоры, регулирующие промысел видов морских живых ресурсов, обитающих в морских пространствах Арктики, и договоры, посвященные рыболовству в тех или иных морских пространствах, являющихся частями арктической акватории. Действие таких договоров распространяется, как правило, на определенные части акваторий Северного Ледовитого, Атлантического и Тихого океанов. Международные локальные договоры регулируют отношения по поводу добычи морских живых ресурсов между государствами, расположенными в непосредственной близости друг от друга и имеющие сопредельные морские пространства. Основным объектом соответствующих международных договоров являются общественные отношения между граничащими друг с другом государствами по поводу делимитации морских пространств. Каждое арктическое государство приняло законодательные акты по вопросам промысла морских живых ресурсов в данном регионе. Сотрудничество государств в данной сфере осуществляется как в двустороннем, так и в многостороннем формате. Одной из наиболее важных проблем международно-правового регулирования промысла морских живых ресурсов является отсутствие международных договоров, которые могли бы быть направлены на регулирование промысла морских млекопитающих Арктики, за исключением немногочисленных договоров, применимых к арктическим морским пространствам на общих основаниях.

---



## **Ключевые слова**

Арктика, Северный Ледовитый океан, морские биоресурсы, рыболовство, анадромные рыбы, морские млекопитающие, Тихий океан, Атлантический океан, международные договоры, законодательство арктических государств.

---

**Для цитирования:** Авхадеев В.Р. Правовое регулирование освоения морских биоресурсов Арктики: нормы международного права и механизмы сотрудничества государств // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 4. С. 216–239.

УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.4.216.239

## **Введение**

Арктический регион включает акваторию Северного Ледовитого океана, а также сопредельные части Тихого и Атлантического океанов. В данном регионе сосредоточены огромные запасы природных ресурсов, а поэтому, несмотря на удаленность своего географического положения, Арктика все больше привлекает к себе внимание международного сообщества [Ковалев А.А., 2003: 211].

Морские биоресурсы Арктики издавна представляли промышленный интерес для человечества. Более того, для жителей данного региона морские ресурсы во многом представляют собой основу их рациона. Морские биологические ресурсы Арктики используются человеком в течение длительного времени — примерно 12000 лет. Об этом говорят многочисленные останки морских животных в стойбищах и наскальные изображения, обнаруженные на пространстве от Белого моря до побережья Чукотки. Морские промыслы российского Севера, связанные с увеличением объемов добычи ресурсов и вывозом их в удаленные от промыслов районы, начали интенсивно развиваться в XV–XVI вв. в Белом и Баренцевом морях. Основными объектами морского промысла были морские и проходные виды рыб<sup>1</sup> и морские звери. Именно морской промысел наряду с добычей соли был экономической основой освоения и колонизации северных регионов, залогом существования местного населения [Флинт М.В., 2015: 438]. В настоящее время несмотря на то, что морские живые ресурсы Арктики могут быть подразделены на несколько категорий, первичный учет вылова данных ресурсов по отдельным рыболовным районам (пространствам Мирового океана) осуществляется без их подразделения на виды.

---

<sup>1</sup> Виды рыб, которые часть жизненного цикла проводят в море, а часть — во впадающих в него реках.

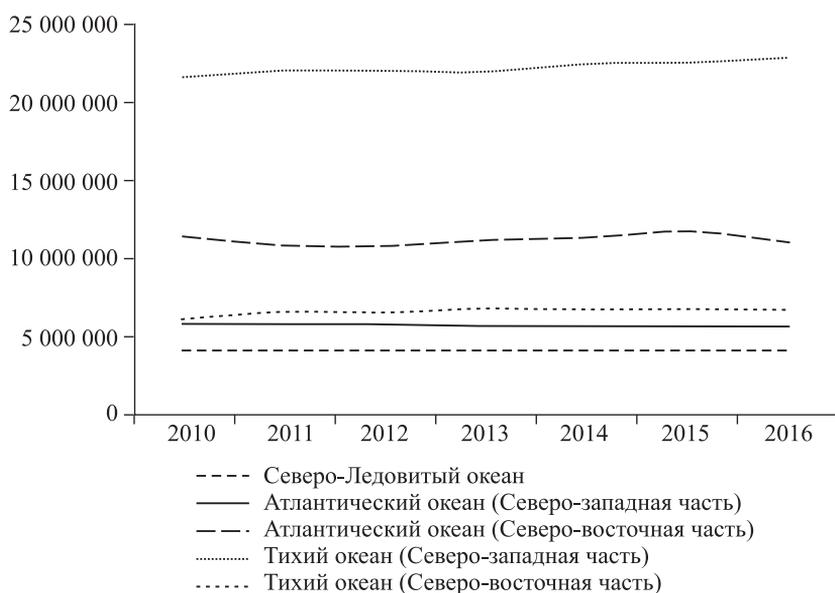
Актуальность изучения и исследования проблематики арктического рыболовства определяется возрастающей значимостью международного сотрудничества в сфере рыболовства в северных морях, особенно в центральной части Северного Ледовитого океана (далее — СЛО) в связи с изменениями климата и интенсивным таянием льдов в Арктике. Сфера рыболовства в акватории морей СЛО регулируется рядом международных конвенций, которые в большинстве не имеют непосредственного отношения ко всей акватории СЛО. В их числе: НАФО (NAFO, Northwest Atlantic Fisheries Organization) — организация по рыболовству в Северо-Западной части Атлантики; НЕАФК (NEAFC, North-East Atlantic Fisheries Commission), регулирующая рыболовство в Северо-Восточной Атлантике; международные договоры по регулированию промысла морских млекопитающих. Частично промысла в арктическом регионе касается и тихоокеанская конвенция СЗТО (Северо-Западной части Тихого океана, включающей Берингово, Охотское и др. моря). Комиссия по анадромным рыбам Северной части Тихого океана (НПАФК, NPAFC — North Pacific Anadromous Fish Commission) регулирует изучение и управление запасами лосося, форели. Страны-участницы Конвенции по сохранению запасов анадромных рыб в Северной части Тихого океана 1992 г. — Канада, Япония, Республика Корея, Россия и США. Необходимо иметь в виду, что международные рыболовные конвенции регулируют анклавы и морские районы промысла, не входящие в особые экономические зоны (далее — ОЭЗ) прибрежных стран. Соответственно именно прибрежные страны разрабатывают правила деятельности. Другие государства, желающие вести промысел в районах действия международных конвенций, обязаны выполнять эти правила [Горнова А.М., 2016: 196–197].

Продовольственная и сельскохозяйственная организация ООН (далее — ФАО) систематизирует информацию о состоянии мировых запасов рыбных ресурсов: об их добыче, воспроизводстве и иных характерных показателях.

По классификации ФАО все морские пространства подразделяются на четыре основные рыболовные зоны: Атлантический океан и прилегающие моря, Индийский океан, Тихий океан и Южный океан. Каждая из основных рыболовных зон подразделяется, в свою очередь, на несколько рыболовных районов. Рыболовный район, именуемый Арктическим морем, имеет код 18 и относится к зоне, именуемой «Атлантическим океаном и прилегающими морями».

В обзоре ФАО «Статистика рыболовства и аквакультуры 2015», приводятся статистические данные о запасах рыбных ресурсов в различных рыболовных районах, относящихся к Арктическому региону: Северный Ледовитый океан, Северо-Западная часть Атлантики и северо-восточные части Тихо-

го океана. По статистике улов морских живых ресурсов в акватории СЛО кардинально отличается от улова остальных рыболовных районов Арктики. Так, например, в 2016 г. в Северо-Западной части Атлантического океана выловлено 1811436 тонн морских живых ресурсов, в Северо-западной части Тихого океана — 22411224 тонн, а в акватории СЛО — всего 52 тонны! Данное обстоятельство, безусловно, связано с климатическими условиями рыболовства в СЛО. Регулярные снегопады с порывами ветра в условиях, когда ледяной панцирь покрывает большую часть акватории данного океана, создают весьма затруднительные, а соответственно — не выгодные промышленному рыболовству условия (см. рис. 1).



**Рис. 1.** Мировое производство (улов, добыча) рыбы и морепродуктов (ракообразные, моллюски и прочие) в Арктике (тонн в год) за 2010 — 2016 гг. включительно<sup>2</sup>

## 1. Международно-правовое регулирование

Правовое регулирование добычи морских живых ресурсов в арктической морской экосистеме связано со свободами открытого моря, деятельностью по сохранению живых морских ресурсов прибрежными государствами, а также с исследованиями в данной сфере. Таким образом, современное морское право несет большую ответственность перед прибрежными государствами в сфере

<sup>2</sup> Available at: <http://www.fao.org/3/i9942t/I9942T.pdf> (дата обращения: 10.11.2020)

защиты и сохранения живых ресурсов в морских районах, включая арктические. Конвенцией ООН по морскому праву (1982) установлена 200-мильная исключительная экономическая зона. Правовой режим данной категории морских пространств характеризуется исключительными правами прибрежного государства не только на рыболовство, но также и в области регулирования, эксплуатации и управления всеми живыми и неживыми ресурсами, находящимися в исключительной экономической зоне (далее — ИЭЗ). Именно данной категории морских пространств прибрежных государств Арктики отводится основная роль в сохранении и защите морской экосистемы на расстоянии не менее 200 морских миль от береговой линии [Joynes С., 2009: 205].

Международно-правовое регулирование режима Арктики реализуется на всех уровнях: универсальном, региональном, субрегиональном, а также локальном — в зависимости от территориальной юрисдикции того или иного международного договора. Для международных договоров, регулирующих правовой режим Арктики, значимой является классификация и по количеству сторон, участвующих в договоре. Если многосторонние международные договоры могут быть заключены практически на любом уровне, то двусторонние договоры, как правило, заключаются на локальном (местном) уровне, поскольку они регулируют отношения между двумя сопредельными государствами в связи с их деятельностью в пределах прилегающей территории (либо акватории, в зависимости от физико-географических характеристик пространства).

Международные договоры универсального характера применяются к регулированию промысла морских биоресурсов Арктики так же, как и ко всем другим регионам. Региональные международные договоры в данной сфере правового регулирования практически отсутствуют, если не считать Декларацию об учреждении Арктического совета (1996), которая не имеет общеобязательного характера. Наиболее заметными являются международные договоры, которые регулируют отдельные аспекты промысла морских биоресурсов Арктики применительно к определенным акваториям (субрегионам) Атлантического, Северного Ледовитого и Тихого океанов. На примере международных договоров локального характера Российской Федерации, видно, что каждый из них образует индивидуальную мини-систему, состоящую из связки двух международных договоров, один из которых регулирует совместную деятельность двух государств по освоению морских биоресурсов, а другой разграничивает морские пространства.

### **1.1. Универсальный уровень**

К международным договорам универсального характера, затрагивающим в той или иной степени проблематику промысла морских биоресурсов в Арктическом регионе можно отнести некоторые договоры, применяющие-

ся к морским пространствам Арктики на общих основаниях, также же, как и иным пространствам мирового океана. Основы международно-правового регулирования вопросов рыболовства заложены в Конвенции ООН по морскому праву (1982; далее — Конвенция 1982 г.). Прежде всего речь идет о части V «Исключительная экономическая зона», а также о части VII «Открытое море», так как рыболовная деятельность непосредственно связана именно с данными категориями морских пространств.

Конвенция 1982 г. регулирует в ИЭЗ порядок сохранения и использования морских живых ресурсов, правовой режим использования запасов, встречающихся в ИЭЗ двух или более прибрежных государств либо как в ИЭЗ, так и в районе, находящемся за ее пределами и прилегающем к ней. Конвенция также уделяет внимание правовому регулированию вопросов, связанных с рыболовством в открытом море. Пункт «е» ч. 1 ст. 87 Конвенции в качестве одной из свобод открытого моря предусматривает свободу рыболовства с соблюдением условий, изложенных в Разделе 2 Конвенции<sup>3</sup>.

Как отмечают исследователи современного международного морского права В. С. Шитарев и В. А. Сокиркин, из доктрины свобод открытого моря вытекает, что граждане всех государств имеют право на занятие рыболовным промыслом в любой части открытого моря. В целях сохранения рыбных запасов во многих странах приняты нормативные акты о рыболовном промысле в море, хотя соблюдение таких документов обязательно лишь для граждан этих стран. Ничем не ограниченная добыча рыбы и морепродуктов ведет к серьезному истощению объектов промысла. Кроме того, создание новых орудий лова повышенной эффективности, надежной рыбопоисковой техники и высокопроизводительных рыбообрабатывающих машин, установленных на борту промысловых судов, позволяет за короткий промежуток времени изымать большое количество морских живых ресурсов из их среды обитания. Современные познания о жизни обитателей морских глубин создают необходимость определять временные периоды, когда промысловая деятельность добывающих флотов должна полностью прекращаться. Поэтому не только желательно, но и необходимо, чтобы осуществление прав на ведение морского промысла регулировалось нормами международного морского права [Сокиркин В. А., Шитарев В. С., 2007: 3].

Раздел 2-й Конвенции 1982 г. посвящен проблематике сохранения живых ресурсов открытого моря и управления ими. В рамках данного раздела регламентируется право промысла рыбы в открытом море. Также устанавливается обязанность государств принимать по отношению к своим гражданам меры в целях сохранения живых ресурсов открытого моря. Регулируются

---

<sup>3</sup> Конвенция ООН по морскому праву заключена в Монтего-Бее 10.12.1982 // Бюллетень международных договоров. 1998. № 1. С. 3–168.

вопросы сотрудничества государств в сфере в сохранения живых ресурсов и управления ими. Весьма ценным является регламентирование порядка сохранения живых ресурсов открытого моря. Кроме того, данная глава Конвенции регламентирует меры сохранения морских млекопитающих и управления ими в открытом море, ссылаясь при этом на ст. 65 Конвенции 1982 г.

Специализированной нормой Конвенции является глава 8-я, состоящая из одной статьи, именуемая «покрытые льдом районы». Содержание данной статьи направлено на защиту морской среды в покрытых льдом районах земного шара. В статье говорится, что прибрежные государства имеют право принимать и обеспечивать соблюдение недискриминационных законов и правил по предотвращению, сокращению и сохранению под контролем загрязнения морской среды с судов в покрытых льдами районах в пределах ИЭЗ, где суровые климатические условия и льды, покрывающие такие районы в течение большей части года, создают препятствия либо повышенную опасность судоходству, а загрязнение морской среды может нанести серьезный вред экологическому равновесию или необратимо нарушить его. В таких законах и правилах должным образом принимаются во внимание судоходство, защита и сохранение морской среды на основе имеющихся наиболее достоверных научных данных<sup>4</sup>.

В рассматриваемой статье речь идет лишь о вопросах защиты окружающей природной среды обитания рыбных ресурсов в Арктике от загрязнения морской среды с судов, но не о регламентации рыбной ловли в покрытых льдом районах. Что касается непосредственно регламентации нормами Конвенции 1982 г. рыбохозяйственной деятельности в Арктике, то она осуществляется на общих основаниях, в соответствии с положениями части V «Исключительная экономическая зона», а также — части VII «Открытое море», о которых уже упоминалось выше.

Главное значение Конвенции 1982 г. в том, что она заложила концептуальные основы правового статуса и режима морских пространств, а, следовательно, и одного из основных видов деятельности в данных пространствах — международного рыболовства. В настоящее время правовые основы регулирования режима рыболовства в Арктике нашли воплощение в Декларации (2015), а позже (в 2017 г.) — в проектируемом Соглашении о предотвращении нерегулируемого промысла в районе открытого моря Северного Ледовитого океана. Именно ст. 234 Конвенции 1982 г. заложила его основу.

Конвенция о биологическом разнообразии заключена в Рио-де-Жанейро 5 июня 1992 г. В соответствии с положениями Конвенции под биологическим разнообразием понимается вариабельность живых организмов, содержащихся во всех источниках, включая, среди прочего, наземные, морские и иные водные экосистемы и экологические комплексы, частью которых они

---

<sup>4</sup> Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву (UNCLOS). Ст. 234.

являются. Данное понятие включает в себя разнообразие в рамках одного биологического вида, разнообразие между такими видами и разнообразие экосистем<sup>5</sup>. Указанная Конвенция применима к арктическим морским пространствам, поскольку абсолютно все арктические государства<sup>6</sup> являются участниками данной Конвенции.

При этом необходимо обратить внимание и на международно-правовые акты рекомендательного характера, применимые к регулированию промысла морских биоресурсов в части обсуждения вопросов экосистемного подхода в управлении рыболовством.

Не последнюю роль в правовом регулировании в указанной области играют и источники международного права, относящихся к категории «актов мягкого права». В первую очередь необходимо обратить внимание на аналитическую деятельность органов ООН. Генеральная Ассамблея ООН в ежегодных резолюциях «Обеспечение устойчивого рыболовства, в том числе за счет реализации Соглашения 1995 г. об осуществлении положений Конвенции 1982 г., которые касаются сохранения трансграничных рыбных запасов и запасов далеко мигрирующих рыб и управления ими, и связанных с ним документов», отмечает важность применения экосистемного подхода в управлении рыболовством [Бекяшев Д.К., 2016: 183].

В связи с этим также нужно обратить внимание и на Кодекс ответственного рыболовства, принятый на Конференции ФАО 31 октября 1995 г. Добровольный по своему исполнению Кодекс содержит утверждение, что право на рыболовство влечет за собой обязанность осуществлять его «ответственным способом», обеспечивающим сохранение живых водных ресурсов (ст. 6). Кроме того, Кодекс закладывает модель правоотношений в области мирового рыбного хозяйства, поэтому многие его положения нашли отражение в национальном законодательстве о рыболовстве и сохранении водных биоресурсов многих «рыболовных» государств, не исключая и Российскую Федерацию [Сиваков Д.О., 2014: 240].

## **1.2. Региональный уровень**

Региональные международные договоры, создающие для государств Арктики взаимные права и обязанности и при этом распространяющиеся на

---

<sup>5</sup> См.: Конвенция о биологическом разнообразии (вместе с «Определением и мониторингом», «Процедурой арбитражного разбирательства», «Согласительной процедурой») // Бюллетень международных договоров. 1996. № 9. С. 3–28.

<sup>6</sup> Под «арктическими государствами» понимаются государства, подписавшие в 1996 г. Декларацию об учреждении Арктического совета: Дания, Исландия, Канада, Норвегия, Россия, США, Финляндия, Швеция. Дания представлена в Арктическом регионе автономной территорией Гренландия.

всю территорию данного региона, а, самое главное, направленные на регулирование промысла морских биоресурсов Арктики, в настоящее время отсутствуют.

Единственным правовым актом, носящим скорее рекомендательный, нежели обязательный характер для государств, является Декларация об учреждении Арктического совета, принятая в Оттаве 19 сентября 1996 г. Арктический совет учрежден в качестве форума высокого уровня с целью нахождения способов организации сотрудничества, координации и взаимодействия арктических государств по вопросам Арктики, представляющим общий интерес, с привлечением объединений арктических коренных народов и других жителей Арктики, особенно по вопросам устойчивого развития и защиты арктической окружающей среды<sup>7</sup>. Из контекста следует, что такие позиции, как «устойчивое развитие» и «защита окружающей среды» применительно к Арктике, относятся и к промыслу морских биоресурсов, т.е. являются условием его осуществления.

Важно, что на региональном уровне правовое регулирование сотрудничества государств осуществляется не только по критерию их принадлежности к арктическому региону. Поскольку некоторые европейские государства расположены в непосредственной близости к арктическому региону, необходимо также обратить внимание на нормы права Европейского союза, направленные на регулирование промысла морских ресурсов.

Компетенция ЕС и его государств-членов в отношении арктических морских пространств определяется в соответствии с нормами международного права универсального уровня, а также в соответствии с общим законодательством ЕС. Само собой разумеется, что государства-члены ЕС не могут предоставить более обширную компетенцию в ЕС, чем они сами обладают в соответствии с международными договорами [Koivurova T., 2009: 253].

### **1.3. Субрегиональный уровень**

Значительное количество международных договоров, регулирующих освоение морских биоресурсов Арктики, являются по своей природе субрегиональными, поскольку их юрисдикция распространяется лишь на части арктического региона.

В частности, в настоящее время отчетливо определяется центральная часть Северного Ледовитого океана, расположенная за пределами исключительных экономических зон пяти приарктических государств: России, США, Канады, Норвегии и Дании (в отношении Гренландии), которая является с

---

<sup>7</sup> См.: Декларация об учреждении Арктического совета // Действующее международное право. Т. 3. М., 1997. С. 721–723.

точки зрения международного морского права пространством открытого моря, с вытекающими последствиями. Площадь данного района составляет примерно 2,8 млн. км<sup>2</sup> [Бекашев К.А., 2013: 127].

Современное международно-правовое регулирование режима рыболовства в Арктике на региональном уровне осуществляется в соответствии с: Договором о Шпицбергене (1920), посредством которого был установлен особый объектный режим архипелага; Конвенцией о рыболовстве в Северо-Восточной части Атлантического океана 1980 г., установившей международно-правовые нормы, регулирующие правовой режим рыболовства в акватории определенной части Атлантического океана; двусторонними договорами, регламентирующими вопросы разграничения морских пространств в Арктике, а, следовательно, и территориальной юрисдикции государств-участников данных договоров в области рыболовства. Но при этом до сравнительно недавнего времени вопросы рыболовства в центральной части СЛО оставались неурегулированными.

Предвидя увеличивающийся потенциал центральной части СЛО, а также возрастающий интерес коммерческого рыболовства в данном регионе, группа ученых в количестве более чем 2000 человек из 67 государств, выпустили открытое письмо, в котором подчеркнули, что в силу отсутствия адекватного управления, опирающегося на научные данные, территория центральной части СЛО подвержена риску чрезмерного рыболовства. В этой связи они призвали создать международное соглашение рыболовецких организаций с целью защитить данную акваторию с помощью квот на отлов, «которые должны быть основаны на достоверных научных фактах и принципе предосторожности» [Байерс М., 2014: 216-217].

Единственным в настоящее время международным договором, применимым к регулированию правового режима СЛО, а точнее, его центральной части, является Соглашение о предотвращении нерегулируемого промысла в открытом море в центральной части Северного Ледовитого океана (2018)<sup>8</sup>.

Ключевое значение для развития Арктики имеет охрана окружающей среды, а также организация рационального природопользования с учетом природных условий арктического региона [Капустин А.Я., 2015: 42]. Особенно важна охрана окружающей среды его центральной части, наиболее удаленной от побережья арктических государств и практически не затронутой деятельностью, направленной на извлечение морских ресурсов. Соответственно, пока промышленная разработка данных ресурсов центральной части СЛО не началась, необходимы специализированные международные соглашения по вопросам деятельности именно в данном субрегионе Арктики.

---

<sup>8</sup> По состоянию на 10 ноября 2020 г. Соглашение не вступило в силу для Российской Федерации.

В октябре 2011 г. США распространили проект Соглашения о предотвращении нерегулируемого промысла в открытом море в центральной части Северного Ледовитого океана, предложив в качестве обязательств сторон разрешительный национальный характер промысла в соответствии с принципами, установленными перспективной региональной организации управления. Статья 5 проекта так и не дала ясного ответа на порядок доступа судов неарктических стран в районы промысла, что, на наш взгляд, является одной из ключевых проблем управления рыболовством в арктических водах вне национальной юрисдикции.

Проблема международно-правового управления рыболовством в центральной части СЛО ряд лет обсуждалась на сессиях российско-американского Межправительственного консультативного комитета по рыбному хозяйству (далее — Комитет). На 23-й сессии Комитета в 2012 г. стороны обсудили предложенный США проект Соглашения о предотвращении нерегулируемого промысла в открытом море в центральной части Северного Ледовитого океана, но при этом согласились отложить коммерческий промысел в открытой части СЛО, пока не будет научного понимания, каким образом осуществлять там промысел и пока не будет установлен многосторонний механизм такого управления.

31 августа 2018 г. Правительство Российской Федерации приняло Постановление «О подписании Соглашения о предотвращении нерегулируемого промысла в открытом море в центральной части Северного Ледовитого океана» №1822-р. Целью данного соглашения является предотвращение нерегулируемого промысла на участке открытого моря в центральной части СЛО путем применения мер по сохранению и управлению, основанных на принципе осторожного подхода, в рамках долгосрочной стратегии по защите здоровых морских экосистем и обеспечению сохранения и устойчивого использования рыбных ресурсов<sup>9</sup>.

Важно, что в п. 1 ст. 8 Соглашения уделяется внимание государствам, не являющимся участниками данного соглашения: «Стороны поощряют принятие мер, соответствующих положениям настоящего Соглашения, государствами, не являющимися участниками настоящего Соглашения».

Данное обстоятельство говорит о том, что одной из главных тенденций развития законодательства об Арктике в настоящее время является формирование арктическими государствами международных договоров с учетом мнения неарктических государств, заинтересованных в развитии данного региона.

---

<sup>9</sup> Распоряжение Правительства Российской Федерации от 31.08.2018 № 1822-р «О подписании Соглашения о предотвращении нерегулируемого промысла в открытом море в центральной части Северного Ледовитого океана» // СЗ РФ. 2018. № 37. Ст. 5768.

#### **1.4. Локальный уровень**

К локальным международным договорам, регулирующим сотрудничество государств, расположенных на сопредельных территориях, и (или) имеющих сопредельные акватории, можно отнести ряд международных соглашений, регулирующих взаимодействие арктических государств. Некоторые из них также регулируют вопросы промысла арктических морских биоресурсов.

В 1973 г. Великобритания и Исландия заключили двусторонний межгосударственный международный договор, в соответствии с которым Великобритания признала право Исландии беспрепятственно осуществлять рыболовный промысел в пределах 50-мильной зоны, исчисляемой от прямых исходных линий, установленных вдоль береговой линии Исландии. Наряду с этим этот договор предусматривал право британских рыболовных судов, включая большегрузные траулеры с повышенным водоизмещением, в течение двух последующих лет осуществлять ограниченное по времени и по объемам добычи рыболовство в пределах установленной Исландией 50-мильной зоны, предназначенной для рыболовства. Подобного соглашения с Германией Исландии заключить не удалось.

Соответственно правовой режим рыболовства в сопредельных акваториях регулируется Соглашением между СССР и США о линии разграничения морских пространств от 1 июня 1990 г.<sup>10</sup> и Договором между Россией и Норвегией о разграничении морских пространств и сотрудничестве в Баренцевом море и Северном Ледовитом океане, подписанном в Мурманске 15 сентября 2010 г.<sup>11</sup>

Однако советско-американское соглашение 1990 г. только разделило зоны юрисдикции в сопредельных акваториях, где каждое из государств имеет право на рыболовную деятельность. И более того, с правовой точки зрения процесс делимитации российско-американских морских пространств в Северном Ледовитом океане нельзя считать завершенным, хотя он закреплен в данном Соглашении. Это связано с тем, что СССР, а затем и Россия до сих пор не ратифицировали данное соглашение, прежде всего из-за неоднозначных оценок его экономических последствий для государства. Соглашение используется на временной основе, как это предусмотрено в статье 25 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. [Gavrilov V.V., 2016: 326].

---

<sup>10</sup> Российской Федерацией оно не ратифицировано; временно применяется с 15 июня 1990 г.

<sup>11</sup> Договор вступил в силу 7 июля 2011 г.

Сотрудничество двух стран в сфере промысла морских биоресурсов осуществляется в соответствии с советско-американским Соглашением между о взаимных отношениях в области рыбного хозяйства от 31 мая 1988 г. В соответствии с данным соглашением был создан Межправительственный консультативный комитет по рыбному хозяйству.

Договор, заключенный в 2010 г. Россией и Норвегией, уже содержит приложение — «Вопросы рыболовства», в котором урегулированы вопросы не только размеров рыболовных зон (участков), но также и общих допустимых уловов, взаимных квот вылова и других мер, связанных с регулированием рыболовства. Но сотрудничество России и Норвегии в сфере рыболовства началось гораздо раньше. В соответствии с положениями советско-норвежского Соглашения о сотрудничестве в области рыболовства от 11 апреля 1975 г. была создана Смешанная комиссия по рыболовству. Мандат СРНК определен в ст. 4 Соглашения 1975 г. и ст. 2 Соглашения между Правительством СССР и Правительством Норвегии о взаимных отношениях в области рыболовства от 15 октября 1976 г. Первая сессия СРНК состоялась в Москве в 1976 г. [Сенников С.А., 2015: 364].

Таким образом, международно-правовое регулирование промысла морских биоресурсов Арктики на сегодняшний день являет собой не единую целостную систему взаимосвязанных источников права, а комплекс правовых норм, которые в той или иной степени регулируют отдельные аспекты данной проблемы.

## **2. Механизмы сотрудничества государств**

Сотрудничество государств в сфере добычи морских живых ресурсов Арктики осуществляется в рамках международных механизмов различного уровня. В рамках универсального механизма сотрудничества реализуются международные договоры, в которых участвуют многие или большинство стран мира, включая также и арктические. Такие договоры применяются к данному региону исходя из того, что все или большинство арктических государств, являясь участниками таких договоров, имеют определенные права и обязанности в соответствии с ним. Международные механизмы регионального характера характеризуются тем, что они обеспечивают сотрудничество государств в пределах всего Арктического региона, а и механизмы субрегионального характера — в сопредельных акваториях Тихого и Атлантического океанов. Локальные механизмы взаимодействия обеспечивают сотрудничество государств в сопредельных акваториях, которые разделены между двумя государствами на основании международного договора.

## **2.1. Универсальные механизмы**

Международное сотрудничество государств по вопросам морских биоресурсов Арктики осуществляется на универсальном уровне в рамках специализированных учреждений ООН. Прежде всего необходимо отметить роль таких международных организаций, как Международная морская организация (ИМО) и Продовольственная и сельскохозяйственная организация ООН (ФАО). Если ИМО делает акцент на охране морской среды, то ФАО уделяет внимание продовольственной проблематике.

Международная морская организация напрямую не занимается контролем в сфере добычи морских биоресурсов. К ее основному функциональному предназначению относится повышение надежности и безопасности судоходства в сфере международной торговли, а также предотвращения загрязнения моря судами. ИМО обеспечивает механизмы сотрудничества между правительствами в формировании норм и правил, связанных с техническими вопросами, влияющими на международное судоходство, для содействия принятию максимально осуществимых стандартов безопасности и эффективности морского судоходства, а также для охраны морской среды через предотвращение с ее загрязнением судами и борьбу с ним. Под эгидой ИМО разработано свыше 40 конвенций и соглашений, а также примерно 1000 кодексов и рекомендаций по разным направлениям в соответствии с тематикой правового регулирования. Соответствующие международно-правовые акты реализуются в мировом масштабе<sup>12</sup>.

Среди разработанных ИМО международных договоров, которые в определенной степени затрагивают проблематику морских биоресурсов, необходимо отметить прежде всего Конвенцию ООН по морскому праву 1982 г., в которой закреплена правовая режим морских пространств, а соответственно, и регулирование вылова (добычи) морских биоресурсов в тех или иных морских пространствах.

К числу международно-правовых актов, разработанных в рамках ИМО и направленных на регулирование охраны окружающей среды в Арктике, необходимо отнести Международный кодекс судов, эксплуатирующихся в полярных водах (далее — Полярный кодекс). Он вступил в силу 1 января 2017 г. Как сказано в его преамбуле, он разработан с целью дополнения инструментов Международной морской организации для повышения безопасности эксплуатации судов и ограничения ее влияния на человека и окружающую среду в удаленных, уязвимых и потенциально отличающихся суровым климатом полярных водах<sup>13</sup>. Полярный кодекс оказывает влияние

<sup>12</sup> Available at: <https://www.un.org/ru/ecosoc/imo/> (дата обращения: 10.11.2020)

<sup>13</sup> См.: Боброва Ю.В. Северный морской путь: национальный правовой режим в меняющемся международном контексте. М.: Российский совет по международным делам, 2016. С. 7.

на состояние морских биоресурсов, а соответственно и на их промысел, так как именно от действенности нормативно закрепленных мер зависит защищенность морской среды Арктического региона.

ФАО — специализированное учреждение ООН, возглавляющее международные усилия по борьбе с голодом. Основной целью создания данной организации является обеспечение продовольственной безопасности всех людей и гарантирование регулярного доступа к высококачественной пище. ФАО действует более чем в 130 странах<sup>14</sup>.

Основная цель создания ФАО раскрывается в ее Уставе. Принимая Устав, государства, действуя в целях достижения всеобщего благосостояния приняли с их стороны ряд самостоятельных и коллективных мер: повышение качества питания и уровня жизни в рамках их соответствующих юрисдикций; обеспечение роста эффективности производства и распределения всех продовольственных и сельскохозяйственных продуктов; улучшение положения сельского населения; содействие росту мировой экономики и избавлению человечества от голода. Государства, учреждая ФАО, обязались отчитываться друг перед другом о принятых мерах и прогрессе в упомянутой выше области<sup>15</sup>.

Деятельность ФАО также направлена на противодействие незаконному, несообщаемому и нерегулируемому рыбному промыслу (ННН-промыслу). ННН-промысел является многогранной и динамичной проблемой, которая не может быть эффективно решена усилиями одного государства. Необходим многосторонний подход на международном и национальном уровнях с участием всех заинтересованных стран [Бекашев К.А., 2014: 347].

И в этой связи на международном уровне был предпринят такой шаг, как заключение 4 декабря 1995 г. Соглашения об осуществлении положений Конвенции 1982 г. (Соглашение ООН по рыбным запасам). Данное соглашение нацелено на обеспечение долгосрочного сохранения и устойчивого использования трансграничных рыбных запасов и запасов далеко мигрирующих рыб в рамках Конвенции ООН по морскому праву. В Соглашении также предусмотрены обязанности государств флага. Помимо этого, в Соглашении рассматриваются вопросы правоприменения на международном, региональном и субрегиональном уровнях, наряду с процедурами досмотра и инспекций и мерами государства порта<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Available at: URL: <http://www.fao.org/about/ru/> (дата обращения: 10.11.2020)

<sup>15</sup> См.: Устав Продовольственной и сельскохозяйственной организации Объединенных Наций (ФАО). Принят в Квебеке 16.10.1945. Available at: <http://www.fao.org/3/a-mp046r.pdf> (дата обращения: 10.11.2020)

<sup>16</sup> См.: Незаконный, несообщаемый и нерегулируемый (ННН) промысел. Available at: URL: <http://www.fao.org/iuu-fishing/international-framework/un-fish-stocks-agreement/ru/> (дата обращения: 10.11.2020)

В частности, в Соглашении 1995 г. отмечается, что при учреждении субрегиональных или региональных рыбохозяйственных организаций или при заключении субрегиональных или региональных рыбохозяйственных договоренностей для сохранения трансграничных рыбных запасов и запасов далеко мигрирующих рыб и управления ими государствам-участникам Соглашения необходимо согласовать следующие позиции: запасы, к которым применяются меры сохранения и управления, с учетом биологических характеристик запасов и характера соответствующего промысла; область применения с учетом пункта 1 статьи 7 и характеристик субрегиона или региона, включая социально-экономические, географические и естественно-природные факторы; соотношение между работой новой организации или договоренности и ролью, целями и деятельностью соответствующих рыбохозяйственных организаций или договоренностей; механизмы, с помощью которых организация или договоренность будет получать научные рекомендации и производить обзор состояния запасов, включая в надлежащих случаях создание научно-консультативного органа. Государства, сотрудничающие в создании субрегиональной или региональной рыбохозяйственной организации или договоренности, информируют другие государства, проявляющие интерес к работе предлагаемой организации или договоренности, о таком сотрудничестве<sup>17</sup>.

Таким образом, в Соглашении 1995 г. почти четверть века назад были предопределены предпосылки правового регулирования режима морских пространств на региональном и субрегиональном уровнях, с учетом интересов государств из иных регионов или субрегионов. Особенное значение данные нормы имеют для регулирования правового режима арктических морских пространств, поскольку в них сосредоточено колоссальное количество биоресурсов, интерес к которым проявляют иные государства, не имеющие морских пространств в Арктике.

## **2.2. Региональные механизмы**

Региональным механизмом международного сотрудничества является Арктический совет, который координирует деятельность государств и международных организаций по вопросам освоения Арктики, включая добычу морских биоресурсов.

---

<sup>17</sup> Соглашение об осуществлении положений Конвенции Организации Объединенных Наций 1982 г., которые касаются сохранения трансграничных рыбных запасов и запасов далеко мигрирующих рыб и управления ими (Вместе со «Стандартными требованиями к сбору данных и взаимному обмену ими», «Руководящими принципами, регулирующими применение опорных критериев предосторожности...») заключено в Нью-Йорке 04.12.1995 // Соглашение об осуществлении положений Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву. Нью-Йорк, 1995.

Арктический совет является международной межправительственной организацией, созданной в 1996 г. и координирующей действия как арктических, так и неарктических государств в различных сферах, в том числе в сфере морских биоресурсов данного региона.

Как отмечается в Декларации об учреждении Совета, одной из основных целей учреждения данной международной организации является нахождение способов организации сотрудничества, координации и взаимодействия арктических государств по вопросам устойчивого развития и защиты арктической окружающей среды. Более того, в настоящее время по вопросам Арктики сотрудничают государства не только данного региона, но также и не имеющие выхода к арктическим морским пространствам. Речь идет о неарктических государствах, имеющих статус наблюдателей.

Проблемами сохранения морских биоресурсов в рамках деятельности Арктического совета занимается Рабочая группа по сохранению арктической флоры и фауны (далее — CAFF). Данная группа специализируется по проблемам биоразнообразия и состоит из специальных национальных представителей, которые назначаются каждым из восьми государств-членов, представителей организаций коренных народов, являющихся постоянными участниками Совета, и стран (организаций)-наблюдателей Арктического совета. Рабочая группа действует в соответствии с правилами Совета. Она служит средством сотрудничества в области управления и использования видов и мест обитания, обмена информацией о методах управления и режимах регулирования, а также для содействия принятию наиболее компетентных решений. Он обеспечивает механизм выработки ответов на вопросы, имеющие существенное значение для арктической экосистемы, такие как ее развитие, воздействие на экономику, возможности ее сохранения и принятие соответствующих политических обязательств<sup>18</sup>.

### 2.3. Субрегиональные механизмы

Особенностью субрегиональных механизмов сотрудничества в сфере добычи морских живых ресурсов Арктики является то, что в их рамках осуществляется сотрудничество государств по вопросам освоения только определенных частей арктических морских пространств.

Комиссия по рыболовству в Северо-восточной части Атлантического океана (НЕАФК) — международная региональная организация, специализирующаяся в сфере управления рыболовством в указанной части океана. Она является одной из богатейших рыболовных зон мира. Государствами-

---

<sup>18</sup> См.: Arctic Council Working Group: Conservation of Arctic Flora and Fauna. Available at: <https://oaarchive.arctic-council.org/handle/11374/126> (дата обращения: 10.11.2020)

членами НЕАФК являются стороны Конвенции о рыболовстве в северо-восточной части Атлантического океана, заключенной в Лондоне 18 ноября 1980 г. и вступившей в силу в ноябре 1982 г. Рыболовный район, охватываемый Конвенцией НЕАФК, простирается от южной оконечности Гренландии на восток до Баренцева моря и на юг в сторону Португалии. Целью НЕАФК является долгосрочное сохранение и оптимальное использование морских ресурсов в зоне действия Конвенции, обеспечивающее устойчивые экономические, экологические и социальные выгоды<sup>19</sup>.

В северо-западной части Атлантики сотрудничество государств в сфере рыболовства координирует Региональная организация по управлению рыболовством в северо-западной части Атлантического океана (далее — НАФО). Данная организация — межправительственный орган в сфере управления рыбным хозяйством. НАФО основана в 1979 г. как преемница Международной комиссии по рыболовству в северо-западной части Атлантического океана (ИСНАФ; 1949-1978 гг.) Конвенция о будущем многостороннем сотрудничестве в области рыболовства в данной части Атлантического океана 1978 г. применяется к большинству рыбных ресурсов в Северо-западной части океана, за исключением лосося, тунца/марлина, китов и оседлых видов (например, моллюсков)<sup>20</sup>.

Единственный в данный момент механизм сотрудничества государств, посвященный вопросам охраны морских млекопитающих Арктики — Североатлантическая комиссия по вопросам морских млекопитающих (НАММСО). Она функционирует на основании Соглашения о сотрудничестве в исследовании, сохранении и управлении морскими млекопитающими в Северной Атлантике 1992 г.<sup>21</sup>. Участники данного Соглашения, а, следовательно, и НАММСО: Норвегия, Исландия, Гренландия и Фарерские острова. Задачами данной международной организации является региональные консультации и сотрудничество в целях сохранения, рационального управления и изучения морских млекопитающих Северной Атлантики. Российская Федерация, к сожалению, не является участницей данного международного форума.

Посредством регионального сотрудничества члены НАММСО стремятся укреплять и развивать сохранение морских млекопитающих и управление ими. Признавая права и потребности прибрежных сообществ на обеспече-

---

<sup>19</sup> См.: The North East Atlantic Fisheries Commission. Available at: <https://www.neafc.org/> (дата обращения: 10.11.2020)

<sup>20</sup> См.: The Northwest Atlantic Fisheries Organization. Available at: <https://www.nafo.int/About-us/Overview-of-NAFO> (дата обращения: 10.11.2020)

<sup>21</sup> Agreement on Cooperation in Research, Conservation and Management of Marine Mammals in the North Atlantic 1992. Available at: <http://nammco.wpengine.com/wp-content/uploads/2016/10/nammco-agreement-with-signatures-and-logo.pdf> (дата обращения: 10.11.2020)

ние устойчивого развития на основе того, что может дать море, такие меры должны основываться на точных научных данных, а также учитывать уязвимость морской экосистемы<sup>22</sup>.

К механизмам сотрудничества государств в сфере промысла морских биоресурсов в Восточной Арктике, частью которой является участок акватории Тихого океана, относится Комиссия по анадромным рыбам Северной части Тихого океана (далее — NPAFC), которая координирует деятельность по изучению и управлению запасами лосося, форели. Она создана в соответствии с положениями Конвенции по сохранению запасов анадромных рыб в Северной части Тихого океана 1992 г. Ее странами-участницами являются Канада, Япония, Республика Корея, Россия и США.

#### **2.4. Локальные механизмы**

Локальные механизмы сотрудничества государства по вопросам добычи морских биоресурсов Арктики характеризуются тем, что они функционируют, как правило, на основании двусторонних международных договоров, заключенных между двумя государствами, расположенными в непосредственной близости друг к другу. В качестве примера механизмов сотрудничества приграничных государств в Арктике рассмотрим механизм сотрудничества Российской Федерации с приграничными государствами.

Россия в Арктическом регионе имеет государственную границу в сопредельных акваториях с Норвегией (Северный Ледовитый океан) и США (Северный Ледовитый и Тихий океаны). Двусторонними механизмами сотрудничества у Российской Федерации являются: с Норвегией — Смешанная комиссия по рыболовству, а с США — Межправительственный консультативный комитет по рыбному хозяйству.

Межправительственный Консультативный комитет по рыбному хозяйству создан в соответствии с советско-американским Соглашением о взаимных отношениях в области рыбного хозяйства от 31 мая 1988 г.<sup>23</sup>

Соответственно и двустороннее, и многостороннее сотрудничество государств по вопросам добычи морских биоресурсов Арктического региона осуществляется в рамках соответствующих международно-правовых механизмов по следующим направлениям: государства согласуют между собой объемы общего допустимого улова для каждого промыслового вида в своей

---

<sup>22</sup> См.: North Atlantic Marine Mammal Commission (NAMMCO). Available at: <https://nammco.no/about-us/> (дата обращения: 10.11.2020)

<sup>23</sup> Available at: URL: <http://fish.gov.ru/obiedinennaya-press-sluzhba/novosti/27450-v-sietle-prokhorit-30-ya-sessiya-rossijsko-amerikanskogo-mezhpravitelstvennogo-konsultativnogo-komiteta-po-rybnomu-khozyajstvu> (дата обращения: 10.11.2020)

акватории, с учетом актуальной и своевременно полученной научной информации о состоянии запасов морских биоресурсов с учетом социальных, экономических и иных факторов; компетентные органы исполнительной власти каждого из государств-участников сотрудничают друг с другом по вопросам регулирования промысла морских биоресурсов; регламентируется порядок вылова и добычи морских биоресурсов в соответствующих морских пространствах с использованием морских судов (рассмотрение заявок на данный вид деятельности, допуск судна и др.).

Более того, сотрудничество в сфере морских биоресурсов, даже с учетом нынешних противоречий между Россией и США в политической и экономической сферах, реализуется на высоком уровне. В июне 2019 г. в Сиэтле (США) состоялась 30-я сессия российско-американского Межправительственного консультативного комитета по рыбному хозяйству, по итогам которой Россия и США приняли решение о возобновлении совместных научно-исследовательских рейсов в 2020 г. в ИЭЗ обеих стран в Беринговом и Чукотском морях<sup>24</sup>. Возможно, развитие сотрудничества двух стран в сфере рыбного хозяйства будет способствовать стабилизации российско-американских отношений в будущем.

## **Заключение**

Взаимодействие норм международного права, закрепленных в международных договорах арктических государств и их национального законодательства осуществляется на достаточном уровне. Имплементация норм международного права в действующее законодательство арктических государств обеспечивает их реализацию во внутригосударственной сфере. В особенности это касается распределения полномочий между органами власти по выполнению международных обязательств, вытекающих из того или иного договора в каждом государстве.

О важности морских биоресурсов Арктики для экономики государства свидетельствует ряд положений некоторых программно-стратегических документов Российской Федерации. В Стратегии развития Арктической зоны Российской Федерации (АЗРФ) и обеспечения национальной безопасности на период до 2020 г. и в Основах государственной политики Российской Федерации в Арктике на период до 2020 г. и дальнейшую перспективу подчеркивается важность сохранения морской среды и биологического разнообразия Арктики. Стратегия развития АЗРФ предусматривает разработку и апробацию моделей комплексного управления, в частности, прибрежными зонами в арктических регионах; обеспечение сохранения биологического

<sup>24</sup> Ibid.

разнообразия арктической флоры и фауны в условиях расширения экономической деятельности и глобальных изменений климата; развитие и расширение сети особо охраняемых природных территорий и акваторий; организацию комплексных международных научно-исследовательских экспедиций для изучения окружающей среды (ледовой обстановки, загрязнения морских вод, морских экосистем) и влияния на нее наблюдаемых и прогнозируемых климатических изменений. Соответствующую деятельность осуществляет Министерство природных ресурсов и экологии России<sup>25</sup>.

Но, несмотря на высокую значимость арктических биоресурсов для экономики как России, так и других государств, и несмотря на относительно высокий уровень имплементации международных договоров в законодательство арктических государств, международных договоров, регулирующих вопросы промысла морских биоресурсов Арктики, явно недостаточно.

Особенно нуждается в развитии международно-правовое регулирование промысла морских живых ресурсов Арктики на региональном уровне. Если к настоящему времени промысел морских биоресурсов Арктики, под которым понимаются, как правило, различные виды рыб, в должной степени урегулирован рядом субрегиональных и локальных международных договоров, то промысел морских животных (ластоногих млекопитающих), до настоящего времени не урегулирован ни на одном из уровней правового регулирования.

Чтобы добиться максимально качественного уровня развития международно-правового регулирования промысла морских биоресурсов Арктики, всем заинтересованным государствам необходимо (как арктическим, так и неарктическим, имеющим статус наблюдателя), организовать международный форум для разрешения вопроса о правовом регулировании промысла морских млекопитающих. Итогом данного форума должна стать выработка международного регионального (по территориально-юрисдикционному признаку) договора соответствующего профиля. Таким договором может стать, например, Конвенция о регулировании промысла морских млекопитающих.



## Библиография

Ананидзе Ф.Р. Правовое положение эскимосов–коренного населения острова Гренландия // Евразийский юридический журнал. 2015. N 4. С. 67–70.

Байерс М., Бейкер Дж. Международное право и Арктика. Новосибирск: НГУ, 2014. 352 с.

---

<sup>25</sup> См.: Загорский А.В., Тодоров А.А. Комплексное управление морским природопользованием в Арктике: доклад № 42/2018. М., 2018. С. 15.

- Бекашев Д.К. Международно-правовой принцип экосистемного подхода в управлении рыболовством // Актуальные проблемы российского права. 2016. N 8. С. 182–189.
- Бекашев К.А. Международно-правовое управление рыболовством в Арктике // Морские пространства Арктики: современный правовой аспект. Сборник статей. М.: Магистраль, 2013. С. 142–143.
- Бекашев К.А. Суда под «удобными» флагами подрывают основы рационального использования водных биологических ресурсов / Международное морское право. Статьи памяти А.Л. Колодкина. Сост. Р.А. Колодкин, С.М. Пунжин. М.: Статут, 2014. С. 347–368.
- Горнова А.М. О состоянии рыболовства в арктических акваториях // Арктика и Север. 2016. N 25. С. 196–210.
- Зиланов В.К., Борисов В.М., Лука Г.И. Рыбное хозяйство Норвегии. М.: ВНИРО, 2017. 296 с.
- Капустин А.Я. Международное право и Арктика / Российская Арктика — территория права: альманах. Выпуск II. Сохранение и устойчивое развитие Арктики: правовые аспекты. М.: Юриспруденция, 2015. С. 38–44.
- Ковалев А.А. Современное международное морское право и практика его применения. М.: Научная книга, 2003. 416 с.
- Сенников С.А. Современные проблемы рыболовства в морском районе архипелага Шпицберген / Российская Арктика — территория права: альманах. Выпуск II. С. 359–368.
- Сокиркин В. А., Шитарев В. С. Международное морское право. Кн. II. Ч. IV. Международное морское рыболовное право. М.: РУДН, 2007. 293 с.
- Флинт М.В. Биоресурсы арктических морей России // Вестник Российской академии наук. 2015. N 5-6. С. 438–444.
- Gavrilov V.V. The LOSC and the Delimitation of the Continental Shelf in the Arctic Ocean. *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2016, vol. 31, pp. 315–338.
- Joyner C. The legal regime for the Arctic Ocean. *Journal of transnational law & policy*, 2009, vol. 18, pp. 195–245.
- Koivurova T., Molnaar E., Vandrzaag D. Canada, the EU, and Arctic Ocean governance: a tangled and shifting seascape and future directions. *Journal of transnational law & policy*, 2009, vol. 18, pp. 247–287.

---

## Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 4

### Legal Regulation of Arctic Marine Bioresources Development: International Law and State Cooperation Mechanisms



**Vladislav Avkhadeev**

Associate Professor, Leading Researcher, Department of foreign constitutional, administrative, criminal and international law, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Candidate of Juridical Sciences. Address: 34 Bolshaya Cheremushkinskaya Str., Moscow 117218, Russian Federation. E-mail: vladislavavkhadeev@yandex.ru.

## Abstract

Legal regulation of the development of marine resources in the Arctic is carried out in accordance with international treaties and the legislation of coastal states. International legal regulation of the extraction of marine living resources is carried out at different levels of international legal regulation — universal, regional and local. Regional international treaties aimed at regulating the extraction of marine living resources, which would extend to all the maritime areas of the Arctic or to the Arctic Ocean, are absent now. Among the universal international treaties include a series of treaties governing the legal regime of the maritime spaces within which sets out regulations governing the production of marine living resources in their regulatory kinds of maritime areas, as well as treaties with other subject of legal regulation. Subregional treaties on the regulation of the extraction of marine living resources in the Arctic marine spaces can be classified into two main categories: treaties regulating the fishing of a specific type of marine living resources that inhabit the marine spaces of the Arctic, as well as treaties dealing with fishing in various marine spaces that are part of the Arctic waters. The effect of such treaties extends to certain parts of the waters of the Arctic, Atlantic and Pacific Oceans. The International local treaties regulate relations regarding the extraction of marine living resources between states located in close proximity to each other and having adjacent sea spaces. The main objects of the relevant international treaties are social relations between states bordering each other on the delimitation of maritime spaces. And in this regard, the state determines the legal regime for the extraction of marine living resources in the border waters. Each Arctic state has adopted its own legislation on the harvesting of marine living resources in the region. The cooperation of states in this sphere of activity is carried out both in the bilateral and multilateral international cooperation. One of the major problems of international legal regulation of fishing of marine living resources is the lack of international treaties that could be directed at regulating the fishing of marine mammals in the Arctic, with the exception of a few treaties applicable to the Arctic marine environment on a common basis.

## Keywords

Arctic, Arctic Ocean, marine bioresources, marine mammals, anadromous fish, fisheries, Pacific, Atlantic, international treaties, legislation of the Arctic states.

**For citation:** Avkhadeev V.P. (2020) Legal Regulation of the Arctic Marine Bioresources Development: International Law and State Cooperation Mechanisms. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 216–239 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.4.216.239

## References

Ananidze F.R. (2015) The legal status of the Inuits — the indigenous population of Greenland. *Evraziyskiy yuridicheskiy zhurnal*, no 1, pp. 67–70 (in Russian)

Bekyashev D.K. (2016) The international legal principle of the Ecosystem approach in fisheries management. *Actualnye problemy rossiyskogo prava*, no 8, pp. 182–189 (in Russian)

Bekyashev K.A. (2014) Vessels flying “flag of convenience” undermine the rational use of marine bio-resources. In: *International law of the sea. Essays*. R.A. Kolodkin, ed. Moscow: Statut, pp. 347–368 (in Russian)

- Bekyashev K.A. (2014) International regulation of fisheries in the Arctic. In: *Arctic Marine Territories: Contemporary Legal Aspect. Collection of Papers*. Moscow: Magistral, pp. 142–143 (in Russian)
- Byers M. (2014) *International Law and the Arctic*. Novosibirsk: University, 352 p. (in Russian)
- Flint M.V. (2015) The Biological Resources of the Arctic Seas of Russia. *Vestnik Rossiyskoy Akademii nauk*, no 5–6, pp. 438–444 (in Russian)
- Gavrilov V.V. (2016) The LOSC and the Delimitation of the Continental Shelf in the Arctic Ocean. *International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 31, pp. 315–338.
- Gornova A.M. (2016) Review of fishing in the Arctic waters. *Arktika i Sever*, no 25, pp. 196–210 (in Russian)
- Joyner C. (2009) The legal regime for the Arctic Ocean. *Journal of transnational law & policy*, vol. 18, pp. 195–245.
- Kapustin A. Ya. (2015) International Law and the Arctic. In: *Russian Arctic – the territory of law. Protection and sustainable development of Arctic*. Moscow: Yurisprudentsiya, pp. 38–44 (in Russian)
- Koivurova T., Molrkaar E., Vandrvaag D. (2009) Canada, the EU, and Arctic Ocean governance: a tangled and shifting seascape and future directions. *Journal of transnational law & policy*, vol. 18, pp. 247–287.
- Kovalev A.A. (2003) *Modern international maritime law and practice of its application*. Moscow: Nauchnaya kniga, 416 p. (in Russian).
- Sennikov S.A. (2015) Modern fishery in marine area of Spitsbergen. In: *Russian Arctic – the territory of law*, pp. 359–368 (in Russian)
- Sokirkin V.A., Shitarev V.S. (2007) *International Maritime Law*. Part IV. Moscow: RUDN press, 293 p. (in Russian)
- Zilanov V.K., Borisov V.M., Luka G.I. (2016) *Fisheries of Norway*. Moscow: Russian Institute of Fisheries and Oceanography, 296 p. (in Russian)

# Мобильность исследователей как проявление интегрированности правового регулирования в Европе

---

---

## **Р.Ш. Давлетгильдеев**

Профессор, кафедра теории и истории государства и права юридического факультета Казанского федерального университета, доктор юридических наук. Адрес: 420008, Российская Федерация, Казань, ул. Кремлевская, 18. E-mail: roustem.davletguldeev@kpfu.ru

## **С.И. Цыганцова**

Аспирантка, кафедра международного и европейского права юридического факультета Казанского федерального университета. Адрес: 420008, Российская Федерация, Казань, ул. Кремлевская, 18. E-mail: tsygantsova.sandra@yandex.ru

---

## **Аннотация**

Авторами изучено правовое регулирование исследовательской мобильности в рамках Европейского исследовательского пространства, созданного в Европейском союзе, и Европейского пространства высшего образования, имеющего более широкий круг государств-участников Болонского процесса. Подчеркивается взаимосвязь правовых политик Евросоюза в научно-технической области, в сфере исследований, образования, а также свободного передвижения работников, и правовой политики в рамках Европейского пространства высшего образования, что придает исследовательской мобильности интегрированный характер. В качестве дополнительного подтверждения интегрированности служит правовое регулирование исследовательской мобильности в ЕС в отношении граждан третьих стран, многие из которых являются членами Европейского пространства высшего образования. Рассматриваются правовые акты ЕС, прямо или косвенно затрагивающие проблему международной мобильности исследователей, а также акты «мягкого права». Прослежено развитие данного направления правового регулирования, рассматривается «лимитированная» совместная компетенция Евросоюза в сфере научных исследований и «передвижения знаний», претендующей на статус «пятой» свободы, а также отмечается незначительная пока роль практики Суда ЕС в области мобильности ученых. Анализируются европейские правовые механизмы, опыт функционирования которых является необходимым подспорьем построения собственной модели обмена учеными, содействующей научному развитию стран Евразийского экономического союза. Авторы приходят к выводу, что опыт правового регулирования исследовательской мобильности в ЕС может быть использован Россией при формулировании предложений в области развития ЕАЭС при условии адаптации этого опыта к условиям евразийской интеграции. Адаптация рассмотрен-

ных механизмов также может использоваться в реализации Россией и Евросоюзом Соглашения о сотрудничестве в области науки и технологий 2000 г. Выявлена необходимость разработки в рамках Европейского пространства высшего образования рекомендаций по академической и исследовательской мобильности, использующих опыт правового регулирования мобильности в праве Европейского союза и учитывающих интересы всех государств, участвующих в Болонском процессе, включая Россию.



### **Ключевые слова**

исследовательская мобильность, правовое регулирование, научная политика, Европейское исследовательское пространство, пространство высшего образования, Европейский союз, Болонский процесс, свобода передвижения знаний, Евразийская интеграция.

**Благодарности:** статья подготовлена при поддержке Российского фонда фундаментальных исследований, проект № 18-029-15046 «Региональные модели международно-правового регулирования научно-исследовательских пространств в регионах Европы и Евразии»

**Для цитирования:** Давлетгильдеев Р.Ш., Цыганцова С.И. Мобильность исследователей как проявление интегрированности правового регулирования в Европе // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 4. С. 240–260.

УДК:

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.4.240.260

## **Введение**

Международная мобильность исследователей становится объективным требованием и необходимым условием реализации потенциала в различных областях науки по всему миру. Благодаря международной мобильности, исследователи, как правило, повышают уровень профессионализма, овладевая компетенциями, которые приносят им конкурентные преимущества на рынке труда, делятся опытом своих национальных образовательных и исследовательских систем, видоизменяют их путем приобщения к новейшим технологиям, а также развивают международные контакты, способствуя интернационализации и интеграции научно-образовательных пространств. Таким образом осуществляется постепенная интеграция научного потенциала стран в мировое исследовательское пространство, развиваются научные связи на международном уровне, появляются новые методы исследований, что в совокупности влияет на карьерный рост ученых и прогресс мировой науки [Игнатущенко Е.И., 2014: 52].

Юридическое оформление международной исследовательской мобильности получила в результате возросших потребностей общества в повыше-

нии качества образования и конкурентоспособности высшей школы, а также под влиянием тенденций к глобализации сферы исследований. Интернационализация научной деятельности привела к усилению интеграции ученых в мировое научное сообщество, а формирование глобальной образовательной среды обеспечило появление множества возможностей образовательной и исследовательской деятельности за пределами академического пространства отдельного государства.

Стимулирование исследовательской мобильности стало одним из главных компонентов образовательной и научной политик современных государств. Наиболее наглядно это прослеживается в рамках Европейского союза (далее — ЕС) и Европейского пространства высшего образования (далее — ЕПВО), основанного на Болонской системе. Мобильность как механизм глобализации науки используется для создания Европейского научного пространства, т.е. интеграции научного потенциала десятков стран, существенно отличающихся по своей истории, культуре, политическим и научным традициям, по уровню развития науки и технологий [Ерохина К.С., 2008: 86]. Регулирование исследовательской мобильности в рамках ЕС и ЕПВО является наиболее успешным образцом обеспечения мобильности ученых, поэтому предметом данной работы является изучение опыта правового регулирования международной мобильности исследователей на европейском пространстве.

Авторами данной работы использованы как общетеоретические методы — анализ (изучение материалов о мобильности исследователей), обобщение (формирование общего понимания феномена) и системный подход (рассмотрение понятия исследовательской мобильности как совокупности взаимосвязанных элементов), так и специально-юридические методы — историко-юридический (изучение зарождения и развития мобильности ученых в Европе), формально-юридический (непосредственное изучение правовых документов), метод юридического прогнозирования (выявление соответствующих тенденций в развитии этого явления), а также компаративистский подход (сопоставление правовых документов по вопросам исследовательской мобильности между собой).

Понимание правовых механизмов функционирования международной исследовательской мобильности имеет важное значение для России и Евразийского экономического союза, поскольку позволяет формулировать политику в области международного научно-технического сотрудничества, выстраивая модели поддержки и поощрения исследовательской мобильности в целях создания и развития научного, образовательного и инновационного потенциала.

## **1. Эволюция правового регулирования мобильности исследователей в Европейском союзе: подразумеваемые полномочия и «пятая» свобода ЕС**

Научная политика Евросоюза — одно из самостоятельных направлений его деятельности, регулирующих правовыми актами различной юридической силы наиболее важные вопросы развития образования и науки, в том числе проблемы мобильности студентов. Благодаря воплощению утвержденных в регламентах условий проведения рамочных программ, а также другим актам ЕС сформировались основные правила функционирования академической и исследовательской мобильности и содействующие им институты Европейского исследовательского пространства (например, Европейский научный фонд и Европейский исследовательский совет).

Важное значение для рассмотрения правовых вопросов мобильности исследователей в пределах ЕС имеют регламенты, директивы, а также коммюнике и другие акты рекомендательного характера (например, Европейская хартия исследователей, Кодекс правил найма научных сотрудников). Можно утверждать, что обеспечение процесса мобильности исследователей и высококвалифицированных кадров научно-технической и инновационной деятельности является одним из центральных в научно-технической политике ЕС [Бударина Н.А., 2012: 115].

Международная мобильность ученых стала одним из направлений научно-технического сотрудничества в ЕС, решение о необходимости реализации которого на общеевропейском уровне было принято в 1972 г. на Парижском саммите глав государств и правительств, а первые резолюции в области науки и техники были приняты Советом ЕЭС 14.01.1974 [Guzzetti L., 1995: 52]; [Нечаева Е.К., 2017: 79-81].

Первоначально правовой основой для общеевропейской научно-технической политики служила ст. 235 Договора о ЕЭС, закрепляющая так называемые «подразумеваемые полномочия» Европейского сообщества. Именно на основании ст. 235 была принята резолюция Совета ЕЭС от 25.07. 1983 об утверждении Первой рамочной программы на 1984-1987 гг.<sup>1</sup> С 1983 г. было реализовано семь Рамочных программ научно-технологического развития с целью построения единого Европейского исследовательского пространства (на данный момент реализуется восьмая по счету — «Горизонт 2020»), одним из инструментов формирования которого стало развитие мобильности исследователей [Шелюбская Н. В., 2013: 412].

<sup>1</sup> ОJ С 208/1. 04.08.1983. Pp. 1–4. Available at: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/fa8d5b8e-dc6c-4194-a81f-5f62242af590/language-en> (дата обращения: 28.10.2020)

Впоследствии развитие исследовательской мобильности было закреплено в качестве приоритетной задачи в основополагающих документах ЕС, которые начинают регулировать, помимо прочего, общую научно-технологическую политику. Впервые рамочные программы официально были признаны главной формой проведения научно-исследовательской политики в Едином Европейском акте 1986 г. (далее — ЕЕА) [Талагаева Д.А., 2017: 80]; [Акульшина А.В., Пилиева Е.О., 2013: 57].

Помимо этого, ст. 24 ЕЕА дополнила Договор о ЕЭС разделом VI о научных исследованиях и технологическом развитии, признав их в качестве одного из направлений деятельности Сообщества. Одним из видов деятельности ЕС, дополняющих деятельность государств-членов, в ст. 130g названо стимулирование обучения и мобильности исследователей в Сообществе (пп. d ст. 130g)<sup>2</sup>.

Однако если положения Единого Европейского Акта нацелены только на «усиление научной и технологической основ промышленности Сообщества и поощрение роста его конкурентоспособности на международном уровне» (п. 1 ст. 130f ЕЕА), то целью Маастрихтского договора (1992) помимо этого выступает продвижение всей исследовательской деятельности, которая считается необходимой в силу других глав Договора (п. 1 ст. 130f)<sup>3</sup>. Таким образом, научно-исследовательские программы перестали быть связанными исключительно с производством — они осуществляются в сфере медицины, экологии и других областях научных знаний.

Еще одним достижением Маастрихтского договора является включение в компетенцию институтов ЕС вопросов образования, к которому относится и академическая мобильность. Статья 126 Маастрихтского договора в п. 2 закрепляет «поощрение мобильности студентов и преподавателей, в том числе путем поощрения академического признания дипломов и сроков обучения» в качестве целей<sup>4</sup>.

Идея поощрения обучения и мобильности исследователей в пределах ЕС как одно из направлений деятельности Союза находит отражение в Четвертой рамочной программе (1994-1998) — если предыдущие программы отличались абстрактными формулировками, ограничиваясь стремлением к проведению совместных исследований, то в данном документе развитие сотрудничества становится одним из приоритетов<sup>5</sup>. Данная концепция продол-

---

<sup>2</sup> OJ. L 169/1. 1987.

<sup>3</sup> Available at: <http://docs.cntd.ru/document/901771690> (дата обращения: 28.10.2020)

<sup>4</sup> Там же.

<sup>5</sup> Decision № 1110/94/EC of European Parliament and Council of 26 April 1994 concerning 4th framework programme of EC activities in the field of research and technological development and demonstration // OJ L 126. 18.05.1994. P. 1–33.

жает развиваться в коммюнике Еврокомиссии «На пути к Европейскому исследовательскому пространству» (2000), в котором в качестве приоритетной цели общеевропейской научной политики обозначается создание Европейского исследовательского пространства [Талагаева Д.А., 2016: 84].

На Лиссабонском саммите (2000) было принято решение об обеспечении так называемой «пятой свободы» — свободы передвижения знаний, которая предусматривает создание внутреннего рынка исследований со свободным перемещением ученых, технологий и финансов [Титова Т.П., 2015: 92]. Формирование ЕИП вошло в повестку саммита ЕС в Лиссабоне и стало главным положением принятой в связи с этим стратегии.

С тех пор поощрение сотрудничества ученых на европейском уровне обозначилось в качестве одной из задач построения ЕИП. Благодаря этому в Шестой рамочной программе (2002-2006) к мерам по образованию интегрированного Европейского исследовательского пространства, подготовки его инфраструктуры и укрепления институтов были отнесены поддержка научных обменов и мобильности ученых, а также дополнительная поддержка национальных программ, нацеленных на межгосударственное сотрудничество<sup>6</sup>. «В Шестой рамочной программе большое внимание уделялось созданию механизмов противодействия «утечке мозгов», а также консолидации исследователей разных стран с целью формирования международной научно-исследовательской сети для решения наиболее актуальных для стран ЕС научных проблем международного масштаба» [Титова Т.П., 2015: 92]. Среди девяти основных инструментов, использованных в Шестой рамочной программе, был специальный инструмент, направленный на повышение мобильности европейских исследователей — «Программа Мария Склодовская-Кюри», запущенная в 1996 г.

Со временем функционирование единого исследовательского пространства начинает испытывать влияние объективных факторов, таких как глобализация, демографические проблемы, изменение исследовательской инфраструктуры (в том числе учреждение Европейского исследовательского совета и Европейского института инноваций и технологий) и др. В докладе «Европейское научное пространство: новые перспективы» (2007) Еврокомиссия указывает наращивание мобильности исследователей между организациями, дисциплинами, секторами промышленности и странами в качестве одного из шести направлений развития наряду с расширением кооперации между ЕИП и третьими странами, в особенности странами, граничащими с ЕС [Талагаева Д.А., 2016: 84].

---

<sup>6</sup> Decision № 1513/2002/EC of European Parliament and Council of 27 June 2002 concerning the 6th framework programme of EC for research, technological development and demonstration activities, contributing to the creation of the European Research Area and to innovation (2002 to 2006) // OJ L 232. 29.08.2002. P. 1–33.

## **2. Закрепление исследовательской мобильности в Лиссабонском договоре: «лимитированная» совместная компетенция в сфере научных исследований**

Лиссабонский договор (2007) стал первым договором ЕС, в котором исследования и разработки признаны самостоятельным направлением политики — ранее договоры рассматривали их в качестве инструмента экономической политики. В соответствии с п. 3 ст. 4 Договора о функционировании Евросоюза (далее — ДФЕС) сфера научных исследований вместе с технологическим развитием и космосом отнесена к сфере совместной компетенции, однако с определенными ограничениями преимущества компетенции ЕС и сохранением возможностей государств-членов по осуществлению собственной компетенции [Barnard C., Peers S., 2017: 58]. «Лимитированная» совместная компетенция получила отражение в разделе XIX ДФЕС, посвященном исследованиям, технологическому развитию и космосу. Это выразилось в закреплении за институтами ЕС полномочий главным образом принятия многолетних рамочных программ в ст. 182 (хотя п. 5 предусматривает также возможность принимать меры, необходимые для формирования европейского пространства научных исследований, в дополнение к мероприятиям, предусмотренным многолетней рамочной программой).

Полагаем, что постепенное движение ЕС к закреплению в качестве отдельного направления политики исследования и разработок на основе «лимитированной» совместной компетенции является позитивным опытом, который следует учитывать при выстраивании интеграционной модели Евразийского экономического союза.

Примечательно, что в области правового регулирования Европейского исследовательского пространства малое влияние оказывает прецедентная практика Суда ЕС, что связано с особенностями нормотворчества ЕС в данной области. Правовые споры в сфере ЕИП возникают главным образом при реализации многолетних рамочных программ ЕС в связи с заключением и исполнением грантовых соглашений между Европейской комиссией и ее агентствами, с одной стороны, и грантополучателями — предприятиями, научно-исследовательскими учреждениями и университетами государств-членов ЕС и третьих стран, с другой. Такие споры рассматриваются Судом ЕС в порядке исков об аннулировании (ст. 263 ДФЕС) или арбитражных оговорок (ст. 272 ДФЕС) [Нечаева Е.К., 2017: 117].

Нормой ДФЕС, закрепляющей мобильность исследователей, является ст. 179, в которой укрепление научных и технологических основ путем построения Европейского исследовательского пространства со свободным

перемещением исследователей, научных познаний и технологий становится одной из целей ЕС [Gokhberg L., Polyakova V., 2014: 108]. В пункте 2 ст. 179 говорится, что Союз поддерживает усилия предприятий, исследовательских центров и университетов по осуществлению сотрудничества, стремясь, в частности, обеспечить исследователям возможности свободно сотрудничать через границы. Также, дополняя действия государств-членов, ЕС проводит меры, стимулирующие подготовку и мобильность исследователей в Союзе (п. d ст. 180 ДФЕС).

Кроме того, ст. 165 ДФЕС указывает цели действий ЕС, среди которых выделяются развитие Европейского измерения в области образования, а также поощрение мобильности студентов и преподавателей, поощряя, среди прочего, академическое признание дипломов и периодов обучения<sup>7</sup>. Пункт 3 ст. 165 отмечает необходимость углубления сотрудничества с третьими странами и компетентными международными организациями, особенно с Советом Европы.

Седьмая рамочная программа (2007–2014)<sup>8</sup> посвящает вопросам, связанным с исследовательской мобильностью, один из четырех разделов — «Кадры»<sup>9</sup>. Он касается создания условий для построения карьеры исследователей, перемещающихся в пределах Европы и ассоциирующихся с сообществом европейских ученых, а не с национальными исследовательскими структурами. Данная идея продолжила развитие в рамках программы «Горизонт 2020»<sup>10</sup> (срок реализации 2014–2020 гг.). Программа «Горизонт 2020» воплощает европейскую научную политику, в том числе вопросы исследовательской мобильности. Она содержится в приложении к Регламенту Европейского совета и Европарламента от 11.12.2013.<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union — Part 3: Union Policies and Internal Actions. Title XII: Education, Vocational Training, Youth and Sport — Article 165 (ex. Article 149 TEC) // OJ C 115. 09.05.2008. P. 120–121.

<sup>8</sup> Decision № 1982/2006/EC of the European Parliament and of the Council of 18 December 2006 concerning 7th Framework Programme of the European Community for research, technological development and demonstration activities (2007-2013) // OJ L 412. 30.12.2006. P. 1–43.

<sup>9</sup> European Parliament legislative resolution on the proposal for a Council decision concerning the specific programme “People” implementing the 7th Framework Programme (2007-2013) of the European Community for research, technological development and demonstration activities // OJ E 316. 22.12.2006. P. 252–265.

<sup>10</sup> Regulation (EU) № 1290/2013 of the European Parliament and Council of 11 December 2013 laying down the rules for participation and dissemination in “Horizon 2020 — the Framework Programme for Research and Innovation (2014-2020)” and repealing Regulation (EC) No 1906/2006 Text with EEA relevance // OJ L 347. 20.12.2013. P. 81–103.

<sup>11</sup> Regulation (EU) № 1291/2013 of the European Parliament and Council of 11 December 2013 establishing Horizon 2020 — Framework Programme for Research and Innovation (2014-2020) and repealing Decision No 1982/2006/EC // OJ L 347. 20.12.2013. P. 104–173.

Как известно, «Горизонт 2020» не станет последней программой, реализуемой ЕС в области научно-технического сотрудничества. Ей на смену придет девятая по счету Рамочная программа «Горизонт Европа» («Horizon Europe»). Среди главных задач следующей программы выделяются несколько, имеющих как косвенное, так и непосредственное отношение к мобильности исследователей. Например, к ним можно отнести содействие трансграничному сотрудничеству между ведущими учеными и инноваторами, а также повышение качества рабочих мест и международной мобильности исследователей в ЕИП.

«Горизонт Европа» будет базироваться на трех разделах, каждый из которых затрагивает проблемы мобильности ученых. Так, раздел «Открытые исследования» («Превосходные исследования»<sup>12</sup>) будет способствовать созданию и распространению высококачественных знаний и технологий посредством продолжения поддержки «Программы Марии Склодовской-Кюри», дающей исследователям возможность приобретения новых знаний и навыков на основе мобильности и взаимодействия стран, секторов и дисциплин, а также с помощью структурирования и совершенствования институциональных и национальных систем подбора, подготовки кадров и развития карьеры<sup>13</sup>.

Особенностью Девятой рамочной программы «Горизонт-Европа» является возможность включения в круг ее участников третьих стран, имеющих отношение к программе, государств или территорий, которые отвечают трем критериям: 1) «хорошему потенциалу» в области науки, технологий и инноваций; 2) приверженности открытой рыночной экономике, основанной на правилах; 3) активной пропаганде политики, направленной на улучшение экономического и социального благополучия граждан. Такие страны могут заключать соглашения об участии в программе «Горизонт-Европа» на условиях совместного финансирования, впрочем, без права принятия обязательных решений по программе. Гипотетически такая возможность есть и у России — при условии политической воли.

Обмен исследовательскими кадрами в ЕС осуществляется по специальным программам. Первые такие программы реализуются с 1987 г.: «Программа Сообщества по техническому образованию и профессиональной подготовке» (СОМЕТТ), направленная на стимулирование контактов и обменов меж-

---

<sup>12</sup> Такоо название первого раздела — “Excellent science” на сайте Комиссии ЕС. Available at: [https://ec.europa.eu/info/horizon-europe-next-research-and-innovation-framework-programme\\_en](https://ec.europa.eu/info/horizon-europe-next-research-and-innovation-framework-programme_en) (дата обращения: 13.07.2020)

<sup>13</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and Council of 07 June 2018 establishing Horizon Europe — the Framework Programme for Research and Innovation, laying down its rules for participation and dissemination. COM/2018/435 final, 2018/0224 (COD). Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52018PC0435> (accessed: 28.10.2020)

ду университетами и промышленностью, и «План действий Европейского сообщества по поощрению студенческих обменов» (ERASMUS), направленная на межвузовские контакты и сотрудничество. В 1990 г. была принята «Программа трансграничной мобильности университетских студентов, нацеленная на университетское сотрудничество с университетами стран Центральной и Восточной Европы» (TEMPUS) для поощрения образовательных обменов и сотрудничества европейских университетов и вузов из стран бывшего СССР.

TEMPUS была заменена программой ERASMUS+, которая в настоящее время получила максимально широкий формат с момента ее создания, объединив поддержку исследовательской мобильности как внутри ЕС, так и мобильность в и из третьих стран. Действующий Регламент 1288/2013 Европарламента и Евросовета, создающий «Эрасмус+», содержит ст.7, посвященную индивидуальной учебной мобильности и применимую в том числе к исследователям<sup>14</sup>.

На сегодняшний день наиболее популярной программой в области исследовательской мобильности остается программа «Мероприятия Марии Склодовской-Кюри», ставшая одним из ключевых элементов «Горизонт 2020». Она призвана оказывать ученым со всего мира финансовую поддержку в целях приобретения новых профессиональных навыков, обмена опытом и проведения исследований в Европе.

Премии за высокие достижения в сфере международного научно-технологического сотрудничества, как Премия Лиллахаммер и Премия Линкс, являются дополнительным стимулом, направленным на активизацию исследовательской деятельности. Система данных грантов и премий в рамках общих европейских программ призвана способствовать развитию мобильности исследователей и молодых ученых в условиях функционирования единого исследовательского пространства [Бударина Н. А., 2012: 115].

### **3. Исследовательская мобильность через призму правового регулирования единого рынка труда ЕС**

Как уже было отмечено, формирование научно-исследовательского пространства неразрывно связано со становлением единого рынка труда исследователей. В целях регулирования основных вопросов в области трудовых и связанных с ними отношений исследователей с работодателями или субси-

---

<sup>14</sup> Regulation (EU) № 1288/2013 of the European Parliament and Council of 11 December 2013 establishing 'Erasmus+' — the Union programme for education, training, youth and sport and repealing Decisions № 1719/2006/EC, № 1720/2006/EC and № 1298/2008/EC // OJ L 347. 20.12.2013. P. 50–73.

дирующими организациями в марте 2005 года Европейской комиссией приняты Европейская хартия исследователей и Кодекс поведения при приеме на работу<sup>15</sup>.

В рекомендациях Комиссии к Европейской хартии исследователей и Кодексу поведения при приеме исследователей на работу были обозначены следующие принципы, касающиеся исследовательской мобильности: все формы мобильности должны быть полностью признаны в системах оценки карьеры и системах карьерного роста исследователей, а также гарантируется, что этот опыт рассматривается как способствующий профессиональному развитию (п. 12); рассмотрение последовательной политики относительно карьеры и мобильности исследователей в и из ЕС в тесной связи с ситуацией в развивающихся странах и регионах Европы и за ее пределами, чтобы усиление исследовательского потенциала ЕС не происходило за счет менее развитых стран или регионов (п. 13)<sup>16</sup>.

По результатам консультаций и выявления проблем Комиссия рекомендует членам ЕС продолжать усилия к преодолению юридических и административных препятствий мобильности, имея в виду как межотраслевую, так и функциональную мобильность, постоянно учитывая расширение интеграции (п. 6 рекомендаций).

В Европейской хартии закрепляется принцип ценности географической, межотраслевой, междисциплинарной и виртуальной мобильности так же, как мобильности между государственным и частным сектором, которую работодатели и/или субсидирующие организации должны осознать, рассматривая ее как важное средство расширения научного знания и профессионального развития на любой стадии исследовательской карьеры<sup>17</sup>. Следовательно, в стратегии развития карьеры должны быть встроены соответствующие опции, а опыт, накопленный исследователем благодаря мобильности, должен в полной мере учитываться в системах оценки карьеры. Это предполагает, что необходимы административные инструменты, позволяющие перемещать вместе с исследователем гранты и условия социального обеспечения в соответствии с законодательством.

В Кодексе поведения при приеме на работу также предусмотрено требование признания любого опыта мобильности исследователей, который следует расценивать как важный вклад в профессиональное развитие, будь то

---

<sup>15</sup> Commission Recommendation of 11 March 2005 on the European Charter for Researchers and on a Code of Conduct for the Recruitment of Researchers // OJ L 75. 22.03.2005. P. 67–77.

<sup>16</sup> Там же.

<sup>17</sup> Annex to the Commission Recommendation of 11 March 2005 on the European Charter for Researchers and on a Code of Conduct for the Recruitment of Researchers. Section I: The European Charter for Researchers // OJ L 75. 22.03.2005. P. 67–77.

пребывание в другой стране/регионе, в другом организационном контексте (государственной или частной организации), миграция от одной дисциплины или отрасли к другой на начальной подготовке к исследованиям или в более поздней стадии карьеры либо же опыт виртуальной мобильности<sup>18</sup>.

Правовое регулирование мобильности исследователей может осуществляться на основании ст. 45–48 главы 1 раздела IV ДФЕС о свободе передвижения работников из государств-членов ЕС, а также на основании ст. 56–62 главы 3 того же раздела о свободе оказания услуг.

#### **4. Правовое регулирование исследовательской мобильности граждан третьих стран в ЕС**

Правовое регулирование мобильности исследователей из третьих стран отличается от правил функционирования внутреннего рынка ЕС. Конкретные правовые нормы, закрепляющие компетенцию институтов ЕС в области мобильности исследователей из третьих стран, содержатся в ст. 77, 79 главы 2 раздела V о политике в отношении пограничного контроля, убежища и иммиграции применительно к гражданам третьих стран. На особенности правового регулирования миграции исследователей–граждан третьих стран обращает внимание целый ряд авторов [Wiesbrock A., 2010]; [Peers S. et al., 2012].

Многие вопросы правового регулирования мобильности исследователей из третьих стран получили отражение в Директиве (ЕС) 2016/801 Европейского парламента и Совета от 11.05.2016 об условиях въезда и проживания граждан третьих стран в целях научных исследований, образования, стажировок, волонтерской деятельности, программ обмена учащимися или образовательных проектов и работы по программе “au pair”<sup>19</sup>, принятой на основе ст. 79 ДФЕС. Данный документ учитывает опыт ранее действовавших в этой области директив: на основании выявленных потребностей, определенных в докладах об осуществлении директив 2004/114/ЕС и 2005/71/ЕС, и для устранения недостатков, увеличения прозрачности, правовой определенности и согласованной правовой политики по отношению к различным категориям граждан третьих стран, прибывающих в Союз, были пересмотрены Директива 2004/114/ЕС и Директива 2005/71/ЕС<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Annex to the Commission Recommendation of 11 March 2005 on the European Charter for Researchers and on a Code of Conduct for the Recruitment of Researchers. Section 2: The Code of Conduct for the Recruitment of Researchers // OJ L 75. 22.03.2005. P. 67–77.

<sup>19</sup> Directive (EU) 2016/801 of the European Parliament and Council of 11 May 2016 on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purposes of research, studies, training, voluntary service, pupil exchange schemes or educational projects and au pairing // OJ L 132. 21.05.2016. P. 21–57.

<sup>20</sup> Там же.

С помощью нового единого документа упрощены и упорядочены существующие положения и созданы общие правила для определенных директивой мигрирующих групп. Кроме этого, в докладах об осуществлении директив 2004/114/ЕС и 2005/71/ЕС и в ряде исследований были отмечены недостатки, касающиеся условий приема, прав, процедурных гарантий, доступа учащихся на рынок труда во время обучения, а также положений о мобильности внутри ЕС [Pascouau Y., 2013: 5]. Последующие консультации указали на необходимость расширения возможностей поиска работы для исследователей и студентов, а также улучшения защиты граждан третьих стран, участвующих в программе “au pair”, что не предусматривалось более ранними директивами 2004 и 2005 гг.

Директивой 2016/801 облегчен прием граждан третьих стран, подающих заявление с целью проведения исследований, посредством процедуры допуска, которая перестала зависеть от их правовых отношений с принимающей организацией и для осуществления которой больше не требуется разрешения на работу. Эта процедура должна основываться на сотрудничестве исследовательских организаций и иммиграционных властей государств-членов. Она должна облегчить и ускорить въезд граждан третьих стран, ходатайствующих об исследовательской деятельности в Союзе, сохраняя при этом полномочия государств-членов в сфере иммиграционной политики. Исследовательские организации, которые государства-члены должны утвердить заранее, должны иметь возможность подписать либо соглашение о размещении, либо контракт с гражданином третьей страны для целей проведения исследовательской деятельности. Государства-члены обязаны давать разрешение на основе соглашения о размещении или контракта, если соблюдены условия въезда и проживания.

Чтобы сделать ЕС привлекательным для граждан третьих стран, намеренных осуществлять исследования в Союзе, членам их семей, как это определено в Директиве Совета 2003/86/ЕС, должно быть разрешено сопровождать их и пользоваться положениями о мобильности внутри ЕС. Члены семей должны иметь доступ к рынку труда в первом государстве-члене и, в случае долгосрочной мобильности, во втором государстве-члене, за исключением таких чрезвычайных обстоятельств, как особенно высокий уровень безработицы, когда государства-члены должны сохранять возможность трудоустройства граждан на внутреннем рынке труда в пределах 12 месяцев. Кроме отступлений, предусмотренных настоящей Директивой, должны применяться все положения Директивы 2003/86/ЕС, включая основания отклонения, отзыва или отказа в возобновлении. Таким образом, разрешения на проживание членов семьи могут быть отозваны или не продлены, если разрешение исследователя, которого они сопровождают, заканчивается, и они не пользуются автономным правом на пребывание.

Осуществление этой Директивы не должно поощрять утечку умов из стран с формирующейся рыночной экономикой или развивающихся стран. Меры поддержки реинтеграции исследователей в их страны происхождения должны приниматься совместно со странами происхождения в целях разработки всеобъемлющей миграционной политики. Также в Директиве (ЕС) 2016/801 подчеркивается, что создание открытого рынка труда исследователей Евросоюза и исследователей из третьих стран подтверждено в качестве ключевой цели ЕИП.

Указанная Директива облегчила мобильность исследователей внутри ЕС еще и тем, что гражданин третьей страны, обладающей разрешением на обучение или исследования, полученным в первом государстве-члене, имеет право въезжать, пребывать проходить часть своего обучения или выполнять часть исследования в одном или нескольких других государствах-членах ЕС [Четвериков А.О., 2018: 192].

Можно сделать вывод, что правовое регулирование исследовательской мобильности в рамках ЕС находится на высоком уровне, имеет положительную динамику и продолжает развиваться, способствуя увеличению международных контактов, программ партнерства и обмена между образовательными и научными учреждениями по всему миру.

Опыт правового регулирования исследовательской мобильности в ЕС может быть использован Россией при формулировании предложений в области развития ЕАЭС при условии адаптации этого опыта к условиям евразийской интеграции. Кроме того, исследовательская мобильность является одним из сохраняющихся направлений сотрудничества между Российской Федерацией и Европейским союзом в рамках Соглашения о сотрудничестве в области науки и технологии (2000), продленного на очередной пятилетний срок в 2019 г.<sup>21</sup>

## **5. Место исследовательской мобильности в мягко-правовой интеграции высшего образования, исследований и инноваций внутри Европейского пространства высшего образования**

Другим не менее успешным образцом регулирования исследовательской мобильности может считаться Европейское пространство высшего образо-

---

<sup>21</sup> Распоряжение Правительства Российской Федерации от 15.05.2019 №943-р «О заключении путем обмена нотами Соглашения между Правительством Российской Федерации и Европейским союзом о продлении действия Соглашения между Правительством Российской Федерации и Европейским сообществом о сотрудничестве в области науки и технологий от 16.11.2000». Available at: URL: <http://static.government.ru/media/files/Tgk0LohKmPyqGVexWg9vapPRQHsk6YzV.pdf> (дата обращения: 14.07.2020)

вания (ЕПВО), тем более, что до 2020 г. намечено развитие синергетического эффекта между Европейским пространством высшего образования и ЕИП. ЕПВО — объединение государств Европы, созданное для реализации интеграционных проектов в сфере высшего образования на территории ЕС, а также за его пределами.

ЕПВО — результат Болонского процесса; оно не имеет собственных учредительных документов и основано на Сорбоннской декларации (1998) «Гармонизировать архитектуру европейской системы высшего образования» (Декларация о намерении создать ЕПВО и об общих контурах этого пространства), Болонской декларации (1999) о Европейском пространстве высшего образования (уточняющий данные контуры план совместных действий, от которого произошло понятие «Болонский процесс»), а также последующих актов конференций министров по делам высшего образования: Прага (2001), Берлин (2003), Берген (2005), Лондон (2007) и др. [Четвериков А.О., 2016: 79–80].

По мнению Еврокомиссии, выраженному в обращении к Бергенской конференции (2005), «Болонский процесс полностью вписывается в реализацию Лиссабонской стратегии» [Талагаева Д.А., 2016: 94]. Тема подготовки докторов, подразумевающая участие в исследовательской работе, послужила звеном, связывающим Болонский процесс и Лиссабонскую повестку: таким образом были объединены вопросы высшего образования, остающиеся преимущественно в компетенции государств-членов, и поддержки научных исследований, в которой ЕС обладает широкими полномочиями и которая с каждым годом играет все более заметную роль [Талагаева Д.А., 2016: 95].

Обратившись к Великой хартии европейских университетов<sup>22</sup>, заметим, что подписавшие данный документ государства еще в 1988 г. подчеркивали важность поддержания мобильности студентов и преподавателей, указывая в качестве ее принципа неотделимость педагогической деятельности от исследовательской.

Некоторые положения Сорбоннской декларации, обосновавшей стратегическую цель создания зоны европейского высшего образования, нацелены на гармонизацию вопросов исследовательской мобильности. Например, говорится, что открытое европейское пространство высшего образования является богатым источником возможных перспектив, учитывающих разнообразие, но, с другой стороны, требуется необходимость дальнейших усилий к устранению барьеров и обновлению систем преподавания и обучения, что будет способствовать развитию мобильности и более тесному сотрудничеству [Козлова Е.С., Кузьмин И.А., 2013: 264]. Также Декларация рекомендует

---

<sup>22</sup> Великая Хартия европейских университетов от 18.09.1988. Available at: URL: <http://www.russianenic.ru/int/bol/charter.html> (дата обращения: 28.10.2020)

обеспечить преподавателям и научно-исследователям возможность работать в других европейских странах<sup>23</sup>.

В Болонской декларации (1999) содержатся нормы о содействии мобильности исследователей путем преодоления преград свободному передвижению, а именно: признания и зачета периодов времени, затраченного на исследования, преподавание и стажировку в европейском регионе без ущерба их правам, установленным законом<sup>24</sup>. Мобильность исследователей отмечалась и в последующих документах Болонского процесса, в частности, в Пражском коммюнике (2001), Левенском коммюнике (2009) и особенно в Будапештско-Венской декларации (2010), в которой исследователи интегрированы в академическое сообщество наряду с преподавателями, административным персоналом, студентами и др., играя ведущую роль в реализации ЕПВО<sup>25</sup>.

Кроме этого, многие вопросы, с которыми сталкиваются исследователи в процессе краткосрочной или долгосрочной миграции, регулируются с помощью европейских конвенций, разработанных в рамках Совета Европы и ЮНЕСКО (Конвенция о признании дипломов о высшем образовании и ученых степеней в государствах региона Европы (1979), Конвенция о признании квалификаций, относящихся к высшему образованию, в Европейском регионе (1997) и др.)<sup>26</sup>.

В рамках ЕПВО наблюдается устойчивая тенденция к интеграции высшего образования, исследований и инноваций, в том числе предусматривающая включение мобильности исследователей в общий процесс мобильности наряду с преподавателями, административным персоналом и студентами. Об этом упоминается в Парижском коммюнике (2018) в качестве планов на перспективу после 2020 г.<sup>27</sup> Полагаем, что указанная тенденция сохранится и окрепнет после окончания пандемии Covid-19.

## **Заключение**

Международная мобильность исследователей — явление, ставшее следствием общественного прогресса и закономерного развития научно-образо-

---

<sup>23</sup> Совместная Декларация по гармонизации Европейской системы высшего образования от 25 мая 1998 г. Available at: URL: <http://www.russianenic.ru/int/bol/base1.html> (дата обращения: 28.10.2020)

<sup>24</sup> Совместная Декларация европейских министров образования от 19 июня 1999 г. Available at: URL: <http://www.russianenic.ru/int/bol/base2.html> (дата обращения: 28.10.2020)

<sup>25</sup> Par. 9 Budapest-Vienna Declaration on the European Higher Education Area, March 12, 2010. Available at: [http://www.ehea.info/Upload/document/ministerial\\_declarations/Budapest\\_Vienna\\_Declaration\\_598640.pdf](http://www.ehea.info/Upload/document/ministerial_declarations/Budapest_Vienna_Declaration_598640.pdf) (accessed: 15.07.2020)

<sup>26</sup> Международно-правовая основа признания документов об образовании. Available at: URL: <http://www.russianenic.ru/int/unesco/index.html> (дата обращения: 28.10.2020)

<sup>27</sup> Paris Communiqué, May 25 2018. Available at: [http://www.ehea.info/Upload/document/ministerial\\_declarations/EHEAParis2018\\_Communique\\_final\\_952771.pdf](http://www.ehea.info/Upload/document/ministerial_declarations/EHEAParis2018_Communique_final_952771.pdf) (дата обращения: 28.10.2020)

вательной среды по всему миру. В связи с выявлением множества преимуществ исследовательской мобильности и возрастанием числа ее участников вопросы правового регулирования данного процесса становятся все более актуальными. Особенно отчетливо это прослеживается в праве Европейского союза, где правовое регулирование исследовательской мобильности формировалось на основе разных юридических оснований: в рамках научно-технической политики ЕС, политики в сфере образования, свободного передвижения работников и пространства свободы, безопасности и правосудия.

Мобильность исследователей в Европе находится на стыке правовой политики в области научно-технических исследований, высшего образования, а также свободного передвижения работников. Именно поэтому правовые акты ЕС в одной сфере неизбежно оказывают влияние на регулирование в смежных областях. Кроме того, Европейское исследовательское пространство тесно взаимосвязано с Европейским пространством высшего образования, одним из интегрированных элементов которых выступает исследовательская мобильность.

Весьма ценным опытом права ЕС стало постепенное движение к правовому регулированию научно-технической политики на уровне ЕС и включению инструментов исследовательской мобильности в правовые акты ЕС, сначала на уровне первых рамочных программ в рамках подразумеваемых полномочий Европейских сообществ, а затем и непосредственно в тексте учредительных договоров ЕС в контексте «лимитированной» совместной компетенции. В сфере правового регулирования Европейского исследовательского пространства недостаточное влияние оказывает прецедентная практика Суда ЕС, что связано с особенностями нормотворчества ЕС в этой области.

Международно-правовое регулирование исследовательской мобильности в рамках ЕС имеет положительную динамику и тенденции развития, среди которых выделяются рост числа международных партнеров, а также программ сотрудничества и обмена между образовательными и научными организациями по всему миру.

Постепенное движение Европейского союза к закреплению в качестве отдельного направления политики исследования и разработок на основе «лимитированной» совместной компетенции является позитивным опытом, который следует учитывать при выстраивании интеграционной модели Евразийского экономического союза. Россия в ближайшие десятилетия, как и члены Евросоюза, будет нуждаться в постоянном притоке иммигрантов различной квалификации для поддержания экономического роста. Это, в свою очередь, потребует разработки комплекса мер в области интеграции

иммигрантов [Белов В.А., Кожаев Ю.П., 2017: 110]. Именно поэтому опыт правового регулирования исследовательской мобильности в ЕС может быть использован Россией при формулировании предложений в области развития ЕАЭС при условии адаптации этого опыта к условиям евразийской интеграции. Кроме того, исследовательская мобильность является одним из направлений сотрудничества России и Евросоюза в рамках Соглашения о сотрудничестве в области науки и технологии (2000).

Целесообразно и полезно разработать в рамках Европейского пространства высшего образования рекомендации по академической и исследовательской мобильности, используя опыт ее правового регулирования в праве ЕС и учитывая интересы всех государств, участвующих в Болонском процессе, включая Россию.



## **Библиография**

Акульшина А.В., Пилюева Е.О. Европейская политика в области науки и инноваций // Современная Европа. 2013. N 2. С. 57–74.

Белов В.А., Кожаев Ю.П. Правовое регулирование трудовой миграции государств-членов ЕС и ЕАЭС посредством подготовки профессиональных кадров в ВУЗах ЕС и РФ (сравнительный анализ и предложения) // Вестник МФЮА. 2017. N 1. С. 108–120.

Бударина Н.А. Международные программы научно-технического сотрудничества в рамках Европейского союза и Евразийского экономического сообщества // Вестник Полоцкого государственного университета. Экономические и юридические науки. Конституционное и международное право. 2012. N 6. С. 112–122.

Ерохина К.С. Социальная мобильность ученых и проблемы ее государственного регулирования // Социологические исследования. 2008. N 9. С. 85–93.

Игнатушенко Е.И. Общеввропейское научно-техническое пространство и роль России. М.: МАКС Пресс, 2014. 180 с.

Козлова Е.С., Кузьмин И.А. Международно-правовое регулирование академической мобильности как социального процесса в высшей школе // Вестник Иркутского технического университета. 2013. N 9. С. 261–268.

Нечаева Е.К. Правовое регулирование научных исследований и технологического развития в рамках региональных интеграционных организаций (на примере Европейского союза и Евразийского экономического союза). Дис. ... к.ю.н. М., 2017. 234 с.

Талагаева Д.А. История формирования европейского исследовательского пространства: от межправительственных соглашений до рамочных программ ЕС // Вестник Брянского государственного университета. 2017. N 3. С. 76–86.

Талагаева Д.А. Формирование Европейского научного пространства: подходы скандинавских стран: Дис. ... к. п. н. М., 2016. 209 с.

Титова Т.П. Развитие международной мобильности научных кадров: опыт Европейского союза // Социология науки и технологий, 2015. Т. 6. N 1. С. 90–97.

Четвериков А.О. Право Совета Европы и Болонский процесс // Актуальные проблемы российского права. 2016. N 2. С. 79–91.

Четвериков А.О. Миграционное право Европейского союза. М.: Проспект, 2018. 368 с.

Шелюбская Н.В. Формирование рынка научных кадров и внутренняя мобильность: опыт ЕС. М.: ИНИОН, 2013. С. 409–414.

Barnard C., Peers S. European Union Law. Oxford: OUP, 2017. 853 p.

Gokhberg L., Polyakova V. Innovative Activities and Skills. Ithaca (N.Y.): Cornell University Press, 2014. 234 p.

Guzzetti L. A Brief History of European Union Research Policy. Luxembourg: European Communities Press, 1995. 252 p.

Pascouau Y. Intra-EU mobility of third-country nationals. State of play and prospects. European Policy Center, Discussion Paper, 2013. 20 p.

Peers S. et al. EU Immigration and Asylum Law (text and commentary). Vol. 2: EU Immigration Law. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 2012. 590 p.

Wiesbrock A. Legal Migration to the European Union. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 2010. 809 p.

---

## Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 4

### Researchers Mobility as a Manifestation of Integrated Legal Regulation in Europe



**Rustem Davletgildeev**

Professor, Department of Theory and History of State and Law, Faculty of Law, Kazan Federal University, Doctor of Juridical Sciences. Address: 18 Kremlyovskaya Str., Kazan 420008, Russian Federation. E-mail: roustem.davletgildeev@kpfu.ru



**Sandra Tsygantsova**

Postgraduate Student, Department of International and European Law, Faculty of Law, Kazan Federal University. Address: 18 Kremlyovskaya Str., Kazan 420008, Russian Federation. E-mail: tsygantsova.sandra@yandex.ru



#### Abstract

The authors study the legal regulation of research mobility within the European research area established in the European Union and the European higher education area, which has a wider range of member States of the Bologna process. The author emphasizes the relationship between the legal policies of the European Union in the research and innovation, education, as well as the free movement of workers, and the legal policy implemented within the European higher education area, which gives the phenomenon of research mobility an integrated character. The legal regulation of research mobility in the EU for third-country nationals, many of whom are members of the European higher education area, serves as an additional confirmation of integration. The article deals with legal acts of EU law that directly or indirectly affect the problem of international mobility of researchers, as well as soft law acts, including policy documents. See the genesis and development of this area of legal regulation, we consider the so-called “limited edition”

joint competence of the EU in the field of research and the “movement of knowledge”, claiming the status of “fifth” freedom, and also noted while a minor role of the EU Court practice in the field of mobility of researchers. The article analyzes the European legal mechanisms, the experience of which is a necessary tool for building their own model of exchange of scientists, contributing to the scientific development of the countries of the Eurasian economic Union. Based on the results of this work, the authors conclude that the experience of legal regulation of research mobility in the EU can be used by the Russian Federation in formulating proposals for the development of the EAEU, provided that this experience is adapted to the conditions of Eurasian integration. The adaptation of these mechanisms can also be used to support relations between the Russian Federation and the European Union in the implementation of the agreement on cooperation in the field of science and technology of November 16, 2000. In addition, it was found necessary to develop recommendations on academic and research mobility within the European higher education area, using the experience of legal regulation of mobility in the law of the European Union and taking into account the interests of all States participating in the Bologna process, including the Russian Federation.



### Keywords

research mobility, legal regulation, EU research and innovation policy, European research area, European higher education area, European Union, Bologna process, freedom of movement of knowledge, Eurasian integration.

**Acknowledgments:** the paper was prepared with the financial support of the Russian Foundation of Basic Research, Grant No. 18-29-15046 “Regional models of international legal regulation of research spaces in the regions of Europe and Eurasia”.

The paper is published within the project of supporting the publications of the authors of Russian educational and research organizations in the NRU HSE academic publications.

**For citation:** Davletgildeev R.S., Tsygantsova S.I. (2020) Researchers Mobility as a Manifestation of Integrated Legal Regulation in Europe. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 240–260 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.4.240.260



### References

Akulshina A.V., Piliyeva E.O. (2013) The European Science and Innovation Policy. *Sovremennaya Evropa*, no 2, pp. 57–74 (in Russian)

Barnard C., Peers S. (2017) *The European Union Law*. Oxford: OUP, 853 p.

Belov V.A., Kozhayev Y.P. (2017) Legal regulation of labor migration in member states of EU and EAEU. *Vestnik MFUA*, no 1, pp. 108–120 (in Russian)

Budarina N.A. (2012) International programs of academic and technical cooperation within European Union and Euroasian Economic Community. *Vestnik Polotskogo universiteta*, no 6, pp. 112–122 (in Russian)

Chetverikov A.O. (2016) Law of the Council of Europe and the Bologna process. *Aktual'nye problemy rossijskogo prava*, no 2, pp. 79–91 (in Russian)

Chetverikov A.O. (2018) *Migration Law of the European Union*. Moscow: Prospect, 368 p. (in Russian)

- Erokhina K.S. (2008) Social mobility of researchers and its regulation. *Sociologicheskie issledovaniya*, no 9, pp. 85–93 (in Russian)
- Gokhberg L., Polyakova V. (2014) *Innovative Activities and Skills*. Ithaca (N.Y.): Cornell University Press, 234 p.
- Guzzetti L. (1995) *A Brief History of European Union Research Policy*. Luxembourg: European Communities Press, 252 p.
- Ignatushchenko E.I. (2014) *The Common European research and technical space and the role of Russia*. Moscow: Maks Press, 180 p. (in Russian)
- Kozlova E.S., Kuzmin I.A. (2013) International legal regulation of academic mobility as social process at higher education. *Vestnik Irkutskogo universiteta*, no 9, pp. 261–268 (in Russian)
- Nechaeva E.K. (2017) Legal regulation of research and development within regional integration organizations: EU and Eurasian economic union). Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 234 p. (in Russian).
- Pascouau Y. (2013) Intra-EU mobility of third-country nationals. State of play and prospects. European Policy Center, Discussion Paper, April, 20 p.
- Peers S. et al. (2012) *EU Immigration and Asylum Law (text and commentary)*. Vol. 2. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 590 p.
- Shelyubskaya N.V. (2013) *Formation of research personnel market and internal mobility: EU experience*. Moscow: INION, pp. 409–414 (in Russian)
- Talagaeva D. A. (2016) Formation of the European scientific space: approaches of the Scandinavian countries. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 209 p. (in Russian)
- Talagaeva D.A. (2017) History of forming European research area: from intergovernmental agreements to EU framework programs. *Vestnik Bryanskogo universiteta*, no 3, pp. 76–86 (in Russian)
- Titova T.P. (2015) Development of international academic mobility: experience of the European Union. *Sociologiya nauki i tehnologii*, no 1, pp. 90–97 (in Russian)
- Wiesbrock A. (2010) *Legal Migration to the European Union*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 809 p.

**1/2020**

---

**Правовая мысль: история и современность**

**Ю.А. Тихомиров, Э.В. Талапина**

Право как эффективный фактор экономического развития 4

**М.В. Залоило**

Фрагментация как современная тенденция развития правового пространства 27

**Д.А. Савельев**

Исследование сложности предложений, составляющих тексты правовых актов органов власти Российской Федерации 50

**Российское право: состояние, перспективы, комментарии**

**Д.Г. Бачурин**

Типология моделей правового регулирования налогообложения добавленной стоимости 75

**М.Н. Малеина**

Правовой статус биобанка (банка биологических материалов человека) 98

**Ю.В. Трунцевский, В.В. Севальнев**

Смарт-контракт: от определения к определенности 118

**Ф.Ф. Мамедова**

Справедливость в уголовном праве: современное состояние вопроса 148

**С.А. Ядрихинский**

О соотношении законного интереса и субъективного права налогоплательщика: структурные особенности 169

**Ю.В. Грачева, С.В. Маликов, А.И. Чучаев**

Предупреждение девиаций в цифровом мире уголовно-правовыми средствами 188

**А.М. Разогреева**

Правовые позиции Верховного Суда Российской Федерации по вопросу квалификации преступлений с «негодным» субъектом: опыт дискурс-анализа 211

**О.Н. Шерстобоев**

Иммиграционное задержание: международно-правовая основа и национальное регулирование (сравнительно-правовое исследование) 230

**Legal Thought: History and Modernity**

**Yu.A. Tihomirov, E.V. Talapina**

Law as an Effective Factor in Economic Development 4

**M.V. Zaloilo**

Fragmentation as a Modern Trend of Legal Space Development 27

**D.A. Saveliev**

A Study in Complexity of Sentences Constituting Russian Federation Legal Acts 50

**Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries**

**D.G. Bachurin**

Typology of Models of Legal Regulating Taxation of Added Value 75

**M.N. Maleina**

Legal Status of the Biobank (Bank of Biological Human Material) 98

**Y.V. Truntsevsky, V.V. Sevalnev**

Smart Contract: from Identification to Certainty 118

**F.F. Mamedova**

Justice in Criminal Law: Current Status of the Issue 148

**S.A. Yadrikhinskiy**

About Ratio of Legitimate Interest and Subjective Rights of a Taxpayer: Structural Features 169

**Y.V. Gracheva, S.V. Malikov, A.I. Chuchaev**

Preventing Deviations in the Digital World by Criminal Law Means 188

**A.M. Razogreeva**

Legal Positions of the Supreme Court of Russian Federation on the Crime Qualification with a "Irrelevant" Subject: a Discourse Analysis 211

**O.N. Sherstoboev**

Immigration Detention: International Law Framework and National Regulation (a Comparative Study) 230

### **Российское право: состояние, перспективы, комментарии**

**Л.А. Новоселова, О.С. Гринь**

Формирование стратегий развития интеллектуальной собственности в целях преодоления административных барьеров 4

**Л.В. Терентьева**

Арбитражные оговорки в соглашениях с участием потребителя 28

**Н.И. Марышева, А.И. Щукин**

Иностранное судебное решение как объект признания и приведения в исполнение в России 45

**И.А. Емелькина**

Право прохода (проезда) к общественной дороге как ограничение права собственности в интересах соседа в российском и зарубежном праве 84

**Д.В. Лоренц**

Наследственный договор: подход континентального права 105

**И.А. Клепицкий**

Начало бизнеса: риск наказания 130

**И.А. Филипова**

Трудовое право: вызовы информационного общества 162

**Д.Б. Горохов, С.В. Иванова**

Легализация «вольерной охоты» — очередной проблемный результат отечественного правотворчества 183

**И.В. Панова**

Административная юстиция 211

### **Право в современном мире**

**М.В. Мажорина**

Киберпространство и методология международного частного права 230

### **Рецензии**

**М.В. Антонов**

Искусство судить 254

### **Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries**

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

Forming Strategies of Intellectual Property Development to Overcome Administrative Barriers 4

**L.V. Terenteva**

Arbitration Clauses in Agreements Involving Consumers 28

**N.I. Marysheva, A.I. Schukin**

Foreign Judgment as Object of Recognition and Enforcement in the Russian Federation 45

**I.A. Emelkina**

The Right of Access to Public Road as a Restriction of Property in the Neighbor Interest in Russian and Foreign Law 84

**D.V. Lorents**

The Hereditary Contract: Roman and German Approaches 105

**I.A. Klepitskij**

Starting a Business: Risk of Penalties 130

**I.A. Filipova**

Labour Law: Challenges of Digital Society 162

**D.B. Gorokhov, S.V. Ivanova**

Legalization of Aviary Hunting as Another Controversial Result of Domestic Law-Making 183

**I.V. Panova**

The Administrative Justice 211

### **Law in the Modern World**

**M.V. Mazhorina**

Cyberplace and Methodology of International Private Law 230

### **Book Review**

**M.V. Antonov**

The Art to be a Judge 254

**Российское право: состояние, перспективы, комментарии****К.А. Барышева, Д.М. Максимов**

Отказ в признании и исполнении в Российской Федерации иностранного судебного решения, полученного обманным путем 4

**Е.П. Войтович**

Оговорка о публичном порядке как основание отказа в применении иностранного семейного права 26

**С.В. Зыков**

Осуществление права отцовства в современной России: правоприменительные и законодательные препятствия 44

**И.П. Можаяева**

Основные направления противодействия преступным посягательствам на культурные ценности 72

**Д.Н. Кархалев**

Восстановление нарушенных гражданских прав во внесудебном порядке 90

**Дискуссионный клуб****Д.В. Пятков**

Смерть человека в контексте учения о лицах 112

**Право в современном мире****А.С. Исполинов**

Эволюция правового статуса оговорок: от «правила единогласия» Лиги Наций до Руководства Комиссии международного права по оговоркам 2011 года 134

**О.В. Сергеева**

Влияние цифровизации на регулирование преддоговорных отношений в международном частном праве 162

**К.А. Пономарева**

Основные свободы и их влияние на режим налогообложения прибыли и доходов в Европейском союзе и Евразийском экономическом союзе 185

**Е.В. Постникова**

Правовое регулирование запрета гео-блокировки в целях создания единого цифрового рынка Европейского союза 207

**М.В. Вениаминова**

Натурализация в Испании в свете иммиграционных процессов 235

**Рецензии****Д.Ю. Полдников**

У истоков общеевропейских стандартов правосудия 253

**Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries**

**K.A. Barysheva, D.M. Maksimov**

The Refusal for Recognition and Enforcement in the Russian Federation of a Foreign Judgment Obtained by Fraud 4

**E.P. Voytovich**

The Public Order Reservation to Application of Foreign Family Law 26

**S.V. Zykov**

Problems of Implementing Rights of Fatherhood in Modern Russia 44

**I.P. Mozhaeva**

The Counteractions Against Criminal Encroachments at Cultural Values 72

**D.N. Karkhalev**

Restoration of Violated Civil Rights out of Court 90

**Discussion Club**

**D.V. Pyatkov**

The Death of Man in Context of Study of Persons 112

**Law in the Modern World**

**A.S. Ispolinov**

The Evolution of Legal Status of Reservations: from the League of Nations Unanimity Rule to the International Law Commission 2011 Guide to Practice on Reservations to Treaties 134

**O.V. Sergeeva**

The Influence of Digitalization on Regulating Precontractual Relations in Private International law 162

**K.A. Ponomareva**

The Fundamental Freedoms and their Influence on Profit Taxation in EU and EAEU 185

**E.V. Postnikova**

Legal Regulating Prohibition of geo-blocking to Create a Single Digital Market of the European Union 207

**M.V. Veniaminova**

Naturalization in Spain in Light of Immigration Process 235

**Book Review**

**D.Yu. Poldnikov**

The Sources of the European Judicial Standards 253

## **Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»**

### **XXII Апрельская международная научная конференция по проблемам развития экономики и общества (АМНК) 13–23 Апреля 2021 г.**

XXII Апрельская международная научная конференция по проблемам развития экономики и общества, проводимая Национальным исследовательским университетом «Высшая школа экономики», состоится с 13 по 23 апреля 2021 г.. Председатель Программного комитета АМНК — научный руководитель НИУ ВШЭ профессор Е.Г. Ясин.

Конференция посвящена широкому кругу актуальных проблем экономического и социального развития страны. Основную часть выступлений на АМНК составляют научные доклады российских и зарубежных ученых. Важной частью программы конференции являются специальные мероприятия, которые проводятся в формате пленарных заседаний и круглых столов с участием членов Правительства Российской Федерации, государственных деятелей, представителей бизнеса, российских и зарубежных экспертов.

В сложившихся эпидемиологических условиях XXI Апрельская конференция прошла в распределённом формате, что означало совмещение различных форм проведения и более длительных сроков. Приём заявок на XXII АМНК был открыт 21 сентября. Планируется, что конференция пройдет с 13 по 23 апреля 2021 г. в смешанном формате и объединит как онлайн, так и офлайн мероприятия. Рассчитываем не позднее 1 февраля уточнить формат проведения конференции.

Как и в прошлом году, Программный комитет объявил о конкурсе заявок на поддержку участия в конференции молодых исследователей из вузов российских регионов и Санкт-Петербурга. Приглашаем к участию молодых ученых!

Апрельская международная научная конференция в очередной раз открывает свои двери для академического и экспертного сообщества. Будем рады видеть Вас на пространстве Апрельки!

#### **ПОРЯДОК ПОДАЧИ ЗАЯВОК НА УЧАСТИЕ В КОНФЕРЕНЦИИ**

**ТРЕБОВАНИЯ:** Доклад, заявляемый на конференцию, должен содержать результаты оригинального научного исследования, выполненного с использованием современной исследовательской методологии. Программа секций и круглых столов формируется с учетом принятых докладов.

**РАБОЧИЕ ЯЗЫКИ:** русский и английский.

**ВРЕМЯ ВЫСТУПЛЕНИЙ:**

Продолжительность презентации доклада на сессии: 15 — 20 минут;

Выступления в рамках круглых столов: 5 — 7 минут.

**РЕГИСТРАЦИОННЫЙ ВЗНОС:**

Информация об оплате участия в конференции (размер регистрационных взносов, порядок и сроки оплаты) размещена на сайте: <https://conf.hse.ru/2021/fees#pagetop>

**СРОКИ ПОДАЧИ ЗАЯВОК:**

- Заявку на выступление в качестве докладчика на сессии следует подавать онлайн через систему регистрации НИУ ВШЭ <http://conf.hse.ru/> с 21 сентября по 16 ноября 2020 г.

К заявке должна быть приложена развернутая аннотация предполагаемого выступления на русском (для русскоязычных участников) и английском (для всех участников) языках в формате Word или RTF объемом не менее 1, но не более 3 машинописных страниц каждая, через 1,5 интервала (от 2000 до 7 000 знаков). В аннотации должны быть четко сформулированы следующие аспекты: рассматриваемая проблема, используемый подход к ее решению (в частности, если есть, модель, на которой основан анализ), изложены основные полученные результаты. Необходимо указать, в чем основная новизна представленных результатов по сравнению с ранее опубликованными. Заявки, не соответствующие указанным требованиям, не будут рассматриваться.

- Группа авторов, каждый из которых зарегистрирован в системе конференции, может сообщить в Программный комитет о своем желании организовать коллективную сессию. Для этого необходимо до 16 ноября 2020 г. заполнить форму, размещенную на сайте конференции.

Один автор может представить на конференции один личный доклад и не более двух докладов в соавторстве. В рамках отдельной сессии не должно быть более двух докладов, представленных от одной организации. Продолжительность сессии — 1,5 часа. Предложения по формированию сессий рассматриваются Программным комитетом на этапе экспертизы заявок и формирования программы конференции.

- Решение Программного комитета о включении докладов в программу конференции будет принято до 27 января 2021 г. на основании экспертизы с привлечением независимых экспертов, после чего на сайте конференции будет опубликована предварительная версия программы конференции.

- До 1 февраля 2021 г. будет объявлено о формате конференции: онлайн, офлайн или смешанный.

- В срок до 10 февраля 2021 г. авторы докладов, включенных в предварительную программу конференции, должны подтвердить своё участие в личном кабинете системы регистрации. В случае отсутствия подтверждения доклады будут исключены из программы. Авторы докладов, включенных в программу конференции, должны до 12 марта 2021 г. представить слайды презентации на английском языке.

Доклады, включенные в программу конференции, после дополнительного рецензирования и рассмотрения редакциями,

**Журнал учрежден** в качестве печатного органа Национального исследовательского университета «Высшей школы экономики» с целью расширения участия НИУ ВШЭ в развитии правовой науки, в совершенствовании юридического образования.

**Главные задачи:**

- стимулирование научных дискуссий
- опубликование материалов по наиболее актуальным вопросам права
- содействие реформе юридического образования, развитию образовательного процесса, в том числе разработке новых образовательных курсов
- укрепление взаимодействия между учебными и научными подразделениями НИУ ВШЭ
- участие в расширении сотрудничества российских и зарубежных ученых-юристов и преподавателей
- вовлечение молодых ученых и преподавателей в научную жизнь и профессиональное сообщество
- организация круглых столов, конференций, чтений и иных мероприятий

**Основные темы:**

Правовая мысль (история и современность)  
Портреты ученых-юристов  
Российское право: состояние, перспективы, комментарии  
Судебная практика  
Право в современном мире  
Реформа юридического образования  
Научная жизнь  
Дискуссионный клуб  
Рецензии

**Журнал рассчитан** на преподавателей вузов, аспирантов, научных работников, экспертное сообщество, практикующих юристов, а также на широкий круг читателей, интересующихся современным правом и его взаимодействием с экономикой. «Право. Журнал Высшей школы экономики» включен в перечень ведущих российских рецензируемых научных журналов и изданий, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией Минобрнауки России для публикации основных научных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук по направлению «Юриспруденция».

**Журнал выходит** раз в квартал и распространяется в России, странах СНГ и дальнего зарубежья.

Журнал входит в **Web of Science Core Collection Emerging Sources Citation Index, Russian Science Citation Index (RSCI) на базе Web of Science.**

Журнал включен в следующие базы данных:

Киберленинка, HeinOnline, Ulrichsweb, Open J-Gate, Gale

# АВТОРАМ

## Требования к оформлению текста статей

**Представленные статьи** должны быть оригинальными, не опубликованными ранее в других печатных изданиях. Статьи должны быть актуальными, обладать новизной, содержать выводы исследования, а также соответствовать указанным ниже правилам оформления. В случае ненадлежащего оформления статьи она направляется автору на доработку.

**Статья представляется** в электронном виде в формате Microsoft Word по адресу: lawjournal@hse.ru

Адрес редакции: 109028, Москва, Б. Трехсвятительский пер, 3, оф. 113

Рукописи не возвращаются.

### **Объем статьи**

Объем статей до 1,5 усл. п.л., рецензий — до 0,5 усл. п.л.

**При наборе текста** необходимо использовать шрифт «Times New Roman». Размер шрифта для основного текста статей — 14, сносок — 11; нумерация сносок сплошная, постраничная. Текст печатается через 1,5 интервала.

### **Название статьи**

Название статьи приводится на русском и английском языке. Заглавие должно быть кратким и информативным.

### **Сведения об авторах**

Сведения об авторах приводятся на русском и английском языках:

- фамилия, имя, отчество всех авторов полностью
- полное название организации — места работы каждого автора в именительном падеже, ее полный почтовый адрес.
- должность, звание, ученая степень каждого автора
- адрес электронной почты для каждого автора

### **Аннотация**

Аннотация предоставляется на русском и английском языках объемом 250–300 слов. Аннотация к статье должна быть логичной (следовать логике описания результатов в статье), отражать основное со-

держание (предмет, цель, методологию, выводы исследования).

**Сведения, содержащиеся в заглавии статьи**, не должны повторяться в тексте аннотации. Следует избегать лишних вводных фраз (например, «автор статьи рассматривает...»).

**Исторические справки**, если они не составляют основное содержание документа, описание ранее опубликованных работ и общеизвестные положения, в аннотации не приводятся.

### **Ключевые слова**

Ключевые слова приводятся на русском и английском языках. Необходимое количество ключевых слов (словосочетаний) — 6–10. Ключевые слова или словосочетания отделяются друг от друга точкой с запятой.

### **Сноски**

Сноски постраничные.

Сноски оформляются согласно ГОСТ Р 7.0.5-2008 «Система стандартов по информации, библиотечному и издательскому делу. Библиографическая ссылка. Общие требования и правила составления», утвержденному Федеральным агентством по техническому регулированию и метрологии. Подробная информация на сайте <http://law-journal.hse.ru>.

### **Тематическая рубрика**

Обязательно — код международной классификации УДК.

### **Список литературы**

В конце статьи приводится список литературы. Список следует оформлять по ГОСТ 7.0.5-2008.

**Статьи рецензируются.** Авторам предоставляется возможность ознакомиться с содержанием рецензий. При отрицательном отзыве рецензента автору предоставляется мотивированный отказ в опубликовании материала.

**Плата с аспирантов** за публикацию рукописей не взимается.

Свидетельство о регистрации средства массовой информации  
«Право. Журнал Высшей школы экономики»  
ПИ № ФС77-66570 от 21 июля 2016 г.  
выдано Федеральной службой по надзору  
в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций

Выпускающий редактор *В.С. Беззубцев*  
Корректор *И.В. Гетьман-Павлова*  
Художник *А.М. Павлов*  
Компьютерная верстка *Н.Е. Пузанова*  
Редактор английского текста *А.В. Калашиников*

Подписано в печать 03.12.2020. Формат 70×100/16  
Усл. печ. л. 17,0. Тираж 400 экз. Заказ №

Отпечатано в ФГУП «Издательство «Наука»  
(Типография «Наука»)  
121099, Москва, Шубинский пер., д. 6